

## DA TEORIA DA PENA

“Desconfie dos paladinos, eles também querem sangue” (Luis Fernando Verissimo)

### **1. Introdução**

- “o direito penal estrutura-se e vive, juridicamente, através de duas realidades nucleares, elementares e indissociáveis, quais sejam: o crime e a pena”<sup>1</sup>;
- “a pena é a principal consequência da prática de um crime (comportamento proibido pela norma incriminadora)”<sup>2</sup>.

#### **1.1. Sanção Penal. Espécies.**

- pena (culpabilidade) e medida de segurança (periculosidade).

#### **1.2. Pena: noção geral**

- “pena é a sanção, consistente na privação de determinados bens jurídicos, que o Estado impõe contra a prática de um fato definido na lei como crime”<sup>3</sup>
- sanção penal, aplicada pelo Estado, no exercício da jurisdição, consistente na privação de certos bens jurídicos daquele que foi considerado em definitivo culpado por uma infração penal (crime ou contravenção penal).

### **2. Finalidades da Pena**

- *os dois lados da história das penas*: “A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um”<sup>4</sup> / “Por outro lado, se a história das penas é vergonhosa, não o é menos a história do pensamento jurídico e filosófico em matéria de penas, que leva grande parte da responsabilidade pelos horrores cometidos”<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> FARIA COSTA, José de. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 14.

<sup>2</sup> FARIA COSTA, José de. *Noções Fundamentais de Direito Penal...*, p. 17.

<sup>3</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. t. III. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 22.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 04 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 355.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal...*, p. 356.

- *problema histórico*: “o problema dos fins da pena criminal é tão velho quanto a própria história do direito penal”<sup>6</sup>.

- *questão permanente*: “O sentido da pena estatal jamais será ‘esclarecido’ de forma simplista e, como problema, jamais será ‘resolvido’. Ele ocupará a ciência do direito penal e também a reflexão séria dos práticos sobre o sentido e a correção de sua atuação à medida que a pena estatal exista”.<sup>7</sup>

## 2.1. Teorias Justificantes / Legitimadoras

a) *Teorias Absolutas (ou Retributivas)* (Kant e Hegel)

b) *Teorias Relativas (ou Preventivas ou Utilitaristas)*;

- prevenção geral e especial / positiva e negativa;

b.1.) *prevenção geral negativa*: dissuasão ou intimidação / contraimpulso certeza de aplicação da pena (Feuerbach e Romagnosi);

b.2.) *prevenção geral positiva*: reafirmação da vigência da norma / confiança normativa (Welzel e Jakobs);

b.3.) *prevenção especial negativa*: neutralização / evitar reincidência (Bentham e Garofalo);

b.4.) *prevenção especial positiva*: ressocialização (Liszt e Ferri).

c) *Teorias Ecléticas (ou Mistas ou Unificadoras ou Unitárias)*

- art. 59 do CP: retribuição, prevenção e ressocialização (corrente majoritária).

## Teorias Contemporâneas

I) *Luigi Ferrajoli* (modelo normativo)

- função política do direito penal com dupla utilidade preventiva: prevenção dos delitos e prevenção das penas arbitrárias.<sup>8</sup>

- prevenção geral negativa (evitação de futuros delitos e de reações informais arbitrárias, públicas ou privadas, ao delito).<sup>9</sup>

II) *Claus Roxin* (teoria unificadora dialética)

- prevenção geral (positiva e negativa) e especial (ressocialização) + elemento retributivo da culpabilidade (limite da pena).<sup>10</sup>

<sup>6</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 89.

<sup>7</sup> HASSEMER, Winfried. Punir no estado de direito. In: GRECO, Luís; MARTINS, António Carvalho (Org.). *Direito Penal como Crítica da Pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 336.

<sup>8</sup> BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Lições Fundamentais de Direito Penal*. 03 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 686.

<sup>9</sup> QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte geral*. v.1. 8 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 403.

III) Günther Jakobs (modelo sistêmico)

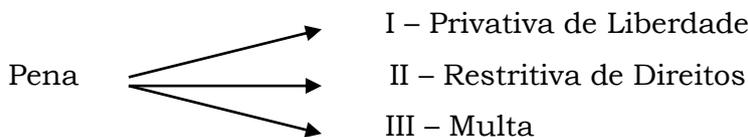
- pena como negação do crime (e negação do sistema normativo) / função de prevenção geral positiva (reafirmação da validade da norma).<sup>11</sup>

2.2. Teorias Deslegitimadoras

d) *Teoria Agnóstica (ou Negativa)* (Zaffaroni e Nilo Batista<sup>12</sup> e Salo de Carvalho<sup>13</sup>)

- objetos declarados X finalidades reais;
- exercício de poder / opção política (“quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que não encontrou, o fundamento jurídico da guerra”<sup>14</sup>);
- crítica criminológica: “frequentemente é ignorado que o Direito Penal repressivo não pode ser nenhuma instituição de reparação comunitária para situações problemáticas sociais e individuais”<sup>15</sup> / “segundo a pesquisa social empírica, os princípios de legitimação preventiva do Direito Penal antes representam princípios de crença do que princípios de ciência”<sup>16</sup>;
- funções concretas: retribuição e neutralização.

**3. Espécies de Pena** (art. 32 do CP)



**3.1 Subespécies de penas:**

3.1.1 Privativas de Liberdade (art. 33 do CP e art. 5º da LCP):

I – Reclusão

II – Detenção

III – Prisão Simples

<sup>10</sup> BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Lições Fundamentais de Direito Penal...*, p. 685.

<sup>11</sup> BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Lições Fundamentais de Direito Penal...*, p. 685.

<sup>12</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, pp. 97 - 113.

<sup>13</sup> CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 143 - 238.

<sup>14</sup> BARRETO, Tobias. O Fundamento do Direito de Punir. In: *Estudos de Direito*. BARRETO, Tobias. Campinas: Bookseller, 2000, p. 179.

<sup>15</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal*. 01 ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 72.

<sup>16</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal...*, p. 73.

### 3.1.2 Restritivas de Direitos (art. 43 do CP):

- I – Prestação pecuniária
- II – Perda de bens e valores
- III – (vetado)<sup>17</sup>
- IV – Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas
- V – Interdição temporária de direitos
- VI – Limitação de fim de semana

### 3.1.3 Multa (art. 49 do CP)

## **4. Disciplina Constitucional**

### **4.1 Penas Permitidas** (art. 5º, XLVI, da CF)

- a) Privação ou Restrição da Liberdade
- b) Perda de Bens
- c) Multa
- d) Prestação Social Alternativa
- e) Suspensão ou Interdição de Direitos

### **4.2 Penas Vedadas** (art. 5º, XLVII, da CF)

- a) De Morte (salvo em caso de guerra declarada)
- b) De Caráter Perpétuo (art. 75 do CP)
- c) De Trabalhos Forçados (“pena de galês”)
- d) De Banimento
- e) Cruéis

## **5. Princípios de Direito Penal Aplicáveis às Penas**

### **5.1. Princípio da Legalidade**

- art. 5º, XXXIX da CF (“...nem pena sem prévia cominação legal”) / art. 1º do CP;
- dimensões: a) *lex scripta* (lei escrita); b) *lex populi* (lei aprovado pelo parlamento); c) *lex certa* (lei taxativa); d) *lex clara* (lei compreensível); e) *lex stricta* (interpretação restritiva / vedação à analogia); f) *lex praevia* (lei anterior ao fato).<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup>“O Projeto de Lei n.º 2684/96 previa no inciso o recolhimento domiciliar. O dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, quando da edição da Lei n.º 9714, de 25 de Novembro de 1998, com o argumento de dificuldade de fiscalização”. (JESUS, Damásio E. de. *Penas Alternativas: anotações à lei n. 9714, de 25 de novembro de 1998*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 55).

## 5.2. Princípio da Irretroatividade

- art. 5º, XL da CF (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”).

## 5.3. Princípio da Humanidade

- “o princípio da humanidade das penas é iluminista, contratualista, moderno. Ele equivale a um divisor de águas entre opressão e libertação, entre barbárie e modernidade, na medida em que, em nome dele, se considera o homem em primeiro lugar e desconsidera-se tudo aquilo que afronta sua dignidade e ‘humanidade’”<sup>19</sup>;

- *referência legal histórica*: Declaração de Direitos de Virgínia (16 de junho de 1776): vedava a imposição de “multas excessivas”, bem como de “penas cruéis ou aberrantes”;

- *referências constitucionais (CRFB)*: “é garantido aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5º, XLIX); vedação às penas cruéis, de banimento, de trabalhos forçados, de caráter perpétuo e de morte (art. 5º, XLVII);

- *referência infraconstitucional*: “Ao condenado e ao internado são assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei” (art. 3º, *caput*, da LEP/Lei n.º 7.210/84);

- *momentos de aplicação*: antes do processo (art. 5º, LXI, LXII, LXIII e LXIV, da CF), durante o processo (art. 5º, LIII, LIV, LV, LVI e LVII, da CF) e na execução da pena (art. 5º, XLVII, XLVIII, XLIX e L, da CF).

## 5.4. Princípio da Individualização

- art. 5º, XLVI da CF (“a lei regulará a individualização da pena”);

- fases: a) legislativa; b) judicial; e c) executiva.

## 5.5. Princípio da Pessoaalidade ou da Personalidade

- princípio da intransmissibilidade ou intranscendência da pena;

- art. 5º, XLV, da CRFB (“nenhuma pena passará da pessoa do condenado”).

## 5.6. Princípio da Lesividade

- o sujeito deve ser punido pelo e conforme o fato praticado;

---

<sup>18</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral: culpabilidade e teoria da pena*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 65.

<sup>19</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 40.

- reconhecimento do direito penal do fato (e não do autor) no exercício do poder de penar.

### **5.7. Princípio da Culpabilidade**

- requisito indispensável à aplicação da pena / juízo de reprovação (juízo de presença/ausência);
- medida à aplicação da pena / grau de reprovação (juízo de quantificação/dosimetria).

### **5.8. Princípio da Necessidade**

- a) Princípio da Necessidade Penal: “nos termos clássicos, o recurso à pena criminal só se justifica se a tutela do bem jurídico não é eficaz mediante outras sanções”.<sup>20</sup>
- b) Princípio da Necessidade Concreta: quando a pena se mostrar desnecessária no caso concreto (à luz das finalidades declaradas pelo art. 59 do CP) e, havendo previsão legal de dispensa, deve ser afastada a sua aplicação. Ex.: perdão judicial (arts. 107, IX c/c 121, § 5º, do CP).<sup>21</sup>

### **5.9. Princípio da Proporcionalidade**

- princípio da proibição do excesso;
- “o princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, uma inaceitável desproporção”.<sup>22</sup>
- art. 59 do CP: binômio necessidade/suficiência para reprovação e prevenção do crime” (implícito).

### **5.10. Princípio da Suficiência da Pena**

- quando uma pena alternativa à privação da liberdade (menos afliativa) mostra-se suficiente para a reprovação e prevenção do crime (finalidades declaradas do art. 59 do CP), o juiz deve afastar a pena de prisão (mais afliativa)<sup>23</sup>;
- a pena de prisão como *ultima ratio* dentre as medidas sancionatórias<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Lições Fundamentais de Direito Penal...*, p. 696.

<sup>21</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral: culpabilidade e teoria da pena...*, p. 66.

<sup>22</sup> FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. v. 1. t. 1: parte geral / Alberto Silva Franco... et al. / 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 14.

<sup>23</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral: culpabilidade e teoria da pena...*, p. 67.

### 5.11. Princípio da Proibição do *Bis in Idem*

- “não pode haver, no mesmo processo de determinação da pena, a dupla valoração jurídica do mesmo elemento”.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Lições Fundamentais de Direito Penal...*, p. 697.

<sup>25</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 322.