

# FINIS DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: AINDA FAZ SENTIDO DEFENDER O CARÁTER PREVENTIVO DA PENA E A NECESSIDADE DE RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO?

## THE PURPOSE OF THE PENALTY IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW: STILL MAKES SENSE TO DEFEND THE PREVENTIVE CHARACTER OF THE PENALTY AND THE NEED FOR THE RELEASE OF THE CONVICTED?

*Pedro Henrique Demercian\**  
*Tiago Caruso Torres\*\**

### RESUMO

A função e a finalidade da pena nunca foram bem explicadas pelo Direito Penal, ora porque as discussões dogmáticas não são sequer verificadas na prática, ora porque a prática reconduz questionamentos que colocam em xeque o próprio sentido teórico-científico da imposição de pena ao condenado. Como este assunto nunca descansou no remansoso campo das questões penais pacificadas, o presente artigo visa contribuir de maneira positiva para o debate trazendo para o leitor o necessário confronto entre a teoria e a prática, buscando, ao fim, extrair de ambas o que ainda resta como verdadeira essência da pena estatal.

**Palavras-chave:** Teorias da pena. Finalidades da pena. Prevenção. Ressocialização.

### ABSTRACT

The function and the purpose of the sentence has never been well explained by criminal law, either because dogmatic discussions are not even verified in practice, or because the practice brings back questions about

---

\* Professor Assistente-Doutor nos cursos de Graduação e de Pós-graduação da PUC-SP. Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Procurador de Justiça Criminal. E-mail: pedrodemercian@gmail.com.

\*\* Doutorando e Mestre em Direito pela PUC-SP. Pós-graduado em *Compliance* pela GVLaw/FGV. Advogado criminalista. E-mail: carusotorres@gmail.com.

the reason of imposing sentence on the condemned person. As this subject has never rested in the reminiscent field of pacified criminal matters, this article aims to contribute positively to the debate bringing the necessary discussion between theory and practice, seeking, in the end, to extract from both what remains as the true essence of the state's punishment.

**Keywords:** Theories of the penalty. Purposes of the penalty. Prevention. Resocialization.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo investigar se os almejados fins preventivos e ressocializadores da pena ainda encontram respaldo para serem defendidos no atual Estado Democrático de Direito brasileiro.

Não é novidade que a realidade coloca em xeque a verificação dos fins preventivos e ressocializadores da pena. A estrutura prisional brasileira aliada ao encarceramento em massa e aos altos índices de reincidência parecem afastar a pena destas metas. Contudo, não é somente a prática que refuta a teoria. Existem diversas críticas dogmáticas que se impõem sobre a legitimidade destas duas bandeiras enquanto fundamento a legitimar a imposição da pena pelo Estado.

Este estudo pretende, portanto, verificar estes dois entraves a estas duas missões da pena. *A proposta é não só apresentar teorias ao leitor, mas propor um debate crítico da dogmática, de modo a se verificar a pertinência destas teorias.*

*Para não se repetir o equívoco de distanciar a teoria da dura realidade que cotidianamente bate à porta do jurista, serão apontados os atuais entraves da nossa sociedade para que a pena cumpra com o seu objetivo de ressocializar o condenado. Ao final, será verificado se é possível extrair algum substrato que ainda confira um mínimo de coerência a legitimar esse tipo de sanção penal.*

*Assim, ante as dificuldades da teoria dos fins da pena (por exemplo, sobre sua indemonstrabilidade, duvidosa eficácia e antigas contradições), inaugura-se o presente artigo com a seguinte pergunta: seria mais factível em termos reais, e cientificamente preferível, construir ou fundamentar um sistema penal unicamente a partir dessa teoria<sup>1</sup>?*

## FINS DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

### Fins da pena a partir de Marquês de Beccaria (século XVIII)

Um dos mais marcantes gritos humanistas foi, sem dúvidas, o bradado por Cesare Bonesana nas linhas que compõem a sua mais famosa obra, *Dei Delitti e dele Pene*, escrita em 1764.

---

<sup>1</sup> A pergunta é formulada por Luis Regis Prado em Teoria dos fins da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 1, v. 0, 2004, p. 143.

Já no século XVII, Marquês de Beccaria afirmou que “o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer o delito já cometido [...]. O fim da pena, pois, é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo”<sup>2</sup>.

A aplicação da filosofia francesa à legislação penal da época, não só levou Beccaria a se opor aos julgamentos secretos, à desigualdade diante da sanção e à atrocidade do suplício, como também o fez repudiar o pseudodireito de vingança, considerar sem sentido a pena de morte e a pena infamante e estabelecer limites entre o pecado e o crime.

Diante disso, com desassombro, Beccaria extrai, pela primeira vez, o que ele denomina de um *teorema geral muito útil*:

para que toda a pena não seja violência de um ou de muitos contra o cidadão particular, devendo, porém, ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, em dadas circunstâncias, proporcional aos delitos e ditada pelas leis<sup>3</sup>.

Logo, sua conclusão não é nada menos do que os pilares até hoje debatidos sobre os fins da pena, com a ressalva de que no século XVIII, Beccaria já havia salientado que o grau das penas deve ser relativa ao estado da própria nação de modo tal que, quanto mais a nação fosse insegura, mais fortes deveriam ser as penas nesta sociedade<sup>4</sup>.

## Teorias da pena

A partir destes postulados propostos por Beccaria, é possível entender o que a ciência do direito passou a denominar de *teorias da pena*: foram atribuídos critérios para se classificar as características da pena, o que levou à tripartição clássica consistente na divisão entre teorias absolutas, teorias relativas e teorias unificadoras da pena.

### *Teorias absolutas: a pena como retribuição*

Para essa teoria, a pena tem função meramente retributiva, como um castigo merecido ao agente infrator pelo mal causado por sua conduta. A ideia da pena é muito a uma forma de vingança e ao desejo de se realizar justiça, tornando essa sanção um fim em si mesma e uma mera consequência do delito praticado<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2010, p. 52.

<sup>3</sup> *Idem*, p. 147.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: RT, 1993, p. 102. Há uma proximidade entre Direito e Religião que também aproxima o conceito de crime à ideia de pecado, que então justificaria uma punição pelo mal causado.

Nesse sentido, revela Claus Roxin que:

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal que merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato por ele cometido. Se fala aqui em uma teoria ‘absoluta’ porque para ela o fim da pena é independente, ‘desvinculando’ de seu efeito social<sup>6</sup>.

Desta forma, não se defende, por essa via, razões utilitárias. Ao Estado cabe apenas impor a pena como resposta ao mal praticado pelo agente transgressor, sendo a imposição da pena decorrente de uma exigência de justiça, seja como compensação da culpabilidade (teoria da retribuição), seja como expiação do agente (teoria da expiação)<sup>7</sup>.

Contudo, o conceito clássico de retribuição é indemonstrável e possui base praticamente despida de racionalidade.

#### *Teorias relativas: a pena como prevenção*

Já as teorias relativas, têm por objetivo prevenir a ocorrência de novas infrações penais, não tendo relevância alguma a punição do agente (retribuição). A pena seria o instrumento de garantia social para se antever que o infrator volte a delinquir e, desta forma, as razões desta teoria são pautadas pela utilidade social.

O fundamento ontológico das teorias relativas pode também ser encontrado em Beccaria quando ele defende que “é melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida”<sup>8</sup>.

As teorias relativas se subdividem em *prevenção geral* e *prevenção especial*, sendo cada uma destas duas categorias ainda classificadas em *positiva* e *negativa*.

Enquanto a *prevenção geral* visa controlar a violência na sociedade, buscando diminuí-la ou evitá-la, a *prevenção especial* destina-se diretamente ao condenado com o fim de evitar a sua reincidência<sup>9</sup>.

Nesse contexto, o primeiro alerta a ser feito é que objetivo de se prevenir, de forma geral, a prática de crimes na sociedade por meio da aplicação da

<sup>6</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Canlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Civitas, 2008. t. I, p. 81-82. Nossa tradução livre para o português.

<sup>7</sup> PRADO, Luís Régis. *Op. cit.*, p. 144.

<sup>8</sup> BECCARIA, Cesare. *Op. cit.*, p. 27.

<sup>9</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 111.

pena tem por base uma ideia da pena como instrumento de intimidação<sup>10</sup>. Esta intimidação atua como um freio à conduta do indivíduo. Assim, a ameaça de pena infundiria um temor na consciência de pessoas possivelmente voltadas para o crime, de tal forma que esta intimidação resultante da ameaça de pena concorreria para a prevenção geral, compelindo o agente a obedecer a norma.

Winfried Hassemer é bastante preciso ao esclarecer o fundamento da prevenção geral:

Existe a esperança de que os concidadãos com inclinações para a prática de crimes possam ser persuadidos, através de resposta sancionatória à violação do Direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade com o Direito, esperança, enfim, de que o Direito Penal ofereça sua contribuição para o aprimoramento da sociedade<sup>11</sup>.

Contudo, não só o caráter intimidador da pena incompatibiliza essa almejada prevenção geral com um modelo de Estado Democrático de Direito, como também vilipendia o princípio da dignidade da pessoa humana ao usar um indivíduo como instrumento (objeto) de punição para que outros não delinquam. Enquanto isso, na prática, só o fato de serem observados altos índices de reincidência já é prova suficiente de que a prevenção geral é ineficaz<sup>12</sup>.

Pretender reduzir a violência e a prática de novos crimes pela mera ameaça da pena é conceder ao Estado um poder sem limite para se buscar estes resultados que, ao fim e ao cabo, equivalem a autorizar o castigo como forma de se cumprir tal intimidação.

Portanto, o que sobra para a prevenção geral positiva da pena é uma teoria dogmaticamente *ilegítima e inconstitucional* e pragmaticamente *incoerente e ineficaz*. Ela não traz nenhum acréscimo para os fins da pena posto que não deixa de ser, repetidamente, apenas outra forma de se fundamentar a pena como mera retribuição à conduta do condenado<sup>13</sup>.

Já a prevenção especial se concentra na pessoa do criminoso. Ao contrário da prevenção geral que se dirige para a sociedade, intimidando a coletividade, a prevenção especial visa evitar que o agente infrator volte a delinquir futuramente<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Paul J. A. R. Feuerbach a denominou de *teoria da coação psicológica*, cf. BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 112.

<sup>11</sup> HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 34.

<sup>12</sup> Nesse sentido, ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986, p. 22-23.

<sup>13</sup> PRADO, Luís Régis. *Op. cit.*, p. 146-147.

<sup>14</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 81.

A prevenção especial seria, então, revestida de um caráter ressocializador, com o objetivo de corrigir o indivíduo e recapacitá-lo para a vida em sociedade. Contudo, logo de saída, é preciso observar que, como o direito penal tem a função de proteger determinados bens jurídicos, fundamentar a pena apenas na necessidade de evitar que certos agentes perigosos venha a lesá-los futuramente é caminhar em direção a um direito penal do autor<sup>15</sup>.

Ademais, quando for impossível demonstrar, no caso concreto, que aquele sujeito infrator necessita de determinada correção – ou seja, quando o indivíduo já estiver devidamente socializado quando da prática do crime –, não haverá fundamento algum para a imposição da pena com fundamento na prevenção especial e, nessa hipótese, o Estado deve, necessariamente, deixar de aplicar a pena para esse condenado<sup>16</sup>.

Logo, além de a prevenção especial ter nítido viés absolutista e arbitrário ao querer impor uma verdade única e afastar o direito de ser diferente, tão caro às democracias<sup>17</sup>, essa teoria não parece ser minimamente idônea para fundamentar a aplicação da pena porque ela não consegue delimitar os seus pressupostos e consequências e também porque ela não explica a punibilidade de crimes sem perigo de repetição, nos quais o indivíduo não precisa ser ressocializado.

#### *Teoria mista ou unificadora: a tríplice finalidade da pena*

Para além dessa dicotomia, as teorias mistas ou unificadoras tentam agrupar em um único conceito os fins da pena, colhendo os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Deste modo, a pena é aqui vista como um fenômeno complexo e único que visa, ao mesmo tempo, a retribuição, a prevenção e a ressocialização do indivíduo<sup>18</sup>.

A teoria unificadora, portanto, sugere que a pena deve ter um caráter triplo, servindo para desmotivar as pessoas ao cometimento de crimes, intimidando o criminoso a não mais delinquir, e se figurando como instrumento de punição pelo mal já praticado<sup>19</sup>.

Entre nós, essa teoria tem sido bastante aceita principalmente porque centraliza a finalidade do Direito Penal na ideia de prevenção, mas com bases retributivas na

---

<sup>15</sup> PRADO, Luís Régis. *Op. cit.*, p. 148.

<sup>16</sup> ROXIN, Claus. *Problemas ...*, p. 21.

<sup>17</sup> SCHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Pena e Constituição*. São Paulo: RT, 1995, p. 100.

<sup>18</sup> PRADO, Luís Régis. *Op. cit.*, p. 150.

<sup>19</sup> Nas palavras de Claus Roxin, “resumindo, pode dizer-se acerca da segunda fase de eficácia do direito penal, que a aplicação da pena serve para a proteção subsidiária e preventiva, tanto geral como individual, de bens jurídicos e de prestações estatais, através de um processo que salvaguarda a autonomia da personalidade e que, ao impor a pena, esteja limitado pela medida de culpa”. ROXIN, Claus. *Problemas ...*, p. 40.

culpabilidade, de tal modo que, com critérios calcados na proporcionalidade, as teorias unificadoras acabam desempenhando papel limitador da imposição da pena pelo Estado<sup>20</sup>. Além disso, ao se ler o artigo 59, *caput*, do Código Penal<sup>21</sup>, a teoria unificadora parece bem se ajustar aos rumos pretendidos pela nossa lei penal.

Todavia, em que pesem os esforços empreendidos pelas teorias unificadoras, é evidente sua aproximação com os critérios de prevenção da pena. Embora o crime seja o fundamento legitimador da imposição de pena, ela pode deixar de ser imposta ou ser aplicada abaixo da medida do injusto culpável, quando considerações de caráter preventivo assim o recomendem.

Neste sentido esclarece Luís Régis Prado que:

a pena deverá ser, acima de tudo, justa e adequada, proporcional à magnitude do injusto e à culpabilidade do autor, e as considerações relacionadas à prevenção geral e à prevenção especial desempenham função restritiva ou limitadora de imposição da pena justa<sup>22</sup>.

Deste modo, como prevalece o caráter preventivo da pena, as teorias mistas não conseguiram o *status* de uma verdadeira terceira via e se encontram, hoje, relativizadas pelos fins preventivos da pena, sofrendo as mesmas críticas já despendidas para as teorias relativas, o que, da mesma forma, inviabiliza que se afirme, de maneira segura e cientificamente adequada, que as teorias unificadoras possuem coerência para fundamentar a imposição de pena ao condenado.

## A PENA ESTATAL

Diante de tudo o quanto se expôs até aqui, as teorias relativas e ecléticas são as que mais estão sujeitas a críticas pela dogmática penal. Não se nega que a pena sempre visou, no limite, dar uma resposta ao agente infrator pelo mal que ele causou com sua conduta. O que se tentou, desde essa concepção, foi apresentar alternativas para se escapar da afirmação de que a pena, em sua essência, não é nada além de uma retribuição muito próxima de uma vingança que busca castigar o sujeito transgressor.

Todavia, como se viu, as demais teorias ainda não conseguiram, de maneira satisfatória, sustentar seus fundamentos, seja por inconsistências lógicas nas premissas de seus argumentos, seja por inconsistências práticas na sua aplicação aos casos concretos.

---

<sup>20</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 97.

<sup>21</sup> “Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

<sup>22</sup> PRADO, Luís Régis. *Op. cit.*, p. 151.

Percebendo essa neblina sobre qual seria o verdadeiro fundamento da pena, Günther Jakobs e Heiko H. Lesch resgataram os debates entre as teorias absolutas e as teorias relativas na segunda metade do século XX e concluíram que a pena nada mais é do que uma resposta estatal negativa dada ao transgressor da norma e positiva dada à coletividade.

## Significado e finalidade da pena para Günther Jakobs

### *A base da teoria dos sistemas comunicativos de Niklas Luhmann*

Tanto a teoria de Jakobs, quanto a defendida por Lesch partem da teoria social e comunicativa desenvolvida por Niklas Luhmann.

Segundo esse sociólogo, a sociedade é composta por diversos sistemas sociais que naturalmente evoluem e se aperfeiçoam de modo *autopoietico*. Como a comunicação é a gênese das relações sociais, é essa a força-motriz para a evolução e o aperfeiçoamento destes diversos sistemas<sup>23</sup>.

Neste contexto, o Direito seria, portanto, um dos sistemas sociais *autopoieticos* e, dessa forma, sua função seria exigir a realização de graduações que possibilitem a manutenção expectativas comportamentais recíprocas, orientadas a partir de expectativas sobre tais expectativas<sup>24</sup>.

Ou seja, na teoria luhmanniana, o direito tem por objetivo garantir a estabilização das relações sociais por meio da produção de expectativas, criando uma organização própria. Assim, o direito atua entre a complexidade e a contingência de experiências, produzindo expectativas sociais pois, para cada experiência humana, há uma infinidade de possibilidades (complexidade) e, dentre estas possibilidades, existem aquelas que não são esperadas (contingência)<sup>25</sup>.

Neste contexto, Günther Jakobs e Heiko Lesch utilizam como ponto de partida para o desenvolvimento das suas teorias sobre a pena a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann e a concepção do direito como um sistema *autopoietico*. É a partir dessa premissa que ambos constroem suas reflexões sobre os fundamentos da pena.

Para estes autores, portanto, a função do direito penal seria a de proteção das suas próprias normas, visando manter, por meio delas, as referidas expectativas

---

<sup>23</sup> A teoria de Niklas Luhmann não é objeto do presente estudo. Por este motivo, a exposição fica limitada ao registro bastante sintético da teoria profundamente desenvolvida por este sociólogo. Para mais, v. LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, C. B.; SAMIOS, E. M. B. (org.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997, *passim*.

<sup>24</sup> PORTUGAL, Daniela. A autopoiese no direito e o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs na aplicação da lei penal. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, v. III, n. 2, 2013, p. 7.

<sup>25</sup> *Idem*, p. 8.



sociais<sup>26</sup>. Por consequência, a pena seria, então, a confirmação da vigência da norma violada ao promover, no plano comunicativo, o restabelecimento da vigência desta<sup>27</sup>.

### *Delito como violação de expectativas normativas*

Para Jakobs, qualquer que seja o modelo de Estado, a pena será sempre uma reação à infração de uma norma, de modo que essa reação demonstra não só que a norma violada está vigente como também que ela deve ser preservada<sup>28</sup>.

Como o comportamento do agente infrator rompe expectativas normativas, a pena tem como função demonstrar que a sociedade, apesar da violação da norma, pode seguir confiando na vigência destas<sup>29</sup>.

É interessante a síntese da teoria de Jakobs feita por Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez:

A imposição da pena é – sempre segundo o atual ponto de vista do autor deste livro [Günther Jakobs] – a forma que o sistema social tem para processar as defraudações às custas do infrator. Junto a esta função de estabilização, o mal que se impõe com a pena deriva do seu fim preventivo-geral: assegurar a probabilidade de seguimento da norma. Este fim tem como limite tratar o delinquente como pessoa e não como objeto, já que a pena, precisamente, só reage frente ao sujeito responsável, à pessoa. Sem embargo, esta garantia só é possível na medida em que o delinquente possa garantir sua fidelidade no futuro; do contrário, já não pode ser tratado como pessoa, devendo ser tratado como inimigo<sup>30</sup>.

Resta claro, portanto, que Jakobs apresenta novos fundamentos para a teoria da prevenção geral positiva. Contudo, diversamente das teorias preventivas até então existentes, Jakobs baseia a sua teoria na ideia de sistemas de Luhmann e na dialética utilizada por Hegel para fundamentar a pena.

Dessa forma, segundo explica esse autor, como a prática de um delito desorienta não só quem o praticou, mas toda a sociedade, essa desorientação tem uma dupla dimensão: ataca o caráter vinculante da norma, na medida em que o autor o considera irrelevante, e perturba a sedimentação cognitiva acerca da vigência

---

<sup>26</sup> JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luis Callegari. São Paulo: RT, 2000, *passim*; LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javien Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, *passim*.

<sup>27</sup> PORTUGAL, Daniela. *Op. cit.*, p. 16.

<sup>28</sup> BRITO, Alexis Couto de. *O conceito de pena em Jakobs*. Disponível em: [http://esdp.net.br/o-conceito-de-pena-em-jakobs/#\\_ednref7](http://esdp.net.br/o-conceito-de-pena-em-jakobs/#_ednref7). Acessado em: 11 jun. 2017.

<sup>29</sup> JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2006, p. 29-30.

<sup>30</sup> *Idem*, p. 19. Nossa tradução livre para o português.

desta norma vinculante, porque a ocorrência desse delito mostra que ainda existe a preocupação com as violações desta norma<sup>31</sup>.

Assim, o que a pena é capaz de prevenir são os *efeitos sociais negativos* que podem derivar do delito, e não as lesões ou as ameaças de lesão a bens jurídicos por parte de condutas individuais<sup>32</sup>. Daí a crítica de Jakobs quanto aos objetivos de prevenção geral negativa e prevenção especial negativa da pena: ambas tem pretensões inalcançáveis<sup>33</sup>.

Portanto, em síntese, Jakobs entende a pena como uma *resposta positiva* que tem por escopo demonstrar, às custas de um infrator responsável, a vigência da norma. A norma jurídica quando violada recebe uma sanção que visa restaurar sua vigência. O fundamento da pena residiria, então, na indevida quebra da expectativa normativa pelo agente que a defraudou e na necessidade de se impor uma sanção para demonstrar que a norma, apesar de violada, permanece vigente.

## A função da pena para Heiko H. Lesch

### *A pena como um mal querido*

Lesch inaugura seus estudos lembrando que a ideia mais primária da pena, ao contrário da indenização compensatória civil, é a ordenação querida de um mal<sup>34</sup>. Nas palavras desse autor:

a pena é um mal que se causa a uma pessoa em um procedimento público-geral, levado a cabo pelo Estado, formal e querido, enquanto se há produzido uma lesão a uma regra jurídica, se esta lesão tem de ser imputada a esta pessoa como forma de reproche<sup>35</sup>.

A pena estatal é, portanto, um *mal querido*<sup>36</sup>. Assim, a pena não compensa a vítima, mas é, *prima facie*, a produção de um novo mal.

O fundamento para se causar esse novo mal a alguém é a necessária reação ante a lesão de uma regra jurídica por essa mesma pessoa. A pena seria, então, um mal a ser suportado pelo infrator porque ele criou outro mal (delito).

Logo de saída, percebe-se, portanto, que o fundamento da pena para Lesch não é reparar, compensar, ressocializar ou retribuir, mas apenas garantir a manutenção da força coercitiva da norma: uma vez desrespeitada, um mal é causado ao indivíduo.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 24-25.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>33</sup> BRITO, Alexis Couto de. *Op. cit.*

<sup>34</sup> LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, p. 2.

<sup>35</sup> *Idem*, p. 4. Nossa tradução livre para o português.

<sup>36</sup> Como bem aponta Lesch, isto também aparece no pensamento de Hobbes, Feurbach e Radbuch.

Para tanto, Lesch elenca, a partir de Hobbes, critérios para imposição desta pena, quais sejam: (i) a transgressão da norma penal pelo agente, (ii) a imposição desta pena pelo Estado, não sendo esta uma pena natural, mas pública e estatal, e (iii) a aplicação desta pena segundo um procedimento formalmente determinado e com garantias de neutralidade, pois, do contrário, seria um ato de hostilidade<sup>37</sup>.

Todavia, em que pese ter sido inicialmente reconhecido à pena a meta de “*eliminação preventiva de determinada fonte de perigo*”<sup>38</sup>, Lesch resgata uma importante crítica de Karl Binding acerca das teorias relativas.

Já no século XIX, Binding notou que as teorias relativas viam a ação culpável do delinquente como o pressuposto da pena, mas não precisamente como o fundamento dela. Ocorre que o delito constitui apenas um dos sintomas para a existência do fundamento da pena, o que faz surgir um contrassenso nas teorias relativas. Isso porque, enquanto elas pregam uma prevenção delitiva, ao mesmo tempo se fundam no crime já praticado, no passado, por determinado sujeito. Desse modo, é difícil sustentar que a punição deste fato ocorrido no passado e praticado isoladamente por um sujeito possa prevenir toda a sociedade de um perigo futuro<sup>39</sup>.

Ou seja, os prevenicionistas tentam fazer com que a imposição da pena evite a futura prática de crimes por outros criminosos, tentando proteger (*ex ante*) a futura segurança da sociedade (*ex post*).

Contudo, o fundamento utilizado é sempre um ato transgressor isoladamente praticado por determinado sujeito no passado, o que, por falta de coerência lógica, impede o adequado uso das teorias relativas para explicar a imposição da pena. Tanto assim, que Karl Binding bem assinalou que a ideia da pena como forma de se trazer segurança social somente é possível em uma sociedade ainda intacta, com uma ordem relativamente estável<sup>40</sup>.

Por conta disso, Lesch busca construir uma nova teoria por ele denominada de *teoria funcional da retribuição*, entendendo que essa seria a função primordial da pena estatal, a única que viabilizaria a compensação do comportamento daquele que tentou tirar a vigência da norma.

Nas palavras de Lesch:

a pena serve para a estabilização de expectativas, expectativas que podem ser abrigadas na vida em sociedade; estas, em caso de defraudação, não devem decair, podendo manter-se contra-faticamente<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 4, com expressa referência a *O Leviatã*, de Thomas Hobbes, p. 238.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 1. Nossa tradução livre para o português.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 43-44, com expressa referência à obra de Karl Binding, *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart* IV, 1877, p. 420 e ss.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 49-50. Nossa tradução livre para o português.

### *A Teoria Funcional da Retribuição da Pena*

Ao contrário de Jakobs que entende que a pena possui caráter preventivo (sua teoria está incluída dentro da ideia de prevenção geral positiva da pena), Lesch se socorre de elementos emprestados das teorias psicanalíticas e desenha o que ele denomina de *teoria funcional da retribuição*<sup>42</sup>.

Lesch, logo de saída, se preocupa em retirar da sua teoria qualquer fim preventivo, tanto que alerta que o termo “prevenção geral positiva” não seria adequado, pois poderia ensejar possíveis confusões com as teorias por ele mesmo aduzidas como sendo preventivo-gerais positivas, e consigna que a sua teoria:

se trata [...] de uma teoria funcional retributiva e compensadora da culpabilidade, que supera a oposição entre a fundamentação absoluta e relativa, e onde o fundamento e o fim da pena se unificam e adquirem não só uma dimensão dialético-hegeliana, como também prático-utilitarista [...]. É absoluta, porque se pena *quia peccatum est* e não *ne peccatur*. É relativa, porque esta punição não é *absoluta ab effectu*, não é um fim em si mesma, mas tem uma função, a saber, a manutenção das condições fundamentais da coexistência social, da identidade normativa da sociedade<sup>43</sup>.

Portanto, para Lesch a pena se fundamenta na necessidade de se atender às defraudações de expectativas, evitando que a sociedades siga a vida sempre esperando conta-faticamente. Para ele, é preciso que a resposta seja não só para aquele que frustrou a expectativa, mas para toda a sociedade.

Desta forma, a pena seria, então, uma reação ao conflito de determinado sujeito com as expectativas de uma vida tranquila em sociedade. Tanto o delito quanto a norma estariam no mesmo nível de significado e a relação entre o delito e a pena seria simbólica, como discurso e réplica.

Assim, para Lesch, a pena adquire a função de esclarecer que o comportamento do infrator que se colocou contrário à norma não marca a pauta e que a norma mantém sim a sua vigência. Ou seja, a pena serve para mostrar ao agente infrator que ele não organizou o mundo da forma correta<sup>44</sup>.

## **O CARÁTER RESSOCIALIZADOR DA PENA**

### **A Escola Sociológica a partir de Von Liszt**

#### *A interpretação patológica da conduta do agente e a pena como fenômeno retrospectivo*

Desde a Idade Média, a pena foi enfrentada como algo reprovável, inclusive do ponto de vista ético (o delinquente era um *perversus homo*)<sup>45</sup>. Foi somente no

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 45 e ss.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 50. Nossa tradução livre para o português.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 45.

final do século XIX que Franz von Liszt inaugurou o que veio a se chamar de Escola Sociológica do Direito Penal<sup>46</sup>.

A partir desse autor, sobreveio a ideia de que o delinquente seria um *enfermo* com necessidade de ressocialização. Passou-se, então a uma interpretação patológica do comportamento desviado e se converteu o infrator num objeto necessitado de educação e ressocialização<sup>47</sup>.

O prisma de análise do Direito Penal deixou de ser somente a ação e passou a ser o próprio agente infrator. Desde então, o que se percebe, como bem alerta Lesch, é que as fundamentações da prevenção geral positiva têm instrumentalizado o infrator em favor da função de polícia do Estado, de tal forma que se abusa deste agente no interesse da defesa de futuros perigos visando disciplinar outros destinatários da norma<sup>48</sup>.

Por outro lado, como já se assinalou acima, a pena é sempre uma resposta a um fato ocorrido no passado. Sua origem é, inegavelmente, um delito anterior praticado por determinado sujeito. Logo, a pena é sempre um fenômeno retrospectivo, não prospectivo, o que acaba colocando as teorias relativas em xeque.

Além disso, o Estado não parece estar legitimado a alterar a personalidade do indivíduo, a impor uma educação, uma cultura, uma forma de agir. A própria ideia de que a pena visa a ressocialização também encontra, neste aspecto, dificuldades primárias enquanto proposta legitimada pelo e para o Estado.

Diante disso, Sérgio Schecaira elucida que é preciso encarar a ressocialização de forma diferente daquela originalmente proposta pela Escola Sociológica:

A ressocialização, porém, deve ser encarada não no sentido de reeducação do condenado para que este passe a se comportar de acordo com o que a classe detentora do poder deseja, mas sim como reinserção social, isto é, torna-se também finalidade da pena a criação de mecanismos e condições ideais para que o delinquente retorne ao convívio da sociedade sem traumas ou sequelas que impeçam uma vida normal. Sem tais condições, o resultado da aplicação da pena tem sido, invariavelmente, previsível, qual seja, o retorno à criminalidade (reincidência)<sup>49</sup>.

Então, para que a pena cumpra sua função social, ela deve criar possibilidades de participação do agente nos sistemas sociais. Esse seria o significado sociológico da função ressocializadora atribuída à pena: a reinserção social do agente infrator.

---

<sup>46</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, v. I, p. 153.

<sup>47</sup> LESCH, Heiko H. *Op. cit.*, p. 46.

<sup>48</sup> *Idem*, p. 47.

<sup>49</sup> SCHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: RT, 2002, p. 146.

Por outro lado, a proposta de reintegração social não pode buscar uma imposição forçada de comportamentos ou valores. Ela deve se contentar, no limite do que lhe é possível, justificável, aferível e legitimado, viabilizar a participação do infrator nos sistemas sociais depois de cumprida a pena. Neste sentido, enfatiza René Ariel Dotti que “o fim da reinserção social deve ser entendido como possibilidade de participação nos sistemas sociais e não como reforma ou metamorfose da personalidade”<sup>50</sup>.

### As dificuldades para que a pena cumpra a missão ressocializadora no Brasil

A par disso, percebe-se que a realidade tem apresentado sérios obstáculos para a efetivação da pretendida ressocialização do indivíduo. As condições precárias e desumanas dos modelos prisionais brasileiros, o convívio com outros criminosos, a escassez de vagas que leva à superlotação das penitenciárias, a ociosidade da maioria dos presos, o despreparo dos agentes carcerários e as condições insalubres das celas têm, dentre muitos outros fatores, contribuído de forma significativa para o afastamento de qualquer reeducação do condenado, afastando o ideal da função ressocializadora da pena<sup>51</sup>.

A vagueza utópica desse ideal ressocializador acarreta em duras críticas dogmáticas quanto à pertinência de sua manutenção como um dos fins visados na imposição da pena.

Soma-se a isso, o fato de que o Brasil é um país periférico, extremamente desigual em diversos aspectos, e com taxas altíssimas de criminalidade. Aqui não há moradia para todos, a maioria da população não goza de boa saúde e a educação é privilégio de poucos. Contudo, é essa maioria, que não desfruta de um mínimo de estrutura social, que compõe o quadro carcerário brasileiro<sup>52</sup>.

O paradoxo está, justamente, em esperar desse sujeito, que pouco ou nada experimentou de expectativa social, que, depois de preso nas condições em que é, se transmute em um cidadão de bem, disposto a integrar uma sociedade da qual ele jamais efetivamente participou.

Júlio Fabbrini Mirabete bem revela esse entrave em que, o que marca a pauta, é a apenas a busca pela manutenção da desigualdade:

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a

---

<sup>50</sup> DOTTI, René Ariel. Execução penal no Brasil: aspectos constitucionais e legais. In: MARCELO JUNIOR, João. *Sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 93.

<sup>51</sup> AMARAL, Cláudio do Prado; BONATO, Patrícia de Paula Queiroz. Os custos da prisionalização no Brasil. *Boletim ICCrim*, n. 287, out. 2016.

<sup>52</sup> IBCCrim. *16 medidas contra o encarceramento em massa*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/medidas-sistemapenal2017>. Acessado em: 11 jun. 2017.

converter-se num microssomo no qual se reproduzem e se agravam as graves contradições que existem no sistema social exterior [...]. A pena privativa de liberdade não ressocializa o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de denominação.<sup>53</sup>

Diante de tudo isso, parece ser mais honesto e mais legítimo, que o Estado pare de repetir o inalcançável *mantra* da missão ressocializadora e assuma que o objetivo primordial da pena é, como sempre foi, apenas a compensação da culpabilidade, a resposta jurídica dada para uma infração penal cometida, e nada mais.

Contudo, essa retribuição, para ser legítima, somente poderá ser dada àqueles sujeitos que efetivamente comungam das mesmas expectativas sociais que vieram a posteriormente romper. Quem está fora do alcance das estruturas sociais que permitem um mínimo de vida digna não pode receber o mesmo reproche daquele que veio a defraudar uma norma a partir de outras premissas de comportamento. Em relação a estes sujeitos que estão *fora*, é necessário que o Estado primeiramente os permita experimentar as mesmas expectativas sociais para que, então, eles possam vir a *pagar a conta* da punição. Do contrário, é fazer com que sujeitos que sempre foram periféricos ao Estado passem a integrá-lo apenas e tão somente quando quebrem expectativas normativas alheias, das quais eles nunca participaram.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se, por um lado, não há dúvidas de que o fim da pena é a busca de uma sociedade tranquila, sem os assombros da criminalidade, por outro, ainda não se tem como certo qual seria o verdadeiro fundamento da pena.

Mas, do que se expôs ao leitor até aqui, ficou evidente que o que sobra como função minimamente coerente da pena estatal é seu papel exclusivamente retributivo.

Como a pena se constitui, sempre, em um fenômeno retrospectivo, as teorias relativas perdem sua coerência lógica. Além disso, em razão dos altos índices de reincidência, tais teorias perdem sua eficiência prática. Soma-se a isso o fato de as teorias relativas não conseguirem explicar a pertinência da aplicação da pena quando o condenado já está devidamente socializado e falta, nestas teorias, explicação que legitime a punição de determinado sujeito, igualmente dotado de dignidade, como forma de se evitar que outros também violem a norma, sem que o primeiro sirva como mero instrumento-objeto à serviço do Estado.

---

<sup>53</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 24.

Como se não bastasse, as apertadas e insalubres celas do nosso sistema penitenciário escancaram a antinomia entre o belo desejo do legislador e a dura realidade. Os rebuscados fundamentos filosóficos que determinaram a imposição da pena como forma de ressocializar o sujeito e evitar novas práticas de crime não alcançaram a finalidade pretendida, o que inviabiliza que se defenda, com um mínimo de honestidade científica, que a pena se funda na prevenção e na ressocialização do condenado.

Todavia, ainda que se assuma de uma vez por todas que a pena nada mais é do que uma forma de retribuição fundada na quebra de expectativas sociais, a sua legitimidade ficará condicionada, sempre, à sua aplicação exclusiva para aqueles sujeitos que compartilhem das mesmas expectativas sociais. Um indivíduo que sempre esteve à margem do sistema estatal, não soboreando os benefícios da vida em sociedade, não poderá receber a mesma retribuição daquele que defraudou uma norma enquanto participante efetivo desse sistema.

Quando essa premissa não for verificada, o Estado não está legitimado a punir. A punição é legítima se, e somente se, o apenado é, antes de tudo, um verdadeiro sujeito de direitos e se ele violou uma norma penal vigente em uma sociedade que ele efetivamente integra. Punir o traficante de entorpecentes que nunca conseguiu ser sequer assistido pelo Estado para tratar da sua saúde por um crime que lesa a saúde pública (da coletividade que ele não integra) é ilegítimo e representa um verdadeiro contrassenso, pois traz esse sujeito para dentro do sistema (penal) somente quando ele rompe com expectativas normativas alheias e existentes em uma sociedade da qual ele nunca fez efetivamente parte.

Não é a pena que irá educar o sujeito. Não é a pena que irá dissuadi-lo de praticar um crime. Não é a pena que irá evitar que a sociedade sofra com a criminalidade. Por isso, não resta outro fundamento coerente para a pena que não seja o seu caráter meramente retributivo, o qual somente será legítimo quando aplicado para aqueles que comunguem das mesmas expectativas sociais.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Cláudio do Prado; BONATO, Patrícia de Paula Queiroz. Os custos da prisionalização no Brasil. *BOLETIM IBCCRIM*, n. 287, out. 2016.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRITO, Alexis Couto de. *O conceito de pena em Jakobs*. Disponível em: [http://esdp.net.br/o-conceito-de-pena-em-jakobs/#\\_ednref7](http://esdp.net.br/o-conceito-de-pena-em-jakobs/#_ednref7). Acessado em: 11 jun. 2017.



- DOTTI, René Ariel. Execução penal no Brasil: aspectos constitucionais e legais. In: MARCELO JUNIOR, João. *Sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.
- IBCCRIM. *16 medidas contra o encarceramento em massa*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/medidas-sistemapenal2017>. Acessado em: 11 abr. 2019.
- JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2000.
- JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2006.
- LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999.
- LUHMANN, Niklas. *A nova teoria dos sistemas*. Trad. Clarissa Eckert Baeta Neves. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997.
- LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, C. B.; SAMIOS, E. M. B. (org.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal*. São Paulo: Atlas, 2000.
- PORTUGAL, Daniela. A autopoiese no direito e o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs na aplicação da lei penal. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/ UFRGS*, v. III, n. 2, 2013.
- PRADO, Luís Régis. Teoria dos fins da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 1, v. 0, 2004.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Canlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Civitas, 2008. t. I.
- ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986.
- SANTOS JR., João Bosco Leite dos. *Critérios jurídico-normativos na determinação da pena – análise dos discursos em torno da finalidade da punição*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- SCHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Pena e Constituição*. São Paulo: RT, 1995.
- SCHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: RT, 2002.

Data de recebimento: 13/07/2019

Data de aprovação: 05/09/2019