

DA TEORIA DA PENA

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

1. Introdução

- *núcleo do direito penal*: crime e pena¹.
- *a pena*: principal consequência da prática criminosa.²
- *direito penal (em sentido formal): elemento caracterizador*: normatividade sancionadora pela pena ou pela medida de correção e segurança.³
- *norma jurídico-penal*: definida pela sanção.⁴
- *teoria da pena* como princípio legitimador do direito penal.⁵

1.1. Sanção Penal. Espécies.

- *núcleo duro*: pena (culpabilidade) e medida de segurança (periculosidade).
- *pena X medida de segurança*: culpabilidade do autor por fato passado X perigosidade (ou periculosidade) do autor voltada a possíveis fatos futuros.⁶

1.2. Pena: noção geral

- *noção geral*: 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).
- *concepção tradicional*:
 - Bruno: “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”.⁷

1.3. A Crise da Prisão

- *fracasso desde a origem*.⁸

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

² FARIA COSTA, José de. *Noções Fundamentais de Direito Penal...*, p. 17.

³ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: parte geral*. t. I. 05 ed. Madri: Marcial Pons, 2024, p. 61.

⁴ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: parte geral*. t. I. 05 ed. Madri: Marcial Pons, 2024, p. 61.

⁵ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal y El Estado de Derecho*. 01 ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 11.

⁶ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: parte geral*. t. I. 05 ed. Madri: Marcial Pons, 2024, p. 62.

⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. t. III. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 22.

⁸ BATISTA, Nilo. Intervenção. In: FERRAZ, Hamilton Gonçalves. *Os 30 Anos do Massacre do Carandiru e o Futuro das Ciências Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 330.

1.4. A Pena como *Prima Ratio*

- pena: de “*ultima ratio*” a “*prima donna*” da “política social”.⁹

2. Finalidades da Pena

- *distinção (teórica) tradicional*: Gustav Radbruch trabalha com a distinção tradicional entre as duas grandes questões da teoria penal: “o problema do fundamento do direito de punir” e “o problema do fim da pena”.¹⁰
- *os dois lados da história*: a tragédia das penas e a vergonhosa reflexão jurídico-filosófica sobre as penas.¹¹
- *problema histórico*: fins da pena e história do direito penal.¹²
- *questão permanente*: o sentido da pena estatal.¹³
- *clássica reflexão de Radbruch*: por algo melhor que o direito penal.¹⁴

2.1. Teorias Justificantes / Legitimadoras

- *justificação (ou legitimação) teórica*: “discurso oficial da teoria jurídica da pena”.¹⁵

2.1.1. Marcos Teóricos Clássicos

a) Teorias Absolutas (ou Retributivas)

- Kant e Hegel.

b) Teorias Relativas (ou Preventivas ou Utilitaristas)

- prevenção geral e especial / positiva e negativa.

⁹ MAIER, Julio B. J.. *Antología. El Proceso Penal Contemporáneo*. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 904-905.

¹⁰ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 06 ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1997, p. 313 – 324.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal...*, p. 356.

¹² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 89.

¹³ 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.

¹⁴ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 06 ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1997, p. 324.

¹⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. 05 ed. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 421-430. Conferir, ainda, as seguintes referências bibliográficas sobre o tema: AMARAL, Augusto Jobim do. Sistema Punitivo e Redução de Danos: por que uma teoria agnóstica? In: _____; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Criminologia e(m) Crítica*. Curitiba: Editora Champagnat – PUC PR; Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013, p. 92-123; CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Brasileiro*. 03 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 73-168; PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Curso de Penologia e Execução Penal*. 01 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 125-146; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal*. v. I..., p. 96.

b.1.) *prevenção geral negativa*

- Feuerbach e Romagnosi;
- núcleo: dissuasão ou intimidação / contraimpulso certeza de aplicação da pena.

b.2.) *prevenção geral positiva*

- Welzel e Jakobs;
- núcleo: reafirmação da vigência da norma / confiança normativa.

b.3.) *prevenção especial negativa*

- Bentham e Garofalo;
- núcleo: neutralização / evitar reincidência.

b.4.) *prevenção especial positiva*

- Liszt e Ferri;
- núcleo: ressocialização.

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

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

2.1.1. Marcos Teóricos Contemporâneos

2.1.1.1. Luigi Ferrajoli (modelo normativo)

- função política do direito penal com dupla utilidade preventiva: prevenção dos delitos e prevenção das penas arbitrárias.¹⁶
- prevenção geral negativa (evitação de futuros delitos e de reações informais arbitrárias, públicas ou privadas, ao delito).¹⁷

2.1.1.2. Claus Roxin (teoria unificadora dialética)

- prevenção geral (positiva e negativa) e especial (ressocialização) + elemento retributivo da culpabilidade (limite da pena).¹⁸

¹⁶ BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Lições Fundamentais de Direito Penal*. 03 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 686.

¹⁷ QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte geral*. v.1. 8 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 403.

¹⁸ BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Lições Fundamentais de Direito Penal...*, p. 685.

2.1.1.3. Günther Jakobs (modelo sistêmico)

- pena como negação do crime (e negação do sistema normativo) / função de prevenção geral positiva (reafirmação da validade da norma).¹⁹

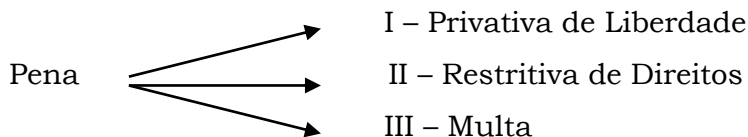
2.2. Teorias Deslegitimadoras

2.2.1. Teoria Agnóstica (ou Negativa)

- marcos teóricos: Zaffaroni e Nilo Batista²⁰ e Salo de Carvalho²¹
- objetos declarados X finalidades reais;
- exercício de poder / opção política
 - Barreto: “quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que não encontrou, o fundamento jurídico da guerra”.²²
 - Bechara: “(...) Em palavras simples, pode-se concluir que a pena é um ato político de violência do Estado”.²³
- crítica criminológica.²⁴
- funções concretas: retribuição e neutralização.

3. Espécies de Pena (art. 32 do CP)

- referência legal: art. 32 do CP



3.1. Subespécies de Penas

3.1.1 Privativas de Liberdade

- referências legais: art. 33 do CP e art. 5º da LCP

¹⁹ BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Lições Fundamentais de Direito Penal...*, p. 685.

²⁰ 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.

²¹ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 143 - 238.

²² BARRETO, Tobias. O Fundamento do Direito de Punir. In: BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 179.

²³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S.. O Sentido da Pena e a Racionalidade de sua Aplicação no Estado Democrático de Direito Brasileiro. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 21, n. 41, p. 01-31, nov./dez. 2018, p. 5.

²⁴ 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. 72-73.

- espécies: I – Reclusão / II – Detenção / III – Prisão Simples

3.1.2. Restritivas de Direitos

- referência legal: art. 43 do CP

- espécies: I – Prestação pecuniária / II – Perda de bens e valores / III – (vetado)²⁵
/ 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

- referência legal: 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 galés”)
- d) De Banimento
- e) Cruéis

5. Princípios de Direito Penal Aplicáveis às Penas

5.1. Princípio da Legalidade

- *referências normativas*: “...nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, XXXIX, da CF) / “não há pena sem prévia cominação legal” (art. 1º do CP);

²⁵“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).

- *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).²⁶

5.2. Princípio da Irretroatividade

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

5.3. Princípio da Humanidade

- *origem*: iluminista, contratualista e moderna: primazia do ser humano²⁷;
- *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*: “é garantido aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5º, XLIX, da CF); vedação às penas cruéis, de banimento, de trabalhos forçados, de caráter perpétuo e de morte (art. 5º, XLVII, da CF);
- *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

- *referência constitucional*: “a lei regulará a individualização da pena” (art. 5º, XLVI, da CF);
- *fases*: a) legislativa; b) judicial; e c) executiva.

5.5. Princípio da Pessoaalidade ou da Personalidade

- *denominação*: princípio da intransmissibilidade ou intranscendência da pena;
- *referência constitucional*: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” (art. 5º, XLV, da CF).

²⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral: culpabilidade e teoria da pena*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 65.

²⁷ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 40.

5.6. Princípio da Materialidade

- o sujeito deve ser punido pelo e conforme o fato praticado;
- 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”.²⁸

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).²⁹

5.9. Princípio da Proporcionalidade

- princípio da proibição do excesso;
- juízo de ponderação: “gravidade do fato” e “gravidade da pena”.³⁰
- 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);³¹
- a pena de prisão como *ultima ratio* dentre as medidas sancionatórias.³²

²⁸ BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Lições Fundamentais de Direito Penal...*, p. 696.

²⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral: culpabilidade e teoria da pena...*, p. 66.

³⁰ FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. v. 1. t. 1: parte geral / Alberto Silva Franco... let al. / 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 14.

³¹ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral: culpabilidade e teoria da pena...*, p. 67.

³² BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Lições Fundamentais de Direito Penal...*, p. 697.

5.11. Princípio do *Ne Bis in Idem*

- *noção geral*: vedação à dupla valoração fático-jurídica no mesmo procedimento de dosimetria da pena.³³

³³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 322.