

FINALIDADE DA
PENA E SUA
EFICÁCIA PERANTE
A ATUAL SITUAÇÃO
DA SOCIEDADE
BRASILEIRA

PURPOSE OF THE
PENALTY AND ITS
EFFECTIVENESS
BEFORE THE
CURRENT
SITUATION OF
BRAZILIAN SOCIETY

BOHN GASS, Eduardo [1]

BECKER, Carol Elisa [2]

[1] Pós-graduado em Direito Processual Civil e Temas Relevantes de Direito Civil-Faculdades Integradas Machado de Assis.

E-mail: bohngass@yahoo.com.br

[2] Mestrado em Agronomia Agricultura e Ambiente. UFSM
E-mail: carol.becker1@yahoo.com.br

RESUMO

Esse artigo possui como tema a análise da eficácia da finalidade da pena, segundo teoria adotada pela legislação penal em vigor, diante da atual situação da sociedade brasileira. Para tanto o trabalho tem como objetivo geral verificar se a finalidade da pena é efetivamente alcançada em nossa sociedade atual e, como objetivos específicos, a análise das diferentes teorias da finalidade da pena, o seu enquadramento na legislação penal em vigor e os reflexos na sociedade contemporânea. A metodologia aplicada foi a pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método de abordagem hipotético-dedutivo. Os conceitos elencados demonstram que a teoria mista da finalidade da pena adotada pelo legislador pátrio é a que melhor atende aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana. No entanto, devido à diversos problemas, as finalidades da pena, em especial a preventiva, não estão alcançando plena eficácia em nossa sociedade atual.

Palavras-chave: Pena. Teorias. Finalidade. Eficácia.

ABSTRACT

This article has as its theme the analysis of the effectiveness of the purpose of the penalty, according to the theory adopted by the penal legislation in force, given the current situation of Brazilian society. For this purpose, the work has as general objective to verify if the purpose of the penalty is effectively achieved in our current society and, as specific objectives, the analysis of the different theories of the purpose of the penalty, its framing in the penal legislation in force and the reflexes in the society contemporary. The applied methodology was bibliographic research, using the hypothetical-deductive approach method. The concepts listed demonstrate that the mixed theory of the purpose of punishment adopted by the national legislator is the one that best meets the fundamental principles of the dignity of the human person. However, due to several

problems, the purposes of the penalty, especially the preventive one, are not reaching full effectiveness in our current society.

Keywords: Feather. Theories. Goal. Efficiency.

1 INTRODUÇÃO

Partindo-se da premissa de que a pena é uma consequência jurídica da infração penal, inúmeros estudos foram sendo desenvolvidos durante os anos acerca de sua finalidade. A necessidade de uma resposta do Estado frente à criminalidade fez com que o Direito Penal desenvolvesse diferentes soluções como forma de reação ao delito, as denominadas teorias da pena.

Apesar de se tratar de uma discussão histórica, tem-se por base o surgimento de três teorias basilares que melhor buscam definir a finalidade da pena, quais sejam, a teoria absoluta ou da retribuição, a teoria relativa ou da prevenção e, por fim, a teoria mista ou conciliatória.

Tendo ciência da relevância deste tema, o presente trabalho apresenta como problema de pesquisa a análise da eficácia da finalidade da pena, segundo teoria adotada pela legislação penal em vigor, diante da atual situação da sociedade brasileira.

Levando-se em consideração tal problemática, surgem algumas hipóteses, quais sejam, a teoria adotada pelo Direito Penal Brasileiro é a que melhor atende aos princípios que norteiam a finalidade da pena, ao passo que busca ao mesmo tempo punir o autor da infração penal e prevenir a prática de novos delitos e, a atual situação do Estado encontra dificuldades estruturais e procedimentais para garantir a efetiva aplicabilidade de tais preceitos.

Em razão disso, o presente trabalho possui como objetivo geral verificar se a finalidade da pena é efetivamente alcançada em nossa sociedade atual. Para tanto, tem-se como objetivos específicos a análise das diferentes teorias da finalidade da pena, o seu enquadramento na legislação penal em vigor e os reflexos na sociedade contemporânea.

O presente trabalho revela-se de grande importância tendo em vista os crescentes índices de criminalidade, aliados ao dever do Estado em garantir a segurança da população, punindo

devidamente o autor de determinado delito e, ao mesmo tempo, criando meios que coíbam a prática de novas infrações.

Para a realização e desenvolvimento do presente trabalho será utilizada a pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, para verificar se a finalidade de pena é efetiva em nossa sociedade atual.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

O aumento da criminalidade ao longo dos anos fez com que inúmeras discussões se fizessem necessárias, especialmente acerca da necessidade e das formas com que o Direito Penal deveria se comportar, através do Poder Estatal, em relação aos autores dos delitos.

A partir do momento em que há o cometimento de uma infração penal, seja crime ou contravenção penal, deve o Estado, através de seu poder/dever de punir, aplicar uma pena ao autor do fato, o que na doutrina é denominado *jus puniendi*.

Ou seja, a pena é uma consequência jurídica da infração penal, que consiste na privação de determinados bens jurídicos diante do cometimento de algum fato típico, atentando-se sempre ao princípio da legalidade, conforme Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXIX, que preceitua que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988), bem como ao princípio da anterioridade da lei, nos termos do artigo 1º do Código Penal, “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (DECRETO-LEI Nº 2.848, 1940).

No entanto, para que o *jus puniendi* do Estado atinja efetivamente o mundo dos fatos e cause efeitos concretos sobre o autor do fato, deve a pena ser construída com uma finalidade, e que não busque apenas privar o indivíduo de determinados bens jurídicos de uma forma simplória de causa e efeito.

2.1 TEORIAS DA FINALIDADE DA PENA

Tendo por base o dever/poder de punir do Estado, inúmeras construções doutrinárias e legislativas foram sendo desenvolvidas através dos anos para tentar definir qual seria a finalidade da pena imposta ao autor do fato ilícito, culminando com o surgimento de três teorias basilares, quais sejam, a teoria absoluta ou da retribuição, a teoria relativa ou da prevenção e, ainda, a teoria mista ou conciliatória, as quais serão analisadas de forma breve e individualizada.

2.1.1 Teoria absoluta ou da retribuição

Esta primeira teoria entende que a pena nada mais é do que uma retribuição ao criminoso em razão de uma conduta ilícita anteriormente praticada. Ou seja, ao autor do fato será causado um prejuízo, em razão de sua própria conduta.

Tendo por base a característica retributiva, “a finalidade da pena é punir o autor de uma infração penal. A pena é a retribuição do mal injusto, praticado pelo criminoso, pelo mal justo previsto no ordenamento jurídico (*punitur quia peccatum est*)” (CAPEZ, 2009, p. 364).

Sendo assim, a teoria absolutista ou da retribuição não possui efetivamente uma finalidade, ao passo que sua aplicação possui o simples propósito de reparar um mal com outro mal. Neste sentido:

A pena é concebida como uma forma de retribuição justa pela prática do delito. Concebe-se que o mal não deve restar impune, de sorte que o delinquente deve receber um castigo como forma de retribuição do mal causado para que seja realizada a Justiça. Para essa concepção, a pena não possui nenhum fim socialmente útil, como, por exemplo, a prevenção de delitos, mas sim de castigar o criminoso pela prática do crime. Kant e Hegel são os dois grandes expoentes das teses absolutas da pena (AZEVEDO; SALIM, 2016, p. 398-399).

Da mesma forma, Bitencourt (2019) entende que a referida teoria concebe a pena como sendo um mal em retribuição à determinado mal causado pelo criminoso, sem idealizar um fim futuro, mas, simplesmente, punir o fato passado. Conforme acima referido, a aludida teoria entende que a pena se baseia apenas em uma certa exigência de justiça, ao passo que pune o

indivíduo que outrora causou mal a outro cidadão através de uma conduta ilícita, não havendo um fim útil como, por exemplo, de prevenir novos delitos.

2.1.2 Teoria relativa ou da prevenção

Também denominada de teoria finalista ou utilitária, ao contrário da anterior, esta possui uma finalidade específica, qual seja, a prevenção de novos delitos e a ressocialização do autor do fato.

A prevenção é abordada de duas formas diversas, sendo uma geral e outra especial. A primeira é dirigida para a sociedade como um todo, a qual sofre a intimidação de não cometer delitos em razão da punição que será aplicada. Por outro lado, a prevenção especial é dirigida ao criminoso, para que este seja ressocializado e não volte a cometer novos delitos. Seguindo este entendimento:

[...] a pena tem um fim prático e imediato de prevenção geral ou especial do crime (*punitur ne peccetur*). A prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a segregação sociais do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir. A prevenção geral é representada pela intimidação dirigida ao ambiente social (as pessoas não delinquem porque têm medo de receber a punição) (CAPEZ, 2009, p. 364).

No mesmo sentido:

Enquanto a prevenção geral visa à prevenção de crimes pela intimidação da sociedade, a prevenção especial dirige-se ao criminoso em particular, visando, assim, a ressocializá-lo e reeduca-lo. A pena, nesse enfoque, tem a finalidade de impedir que o delinquente volte a cometer crimes. (AZEVEDO; SALIM, 2016, p. 400).

Vislumbra-se que esta teoria não está fundamentada na ideia de fazer justiça, mas sim, na necessidade social de aplica-la no momento correto para que o autor do fato não volte a delinquir, bem como para que novos delitos não sejam cometidos, cumprindo assim sua finalidade preventiva.

2.1.3 Teoria mista ou conciliatória

Também conhecida como teoria eclética ou intermediária, trata-se da fusão das teorias anteriores, tendo em vista que busca, ao mesmo tempo, punir o autor do fato e prevenir que novos delitos voltem a ser cometidos.

Com esta teoria “fundiram-se as duas correntes. Passou-se a entender a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção” (MIRABETE, 2005, p. 245). Sobre este assunto:

As teorias mistas ou unificadoras tentam agrupar em um conceito único os fins da pena. Esta corrente tenta escolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Merkel foi, no começo do século, o iniciador desta teoria eclética na Alemanha, e, desde então, é a opinião mais ou menos dominante. No dizer de Mir Puig, entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena [...] (BITENCOURT, 2004, p. 88).

Seguindo este entendimento:

Modernamente, adotou-se um posicionamento eclético quanto às funções e natureza da pena. É o que se convencionou chamar de pluridimensionalismo, ou *mixtum compositum*. Assim, as funções retributiva e intimidativa da pena procuram conciliar-se com a função ressocializante da sanção. Passou-se a aplicar a pena *quia peccatum est et ut ne peccetur* [...] (COSTA JR, 2000, p. 119).

Analisando a parte final do artigo 59 do Código Penal, que preceitua que “o juiz [...] estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (DECRETO-LEI Nº 2.848, 1940), verifica-se que foi esta a teoria adotada por nosso legislador.

Nosso ordenamento jurídico busca, através da edição de leis, a prevenção geral, ao passo que direciona uma possível sanção a qualquer indivíduo que vier a cometer um ilícito. Num segundo momento, caso já tenha ocorrido um fato típico, ao autor do fato é atribuída uma retribuição, através de uma decisão judicial.

Por fim, percebe-se o fim ressocializador da pena quando da sua execução, momento em que a prevenção especial é verificada sobre o indivíduo de forma individual.

2.2 EFICÁCIA DA FINALIDADE DA PENA

Da análise do artigo 59 do Código Penal, conclui-se que o direito pátrio adotou a teoria mista da finalidade da pena, tendo em vista que a norma vigente busca ao mesmo tempo que pune o autor do delito, retribuindo o mal injusto por ele causado, ressocializar o agente que delinuiu e prevenir que novos delitos sejam praticados.

Superada tal discussão e analisadas as principais teorias que buscam definir a finalidade da pena, não restam dúvidas que a teoria adota pela legislação brasileira é a que melhor se enquadra com os preceitos gerais que norteiam nosso ordenamento.

O Estado, sendo o detentor exclusivo de poder/dever de punir, é o único responsável por retribuir o mal praticado por determinado agente através de uma pena, mas, mais importante do que isso, deve também ter capacidade de ressocializá-lo, reeduca-lo, para que este possa retornar ao convívio social e não volte a cometer novos delitos.

No entanto, na prática, não é o que se verifica. Apensar da teoria mista ser a mais aconselhável, pois pune o agente pelo mal cometido, criando nele a consciência de que o mal causado não restará impune e, ao mesmo tempo, com sua característica preventiva, a atual situação de nossa sociedade nos faz crer que a finalidade da pena não está alcançando o plano da eficácia.

Tendo como principal pena a privação de liberdade e, conhecendo a atual situação precária de praticamente todos os estabelecimentos penais do país, é de fácil conclusão que o Estado encontra dificuldades estruturais para garantir a efetiva aplicabilidade da finalidade ressocializadora e preventiva.

Levando-se simplesmente em consideração as condições físicas deploráveis e a superlotação, conclui-se por consequência lógica que um indivíduo que delinuiu não encontrará no sistema prisional, mesmo que tenha interesse, meios efetivos para sua reinserção na sociedade.

Pelo contrário, fugas, rebeliões e os altos índices de reincidência comprovam que o sistema atual não é capaz de garantir a ressocialização e a prevenção ao cometimento de novos delitos. Vislumbra-se que não se trata apenas de coibir penas cruéis, degradantes ou que infrinjam

os preceitos fundamentais de nossa carta magna ou da Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas sim de garantir que a pena atinja sua finalidade preventiva. Nesse sentido:

Em nosso país, após lenta evolução, a Constituição Federal, visando proteger os direitos do cidadão, proibiu a cominação de uma série de penas, por entender que, todas elas, em sentido amplo, ofendiam a dignidade da pessoa humana, além de fugir, em algumas hipóteses, a sua função preventiva (GRECO, 2011, p. 469).

Visto isso, verifica-se que a teoria adotada pelo direito penal brasileiro é a que melhor representa os princípios do Estado Democrático de Direito. No entanto, a finalidade da pena, em especial a preventiva, não está sendo efetivamente alcançada em nossa sociedade atual.

CONCLUSÃO

Diante de tudo acima exposto, verificamos que a pena é uma consequência jurídica da infração penal, aplicada pelo Estado, detentor exclusivo do poder/dever de punir. Inúmeras discussões foram motivadas na busca de definir qual seria a finalidade da pena, culminando com o surgimento de três teorias basilares, quais sejam, a teoria absoluta ou da retribuição, a teoria relativa ou da prevenção e, por fim, a teoria mista ou conciliatória.

Da análise do artigo 59 do Código Penal, já acima referido, conclui-se que o legislador pátrio adotou a teoria mista, ao passo que a norma busca, ao mesmo tempo que pune o autor do delito retribuindo-lhe o mal injusto por ele causado, ressocializar o indivíduo que delinuiu e prevenir que novos delitos sejam praticados.

Não há dúvidas que a teoria adotada pela legislação pátria é a que melhor se adapta os princípios fundamentais elencados em nossa Constituição Federal, bem como aos direitos protegidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, os quais, dentre outras regras, proibem penas degradantes, cruéis ou que de alguma maneira firam a dignidade da pessoa humana.

No entanto, o que se verifica na prática é que o Estado não está conseguindo, por diversos motivos, dentre eles, falta de estrutura física e superlotação dos presídios, garantir efetivamente que a finalidade principal da pena atinja o plano da eficácia.

Conclui-se dessa forma que, tendo como principal pena aplicada em nosso sistema atual a privação de liberdade, não há como conceber que, nos moldes degradantes como se encontram a maioria das casas prisionais do país, que um indivíduo tenha condições de se ressocializar, reeducar, para voltar ao convívio social.

Desta forma, apesar da teoria da finalidade da pena acolhida pela nossa legislação primar pela prevenção, atualmente, seus efeitos não estão alcançando grande efetividade, haja vista o aumento da criminalidade, o grande número de reincidência e a dificuldade de se reinserir na sociedade um indivíduo que outrora cometera crimes.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, M. A. de; SALIM, A. **Direito Penal: parte geral**. Salvador: Juspodium, 2016.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, v. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 16 jul. 2020.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal: parte geral**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA JR, P. J. da. **Direito Penal Curso Completo**. São Paulo: Saraiva, 2000.

GRECO, R. **Direito de direito penal: parte geral**. Niterói: Impetus, 2011.

MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**, 22. edição. São Paulo: Atlas, 2005.