

SANÇÃO PENAL: CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS E CONTEÚDO FILOSÓFICO- DOGMÁTICO

GRAZIELLA PEREIRA CARDOSO

*Especialista em Direito Processual
Advogada no NPJ/SAJ do UNIARAXÁ
Coordenadora do Fórum Escola UNIARAXÁ*

Resumo

A sanção penal é corolário jurídico do crime, justificando-se por sua necessidade. Há diversidades de conceitos e definições, ocasionando dificuldades no âmbito dogmático em razão de se guardar a necessária conexão com o direito penal democrático prescrito em nosso ordenamento. Para a doutrina clássica a sanção penal é idealizada com o escopo essencialmente retributivo, sendo vista como um mal que deve recair sobre o autor de um delito para expiação de sua culpa, inadmissíveis em um Estado Democrático de Direito. Rendem-se ao legalismo, motivando suas posições no artigo 59 do Código Penal, o qual, em sua parte final, estabelece como parâmetro para que o magistrado fixe a pena-base o *quantum* necessário para reprovação e prevenção do crime.

Palavras-chaves: Sanção penal – historicidade – filosófico-dogmático.

Abstract

The penalties is legal corollary of the crime, justifying itself for its necessity. It has diversities of concepts and definitions, causing difficulties in the dogmatic scope in reason of if keeping the necessary connection with the prescribed democratic criminal law in our order. For the classic doctrine the penalties is idealized with the essentially retributive target, being seen as one that it must fall again on the author of a delict for atonement of its guilt, badly inadmissible in a Democratic State of Right. They surrender it the legalism, motivating its position in article 59 of the Criminal Code, which, in its final part, establishes as parameter so that the magistrate fixes the penalty-base quantum necessary for reprobation and prevention of the crime.

Key-words: Penalties - historicidade - filosófico-dogmático.

Sumário: 1. Aspectos Gerais. 2. Evolução histórica. 3. Conteúdo filosófico-dogmático - teorias sobre os fins da pena. 4. Prevenção geral e especial – únicas concebíveis dentro de um Estado Democrático de Direito.

1. ASPECTOS GERAIS

Quando se fala em pena, considerada como sanção penal e, portanto, consequência jurídica do delito, é unânime o entendimento de que ela justifica-se por sua necessidade. Afirma Muñoz Conde¹ que sem a pena não seria possível a convivência na sociedade de nossos dias. Fazendo referência à pena de prisão especificamente, lembra Michel Foucault²: “... *conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não, inútil. Entretanto, para certos casos, não vemos o que pôr em seu lugar: Ela é a detestável solução de que não se pode abrir mão*”.

Em sentido propriamente jurídico, a pena é a resposta que uma comunidade politicamente organizada, por meio de um magistrado, opõe ao autor de um fato que usurpa valores considerados, por essa mesma sociedade, fundamentais, visando à manutenção da ordem social e do bem comum; por meio dela, procura-se conter os impulsos egoísticos que conduzem o homem à prática de crimes, assegurando o respeito ao ordenamento jurídico, bem como a reinserção social do *infrator*, na medida em que, pela privação ou restrição de alguns direitos, motiva-o a respeitar as leis e o ressocializa.

Para a doutrina tradicional, a sanção penal é concebida com finalidade essencialmente retributiva, sendo vista como um mal que deve recair sobre o autor de um delito para expiação de sua culpa.

Segundo João José Leal³ “*a pena é uma medida de caráter repressivo, consistente na privação de determinado bem jurídico, aplicada pelo Estado ao autor da infração penal*”.

Valter Rodrigues da Cruz⁴ concebe a sanção penal em dois aspectos.

No aspecto formal, a pena revela-se como consequência jurídica que a lei estabelece expressamente para fatos previstos como delitos; no aspecto substancial, a pena revela-se como meio aflictivo que o Estado impõe ao agente ou omitente em virtude do delito (...). A pena revela-se como meio hábil de

¹ CONDE, Muñoz. *Introducción al derecho penal*. p.33.

² PEREZ. As penas e sua execução no novo Código Penal. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo. jan/dez. 1986. p. 25-26 *apud* BRUNO, Anibal. *Das penas*. p.56.

³ LEAL, João José. *Direito penal - parte geral*. p. 287 *apud* JÚNIOR, Alceu de Oliveira Pinto. *A dosimetria em casos de reincidência*. p. 16.

⁴ CRUZ, Valter Rodrigues da. *As penas alternativas no direito pátrio*. p. 25/26 e 31.

realização da punibilidade, inscrita por necessidade do bem comum, incidente onde outros meios de tutela jurídica não realizaram o equilíbrio social, sendo a reprovação e a prevenção do crime o ideal ético objetivado quando da aplicação.

Magalhães Noronha⁵, por sua vez, citando Soler, define a pena “*como um mal, primeiramente ameaçado e depois imposto ao violador de um preceito legal; como retribuição, consiste na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar delitos (...); o binômio retribuição-prevenção explica a pena*”.

Já Luiz Vicente Cernicchiaro⁶ entende que, substancialmente, “*a pena representa restrição ao exercício de direito do condenado; excepcionalmente, eliminação do próprio direito*”.

A diversidade de conceitos e definições, ao mesmo tempo em que separa conceito e fins da pena, gera problemas no campo dogmático posto que, *data vêniam*, muitos autores não guardam a necessária coerência com o direito penal democrático prescrito em nosso ordenamento, elegendo finalidades retributivas para a sanção penal, as quais são inadmissíveis em um Estado Democrático de Direito. E o fazem, ao nosso entender, porque se rendem ao legalismo, fundamentando suas posições no artigo 59 do Código Penal, o qual, em sua parte final, estabelece como parâmetro para que o magistrado fixe a pena-base o *quantum* necessário para reprovação e prevenção do crime.

Sendo o objetivo desta seção apenas introduzir o presente estudo e apresentar a diversidade conceitual acerca do tema, a nota acima expressa posicionamento próprio, o qual será oportunamente abordado.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

As penas surgiram com os primeiros agregados humanos; de violentas e repulsivas no início, uma vez que exprimiam a vingança do ofendido ou a revolta de todo um grupo social, foram elas se disciplinando com o evoluir cultural e abandonaram seus pressupostos extrajurídicos. Ganhou condição de uma instituição de Direito, sendo transferida para as mãos do poder público, com vistas à promoção da justiça e à manutenção da ordem.

⁵ NORONHA, Magalhães. *Direito penal – parte geral*. p. 226/227.

⁶ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. JÚNIOR, Paulo José da Costa. *Direito penal na Constituição*. p. 99.

A fim de demonstrarmos o evoluir histórico e, por consequência, dogmático-filosófico das sanções penais, seguiremos a tradicional divisão em vingança divina, vingança privada, vingança pública, período humanitário, período criminológico e período contemporâneo, fases ou períodos da história da humanidade, os quais, por razões lógicas, acompanham a evolução dos princípios informadores da vida em sociedade.

Nas sociedades primitivas imperava o que se chamou de vingança divina. Dada a influência da religião na vida dos povos, com toda a sua carga de misticismo e temor aos deuses, todo e qualquer fenômeno natural que de alguma forma prejudicasse determinado grupo era considerado castigo divino. Em razão disso, as penas aplicadas àqueles que desrespeitavam as *regras sociais* eram sobremaneira cruéis dada a necessidade de alcançar a grandeza dos deuses e agradar-lhes, evitando, assim, que novos castigos fossem enviados. Objetivava-se, ainda, a purificação da alma do transgressor.

Consoante assevera Alceu de Oliveira⁷, citando Romeu Falconi:

Ao que se sabe, foi o Código de Manú (Mânara Dharma Sutra), na Índia, o primeiro desses diplomas. O fundamento filosófico desse código era que a pena tinha por escopo a purificação da alma do criminoso, através do que ele poderia reencontrar a bem aventurança.

Evoluindo um pouco, tem-se a fase da vingança privada. Nesse período, a punição não mais ocorria para agradar aos deuses e purificar a alma do criminoso, mas como reação inerente àquele ser humano que é ofendido e/ou agredido e dirigia-se a seu ofensor.

Tolerava-se toda e qualquer espécie de *revide*, ainda que se revestisse este de intensidade e crueldade infinitamente maiores que a agressão inicial. Via de consequência, freqüentes eram as mortes isoladas e comuns a dizimação de tribos inteiras quando os *conflitos* atingiam interesses grupais.

Grande avanço no campo dogmático ocorreu com o surgimento do Talião. Segundo Alceu de Oliveira⁸ “o vocábulo vem de *talis*, expressão de origem latina que significa que a sanção é idêntica ao atentado ou ao dano causado”. A Lei de Talião, incorporada por conhecidas legislações antigas, como é o caso

⁷ JÚNIOR, Alceu de Oliveira Pinto. *A dosimetria em casos de reincidência*. p. 19.

⁸ JÚNIOR, Alceu de Oliveira Pinto. *A dosimetria em casos de reincidência*. p. 18.

da legislação hebraica (Livro do Êxodo), a Lei das XII Tábuas e o Código de Hamurab, trouxe, apesar da repulsa que hoje pode causar significativa contribuição na medida em que introduziu no plano das sanções penais a idéia de proporcionalidade. Tolerava-se a vingança, mas na medida da ofensa; daí o conhecido clichê “*olho por olho, dente por dente*”.

Ainda nessa fase, surgiu o instituto da composição, também adotado nas legislações acima mencionadas. A composição representou a semente da nossa atual reparação civil, haja vista que, para certas ofensas, dispensava-se o Talião e admitia-se a reparação por via da indenização.

Seguindo na história, tem-se a fase da vingança pública. Estando os grupos melhor estruturados, o Estado toma para si o poder de punir aqueles que atentam contra suas leis; as sanções ainda tinham cunho essencialmente retributivo e objetivavam garantir a soberania do governante.

No direito romano e no direito grego, classificavam-se as ofensas em públicas e privadas; as primeiras eram punidas pelo Estado, sendo os métodos ordálicos bastante empregados; as últimas, por sua vez, ficavam a cargo do *pater familias* em Roma e do ofendido na Grécia. Observa-se que a vingança privada, não obstante a concentração estatal da carga punitiva, não desaparecera por completo.

No direito canônico, os crimes eram considerados pecados. A pena aplicada a princípio, apenas a religiosos e religiosas, foi-se estendendo aos leigos à medida que crescia a influência da Igreja. De grande conotação moral, principalmente, no que se refere à purificação da alma do transgressor, introduziu no campo penal as idéias de correção e reabilitação; as penas, apesar de cruéis, não tinham um fim essencialmente retributivo. Nas clausuras, em mosteiros, estão as origens das atuais penitenciárias.

Durante a idade média, predominou o que se chamou de direito penal comum, construído com base nas legislações acima comentadas, e apresentado através da obra dos glosadores, pós-glosadores e práticos, que promoveram a recuperação dos antigos textos.

Com o advento dos governos absolutistas, ganhou o direito penal uma atmosfera sombria, onde o arbítrio *judiciário* não encontrava limites. Conforme assevera Aníbal Bruno⁹:

Nesse longo e sombrio período da história

⁹ BRUNO, Aníbal. *Das penas*, p.88/89 *apud* BITTENCOURT, César Roberto. *Manual de direito penal - parte geral*. p. 30.

penal, o absolutismo da insegurança poder público, com a preocupação da defesa do príncipe e da religião, cujos interesses se confundiam, e que introduziu o critério da razão de Estado no Direito Penal, o arbítrio judiciário, praticamente sem limites, não só na determinação da pena, como ainda, muitas vezes, na definição dos crimes, criavam em volta da justiça punitiva uma atmosfera de incerteza justificado terror.

O Século das Luzes trouxe o período humanitário. Inspirados nas idéias trazidas pelo Iluminismo, em especial Montesquieu, Rousseau, Voltaire e Locke, autores das ciências penais produziram obras que traziam uma reconstrução do modelo de direito penal até então conhecido. Os ideais de igualdade e liberdade fizeram nascer as idéias de prevenção, proporcionalidade e, por conseqüência, humanização das penas, segurança jurídica, garantias individuais, etc.

Destacou-se, pela repercussão de sua obra, Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria. Em seu livro *Dei delitti e delle pene* (1764) defende a segurança jurídica ao sustentar que somente o legislador deve tipificar condutas e cominar penas, reforça a importância da publicidade no controle do poder estatal, repudia penas cruéis e assevera o papel fundamental da proporcionalidade, cultivando as sementes dos ideais de prevenção.

Passado o período humanitário ou clássico, dedica-se a ciência penal ao estudo da pessoa do criminoso, ingressando-se no que se conheceu por período criminológico. Marcaram época Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo. Nessa fase, não obstante o excesso positivista ao, em linhas gerais, considerar o delinqüente como um mal social que devia ser extirpado, bem como o caráter essencialmente utilitarista das penas, surgem as primeiras noções de criminologia, bem como de prevenção especial dada a preocupação com a pessoa do delinqüente.

Por fim, tem-se o período contemporâneo, marcado pelas ramificações e adjacências do Estado Democrático de Direito. Vivemos sob o pálio de um direito penal garantista, em que direitos e garantias individuais ocupam um patamar superior; legalidade, proporcionalidade e individualização constituem os pilares do atual sistema punitivo.

As penas, apesar de muitos ainda afirmarem o caráter retributivo, devem ter fins unicamente preventivos, seja geral, seja especial, e a doutrina em torno do Direito Penal Mínimo, já incorporado a muitos sistemas por meio dos princípios da insignificância e da adequação social, ganha cada vez mais espaço

com os fenômenos da despenalização¹⁰ e descriminalização¹¹.

3 CONTEÚDO FILOSÓFICO-DOGMÁTICO - TEORIAS SOBRE OS FINS DAS PENAS

As sanções penais, por serem institutos extremamente complexos e importantes, dada a repercussão que têm no grupo social onde são impostos e na vida da pessoa sobre a qual recaem, sempre foram objeto de estudo e preocupação. Há muito, pensadores dedicam-se à sua compreensão, fazendo surgir, por consequência, o que se denominou teorias sobre as penas.

Por teorias sobre as penas, entendem-se construções teóricas que versam a respeito dos fins da sanção penal, ou seja, a função que o instituto deve exercer dentro de uma sociedade, bem como os fundamentos que o embasam e justificam.

A evolução do conteúdo filosófico-dogmático da pena, assim como o próprio instituto, esteve intimamente relacionada e acompanhou a evolução do pensamento político, religioso, econômico e social das diversas épocas.

Muñoz Conde¹² agrupa as teorias sobre os fins das penas em três categorias: Teorias absolutas, Teorias relativas e Teorias da união.

3.1 TEORIAS ABSOLUTAS

As teorias absolutas vigoraram, sobretudo, no período de transição do Estado Absolutista para o Estado Burguês. Com um fim essencialmente retribucionista, ou seja, retribuir o mal causado com outro mal, evoluiu de um estágio em que, a princípio objetivavam os castigos honrar a grandeza do soberano, que era o próprio deus, para a necessidade de garantir a manutenção dos interesses econômicos da burguesia, restabelecendo-se a ordem social perturbada e *fazendo justiça*.

¹⁰ Despenalização é, em linhas gerais, o deixar de aplicar a sanção penal a determinada pessoa, autora de um fato típico, mediante a substituição da pena cominada em lei por outra medida. O fenômeno da despenalização foi introduzido em nosso direito, principalmente, a partir de 1999, com o surgimento dos juizados especiais criminais. A tão criticada transação penal, haja vista o desrespeito ao princípio da culpabilidade, é instrumento que materializa a despenalização.

¹¹ Descriminalização: ato legislativo ou judicial que extingue o caráter delituoso de um fato definido pela lei como crime. DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. v. 2. p. 90. A descriminalização é corolário do Direito Penal Mínimo e tem por objetivo dar excelência ao conceito de bem jurídico, considerando-se como tal apenas aqueles valores que a sociedade entende realmente fundamentais.

¹² CONDE, Muñoz. *Introducción al derecho penal*. p.342.

Seus dois grandes defensores foram Kant e Hegel.

Para Kant, que desenvolveu uma filosofia moral fundada no que ele denominou de *imperativo categórico*, não tinha a pena qualquer conotação utilitarista e era imposta pela única e exclusiva razão de ter o indivíduo delinqüido. Definindo como morais apenas aquelas ações que se desenvolvem pela exclusiva razão de traduzirem-se no que é certo, justo e necessário, concebe a sanção penal como um fim em si mesmo, sendo aplicada como conseqüência da prática de um delito – é justo que aquele que ofende a outrem receba a mesa ofensa. Conforme afirma Jason Albergaria¹³ “*é a imposição do mal da pena pelo mal do crime*”.

Hegel, por sua vez, dá à pena uma conotação jurídica. Ao contrário do afirmado por Kant, defende a idéia de que a sanção penal não deve ser vista como simples conseqüência do delito, aplicando-se ao criminoso porque é justo e certo retribuir o mal causado à sociedade. Em sua concepção, o direito é a expressão da vontade geral, sendo o crime, na medida em que viola as leis, uma negação dessa vontade. Dessa maneira, tem a pena, por meio da expiação do criminoso, a finalidade de restabelecer a vontade geral. Exprime todo o conteúdo da doutrina hegeliana sobre a pena sua clássica afirmação: “*o delito é a negação do direito, a pena é a negação dessa negação*”¹⁴.

Ressalvada a divergência de cunho filosófico, nenhum dos dois pensadores atribui à sanção penal finalidades preventivas; concebem-na com cunho expiatório, como um fim em si mesma, retribuindo-se ao infrator o mal por ele causado.

3.2 TEORIAS RELATIVAS

As teorias relativas, pelo fundamento utilitarista que consagram, desenvolveram-se no final do século XVIII, em que pese suas origens remontarem à antiguidade.

Também conhecidas como teorias preventivas, concebem a pena como uma restrição e/ou privação de direitos que deve ser imposta ao criminoso, não para retribuir-lhe o mal causado a outrem ou ao grupo, mas para prevenir a ocorrência de novos crimes; a sanção penal é tida como um instrumento de política criminal.

¹³ ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*. p.20.

¹⁴ CHERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Estrutura do direito penal*. p. 29 *apud* JÚNIOR, Alceu de Oliveira Pinto. *A dosimetria em casos de reincidência*. p. 48.

A finalidade preventiva das penas, conforme desenvolvida por seus teóricos, aparece e atua em dois planos distintos, surgindo, assim, o que se denominou por prevenção geral e prevenção especial. Consoante asseverado por Alceu de Oliveira¹⁵ “no plano abstrato, a pena exerce uma coação psicológica ante a ameaça de reprimenda, levando os membros do grupo social a absterem-se de praticar condutas delituosas (...)”; no plano concreto, “(...) aquele indivíduo que sofre uma pena, vai estar desestimulado a praticar novos delitos.

Dentre os mentores da teoria da prevenção geral, destaca-se Feuerbach. Segundo o teórico alemão, a sanção penal tem como finalidade motivar o grupo social a respeitar o ordenamento jurídico (prevenção geral positiva), na medida em que atua como fator de coação psicológica, fazendo com que os indivíduos não venham a delinquir por medo de sobre si recaírem os castigos prescritos na norma (prevenção geral negativa).

Assenta-se a sua doutrina em dois pressupostos: a intimidação e o livre arbítrio. A intimidação vem com a prescrição, em lei, da sanção; o livre arbítrio é o fundamento utilizado para retirar do direito penal o caráter de instrumento de autoritarismo estatal, na medida em que o homem, ser racional que é, tem plenas condições de sopesar as conseqüências de seus atos, optando, pois, por respeitar o ordenamento jurídico.

A crítica que se faz a essa construção situa-se, sobretudo, no plano pragmático, vez que a simples coação psicológica é eficaz em relação ao chamado *homem médio*, apresentando-se, todavia, inócua frente à *moral* dos delinquentes ditos habituais e/ou profissionais. Segundo Roxin¹⁶ “cada delito já é, pelo só fato de existir, uma prova contra a eficácia da prevenção geral”.

A prevenção especial, por sua vez, teve em Von Liszt seu principal expoente. Ao contrário do que preconiza a prevenção geral, a prevenção especial não tem como objeto imediato a totalidade do grupo social; preocupa-se com o delinqüente, visando, em primeiro plano, a recuperação do criminoso.

A sanção penal tem como fim primário evitar que o indivíduo que praticou um delito, venha a praticar outros, tornando-se, assim, um perigo para a sociedade (prevenção especial negativa); o restabelecimento da ordem jurídica e a motivação geral são preocupações secundárias, objetivando-se, primariamente, a ressocialização e a reinserção social do infrator, na medida em que este é motivado a respeitar o ordenamento (prevenção especial positiva).

¹⁵ JÚNIOR, Alceu de Oliveira Pinto. *A dosimetria em casos de reincidência*. p.50.

¹⁶ ROXIN, Claus. *Sentido y limited*. p. 18. *apud* BITTENCOURT, César Roberto. *Manual de Direito Penal – parte geral*. p. 78.

Segundo Bittencourt¹⁷, a necessidade preventiva especial assenta-se na “ressocialização e reeducação do delinqüente, na intimidação daqueles que não precisam ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis”.

Em suma:

A prevenção geral procura prevenir o crime na comunidade, e a prevenção especial ou individual se dirige ao condenado que, mediante a lição que recebe da pena, deve ser afastado de delitos futuros, para que se adapte¹⁸ às idéias sociais dominantes da comunidade .

3.3 TEORIAS DA UNIÃO

As teorias da união surgiram com o propósito de agrupar em um conceito único fins retributivos e preventivos, haja vista que seus idealizadores atribuíam à unilateralidade a razão pela qual as teorias absolutas e relativas apresentavam-se incapazes de abranger a complexidade do instituto.

Fazendo uma distinção entre fins e fundamentos da pena, seus teóricos elegeram o delito como único e exclusivo critério fundamentador da sanção penal, sendo sua função maior a de proteção à sociedade. Para tanto, afirma Bittencourt¹⁹:

Aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico penal; a pena não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado.

A crítica que se faz a essas construções, conforme assevera Roxin²⁰, é que elas limitaram-se, simplesmente, a justapor as três concepções até então desenvolvidas, não se preocupando com o aspecto lógico e dogmático das mesmas, o que gerou, por conseqüência, um alargar do âmbito de aplicação da pena que descaracteriza o próprio instituto.

¹⁷ BITTENCOURT, César Roberto. *Manual de Direito Pena – parte geral*. p. 80.

¹⁸ ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*. p.24.

¹⁹ BITTENCOURT, César Roberto. *Manual de Direito Penal – parte geral*. p. 82.

²⁰ ROXIN, Claus. *Sentido y límites*. p. 26 *apud* BITTENCOURT, César Roberto. *Manual de Direito Penal – parte geral*. p. 84.

Segundo Fernández Carrasquilla²¹ :

En el tema de las teorías de la unión, hasta llegado a idearse el tríptico de prevención general em la cominación legal, retribución em la imposición judicial e prevención especial em la ejecución penitenciaria, fórmula que se acerca bastante al ideal de los tiempos actuales, pero a la que todavía puede objetar-se que el primer momento (sin duda el más importante) se desentienda de la justicia (social), que es la llamada en primer término a suministrar una razonable proporcionalidad entre delito y pena, sin la cual esta no se puede fácilmente calificar de justa.

4 PREVENÇÃO GERAL E ESPECIAL – ÚNICAS CONCEBÍVEIS DENTRO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No início deste trabalho, quando se tratou da diversidade conceitual acerca da sanção penal, fez-se menção à falta de coerência sistemática, pecado comum à maioria dos autores quando tratam das finalidades da pena adotadas em nosso sistema jurídico-penal.

É muito comum a afirmação no sentido a que, por nosso ordenamento, foram adotadas finalidades preventivas (geral e especial) e retributivas, apontando-se como fundamento para tal o artigo 59 do Código Penal, o qual, expressamente, menciona a necessidade de reprovação do crime.

In verbis:

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,

²¹ No tema acerca das teorias da união, chegou-se até a se idealizar o tríptico prevenção geral na cominação legal, retribuição na imposição judicial da pena e prevenção especial na execução penal, fórmula que se aproxima bastante à idéia dos tempos atuais, mas o que, todavia, não se pode admitir é que o primeiro momento (sem dúvida o mais importante) seja incompatível com a justiça (social), que é invocada ao final do mesmo e que exige uma razoável proporcionalidade entre o delito e a pena, sem a qual não pode a mesma ser qualificada como justa. CARRASQUILLA, Fernández. *Derecho penal fundamental*. p. 88.

esclarecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Reforça-se a falta de coerência de grande parte da doutrina, ainda que o dispositivo legal supracitado fundamente e autorize a defesa de finalidades retributivas.

Vivemos sob a égide de um Estado Democrático de Direito, hoje objeto de estudos e polêmicas em todo o mundo. Nosso ordenamento jurídico, em suas linhas mestras, as quais estão dispostas em nossa Constituição Federal, consagrou tal princípio em seu dispositivo inaugural, elegendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, dentre outros.

A expressão *Estado Democrático de Direito*, mais que um título, traduz-se em forma de organização e estruturação estatal, cujas ramificações adentram pelo ordenamento jurídico e criam raízes nas diversas áreas do conhecimento.

Consagrado em nossa Lei Maior, o princípio do Estado Democrático de Direito serve de fundamento para as legislações ordinárias, devendo as mesmas se desenvolverem de modo a guardar a coerência sistemática exigível a todo ordenamento jurídico.

Corolário do Estado Democrático de Direito, é um Direito Penal de cunho garantista, no qual o exercício da pretensão punitiva, quando necessária, ocorre com irrestrito respeito aos direitos e garantias individuais dispostos no artigo 5º de nossa Constituição Federal.

Por consequência:

*La pena, que es un mal necesario, no debe sobrepasar la medida de la necesidad social (de protección de bienes jurídicos primarios) en que se inspira, ni infligir al reo sufrimientos innecesarios; debe, en suma, ser el menor mal posible para la sociedad y para el delincuente. Su fundamento o razón de ser no es otro que la necesidad sociopolítica de la defensa del orden jurídico y la garantía de las condiciones mínimas de la existencia social pacífica*²².

²² A pena, que é um mal necessário, não deve ultrapassar a medida da necessidade social (de proteção de bens jurídicos primários) na qual se inspira, nem impor ao réu sofrimentos desnecessários; deve, em suma, ser o menor mal possível para a sociedade e para o delinquente; seu fundamento ou razão de ser não é outro que não a necessidade sociopolítica de defesa da ordem jurídica e a garantia das condições mínimas necessárias a uma convivência social pacífica. CARRASQUILLA, Fernández. *Derecho penal fundamental*. p. 88.

Implícito está o princípio do direito penal mínimo, o qual, em sede de sanção penal, foi exposto com singular primor pelo doutrinador colombiano na transcrição supra; dentro de um Estado Democrático de Direito, as penas somente são legítimas se aplicadas de modo e na medida do estritamente necessário para que se atinjam os fins de proteção de bens jurídicos e manutenção da ordem social, esta última, por via da prevenção de delitos.

A razão de ser do direito punitivo dentro de um Estado Democrático de Direito, bem como a consagração constitucional dos princípios da dignidade da pessoa humana e da humanização das penas, desautoriza, para não dizer, proíbe qualquer concepção retribucionista das penas; expiação e sofrimento há muito deixaram de ser legitimados, passando à condição de repudiados, razão pela qual muito nos espanta que a atual doutrina ainda se encontre apegada ao legalismo, sendo capaz de produzir teses que carecem de coerência lógica e adequação sistemática, como as que concebem finalidades retributivas para a sanção penal.

O problema se agrava se considerarmos o atual estágio de desenvolvimento da dogmática penal, em que se reconhece a necessidade da introdução de princípios de política criminal nos diversos ordenamentos, não de modo a colocar de lado as construções sistêmicas, mas para garantir a eficácia dos institutos, adequando-os ao caso concreto, e evitando, assim, a estagnação dos mesmos.

É assombroso que em uma época em que política criminal e sistema jurídico penal²³ andam lado a lado, ainda existam teóricos que, enraizados à letra da lei, defendem finalidades retributivas, esquecendo-se das necessidades preventivas implicitamente dispostas em nossa Lei Maior. Concebê-las como ciências estanques, conforme afirma Roxin²⁴, "*conduz a uma dupla medida, que faz com que possa ser dogmaticamente correto o que é político criminalmente errado e vice-versa*".

A prevenção é, por excelência, a finalidade maior da sanção penal no ordenamento jurídico brasileiro, posto que única concebível dentro de um Estado Democrático de Direito; a cominação e a aplicação das penas objetivam prevenir a ocorrência de novos delitos, seja por meio de uma coerção psicológica geral, motivando as pessoas a respeitarem os valores consagrados por nosso ordenamento jurídico, seja pela submissão do infrator a um tratamento específico, objetivando-se a sua ressocialização e reinserção no seio da sociedade.

²³ Sobre a relação sistema jurídico penal e política criminal, ver Claus Roxin, em *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Renovar. Rio de Janeiro, 2000.

²⁴ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico penal*. p. 17.

Não obstante o respaldo legal dado pela legislação ordinária, qualquer finalidade retributiva não só pode como deve ser ressaçada, sob pena de se retroceder no tempo, voltando-se a um direito penal arbitrário que destoa por completo do nosso atual Estado Democrático de Direito.

A ponderação de Silva Sanches²⁵, pela propriedade, sintetiza o entendimento esboçado.

La función de la penalización solamente puede ser preventiva, es decir, que tiene la finalidad de prevenir futuros delitos y eliminar el conflicto social provocado por el acto (...); la finalidad preventiva de la pena, si no queremos que ésta se desvie hacia lo que caracteriza um régimen policial o totalitario, debe limitar da libertad del delincuente solamente en la medida de su culpabilidad.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sanção penal, conforme explicitado na primeira parte desse estudo, passou, como todos os institutos jurídicos, por um longo processo evolutivo, que acompanhou, guardadas as proporções, o próprio evoluir social.

As teorias sobre as penas, tão discutidas ao longo dos anos, expressam a preocupação dos filósofos e juristas com os fins de medidas coercitivas tidas como necessárias à manutenção da harmonia social.

Constatou-se, indubitavelmente, uma evolução. No entanto, nosso Código Penal ainda conserva um resquício de uma época onde a sanção penal possuía um cunho expiatório, o que hoje, conforme demonstrado, não mais se admite.

Vivemos sob a égide de um Estado Democrático de Direito, o qual, repita-se, vincula todo o ordenamento. Este, para sua própria afirmação e sobrevivência, exige coerência sistêmica. Cabe, pois, aos juristas, neste tocante específico, questionar o legalismo da maior parte da doutrina atual e conceber a sanção penal com a roupagem que lhe foi dada após anos de evolução e a duras penas.

²⁵ A função da sanção penal somente pode ser preventiva, ou seja, que tenha a finalidade de prevenir futuros delitos e eliminar o conflito social provocado pelos mesmos (...); a finalidade preventiva da pena, se não desejamos que esta se desvirtue para o que caracteriza um regime policial ou autoritário, deve restringir a liberdade do delinqüente apenas na medida de sua culpabilidade. SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Política criminal y nuevo derecho penal*. p. 37.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, David Teixeira. *As causas de aumento e diminuição do direito penal*. Tese de Doutorado - Universidade de São Paulo. São Paulo, 1995.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BITENCOURT, César Roberto. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BRUNO, Aníbal. *Das Penas*. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- CARRASQUILLA, Fernandez. *Derecho Penal Fundamental – Tomo II*. Bogotá: Editora Temis – S.A, 1998.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. JÚNIOR, Paulo José da Costa. *Direito Penal na Constituição*. 2 ed. São Paulo: RT, 1991.
- CRUZ, Walter Rodrigues da. *As penas alternativas no direito penal*. São Paulo: Editora de Direito, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 1999.
- JÚNIOR, Alceu de Oliveira Pinto. *A dosimetria em casos de reincidência*. Dissertação de Mestrado. Universidade do Vale do Itajaí. Vale do Itajaí, 2001.
- LISZT, Franz Von. *Tratado de derecho penal – Tomo III*. 3 ed. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1972.
- MUAKAD, Irene Batista. *Pena privativa de liberdade*. São Paulo: Atlas, 1996.
- NORONHA, Magalhães. E. *Direito Penal*. v.1. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- OLIVEIRA, Rodrigo Moraes. *Fatores subjetivos na medição da pena*. Dissertação de mestrado – Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1999.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral*. v.1. São Paulo: RT, 2002.
- ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3ed. Lisboa: Veja, 1998.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – parte general: fundamentos, la estructura de la teoria del delito*. 2 ed. Madrid: Civitas, 1997.

SÁNCHEZ, J. M. Silva. *Política criminal y nuevo derecho penal*. Barcelona: J. M. Bosh Editor, 1997.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VIEIRA, Mara Lúcia Almeida. SANTOS, Pedro Sérgio dos. Análise da Personalidade para fixação da pena: contradições e ilegalidades no artigo 59 do Código Penal. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. Brasília. v. 36. nº 141. janeiro/março. 1999. p. 111/118.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas*. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.