

# AS FUNÇÕES DA PENA – DA TEORIA À EFETIVIDADE

**THALES EMANOEL AZEVEDO SILVA**

Discente do 4º ano do Curso de Direito da Universidade Salvador (UNIFACS).

**RESUMO:** A análise das funções da pena é essencial para a discussão sobre a legitimidade do Direito Penal e para a promoção das formas mais adequadas de se garantir a segurança e a realização dos direitos fundamentais do cidadão. Neste sentido, as ideias de ressocialização, prevenção e retribuição devem ser estudadas e investigadas diante da realidade, identificando-se seus resultados e deficiências.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal; Legitimidade; Eficácia.

**ABSTRACT:** The analysis of the functions of the punishment is essential for the discussion about the legitimacy of the Criminal Law and for the promotion of the most adequate ways to guarantee the security and the realization of the fundamental rights of the citizen. So, the ideas of resocialization, prevention and retribution should be studied and investigated in front of the reality, with the identification of their results and deficiencies.

**KEYWORDS:** Criminal Law; Legitimacy; Effectiveness.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 As teorias da pena; 1.1 Teorias legitimadoras; 1.2 Teorias deslegitimadoras; 2 As funções da pena no Direito brasileiro; 3 Críticas ao sistema penitenciário; 4 Da eficácia e da legitimidade do Direito Penal; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

O Direito Penal existe para regulamentar as relações dos indivíduos em sociedade. Distingue-se por ser um meio de controle social institucionalizado, protegendo bens que interessam à coletividade como um todo. A atividade do legislador, da polícia, dos juízes e promotores, nesse sentido, abrange desde a suspeita de um delito até a imposição e execução de uma medida de segurança ou pena, recursos aos quais o Estado recorre com o objetivo de conseguir um mínimo de equilíbrio na convivência.

A sua função na realidade social é objeto de estudo da Criminologia e da Sociologia. Ela depende, fundamentalmente, da função que se atribui à pena. Diversas teorias surgem, ao longo da história, para analisar tal questão, conduzindo a conclusões quanto à sua legitimidade. Os estudos sobre as teorias da pena abrangem o entendimento do fenômeno social da criminalidade e uma interpretação e aplicação crítica do Direito Penal. Aprofundar-se sobre seus fundamentos teóricos – e confrontá-los com a realidade prática – é essencial para a discussão sobre a

necessidade de mudanças em relação ao modelo vigente, contestado por diversos setores da doutrina e da sociedade civil.

De grande importância, assim, é identificar os fins almejados com a pena, o que pode ser feito para atingi-los, o que efetivamente se faz; e os elementos de teses legitimadoras (retributivas, preventivas ou mistas), diante das ideias de justiça e utilidade da pena, e deslegitimadoras (abolicionismo e minimalismo radical) que se relacionam com a realidade e as necessidades sociais contemporâneas.

Com isto, se torna possível reconhecer os métodos que devem ser considerados como mais propícios a garantir a segurança do cidadão, também no sentido de exercício de seus direitos fundamentais – relacionando-se os limites ao poder punitivo do Estado com a realização dos direitos sociais.

## **1 AS TEORIAS DA PENA**

### **1.1 Teorias Legitimadoras**

As teorias absolutas ou retributivas da pena emergem no contexto do Estado absolutista. Fundamentam-se na capacidade de autodeterminação do homem. Para elas, há uma representação de ideias morais na atuação estatal, devendo esta se limitar a garantir a liberdade individual. Seus grandes expoentes são Kant e Hegel, associando-se também à antiga ética cristã. O primeiro baseia-se na ética – defende a aplicação da pena não em benefício do culpado ou da sociedade, não como meio para outro fim, mas contra o culpado em razão da prática do crime, como fim em si mesma; o segundo, na ordem jurídica – esta seria expressão da *vontade geral*, e a pena se justificaria para o seu resguardo (Queiroz, 2005, p. 70-71).

Já as teorias relativas ou preventivas desenvolvem-se no Iluminismo e não têm como objetivo uma retribuição quanto ao delito cometido, mas a prevenção de sua ocorrência. A *prevenção geral* sustenta que cabe ao Direito Penal resolver o problema da criminalidade, o que seria possível com a ameaça da pena, reforçada por sua aplicação. Fundamenta-se no medo e na racionalidade do homem, que seria livre (Bitencourt, 2008, p. 90). A *prevenção especial* também se destina a inibir a prática delituosa, mas difere da anterior por direcionar-se ao delinquente, para que este não retorne à criminalidade. Não visa o medo da sociedade, tratando o delinquente de forma distinta, pretendendo-se corrigi-lo e ressocializá-lo.

A teoria da *prevenção geral positiva* desponta com duas subdivisões. Uma delas é a *prevenção positiva fundamentadora*, que tem por representantes Welzel – entendendo que o Direito Penal tem como fim a garantia de determinados valores, representados na lei, constituindo a proteção de bens jurídicos apenas função de prevenção negativa – e Jakobs – que entende caber ao Direito Penal a garantia da função orientadora das normas jurídicas, que visariam a estabilização e a institucionalização das experiências sociais (Bitencourt, 2007, p. 98). A outra subdivisão é a *prevenção geral positiva limitadora* – segundo a qual a prevenção geral deve se expressar no sentido de limitar o poder punitivo do Estado, resguardando-se os direitos fundamentais do cidadão. O Direito Penal, aqui, seria apenas um meio a mais de controle social. A retribuição pelo delito e a ressocialização, nesta vertente, são meios pra que se atinja o fim geral da pena, a prevenção geral (Bitencourt, 2007, p. 101). Na *prevenção geral negativa*, a norma tem por objetivo motivar a generalidade das pessoas a se abster da prática de delitos.

As teorias unitárias ou mistas entendem que a unidimensionalidade das teses anteriores seria incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais. Buscam uma reflexão prática, no sentido de que a pena pode desenvolver a totalidade de suas funções, almejando-se um equilíbrio entre os seus fins. Unem-se as ideias de justiça e utilidade para legitimar o Direito Penal.

Atualmente, como teorias mistas, destacam-se a teoria da *dialética unificadora* de Claus Roxin – defendendo como finalidade básica da pena a prevenção geral subsidiária de delitos, visando dissuadir pessoas de cometer crimes, mas sendo usada apenas quando fracassem outras formas de prevenção e controle social, devendo o Direito Penal também fortalecer a consciência jurídica da comunidade e intimidar o condenado a não reincidir (Queiroz, 2005, p. 82) – e o *direito penal mínimo e garantista* de Luigi Ferrajoli – de acordo com o qual a única função capaz de legitimar a intervenção penal é a prevenção geral negativa, exclusivamente; não apenas a prevenção de futuros delitos, mas sobretudo a prevenção de reações informais públicas ou privadas arbitrárias, devendo o Direito Penal ser mínimo, limitado às hipóteses absolutamente necessárias, propugnando pela abolição gradual das penas privativas de liberdade (Queiroz, 2005, p. 83).

## 1.2 Teorias Deslegitimadoras

A partir do século XIX, observa-se a utilização das prisões como principal resposta do Direito Penal às práticas delituosas. Estas, por muito tempo, foram vistas como mecanismo capaz de realizar todas as finalidades da pena, acreditando-se que por meio delas seria possível a reabilitação do delinquente. Atualmente, há grandes críticas quanto ao sistema penitenciário, bem como quanto ao objetivo ressocializador da pena, defendendo-se a impossibilidade de obtenção de efeitos positivos dentro do âmbito carcerário.

Discute-se a necessidade de reforma no sistema prisional, diante de sua incapacidade para educar o condenado, e coloca-se em questão a sua eficácia intimidativa diante do delinquente. Conforme ensina Gamil Föppel,

Além de haver teorias legitimadoras, foram propostas, entre as décadas de 1960 e 1970, novas teorias ligadas ao Direito Penal, a propor a sua restrição ou mesmo a completa abolição, valendo-se, para tanto, de argumentos como a formulação de que o cárcere não educa, no custo da manutenção dos presídios, na seletividade do controle penal, nas cifras ocultas, na violação aos direitos humanos, na consequencialidade, na teoria do etiquetamento (*nothing works*) e no fato de o Direito Penal ser estigmatizante (Hireche, 2004, p. 144)

Como teorias deslegitimadoras do Direito Penal, há o *abolicionismo*, em que se destaca Hulsman, e o *minimalismo radical*, no qual se destacam Baratta e Zaffaroni. Alegam estas teorias que a punição estatal gera mais problemas que soluções, havendo graves contradições entre o discurso punitivista e a prática.

Adotam a ideia do *labelling approach* (teoria do etiquetamento) – o Direito Penal estaria associado a uma utilização da etiqueta de delito para agrupar uma série de comportamentos, sendo a criminalidade, neste ponto de vista, não algo natural, mas uma realidade socialmente construída. O delito seria um conceito aplicado em situações sociais, podendo ser criado ou extinto, de acordo com o interesse de determinados grupos (Zaffaroni, 2007, p. 69).

Defendem que a norma penal, embora pretenda desestimular comportamentos delituosos, não alcança este fim, pois as pessoas não deixariam de praticar crimes em atenção da possibilidade de sofrer a repressão estatal. Outros seriam os motivos de abstenção do crime (morais, culturais, religiosos etc). Entendem que a prisão, em verdade, não ressocializa o criminoso, mas o piora.

Argumentam que é gigantesca a diferença entre a quantidade de crimes efetivamente praticados e o número dos delitos efetivamente submetidos à atuação sistema penal, o que se fundamenta com as chamadas “cifras ocultas” (Carvalho, 2008, p. 81). Tratam da desigualdade material da sociedade, frente a igualdade formal, o que estaria associado a uma seletividade arbitrária do sistema penal, tanto na fase de elaboração das leis quanto da sua aplicação. O Direito Penal criaria e reforçaria desigualdades sociais.

Concluem que o Direito Penal seria uma resposta às consequências do crime, mas não às causas, sendo responsável por gerar mais presos, e não menos delitos. Afirma-se, também, que ao invés de se coibir certas condutas, criaria-se clima favorável para que estas, ou outras práticas criminosas, proliferem, tornando, por exemplo, atraentes financeiramente atividades clandestinas. Entende-se que definir situações como criminosas, em verdade, limita as possibilidades de sua compreensão, para que se apresentem respostas racionais, estereotipando tanto a vítima como o delincente.

O Direito Penal interviria, nesta perspectiva, sobre pessoas, e não sobre situações, ligado à ideia de culpabilidade individual, desconsiderando o ambiente social em que o criminoso está inserido, negando alternativas que poderiam trazer resultados mais adequados (Queiroz, 2005, p. 91).

Assim, a análise destas correntes se faz essencial para uma sólida compreensão do papel do sistema penitenciário e da sua real efetividade hoje. Devem ser investigadas, portanto, as repercussões empíricas dos discursos que legitimam o Direito Penal, para que se conclua por sua sustentação total, parcial ou nenhuma diante do suporte fático; o que pode demonstrar que ele necessita ser incrementado, reformado ou gradualmente abolido, para que sejam alcançados os almejados fins de uma maior harmonia e um maior equilíbrio na convivência social, em coerência com os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

## **2 AS FUNÇÕES DA PENA NO DIREITO BRASILEIRO**

De acordo com o Código Penal, em seu art. 59,

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para *reprovação e prevenção do crime*:

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (grifou-se)

A Lei de Execução Penal, 7.210/84, em seu art. 1º, também trata do assunto:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo *efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.* (grifou-se)

Assim, conclui-se que no momento da sentença, a pena deve ser aplicada com critérios retributivos e preventivos, enquanto na execução se valoriza a ideia de integração social, o que se associa à prevenção especial.

O criminalista Luiz Flávio Gomes entende que no momento de cominação legal abstrata a pena tem finalidade preventiva geral (negativa, de intimidação, ou positiva, definindo-se o bem jurídico protegido); na fase de aplicação judicial e pena tem finalidade preventiva geral (confirmando a seriedade da ameaça abstrata e a importância do bem jurídico violado), repressiva (com a reprovação da conduta criminosa, à luz da culpabilidade) e preventiva especial (atenuando-se o rigor repressivo em determinados casos diante de institutos ressocializadores alternativos, como penas substitutivas); já na fase da execução, prioriza-se formalmente a finalidade de prevenção especial positiva (promovendo-se condições de ressocialização), porém na prática ocorreria a função preventiva negativa da inocuidade, com o mero enclausuramento, sem oferta das condições propícias à reinserção social (Gomes, 2006, s/ p.).

Ainda que não aborde expressamente este assunto, a Constituição deve ser sempre considerada, especialmente, aqui, no resguardo de valores como justiça, liberdade, segurança e dignidade, observando-se a proporcionalidade e a razoabilidade, como limites ao poder punitivo estatal.

### **3 CRÍTICAS AO SISTEMA PENITENCIÁRIO**

O sistema penitenciário tem sido fortemente criticado na atualidade. Muitos sustentam a sua falência e incapacidade de atingir os fins a que se propõe, ressaltando os efeitos nefastos que

a pena teria sobre o condenado. A necessidade de reforma, assim, diria respeito principalmente às sanções aplicáveis. Segundo Zaffaroni,

[...] o sistema penal deve corresponder ao princípio da intervenção mínima na América Latina, não somente pelas razões que se apresentam como válidas nos países centrais, mas também em face de nossa característica de países periféricos, que sofrem os efeitos do injusto jushumanista de violação do direito ao desenvolvimento. (Zaffaroni, 2007, p. 75)

Há uma tendência de defesa da limitação das prisões aos casos de extrema necessidade, valorizando-se a busca de penas alternativas à restritiva de liberdade. A pena se justificaria apenas por sua necessidade para tornar possível a convivência em sociedade.

Considera-se o ambiente carcerário como meio que não permite a reabilitação do recluso, estigmatizando-o e corrompendo-o ainda mais. A Criminologia Crítica entende que o objetivo ressocializador seria incompatível com a lógica do capitalismo. Alega-se que o Direito Penal, em verdade, seria instrumento de opressão dos mais poderosos sobre os marginalizados, criando e perpetuando estereótipos de exclusão. Os altos índices de reincidência têm sido utilizados para demonstrar o efetivo fracasso da pena privativa de liberdade. No entendimento de Foucault acerca de revoltas em prisões,

O que estava em jogo não era o quadro rude demais ou ascético demais, rudimentar demais ou aperfeiçoado demais da prisão, era sua materialidade na medida em que ele é instrumento e vetor de poder [...] (Foucault, 2005, p. 29)

Sugere-se que para combater efetivamente a criminalidade, são necessárias políticas de reforma social, que proporcionem mais igualdade e alternativas, com a conscientização e participação de todos.

Surgem, diante de preocupações como estas, além da multa, a suspensão condicional, o livramento condicional, o arresto de fim de semana, o trabalho comunitário, as interdições para exercício de determinadas atividades e a proibição do exercício de certos direitos como medidas possíveis para reduzir a privação da liberdade e a exposição do indivíduo às cadeias (Bitencourt, 2008, p. 106).

O pensamento criminal contemporâneo, assim, encontra grande resistência quanto ao sistema prisional.

Para Ferrajoli,

A pena privativa de liberdade, que na época moderna tem constituído a alternativa mais importante frente às penas ferozes e o principal veículo do processo de mitigação racionalização das penas, já não parece, por sua vez, idônea – enquanto não pertinente ou desnecessária – para satisfazer nenhuma das razões que justificam a sanção penal: nem a prevenção dos delitos, dado o caráter criminógeno das prisões destinadas de fato, como nos dias de hoje é unanimemente reconhecido, a funcionar como escolas de delinquência e de recrutamento da criminalidade organizada; nem a prevenção das vinganças privadas, satisfeita na atual sociedade dos *mass media* bem mais pela rapidez do processo e pela publicidade das condenações do que pela expiação da prisão. Portanto, se é verdade que o grau de dureza tolerável das penas está ligado em cada ordenamento ao grau de desenvolvimento cultural alcançado por ele, resulta possível hoje desenhar uma estratégia de reforma do direito penal que aponte, a longo prazo, a supressão integral das penas privativas de liberdade, e a curto e médio prazos, uma drástica redução de seu tempo de duração legal, começando pela abolição dessa barbárie que é a prisão perpétua. (Ferrajoli, 2006, p. 378-379)

#### 4 DA EFICÁCIA E DA LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL

Partindo do pressuposto de que a sanção penal é a maior intervenção do Estado na esfera de liberdade do cidadão, é necessário compreender a função que a pena possui na sociedade para se analisar a legitimidade de sua aplicação.

Dados recentes apontam para uma diminuição de crimes em lugares como Inglaterra e Nova York (Gomes, 2013, s/ p.), relacionada a fatores diversos, destacando-se a melhoria do policiamento, com a utilização de computadores para analisar a incidência do crime, a criação de dificuldades para que o crime ocorra – prevenção secundária.

O professor Luiz Flávio Gomes elenca o investimento em câmeras de segurança, em vidros à prova de bala, em alarmes, bancos de dados de DNA, dentre outros, como fatores que influenciaram esta diminuição, acentuando o medo de ser pego daquele que poderia cometer crimes (Gomes, 2013, s/ p.).

Ainda, fala na importância de uma política social inclusiva, como prevenção primária – notando-se as carências brasileiras nestes dois tipos de prevenção, ou seja, na diminuição da desigualdade e na criação de obstáculos para o crime, priorizando-se a repressão.

Mesmo com as deficiências existentes, estudo do jornal *O Globo* indica que nos estados brasileiros em que se prende mais há uma diminuição da violência, com um menor registro de homicídios (*O Globo*, 2012, s/ p.).

O jornal obteve dados do Sistema Nacional de Informação Penitenciária (InfoPen), do Ministério da Justiça e do Mapa da Violência 2012, do Instituto Sangari. Revelou-se que nos



estados em que há menos presos por homicídio do que a média nacional se deu um aumento de 16 vezes da taxa de assassinatos em comparação aos estados com população carcerária maior.

No grupo dos estados com menos presos, tem-se como exemplo a Bahia, que passou de 9,4 homicídios por 100 mil habitantes para 37,7 por 100 mil habitantes entre 2000 e 2010. Já nos estados com mais presos, destaca-se o caso de São Paulo, que passou de 42,2 para 13,9 homicídios por 100 mil habitantes.

É possível, assim, perceber uma relação entre a diminuição da impunidade e o desestímulo à violência, ainda que haja outros fatores que devem ser levados em conta para avanços mais efetivos no combate à criminalidade.

## CONCLUSÃO

Parece evidente, neste sentido, que não há que se falar em ilegitimidade das sanções penais. A ideia de ressocialização pode, até hoje, ter se mostrado fracassada no Brasil, considerando-se as péssimas realidades das nossas cadeias e os altos índices de reincidência, não restando dúvidas quanto às deficiências brutais na proposta de oferecimento de condições para a reintegração do criminoso à sociedade. Contudo, as ideias de prevenção e retribuição se mostram essenciais para garantir a segurança dos cidadãos e a efetivação da justiça, resguardando-se as garantias constitucionais.

Investir em educação e inclusão social é fundamental, mas isto não afasta a necessidade de haver um sistema penitenciário eficiente. Deve, sim, haver mais investimentos nas prisões, buscando-se oferecer condições dignas aos presos.

No caso brasileiro, portanto, conclui-se pela necessidade de se promover mais a prevenção, se desenvolver os meios possíveis para viabilizar a ressocialização, preservando a pena, ainda, seu caráter retributivo, sempre à luz da Constituição, da razoabilidade e da proporcionalidade.

## REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 30. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.
- GLOBO, O. Número de homicídios aumentou em estados com menos presos. 12 jan. 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/numero-de-homicidios-aumentou-em-estados-com-menos-presos-3648941>>. Acesso em: 18 dez. 2013.
- GOMES, Luiz Flávio. Funções da pena no Direito Penal brasileiro. Jus Navigandi, mai. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8334/funcoes-da-pena-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em: 16 dez. 2013.
- \_\_\_\_\_. Crimes estão diminuindo... nos países desenvolvidos. Atualidades do Direito, ago. 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/08/29/crimes-estao-diminuindo-nos-paises-desenvolvidos/>>. Acesso em: 17 dez. 2013.
- HIRECHE, Gamil Föppel. *A Função da Pena na Visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro v. 1 – Parte Geral*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.