

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

VANESSA SANTANA GONÇALVES

QUID EST POENA?

ESTUDO DO SIGNIFICADO ONTOLÓGICO DE PENA E DAS RAZÕES DO PUNIR

SOUSA

2013

VANESSA SANTANA GONÇALVES

QUID EST POENA?

ESTUDO DO SIGNIFICADO ONTOLÓGICO DE PENA E DAS RAZÕES DO PUNIR

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Epifânio Vieira Damasceno

SOUSA

2013

VANESSA SANTANA GONÇALVES

QUID EST POENA?

ESTUDO DO SIGNIFICADO ONTOLÓGICO DE PENA E DAS RAZÕES DO PUNIR

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Epifânio Vieira Damasceno

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Orientador: Prof. Epifânio Vieira Damasceno

Examinador

Examinador

AGRADECIMENTO

Há muito que, humildemente, agradecer. Todo o esforço que resultou nesta pesquisa tão importante para a minha formação pessoal não teria sido possível sem o apoio, a inspiração e a colaboração de muitos.

Primeiramente e primordialmente a Deus, pelas tantas quantas bênçãos que derramou em minha vida, desde sempre. Pelo presente da aprovação para o curso de Direito e pelo enorme amadurecimento que experimentei desde aquele ano de 2008.

Ao meu avô João Gonçalves (in Memoriam), pelo firme exemplo de senso de dever e honra.

A meus pais, meus amados pais, que tanto esforço fizeram para que eu concretizasse o sonho de cursar Direito, que tanto exemplo de disciplina, força e fé me deram.

A minhas irmãs e a tia Fátima por tudo quanto foram e fizeram por mim.

A meu amado marido que tanto me apoiou, me orientou e colaborou com meu crescimento pessoal, com o meu aprendizado e com a conclusão desse trabalho.

A meu gentil orientador, pela amizade, pela atenção, direção e correção sem tolhimentos.

Aos mestres C.S. Lewis, Miguel Reale e ao professor Olavo de Carvalho, que foram fonte de inspiração, de força e me ensinaram a cultivar o amor pela sabedoria, agradeço por fim, em menção especial.

“Não devemos ter, conforme aconselham alguns, pensamentos humanos por sermos humanos, nem pensamentos mortais por sermos mortais, mas sim buscar a imortalidade na medida do possível e fazer tudo o que está ao nosso alcance para viver de acordo com a parte mais excelente que há em nós, a qual, sendo pequena em volume, mas muito maior em força e honra, sobrepuja tudo o mais.” Aristóteles

RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar a essência da pena em si. Seu objetivo é geral é encontrar a raiz da ideia de pena, a origem da noção de sua aplicação. Para a realização deste trabalho, parte-se das ideias propostas pelas duas mais importantes teorias punitivas, para se investigar os reais fundamentos da pena e seus consequentes fins. Deste modo, o objeto é abordado pelo método dialético, confrontando-se os principais argumentos das doutrinas divergentes. Por outro lado, a pesquisa adotada é a bibliográfica. O trabalho está dividido em três capítulos: no primeiro apresentam-se os conceitos gerais de sanção e de pena, bem como das teorias absoluta e relativa; no segundo, diferencia-se fundamento de finalidade da pena e confrontam-se os argumentos formulados pelas doutrinas quanto a eles; no terceiro apontam-se as características inerentes a essência metafísica da pena, evidenciando-se a hipótese adequada. Constatou-se que o direito de punir decorre diretamente do direito natural, divino. Percebeu-se que a pena é fundamental a estruturação do sistema punitivo e que, é um conteúdo necessário do direito, a reafirmação da ordem conspurcada pelo crime.

Palavras - chaves: Direito de Punir. Sanção. Fundamentos e Finalidades da Pena. Repressão. Ordem Jurídica.

RESUMEN

El presente trabajo busca demostrar la esencia de la pena en sí. Su objetivo general es encontrar la raíz de la idea de la pena, la origen de la noción de su aplicación. Para la realización de este trabajo, partese de las ideas propuestas por las dos más importantes teorías punitivas, para si investigar los reales fundamentos de la pena y sus consecuentes fines. Así, el objeto es abordado por el método dialéctico, careandose los principales argumentos de las doctrinas divergentes. Por otro lado, la pesquisa escogida es la bibliográfica. El trabajo está dividido en tres capítulos: en el primero se presenta los conceptos generales de sanción y de pena, bien como de las teorías absoluta y relativa; en el segundo, se distingue fundamento de finalidad de la pena y se confronta los argumentos formulados por las doctrinas cuanto a ellos; en el tercero mostrase las características inherentes a esencia metafísica de la pena, evidenciandose la conjetura adecuada. Si tiene comprobado que el derecho de punir sucede de manera directa del derecho natural, divino. Percibióse que la pena es fundamental a la estructuración del sistema punitivo y que, es un contenido necesario del derecho, es la reafirmación de la orden corrompida por el crimen.

Palabras-claves: Derecho de Punir. Sanción. Fundamentos y Finalidad de la Pena. Represión. Orden Jurídica.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 IDEIA DE PENA	12
2.1 DO CONCEITO DE SANÇÃO.....	12
2.2 DO CONCEITO DE PENA	15
2.3 DAS TEORIAS DA PENA	18
3 FUNDAMENTOS DO DIREITO DE PUNIR	25
3.1 DA DIFERENÇA ENTRE FUNDAMENTO E FINALIDADE.....	25
3.2 DA REAFIRMAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA	29
3.3 DA CORREÇÃO DO CULPADO	31
4 AFINAL, A PENA EM ESSÊNCIA O QUE É?	36
4.1 DO INEGÁVEL LIAME METAFÍSICO DAS PENAS.....	36
4.2 É JUSTA MEDIDA DE REPRESSÃO.....	41
4.3 DA SOBERANIA DA PENA	46
5 CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

A lei penal tutela os bens mais caros a sociedade, cuja violação afeta mais fortemente a ordem social. É através da imposição de uma pena que a lei visa combater a ameaça do crime, de modo que para cada delito penalmente previsto está igualmente estimada uma pena.

O fato da pena sempre suscitou muitas discussões doutrinárias, dando origem as mais diversas teorias justificadoras. De outra maneira, se testemunha hoje de um lado, o crescente sentimento social de injustiça causado pela impunidade de muitos criminosos, e de outro o intenso debate sobre os desvios éticos das penas e a conseqüente ineficácia de seu sistema executório, de modo que ganham novo folego os questionamentos acerca da pena, de sua razão de ser e utilidade.

Não tem se mostrado possível encontrar respostas às perguntas que tanto inquietam a sociedade e os juristas, quando se fixa o olhar exclusivamente para estrutura penal já formada. Uma vez que essa estrutura é antecedida por conceitos específicos, advindos das escolas penais. Ou seja, antes da norma posta está a doutrina penal e a filosofia do direito, com suas várias escolas de pensamento e suas conseqüentes teorias.

O vigente sistema de penas, a exemplo, não decorre somente da vontade do legislador que estipulou aquelas punições previstas no Código Penal, advém mais remotamente da adoção de ambas as clássicas teorias punitivas. De modo que, como dispõe o art. 59, a pena, no direito pátrio, é destinada a reprovação e a prevenção do crime.

Assim, o furor social em torno dos problemas punitivos mais visíveis e as atuais divergências doutrinárias mostram que, é apropriada a pesquisa que irá investigar o instituto da pena em si, como sendo os seus fundamentos filosófico-jurídicos, seus fins, seu conceito e a sua real importância.

A verificação das noções mesmas da reprovação e da prevenção do crime se mostra, neste intuito, o caminho básico a ser percorrido. De modo que, a análise

das duas principais teorias da pena, absoluta e relativa, restringirá o estudo a ser desenvolvido.

A investigação não se limitará ao campo da doutrina penalista exclusivamente, pois a ideia de pena é um pressuposto teórico do sistema penal. Ao que, se mostra necessária a investigação do instituto, a partir da filosofia do direito, vez que é a disciplina pertinente aos questionamentos ontológicos no mundo jurídico.

Em vista da especificidade do tema e de sua maior concentração no campo da filosofia jurídica não se delineará todo o desenvolvimento histórico da noção de pena. Ademais, consistiria em imenso trabalho a sua pesquisa, implicando, portanto, em espaço e métodos próprios. Limitar-se-á então, ao período em que se compreenderam as divergências entre as teorias clássicas da pena, embora se vá recorrer a algumas menções históricas específicas, a fim de se elucidar a investigação. Serão tais como, o momento do início da investigação da pena na antiguidade clássica e o das contribuições dos doutores da igreja, Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino.

Pretende-se, na pesquisa que irá se desenvolver, encontrar a raiz da ideia de pena, como sendo a origem da noção de se aplicar uma sanção ao infrator da norma, assim como a sua fundamentação filosófico/jurídica, a sua destinação e importância dentro do sistema penal.

Será recurso desta investigação o uso da palavra castigo como sinônimo de pena, uma vez que, se tratará apenas desta espécie de sanção penal. Pois, apesar de estar compreendida entre as sanções penais também a medida de segurança, esta não tem caráter verdadeiramente sancionatório, consistindo mais em medida terapêutica a qual não se liga a ideia de culpa, própria da noção de castigo.

Neste diapasão, como método de abordagem, se utilizará o método dialético, em que se confrontarão as teorias clássicas da pena, de onde se extrairá as hipóteses possíveis. Além disso, a técnica de pesquisa a ser empregada será a bibliográfica, que atine a análise de parte da literatura existente sobre o tema, mais especificamente dos clássicos defensores das teorias abordadas.

No primeiro capítulo, a pena será situada dentro do gênero sanção jurídica, onde se elucidará brevemente seu conceito e se apresentará as principais teorias existentes, bem como os seus principais expositores.

No segundo capítulo, serão diferenciados os conceitos de fundamentos e de finalidades; e confrontados os argumentos que, em relação a eles, formularam cada tese estudada.

Por fim, se fará no último capítulo, a confrontação dos argumentos relativos à essência da pena, para as escolas estudadas, onde se evidenciará a hipótese suficiente à pesquisa, ao se explicitar o liame metafísico das penas e a real fundamentação do punir.

“As leis que proíbem o homicídio ou o furto são violadas diariamente, e, nem por haver homens e grupos que violem ditas leis, elas devem deixar de existir. Ao contrário, nós podemos dizer, como disse um grande filósofo da Itália no século passado, Rossini, que o Direito brilha com esplendor invulgar onde e quando violado.” Miguel Reale

2 IDEIA DE PENA

2.1 Do conceito de Sanção

Examinar o que é a pena¹ em essência implica em percorrer um longo caminho investigativo. Não se pode, nesse sentido, olvidar que este caminho começa na conceituação dos objetos examinados, uma vez que, como afirmou Cícero (2008, p. 35), “quem propõe elucidar algum tema, deve partir da definição de modo a dar a entender de que está tratando”. Ou seja, não se pode pretender inquirir qual a ontologia da pena sem antes suscitar qual seja o seu conceito, bem como o conceito de sanção, instituto do qual se origina.

A pena vê-se a princípio, é espécie de sanção, mais especificamente, uma forma de sanção penal. Mas o que é a sanção? Que gênero é esse do qual a pena faz parte? Qual a sua relação com a lei? Essas são perguntas que atravessam o caminho investigativo e exigem resposta, a fim de que seja o objeto de estudo devidamente situado dentro do extenso universo da ciência penal.

Das palavras de Miguel Reale (1996, p. 72), extraímos o conceito genérico de sanção e sua origem:

Todas as regras, quaisquer que sejam, religiosas, morais, jurídicas ou de etiqueta, são evidentemente emanadas ou formuladas, da ou pela sociedade, para serem cumpridas. Não existe regra que não implique certa obediência, certo respeito.

As regras éticas existem para serem executadas. Se a obediência e o cumprimento são da essência da regra, é natural que todas elas se garantam, de uma forma ou de outra, para que não fiquem no papel, como simples expectativas ou promessas. As formas de garantia do cumprimento das regras denominam-se sanções.

¹ Usar-se-á no trabalho como sinônimo do termo pena, por vezes, a palavra castigo.

Dessa maneira, constata-se que é da essência de qualquer regra a existência de uma forma de sanção que garanta o seu cumprimento. A regra necessita de uma força que a reafirme, que imponha a todos indistintamente a obrigatoriedade de seu cumprimento.

A sociedade cria diferentes regras para si e por sua causa mesma. Ela pretende a garantia de cumprimento dessas regras por parte de todos os seus membros. Há, porém, regras de diferentes tipos, moral, religiosa, jurídica, todas delas a sua maneira implicam obediência e, portanto, em sanções que garantam o cumprimento daquilo que se determina na regra. De igual maneira, existem tantas formas de sanções como de regras.

As regras jurídicas, como as morais, buscam estatuir uma tábua de valores vigentes a toda sociedade. O que se verifica das regras jurídicas, porém é que, em comparação as regras morais elas conseguem mais fortemente uma ordenação dos valores. Ao criar a norma jurídica, o legislador estabelece a coisa justa em relação àquela tábua de valores, atribuindo-lhe regra e medida.

Quanto à singularidade da norma jurídica assinala Gilberto Callado de Oliveira, citando o Doutor Angélico:

Santo Tomás ensina que “a lei, propriamente falando, não é o direito mesmo, mas uma certa razão do direito”; é a lei que estatui o direito (*Lex statuit ius*). **Falamos aqui da lei jurídica, que não se confunde com as demais normas éticas de conduta humana, pois contém algo de específico e próprio com aquelas características essenciais da juridicidade** [sem grifo no original]. (2008, p. 187)

Ou seja, a lei jurídica guarda profunda ligação com as normas éticas e morais, também reguladoras da conduta humana. Não havendo, entretanto, que se confundi-las, dado que a norma jurídica tem suas próprias especificidades, dentre elas a natureza coativa da sanção jurídica. Esclarece neste sentido Miguel Reale (1996, p. 73):

Há entretanto, aqueles que nem sequer se arreceiam do exame de sua própria consciência, por estarem tão embrutecidos que nela é impossível o fenômeno psíquico do remorso. (...) É nesse momento que se torna

necessário organizar as sanções. O fenômeno jurídico representa, assim, uma forma de organização da sanção.

Desse modo, é natural que todas as normas jurídicas também contenham suas próprias espécies de sanções, visando assegurar a obediência a seus preceitos. Assim, verifica-se a ocorrência dos mais diversos tipos de sanções jurídicas, conforme a natureza mesma da lei.

Das várias espécies de normas jurídicas, é a norma penal que mais fortemente define os valores de um povo. Por outras palavras, é a lei penal que cuida com maior rigor da manutenção da ordem social, de forma que é de se compreender facilmente a natureza mais rigorosa de seus mandamentos e consequentemente de suas sanções. A respeito dessa especialização da lei penal nos afirma Hans Welzel (2003, p. 29):

[...] Esses valores, que radicam no pensar jurídico permanente de uma ação conforme o direito, constituem o substrato ético-social das normas do direito penal. O direito penal assegura sua real observância, determinando pena para aqueles que delas se afastam por meio de ações infiéis, indisciplinadas, desonestas ou desleais. A missão central do direito penal reside, então, em assegurar a valia inviolável desses valores, mediante a ameaça e aplicação de pena para as ações que se apartam de modo realmente ostensivo desses valores fundamentais no atuar humano.

Ou seja, é o direito penal que identifica a sociedade, donde se conclui sua ética, sua honestidade, seus valores fundamentais. No mesmo sentido, brilhante lição de Tobias Barreto, apresenta Edilson Mougnot Bonfim (1997, p. 220):

O direito penal é o rosto do Direito, no qual se manifesta toda a individualidade de um povo, seu pensar e ser sentir, seu coração e suas paixões, sua cultura e sua rudeza. Nele se espelha a sua alma. O direito penal é o povo mesmo, a história do direito penal dos povos é um pedaço da humanidade.

Desse modo, estabelece o direito penal na busca de reprimir o delito, sanções penais prévias e precisas, para as formas de conduta consideradas criminosas, são as penas e as medidas de segurança.

2.2 Do conceito de Pena

Já se disse que o Direito, enquanto ciência social, não é jamais fruto de um trabalho exclusivamente lógico, como aquele empregado nas ciências da natureza. Desse modo, é necessário um trabalho axiológico para compreender o direito. É possível, entretanto, que se considere desnecessária a conceituação de pena, dado que usualmente empregada no meio jurídico. A respeito da importância de se definir o conceito de pena, afirmou Jeremias Bentham (1989, p. 15):

A palavra pena, ou, para evitar desde logo todo o equívoco, a palavra castigo, é uma daquelas que, à primeira vista, parece que não tem necessidade de ser definida: que noção mais clara se lhe pode dar do que a ideia, que todo mundo concebe quando se repete a palavra? Todavia esta noção geral, que parece tão clara, fica sendo vaga, sem explicação;

Assim, a ideia geral que se tem da pena não necessariamente esclarece com completude o seu significado, de modo que se torna imperiosa a sua explicação.

Tratando do tema, o jurista Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 379) conceituou a pena como sendo “a SANÇÃO imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição do delito perpetrado e a prevenção a novos crimes”.

Outros autores destacaram igualmente as características da retribuição e da prevenção ao conceituarem a pena. Fernando Capez, a seu turno, ao formular um conceito para a pena, considera ainda o aspecto da readaptação social. Veja-se:

Conceito de pena: sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade. (2007, p. 359)

Julio Fabrini Mirabete (2001, p. 134), por sua vez, citando Sebastian Soler, afirma:

Para SOLER, “a pena é uma sanção aflitiva imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos”.

Ou seja, dividem-se os autores mais consultados no meio acadêmico, ao terem de atribuir um conceito para o instituto, entre os aspectos retributivo, ressocializador e preventivo. Criando-se certo consenso quanto a uma verdadeira aparência multifacetada da pena.

Ocorre que, tais definições, usualmente dadas a pena, não elucidam o seu significado, atribuem na verdade as particularidades que cada autor considera essencial ao instituto jurídico. Ou seja, defende-se a teoria da pena que se filia, mas não se atribui a sua significação mesma.

Assim, ao conceituar a pena unicamente a partir de seus possíveis objetivos finais, cria-se mais uma ideia vaga e inconsistente, do que se esclarece verdadeiramente o instituto. Afirma taxativamente quanto a isso, Carrara (2002, p. 44):

Difícilmente se podem abarcar com a definição de um objeto, os seus fins e suas causas. As definições geralmente devem deter-se nos caracteres constitutivos do definido. Devem elas ser puramente ontológicas. Aquilo que diz respeito às causas, aos seus efeitos ou à sua racionalidade, concerne ao desenvolvimento da teoria.

Dessa forma, ao se recorrer aos teóricos clássicos do Direito Penal, se encontram diferentemente das noções superficiais dos manuais, precisas lições acerca do significado da pena. Das palavras do mesmo autor:

A palavra pena tem três significados distintos: 1º- em sentido geral, exprime qualquer dor, ou mal que ocasione dor; 2º- em sentido especial, designa um

mal que sofremos por causa de um fato nosso, perverso ou incauto; e desse modo compreende todas as penas naturais; 3º- em sentido especialíssimo, indica aquele mal que a autoridade pública inflige a um culpado em razão de delito por ele praticado. (CARRARA, 2002, p. 43)

Desse modo, na esfera criminal, é o crime o primeiro objeto de investigação. E “quando a ciência criminal passa a considerar na pena o segundo objeto de suas especulações, usa a palavra pena no seu significado especialíssimo.” (CARRARA, 2002, p.43).

Desse ponto de vista a pena é um mal justo, infligido em razão de outro, injustamente perpetrado. De onde se deduz ainda que, a pena nada mais é que um conteúdo necessário do direito, a sua reafirmação, enquanto o delito anterior foi a sua negação.

De outra banda, o clássico civilista francês Raymond Saleilles (1912. p. 27), ao tratar da individualização da pena, aponta:

Todas as nossas concepções racionais nos demonstram que o crime é uma lesão da ordem jurídica estabelecida. A pena é a sanção a essa violação do direito; apresenta-se como uma espécie de compensação pelo sofrimento individual do mal cometido: é o que os alemães chamam de *Vergeltungstrafe*.

Definindo a pena como espécie de sanção, de compensação pelo mal anteriormente cometido, aproxima-se o civilista francês da noção formulada por Carrara.

Aponta ao refletir sobre a Teologia Penal de Santo Tomás de Aquino, o real significado da pena, Gilberto Callado de Oliveira (2003, p. 4):

Crime e pecado se equivalem porque constituem fato culpável, arrogante desprezo da ordem instituída por Deus. Depois, pela fundamentação jurídica esse preceito descansa na ideia de reparação da ordem jurídica conspurcada pelo crime, tendo como fim ordenador a justiça vindicativa. A sanção penal é essencialmente reparatória – e, subsidiariamente, exemplar e medicinal – porque, uma vez transgredida, pelo crime, a ordem jurídica, faz-se necessária a pena *secundum retributionem justitiae*, para que esta retribuição venha a conservar plenamente o equilíbrio e restabelecer a igualdade da justiça comprometida. Subsidiariamente se explica pelo fim providencial de, como exemplaridade, promover o bem da sociedade

privando-a dos detratores da paz e com isso arrefecendo a força contagiosa do exemplo criminoso; e, como medicina, tentar restaurar na consciência moral do agente a defectibilidade de suas más tendências.

Diante disso, vê-se que pena é castigo, em certa medida um mal necessário à reparação da ordem jurídica e a reafirmação da norma penal, haja vista que é espécie de sanção. Não se ignora que o instituto guarda relação com a possibilidade de correção e com a necessidade de inibição de condutas ilícitas, não estando, porém, tais caracteres no centro da definição do que é a pena.

2.3 Das teorias da pena

Diversos Penalistas formularam ideias para explicar a natureza, a medida e a função da pena. Desse modo, encontram-se na dogmática penal inúmeras teorias, algumas mais notáveis e outras menos.

Tratar-se-á neste estudo apenas, entretanto, daquelas mais notáveis, ou seja, das teorias mais expressivas, pois mais solidamente trataram do tema do castigo, daí sua maior expressão doutrinária.

Assim se justifica, pois:

“Seria, porém, matéria para imenso volume a obra de quem quisesse enumerar, analisar, discutir todas as formulas, variadíssimas e antagônicas entre si, pelas quais vagueou, em suas últimas vicissitudes, a doutrina penal. E o fruto da fastidiosa análise seria, muito provavelmente, o perigo da confusão e da perturbação do espírito.” (CARRARA, 2002, p. 15)

O problema do fundamento do direito de punir e da pena em si é mais notadamente um problema jusfilosófico, ao qual é possível relacionar dois grandes grupos de teóricos divergentes, os defensores das teorias absolutas e os das teorias relativas da pena. À teoria absoluta designa-se também teoria da retribuição, enquanto à teoria relativa chama-se ainda de teoria finalista, utilitária ou da prevenção.

Ao tratarem das razões da doutrina adversária, ambos os teóricos geralmente lhe diminuem o sentido dos argumentos. Franz Von Liszt alega peremptoriamente, em relação aos seus debatedores antagonistas:

Durante décadas, a pena retributiva vinha exercendo seu absoluto domínio na *communis opinio* dos penalistas. Seja qual fosse o filósofo em que se apoiasse, em Kant ou em Fichte, em Hegel ou em Herbart, e mesmo quando empenhassem em inocular, artificialmente e destilando a seiva farta, porém em vão, o enxerto da ideia finalista no tronco da árvore da retribuição absoluta, por não dizer a estigmatização científica de todas as teorias que ousaram converter em ponto de partida a ideia de finalidade. (2005, p. 9)

Por sua vez, Francesco Carrara (2002, p. 35), debocha de seus opositores finalistas afirmando:

Não é o Estado quem pode dizer ao delinquente tenho o direito de corrigir-te; gabe-se disso o superior de um mosteiro. É o culpado que tem o *direito* (verdadeiro direito) de dizer ao Estado: Compete a vós a obrigação de aplicar-me uma pena *que me corrija*, sendo-vos negado o poder de submeter-me a uma pena que me degrade e me torne mais corrompido do que me encontro. A fórmula da tutela jurídica, que tão terrivelmente se afigura a alguns correccionalista, é, pois, a única que pode dar um fundamento firme e racional ao próprio sistema deles.

Daí se constata a necessidade de apresentar os argumentos de cada teoria a partir do que seus patronos mesmos expuseram.

Antes, porém, da apresentação das teorias propriamente ditas, é necessário que se faça um breve parêntese histórico, a fim de demonstrar o momento em que o homem passa a questionar a razão do castigo.

O fato do uso da pena remonta às mais antigas épocas, chegando-se a apontar, Rogério Greco (2009, p. 486) que:

Na verdade, a primeira pena a ser aplicada na história da humanidade ocorreu ainda no paraíso, quando, após ser induzida pela serpente, Eva, além de comer do fruto proibido, fez também com que Adão o comesse,

razão pela qual, além de serem aplicadas outras sanções, foram expulsos do jardim do Éden.

Todavia, não desde sempre procurou o homem justificar o fato da pena. No princípio, essa resposta brotava de um impulso sentimental e em seguida de uma natural intuição da razão. Apenas em um segundo momento, na antiguidade clássica, passou-se a se fazer este questionamento. A propósito deste período inicial de aplicação da pena e do que se segue, afirma Francesco Carrara (2002, p. 15):

Lei providencial é esta, de que o homem naquilo é de primeira necessidade à sua condição obedeça à lei superior que o governa, antes que a luz da razão lhe tenha podido esclarecer à mente os efeitos e as causas: mas depois se reconduza à sua sublime natureza de ser racional, acostumando-se a repetir racionalmente, e com melhor ordem, aquilo que antes fazia de modo instintivo. E a propósito desse fato da pena, a humanidade passou ao seu segundo estágio logo que os pensadores dirigiram seu engenho à reflexão da razão do punir.

Assim, passaram os pensadores a refletir sobre a razão do punir. Platão a exemplo, já apresenta em *Górgias* algumas noções daquelas que considera as razões da pena, veja-se:

Sócrates – Vê agora se concordas, em tese, com o que eu disse há pouco, que conforme seja a ação do agente, assim será o sofrimento do paciente.

Polo – Concordo.

Sócrates – Concedido êsse ponto, dize-me se ser punido é sofrer ou agir?

Polo – Sofrer, Sócrates; forçosamente.

Sócrates – Da parte de alguém que atua?

Polo – Como não? Da parte de quem castiga.

Sócrates – E quem castiga com razão, castiga justamente?

Polo – Sim.

Sócrates – E pratica uma ação justa, ou não?

Polo – Justa.

Sócrates – Então quem é castigado em punição de alguma falta, sofre justamente?

Polo – Parece que sim. (1970, p. 321)

Já apresentava desse modo, Platão, aspectos do caráter retributivo da pena.

Concluído este importante recorte histórico, passar-se-á a apresentação da síntese das teorias selecionadas.

Aponta-se que as concepções absolutas de pena têm origem no idealismo alemão, mais nitidamente a partir da *teoria da retribuição ética ou moral* de Kant e das ideias contidas na obra *Princípios de Filosofia do Direito* de Hegel.

Aponta-se, no campo próprio da dogmática penal, BINDING e MEZGER como defensores da teoria absoluta da pena. Pode-se destacar FRANCESCO CARRARA como um dos maiores expositores e defensores. Da obra deste autor, sustenta-se como principais fundamentos da pena como reafirmação da ordem jurídica:

Da doutrina que professamos já indiquei o sólido fundamento, quando há pouco disse ser a pena um conteúdo necessário do direito. Tal ideia será o facho que nos guiará em nosso trabalho, servindo, ao mesmo tempo, para combater as investidas dos adversários. (CARRARA, 2002, p. 16)

Assim, se percebe que a teoria absoluta da pena não trata de mera retribuição, o mau pelo mal. Expõe ainda o autor:

Tal escola está absolutamente concorde em apoiar a ideia fundamental de que a suprema razão de punir se encontra na necessidade da tutela jurídica, isto é, na necessidade de que o direito seja o soberano da humanidade; de que esta soberania seja mantida incólume contra qualquer ataque: e de que, por consequência, o objetivo primário da ordem social, o único essencial a esta ordem, seja a manutenção do primado do direito, do qual as autoridades humanas não são senão passivos instrumentos, enquanto se ocupam da sua proteção. (CARRARA, 2002, p. 19)

Ou seja, para a escola absoluta, funda-se o direito de punir na soberania do direito, o qual guarda profunda ligação com os deveres morais do homem, constitutivo primordial de seu caráter humano, advindos de uma ordem superior, divina.

É lição desta escola ainda, o postulado do livre-arbítrio, de onde se influi que é próprio da natureza humana ter direitos e, portanto ter o dever de agir responsabilmente quanto a estes direitos, salvaguardando-os. Veja-se:

Desse primeiro postulado emerge, espontâneo, o outro: o homem, desde que é um Ser dotado de direitos, tem, justamente com eles, o poder de exercer-lhes a proteção, dentro dos limites da necessidade. É logicamente necessário que o direito tenha por conteúdo indeclinável o poder da própria defesa. Negar isso implicaria uma contradição, porque valeria, ao mesmo tempo, afirmar e negar, dar e tomar. Aquele direito cuja observância e respeito qualquer homem pudesse, ao seu critério, recusar, não mais seria um direito: seria um arbitrário benefício alheio. Mas o homem deve ter direitos, cujo exercício seja livre em suas mãos, isto é, dependente não da vontade alheia, mas da sua própria, porque o direito é essencialmente a liberdade; e essa liberdade é necessária ao homem a fim de que ele possa cumprir na Terra seus próprios deveres. (CARRARA, 2002, p. 23)

Por fim, destaca-se que a teoria absoluta não nega o fato da correção do criminoso como um dos fins da pena, desloca-o, entretanto, do eixo principal em vista de que seja uma possibilidade apenas, um direito que pertence ao culpado. Afirma neste sentido Carrara:

Uma única coisa eu disse e repito, com insistência: a correção do réu deve ser um dos fins da pena, o que o legislador prudente jamais deverá perde de vista. Mas acrescentei, e insisto nisso, que quando a correção do réu entre em conflito com o dever que tem a sociedade de tutelar o direito de cada indivíduo, esse deve sempre prevalecer, não por obediência a um dogma de autoridade, ou amor a uma utopia ascética, mas porque assim o ordenam os direitos dos indivíduos e a necessidade da ordem civil na humanidade. (2002, p. 39)

De maneira completamente diferente, a teoria finalista funda-se na noção da pena como um meio para o bem, a correção do criminoso. Associa-se como defensores dessa doutrina, teóricos como Jeremias Bentham, Feurebach, Garofalo, Roeder.

A pena nada mais é do que meio para obtenção da prevenção geral e especial. Através da prevenção geral se alcança a intimidação da população por meio do exemplo da condenação do criminoso. A prevenção especial a seu turno, se consegue através do retorno harmônico do culpado ao convívio social, quando do não cometimento de novos delitos.

Uma vez que não considera a pena um fim em si mesmo, é também tida esta teoria por utilitária, pois considera o caráter útil da pena à pacificação social.

Dentre os fundamentos que sustenta a teoria finalista, está o de que o crime não é causa da pena, ou seja, não é esta última uma consequência jurídica do crime como afirma a teoria absoluta. Mas ao contrário, o crime constitui mera ocasião para a aplicação da pena e conseqüente meio a obtenção da prevenção geral e especial.

Em importante lição sobre os fundamentos da escola, afirma Jeremias Bentham (1989, p. 20):

Considerando o delito que passou na razão de um fato isolado, que não torna a aparecer, a pena teria sido inútil; seria ajuntar um mal a outro mal; mas quando se observa que um delito impune deixaria o caminho livre não só ao réu, mas a todos os mais que tivessem os mesmos motivos e ocasiões para se abalançarem ao crime, logo se conhece que a pena aplicada a um indivíduo é o modo de conservar o todo. A pena, que em si mesma não tem valia; a pena, que repugna a todos os sentimentos generosos, sobe até emparelhar com os mais altos benefícios, quando a podemos encarar, não como um ato de raiva ou de vingança contra um criminoso ou desgraçado, que se rendeu a uma inclinação funesta, mas como um sacrifício indispensável para a salvação de todos.

Dessa maneira, a pena tem justificativa na doutrina penal enquanto é útil à sociedade e à recuperação do réu, não possuindo razão em si mesma.

Defendendo os méritos da teoria, afirma no mesmo sentido, Liszt (2005, p. 11):

A pena é prevenção por repressão; também poderia dizer que é repressão por prevenção. Com isso, respondeu-se também às perguntas feitas por Binding aos partidários da ideia do fim: “Por que castigamos somente depois de ter sido praticada a delinquência?”.

Assim, a pena não deve somente reprimir, devendo ser vista, para o autor, sob o aspecto de seu fim social, prevenindo novos delitos através da repressão.

À teoria relativa pertence ainda a noção de pena justa, como sendo a pena necessária à consecução de seus fins. Assevera o mesmo autor, quanto a esse aspecto:

A pena correta, vale dizer a pena justa, necessária. Justiça em direito penal quer dizer observância da pena requerida pela ideia do fim. Assim como a pena jurídica em seu caráter de autolimitação da potestade punitiva é fruto da objetivação, chegará à sua perfeição pelo aperfeiçoamento da objetivação. A vinculação total da potestas puniendi por meio da ideia do fim constitui o ideal da justiça punitiva.

A pena necessária é a única pena justa. A pena é meio para um fim. Porém a ideia de fim requer a adaptação do meio ao fim e um máximo de economia no seu emprego. Tal exigência rege, sobretudo, a respeito da pena, pois ela é arma de duplo fio: proteção dos bens jurídicos por meio da lesão de bens jurídicos. (LISZT, 2005, P. 52)

Diante disso, pode-se ultimar que a centralidade das razões da teoria relativa da pena está no aspecto preventivo/corretivo.

De outra forma, verifica-se que alguns integrantes de ambas as escolas flexibilizaram ou adequaram os seus fundamentos as suas próprias ideias. E ainda que, alguns teóricos formularam ideias relativas, combinando os principais argumentos dessas duas teorias, as quais não se abordaram em vista do direcionamento do tema.

“Certos valores brilham com uma luz dominadora em dadas conjunturas, levando indivíduos e povos a vencer algo que, no fundo, seria a sua tendência “natural”. O homem eleva-se ao mundo do valioso graças a seu autodomínio, à sua capacidade única de superar, não só as inclinações naturais dos instintos, como os estímulos rudimentares da vida afetiva. Sob esse prisma o mundo do valioso é o superamento ético”. Miguel Reale

3 FUNDAMENTOS DO DIREITO DE PUNIR

3.1 Da diferença entre fundamento e finalidade

Por tratar do problema substancial da liberdade humana, se pode afirmar que, o questionamento quanto aos fundamentos e finalidades do direito de punir tem um profundo caráter filosófico-jurídico. Em sendo o homem, por sua natureza mesma, destinado a viver em sociedade, é próprio dele a reflexão sobre tudo aquilo quanto legitima seus atos e juízos de valor.

O poder-dever que detém o Estado de aplicar a norma penal chama-se de Direito de punir. Ou seja, o *jus puniendi* constitui na faculdade própria do poder público, de reafirmar aqueles valores soberanos da sociedade, insculpidos na lei penal.

Pode-se, porém, incorrer facilmente em confusão ao tratar dos fundamentos e finalidades do direito de punir. Acerca disto, afirma Carrara, acertadamente:

Frequentemente se confundiu a *finalidade* de um fato com a *razão se sua legitimidade*. Isso também sucedeu em relação à *pena*, e foi fonte de erros. Uma coisa é essencialmente distinta da outra. O estudo do *princípio fundamental* da pena leva a encontrar o *critério essencial* das ações delituosas, isto é, as condições que devam ser encontradas nas ações humanas, para que se possam ser proibidas sem que se caia em arbítrio. (2002, p. 77)

Diante disso, se percebe inicialmente que, o fundamento do direito de punir está diretamente relacionado ao fundamento da própria norma penal, ou seja, daquilo que justifica as proibições contidas na lei.

A efetiva aplicação do *jus puniendi* constitui um ato coativo, exercido contra a vontade de alguém e geralmente executado por meio da supressão da liberdade individual. Nesta identificação, do que legitima eticamente este ato coativo, é então que residem os fundamentos do direito de punir.

Neste aspecto, a validade ética do direito, seu fundamento, encontra nos juízos de valor, próprios da norma jurídica, a sua síntese. Quanto a isso, assevera Miguel Reale (1978, p. 586):

Indagar filosoficamente do fundamento do Direito é estudar os valores enquanto deles resultam fins, cuja atualização possa implicar relações intersubjetivas; é penetrar no mundo das exigências axiológicas para determinar as “possibilidades” de realização de formas de coexistência social que sejam positivas. Consoante os axiomas de Brentano sobre a realização do valioso, reputamos fundadas ou positivadas as convivências que favorecem, por sua inexistência de valores negativos.

Ou seja, os valores representam um ideal de conduta que, no dizer de Miguel Reale (1978, p. 206), “não é projeção da consciência individual, empírica e isolada, mas do espírito mesmo, em sua universalidade”. Esse ideal de conduta transmutado em valores dá fundamento a toda a estrutura penal. Conclui o mesmo autor, dizendo:

Em suma, entendemos por fundamento, no plano filosófico, o valor ou o complexo de valores que legitima uma ordem jurídica, dando a razão de sua obrigatoriedade, e dizemos que uma regra tem fundamento quando visa a realizar ou tutelar um valor reconhecido necessário à coletividade. (REALE, 1978, p. 591)

O arcabouço penal está, portanto, organizado a partir de um trabalho axiológico, de valoração de atos humanos. A lei penal, da qual se extraí a norma “não matar”, por exemplo, nada mais é que a expressão jurídica de uma valoração, neste caso, da vida humana. Se, portanto, da tomada de posição volitiva decorre o sistema penal, constitui o valor, ou os bens eleitos como valiosos, o fundamento mesmo desse sistema.

Diante do fato de que os bens valiosos fundamentam a lei penal, não há que se negar que, a transgressão a essa lei urge reparação como condição mesma de

sua afirmação. Se ao contrário, a tutela daqueles valores fundamentais não se verificasse, em não havendo fundamento no direito de punir o infrator, não haveria sentido, fundamento, para a própria lei penal, ou seja, não teria razão de ser a própria proibição de condutas inoportunas.

O fundamento do direito de punir, ao fim e ao cabo, está, portanto, no ato delituoso que infringiu os valores protegidos pela lei penal. Outra não pode ser a dedução, quando se verifica a inutilidade de uma lei penal que não previsse uma forma de punição para os que a infringissem.

De maneira diversa, mas diretamente relacionada ao fundamento do direito de aplicar a punição, está o fim a que se destina esse mesmo castigo. Uma vez que se constate que, o principio fundamental do *jus puniendi* é o ato delituoso, surge imediatamente o questionamento quanto ao que pretende por fim tal direito de punir.

É inconteste que o delito fere a ordem jurídica e que ignora os valores da sociedade. Se o poder-dever do Estado de aplicar a lei penal está fundado nesta negação de valores, ou seja, no delito, é em relação a ele que se deve pretender um fim.

Afirma, quanto às finalidades no Direito, Miguel Reale (1978, p. 591):

A regra jurídica, portanto, deve ter, em primeiro lugar, este requisito: deve procurar realizar ou amparar um valor, ou impedir a ocorrência de um desvalor. Isto significa que não se legisla sem finalidade e que o Direito é uma realização de fins úteis e necessários à vida, ou por ela reclamados.

Ou seja, desde a edição de um ato normativo já estão ínsitos nele os fins possíveis que a lei pode atingir.

O delito que permanecesse impune traria muitas consequências à ordem social, criaria perigo e acarretaria um sentimento geral de insegurança, além de uma insatisfação no ofendido. Poder-se-ia, diante disso, afirmar que o fim do direito de punir está em reparar o mal sofrido pela vítima, ou ainda em admoestar os cidadãos para o não cometimento de delitos. Quanto a esses tantos fins possíveis, adverte Francesco Carrara (2002, p. 78):

O fim da pena não é que se faça justiça, nem que seja vingado o ofendido, nem que seja ressarcido o dano por ele sofrido; ou que se amedrontem os

cidadãos, expie o delinquente o seu crime, ou obtenha a sua correção. Podem todas essas, ser consequências acessórias da pena, algumas delas desejáveis; mas a pena permanecerá como ato inatacável mesmo quando faltassem todos esses resultados.

Desse modo tem-se que, a reparação do dano e até mesmo a correção do culpado são desejáveis e inegavelmente úteis, mas estes fins possíveis se ligam a lei penal e ao seu fundamento apenas acessoriamente, não se verificando, outrossim, o indubitável liame entre eles e a lei ou o valor violado.

De outra maneira, ao se propor como fim primeiro da punição o restabelecimento da ordem violada pelo delito, se constata o perfeito encadeamento entre valor, lei, pena, ordem e justiça. É possível afirmar isto uma vez que, como diz Miguel Reale (1978, p. 591), “a ideia de justiça liga-se intimamente à ideia de ordem”.

Assegurando a supremacia do restabelecimento da ordem como fim primeiro da pena, diz Carrara (2002, p. 79):

Este dano inteiramente moral cria a ofensa a todos na ofensa de um, porque perturba o sossego de todos. A pena deve reparar esse dano com o restabelecimento da ordem, perturbada pela desordem do delito. O conceito de reparação, com o qual exprimimos o mal da pena, tem em si implícitas as três resultantes da correção do culpado, do encorajamento dos bons e da advertência aos mal inclinados. Mas este conceito difere grandemente do conceito puro da emenda, e da atemorização. Uma coisa é induzir um culpado a não mais delinquir, outra é pretender torna-lo interiormente bom. Uma coisa é recordar aos mal inclinados que a lei executa as suas ameaças, outra é espalhar o terror nos espíritos. O temor e a correção estão implícitos na ação moral da pena; porém, se deles se deseja fazer um fim especial, esta última de desnatura, conduzindo-se a aberrações o magistério punitivo.

Dessa maneira, o fim imediato da pena, por decorrência lógica de seu fundamento e da lei penal, é o restabelecimento da ordem, a conquista do bem social.

Fundamento e fim não se confundem, portanto. Representam diversamente, a fonte precisa de onde emerge o *jus puniendi* e o seu horizonte provável.

3.2 Da reafirmação da ordem jurídica

O argumento da reafirmação da ordem jurídica, proposto pela escola clássica, enquanto razão primordial do direito de punir é complexo e ordenado. Tem-se na verdade, um verdadeiro sistema de ideias que discute e explica a ordem penal, a partir de argumentos típicos, da própria escola.

Passar-se-á agora, a apresentação dos principais argumentos que integram o sistema de ideias que constitui a teoria da tutela jurídica ou da retribuição, como passo necessário da pesquisa.

A primeira proposição que faz essa teoria é a de que, a pena constitui uma consequência do delito, que remonta a própria origem da civilização. Sempre esteve, por conseguinte, presente na consciência do homem a noção de irrogação de um mal justo ao sujeito que violou um direito. Demonstra Carrara (2002, p. 13):

Variaram os modos, os limites, as formas e as condições daquele fato; mas este, em si, jamais cessou, jamais desapareceu, nem mesmo por brevíssimo lapso, da face da Terra. Não houve população, conquanto inculta, não houve intervalo transitório de tempo, embora livre de qualquer freio moral, em que a humanidade não se mostrasse instruída por esse pensamento da irrogação de um mal contra o indivíduo que espezinhara os direitos de seu semelhante.

Deste modo, perseguir a origem da pena considerando-a um instituto jurídico abstrato consistiria apenas em trabalho inútil. A gênese da pena estaria em uma condição de fato, inerente a vida grupal.

Argumenta-se firmemente ainda que, o homem é um ser moralmente livre e em virtude dessa liberdade, também responsável pelas próprias ações, de modo que a transgressão ao Direito é ato da livre convicção do transgressor. Assim também, o fato de punir o violador é ato consciente, de se fazer, porém, coisa certa e legítima. A pena, portanto consistiria em conteúdo necessário do direito.

A soberania do direito e a sua proteção, dentro da teoria da retribuição ocupam lugar central, tornando-se a ideia fundamental na qual está organizada toda a teoria. Afirma Carrara (2002, p. 14) que “a ideia da punição do culpado deve

considerar-se como conteúdo necessário e primitivo do direito, e da natureza, outorgada ao homem, de Ser moralmente livre e responsável pelas próprias ações”.

Daí, o direito de punir tratar essencialmente da reafirmação da ordem jurídica. Verifica-se ainda que, o Estado é apenas executor, enquanto autoridade responsável pela aplicação da punição, que não define a razão do punir vez que, é o próprio direito o soberano do mundo moral.

Acerca do princípio da reafirmação da ordem jurídica fala Gilberto Callado de Oliveira:

Toda a ordem jurídica, que tem suas raízes na lei (*principium ordinis*) (S. Th, I-II, q. 87, a.1) tende à sua própria conservação e defesa, porque é postulado de sua existência mesma. E por essa lei intrínseca de cada ser, que, desejando naturalmente o seu próprio bem (*naturaliter appetit proprium bonum*) (S. Th., q. 47, a.1), assim também naturalmente repele o próprio mal (*naturaliter repellit proprium malum*) (*ibidem*), nenhuma ordem poderia sobreviver sem dispor de mecanismos de reação contra os seus detratores. (2003, p. 4)

Logo, a ordem jurídica conspurcada pelo crime é objeto próprio da sanção que se destina a repará-la, mantendo-se o primado do direito.

Afirma-se também, como postulado, a inviolabilidade da vida humana, de modo que, é inadmissível a pena de morte.

A poder punitivo está ainda, para essa teoria, submetido a limites quanto à atuação da autoridade que detém os meios de exercê-lo. Isso se dá, pois também os culpados detêm direitos. Veja-se:

A proibição se justifica por aquela fórmula, de maneira evidente: encerra-se, ao mesmo tempo, o direito de proibição num círculo de ferro, que não pode ser ultrapassado pela autoridade sem excesso de poder; e a ela se impõe o dever de nada proibir ao homem a não ser o que ofenda os direitos alheios. (CARRARA, 2002, p. 30)

Assim, há para a punição uma justa medida, que não pode ser ultrapassada pela autoridade pública. Há que ser observada quando da determinação da punição, a devida proporção entre o mal perpetrado e aquele necessário para refrear os impulsos delituosos.

A teoria da tutela jurídica pressupõe igualmente, a necessidade da busca da verdade real no âmbito do processo. Se a punição é justa, não se pode aplicá-la a quem não cometeu nenhum mal.

Atrelada a esse pressuposto está também o da publicidade dos juízos, máxima garantia da verdade, empecilho ao julgamento injusto, que para Carrara (2002, p. 32) “é o mais solícito instrumento da exemplaridade e do restabelecimento da opinião da segurança e da inviolabilidade do direito, do qual é o próprio juízo uma primeira reafirmação”.

Diante disso, a fórmula da tutela jurídica corresponde adequadamente à finalidade de reprimir as vontades delitivas, quer nos maus que tencionem reincidir, quer naqueles que, arrastados pelo exemplo da impunidade levem a efeito impulsos criminosos que detinham. E ainda, esta fórmula reprime nas vítimas o impulso da vingança e devolve a sociedade, à ordem que havia sido turbada pelo crime.

3.3 Da correção do culpado

O argumento da correção do culpado, como fim primordial da pena, está por sua vez ordenado diversamente daquele que aponta na tutela jurídica o verdadeiro fim. Não há que se dizer, porém, que não seja igualmente complexo e sistemático, ainda que tenha se organizado a partir da negação de cada pressuposto da tese adversária.

De início, crê a teoria que, toda a história da pena tende a encaminhá-la para uma aplicação finalista na medida em que, constituí um avanço a retrograda e despótica tese da retribuição. Veja-se:

Basta olhar para a história da pena para se convencer da justiça dessa afirmação: toda a evolução do sistema penal, tanto no que tem de bom quanto no que tem de mau, em especial toda a formação e deformação do traço característico da justiça moderna – a pena privativa da liberdade – foi possível, iniciou-se e colocou-se em prática partindo da luta entre as teorias relativas e as absolutas e da luta no próprio seio de umas e outras, isto é, graças à insistência nas finalidades da pena”. (LISZT, 2005, p. 8)

Ou seja, a luta finalista dá corpo à evolução doutrinária.

Funda-se a principio esta teoria, na negação da ideia da pena enquanto retribuição, do “mal pelo mal”. Desse modo, a irrogação de uma pena ao criminoso baseada no argumento de preservação da ordem jurídica seria uma ideia vazia apenas, que não atinge um fim verdadeiramente útil à sociedade. Expõe, contra uma pena retributiva e a favor da teoria utilitarista, Saleilles (1912, p. 30):

Para ela [a teoria retributivista] não há mais que delitos não há delinquentes. É como se a medicina dissesse: não há mais do que enfermidades, não há doentes. As duas formulas se correspondem. Diante dessa concepção, que no fundo era uma concepção de juristas, apresentou-se outra que se desenvolveu, cresceu e está muito perto de se tornar clássica. Eis aqui a fórmula. A pena, diz-se hoje deve ajustar-se menos à gravidade do delito, ao mal realizado, do que à natureza do criminoso. É contrário à justiça infligir um sofrimento inútil a pretexto de justiça.

Dessa forma, pode-se dizer que a pena tem validade enquanto útil à reforma do criminoso, enquanto eficiente em alcançar a prevenção especial e via de consequência à prevenção geral. A prevenção especial é nada menos que a persuasão do criminoso a não mais delinquir ou a tornar-se bom. De maneira semelhante, a prevenção geral é o convencimento da sociedade, através do exemplo do criminoso convertido, da inutilidade de delinquir.

Aduzem os adeptos da teoria, que a pena em si, desprovida da ideia de fim, seria apenas um produto arbitrário das vontades, como parece ser a pena retributiva. Afirma, a esse respeito Liszt (2005, p. 8):

Quem vê na pena um produto arbitrário da sabedoria humana, destinado a impedir ações socialmente nocivas, se inclinará muito facilmente a esperar por uma reforma da legislação penal de cura radical de todos os males sociais, tomando como meta da reforma o aperfeiçoamento do sistema penal ou a sua redução mediante medidas preventivas.

Neste viés, a utilidade do castigo há de definir toda a estruturação do sistema repressivo, devendo cada pena ser apropriada ao seu fim, não havendo que se falar, portanto, de sopesar o mal do crime com o mal da punição. Afirma sobre isso, Saleilles (1912, p. 29):

Portanto, cada pena deve ser apropriada ao seu fim, para que produza o maior efeito possível. Não cabe fixá-la de antemão de um modo estrito e rígido, nem regulá-la legalmente de um modo invariável, já que o fim da pena é individual e deve ser obtido pelo emprego de uma política especial adequada às circunstâncias, mais que pela aplicação de uma lei puramente abstrata, ignorante com relação às espécies e casos que lhe forem submetidos.

Ou seja, a pena é objeto a ser mensurado caso a caso, não com relação ao crime cometido, mas à distância da recuperação pretendida. De forma que, é pressuposto também dessa teoria a perfeita individualização da pena, defendida ardentemente pelo citado autor. Logo, compara-se o criminoso ao enfermo, e o crime a doença. De modo que o tratamento é a chave sintética da doutrina. Veja-se:

Essa adaptação da pena ao indivíduo é o que hoje se chama de individualização da pena. E então, deve-se dizer que não há crimes propriamente ditos, mas criminosos. A medicina não formulou o axioma: “não há enfermidades, mas enfermos”? (SALEILLES, 1912, P. 31)

Portanto, o crime poder-se-ia comparar ao sintoma de um mal social, o que exclui, e é também pressuposto desta tese, o livre arbítrio da conduta delitiva. Aponta o mesmo autor:

O delito cometido ganha, daqui por diante, um valor totalmente distinto do que lhe atribui o Direito Clássico. Deixa de ser o objeto perseguido pela pena; já não é o ato punível. É uma teoria bárbara que recorda o direito de vingança, quando se atacava o autor o dano causado, para fazê-lo expiar o mal que se havia sofrido. **O delito é tem valor como sintoma do instinto criminoso do agente, como revelação de uma natureza perigosa. Não há fatos puníveis, mas indivíduos os quais de deve colocar fora da condição de causar dano, e o delito serve par fazê-lo reconhecer. Tem um valor puramente sintomático.** [sem grifos no original] (SALEILLES, 1912, P. 33)

Assim, não se tem poder de decisão quando do cometimento do delito. Em vista desta exclusão, da liberdade de delinquir, é por consequência, excluído também da teoria todo o viés metafísico da pena. Ou seja, não há que se falar em expiação de culpas haja vista que, o crime não deve nem mesmo ser lembrado no momento do efetivo cumprimento da punição. Esclarece o mesmo penalista:

É o fato de que, uma vez submetido à execução da pena, deve ser tratado muito mais segundo o que é e o que vale, do que segundo o delito que cometeu, que se deve esquecer o crime para não ver além do homem. E sem isso não há recuperação possível. A finalidade da escola penitenciária é a recuperação do condenado. Ora, toda recuperação supõe duas funções: uma negativa de preservação, que consiste aqui em subtrair do homem as influências corruptoras, e a outra positiva, de formação, cuja função consiste em refazer o temperamento moral. Deve consistir, portanto, em adaptar a pena ao temperamento do indivíduo, posto que não há educação possível sem uma exata adaptação dos meios à própria natureza e ao caráter daquele a que se refere. (SALEILLES, 1912, P. 33)

Destarte, a execução da pena tornar-se-ia um processo de educação. Na constituição deste processo, para tanto, estariam inseridas medidas profiláticas, de caráter não carcerário. Veja-se:

Partindo daqui, não se creia, no entanto, que a escola penitenciária se confunde forçosamente como que poderia chamar-se escola celular; o isolamento prolongado é, com efeito, o mais radical e também o mais primitivo dos meios de preservação. Mas é também o mais insuficiente dos meios de educação. Se a educação através da pena deve consistir em colocar o homem submetido a ela em condição de lutar, mais tarde, contra as tentações desse meio e os contatos da vida, é necessário confessar que é um meio muito contraditório livrá-lo de toda a tentação e retirá-lo, inteiramente, da vida social. Se a função cria, ou pelo menos molda o órgão, é verdadeiramente singular que, para preparar o órgão ao seu emprego, ponha-o fora do estado de funcionamento. (SALEILLES, 1912, P. 33)

Com isso, estão perfeitamente fundadas, medidas alternativas a prisão, como as que preveem hoje a Lei de Execuções Penais por exemplo.

A teoria relativa assevera a autoridade do Estado para aplicar o *ius puniendi* e promover a correção do culpado. Aponta Liszt (2005), neste sentido que, somente a pena estatal possibilita se chegar completamente à objetivação necessária para o desenvolvimento futuro da ideia de fim.

Finalmente, das seguintes palavras, se depreende o cerne da ideia de pena útil:

Mas se a correção, a intimidação e a “inocuição” realmente são os possíveis efeitos essenciais da pena, e com isso as formas possíveis de proteção dos bens jurídicos pela pena, é necessário que essas três formas

de pena também correspondam categorias de delinquentes. Pois contra eles e não contra as noções de delitos, é dirigida a pena; o criminoso é o possuidor dos bens jurídicos em cuja lesão ou eliminação reside a natureza da pena. (LISZT, 2005, p. 58)

Logo, a pena é objeto do alcance de três fins, a correção do culpado, a intimidação da sociedade e inocuização daquele primeiro, tornando-o inofensivo; através do tratamento do delinquente, que como tal deve ser classificado, pois nisso reside à razão da pena, não no delito.

“Estamos a algum tempo tentando, como o Rei Lear, conciliar os impossíveis: abdicar de nossa prerrogativa humana e ao mesmo tempo mantê-la. Isso é impossível. Só há duas possibilidades: ou somos espíritos racionais obrigados para sempre a obedecer aos valores absolutos do Tao, ou então não passamos de mera natureza a ser manuseada e esculpida em novas formas para o deleite dos mestres, que por sua vez serão motivados unicamente por seus impulsos “naturais”.” C. S. Lewis

“[...] nada releva melhor a índole dos fins do que a natureza dos meios.” Olavo de Carvalho

4 AFINAL, A PENA EM ESSÊNCIA O QUE É?

4.1 Do inegável liame metafísico das penas

O desenvolvimento desta pesquisa tem buscado mostrar o cerne do debate existente no direito penal, acerca da pena. A ideia da punição suscita, é verdade, apaixonadas posições e ferrenhas discussões doutrinárias, que também são tratadas a partir da filosofia do direito.

A filosofia jurídica é o campo mais adequado para se tratar do tema vez que, a ciência mesma do direito penal consiste em um sistema de regras e princípios, de tipificação de condutas, de estudo do crime já ocorrido e por isso mesmo restrita somente a aplicação da pena a ser cumprida. Ou seja, cuida a doutrina penal do direito objetivo, que já está dado. Afirma, nesta esteira, Miguel Reale (1978, p. 11):

Talvez resida no problema dos pressupostos a principal diferença entre Ciência positiva e Filosofia. Ciência positiva é construção que parte sempre de um ou mais pressupostos particulares; Filosofia é crítica de pressupostos, sem partir de pressupostos particulares, visto como as “evidências” se põem, não se pressupõem.

Em não sendo, a ciência penal, própria a esse tipo de discussão, não há, portanto, espaço dentre dela mesma, para a investigação de seus pressupostos teóricos, como o é a pena. Assim é, pois, como se depreende do próprio nome, pressupostos são antecedentes necessários à própria ciência.

De outra maneira, a filosofia do direito como lembra Miguel Reale (1996), é a base e a cúpula do edifício jurídico, importando tanto nos alicerces da experiência jurídica como no seu sentido unitário e global. Dessa forma, é no campo da filosofia jurídica e não da ciência penal, que se pode desenvolver a investigação sobre os fundamentos do punir e da ontologia da pena.

A teoria relativa da pena negou veementemente a noção do livre arbítrio, contestando que o agente ao cometer o ato delitivo tivesse livre convencimento e, portanto, vontade, de modo que seria ele objeto de impulsos e/ou pressões sociais. Ao negar a liberdade de decidir pelo cometimento ou não do delito, negou a teoria, o princípio moral universal da responsabilidade e transformou por consequência, toda a problemática da criminalidade em mero fato social. Quanto à imperatividade do princípio moral universal da responsabilidade, demonstra o professor Olavo de Carvalho (2001, p. 1):

Se há um princípio moral universal, é aquele que, para abreviar, chamarei “princípio de autoria”: cada um é autor de seus atos. Esta obviedade suprema tem consequências que, embora sejam igualmente óbvias, muitas vezes são negadas na prática. A ocorrência desse fenômeno assinala, nas pessoas envolvidas, uma consciência moral frouxa e autocomplacente. Quem quer que negue implicitamente o princípio da autoria falseia toda a moralidade.

Desse modo, a negação do livre arbítrio é simplesmente a negação da autoria, do poder de escolher e agir conforme essa escolha. Se não há, para a tese relativa, princípio de autoria, não há conseqüentemente a reflexão se a conduta é moralmente condenável.

Tal negação sistemática culmina em uma séria consequência, a negação do liame metafísico próprio da pena. Essa negação se explica a princípio, na inspiração iluminista da escola, que tem como núcleo central o aspecto racionalista imanente.

É claro que, a negativa do princípio da responsabilidade não foi unânime e explícita, apenas a negativa do liame metafísico da pena foi um pressuposto da teoria. Entretanto, o último está indiscutivelmente atrelado ao primeiro.

O resultado da negação de todas essas constantes humanas não poderia ser outro além de um homem diminuído, pelo completo abandono de sua prerrogativa humana. Transformadas as suas atitudes em simples efeito de impulsos

“naturais”, abstrai-se o que é propriamente humano, o que colocava o homem acima da natureza, como de fato está. Brilhante lição, neste sentido, traz Lewis:

Portanto, no momento mesmo da vitória do Homem sobre a natureza, encontramos toda a raça humana sujeita a alguns poucos indivíduos, e estes indivíduos sujeitos àquilo que neles mesmos é puramente “natural” – aos seus impulsos irracionais. **A natureza, livre dos valores, controla os Manipuladores e, por intermédio deles, toda a humanidade. A conquista do Homem sobre a natureza revela-se, no momento da sua consumação, a conquista da Natureza sobre o Homem. Todas as vitórias que parecíamos alcançar nos levaram, passo a passo, a essa conclusão. Todas as aparentes derrotas da Natureza não foram nada mais que recuos táticos.** [sem grifos no original]. Pensávamos estar golpeando-a mortalmente quando na verdade era ela quem estava nos seduzindo. (2005, p. 64)

Ou seja, buscou o homem explicar racionalmente o já primórdio ato da pena, a fim de vencer a noção de que, constituía um simples impulso irracional, natural. Escarneceu e repudiou a vingança privada, sob o argumento de que mais parecia selvageria, mas por fim negou tudo o quanto o elevava daquele nível da pura irracionalidade natural. A tentativa de vencer a natureza, enquanto mera condição material advinda dos apetites humanos se tornou, portanto vã, no exato momento em que se negou o aspecto metafísico da pena.

Abstraiu-se da pena, em consequência, a sua característica mais marcante, mais explícita por sua própria história, a de que a legitimidade da punição decorre do direito do indivíduo, o qual advém da ordem natural. Pondera Gilberto Callado de Oliveira (2003, p. 2), quanto a isso:

Desde as primeiras elaborações sistemáticas, inauguradas pelo espírito iluminista de Beccaria, a política penal se tem curvado a construções dogmáticas que nem sempre interpretam as reais necessidades de inibição de condutas ilícitas, já que alicerçadas em pressupostos positivistas, como o contratualismo e o utilitarismo, dentre outros, derogatórios de um dever de justiça fundado na ordem natural instituída por Deus.

Logo, tal abstração abranda demasiadamente a convicção de que se deve respeitar a ordem, cria uma situação que enfraquece o fundamento da punição e perverte todo o sistema repressivo, relegando-o a mera terapêutica.

Essa desfiguração do sistema repressivo é possível graças à troca propositada da noção de lei da natureza. Quando Miguel Reale (1978), diz que o homem eleva-se ao mundo do valioso graças a seu autodomínio está dizendo por outras palavras, que é na capacidade de superar as inclinações naturais de seus instintos que reside seu aspecto verdadeiramente humano. O homem não se diferencia do animal simplesmente pelo ato de pensar, mas sim pela sua capacidade de discernir entre valores, de tender a ordem, de promulgar seus direitos, inspirado pela ordem superior divina. Elucida a capciosa troca, Francesco Carrara (2002, p. 63):

O direito de punir, que tem a autoridade civil, emana da *lei eterna da ordem* aplicada à humanidade, o que vale dizer, emana da *lei da natureza*. E quando eu digo *lei da natureza, direito natural*, já não entendo por *natureza as condições materiais* do indivíduo humano. Este falso conceito, que gerou tantos erros, leva a confundir os *apetites e as necessidades* do homem individualmente considerado com os *direitos* da humanidade. Os humanos apetites podem, as vezes, ser a revelação espontânea da lei natural, quando racionais, isto é, coordenados ao respeito dos direitos de todos. Mas a lei da natureza não deve ser confundida com a voz que em certos casos a proclama, é ela *precedente* a tais apetites, e não *procedente* deles, do mesmo modo que é precedente a todo fato humano, e a qualquer humana ordenação. A lei da natureza é como a concebia Aristóteles: a lei da ordem, preestabelecida à humanidade pela mente suprema.

Em vista disso, se pode dizer que a doutrina utilitarista, enquanto recusa o livre arbítrio e o princípio da responsabilidade, reduz o homem aos seus aspectos puramente irracionais. Chegando, portanto, a eliminar o direito natural do âmbito da discussão do tema, na tentativa de desconstruir um dos principais argumentos da teoria da retribuição, a origem transcendente do direito de punir.

Não é sem preciosas perdas que se fazem essas proposições. É o que se pretende demonstrar a seguir, expondo o inegável liame metafísico da pena, como já proclamado pela teoria absoluta.

A princípio, se faz necessário esclarecer o que é Direito Natural, para em seguida demonstrar porque dele emana o direito de punir. Neste sentido apresenta-se a seguinte lição:

O Direito Natural, acorde com a doutrina de Santo Tomás de Aquino, repete no plano da experiência social, a mesma exigência de ordem racional que Deus estabelece no universo, o qual não é o caos, mas um cosmos. A luz dessa concepção, a lei positiva, estabelecida pela autoridade humana competente, deve se subordinar à lei natural, que independe do legislador terreno e se impõe a ele como um conjunto de imperativos éticos indeclináveis, dos quais se inferem outros ajustáveis às múltiplas circunstâncias sociais. (REALE, 1996, p. 306)

Por outras palavras, são duas as ordens de leis existentes, a lei natural, dotada de validade por si; e a lei positiva cuja validade está subordinada aquela primeira. Acerca da primazia da lei natural, aponta-se:

Existe uma lei eterna, absoluta, constituída pelo complexo dos preceitos diretivos da conduta externa do homem, revelada por Deus à humanidade, através da simples razão. A existência dessa lei é expressa pelos juristas teólogos com a fórmula – *legem naturalem hominibus imponere Deus et potuit, et debeuit, et voluit*. Não pode ela ser negada sem negar-se uma inteligência na criação, ou negar-lhe os atributos da sabedoria e da bondade. (CARRARA, 2002, p. 64)

Desse modo, a lei natural cede aos homens um conjunto constante e perene de valores, que atribuem legitimidade moral aos preceitos da lei positiva. A ordem social, expressa na lei jurídica, só possui validade em razão daquela, na qual se inspira e obtém seus pressupostos.

A ordem social expressa na lei jurídica é, porém, fundamental, pois a lei natural não detém por si, capacidade, força para afirmar o direito e reparar a sua violação. Esclarece Carrara:

A necessidade dessa ordem, isto é, a efetiva proteção dos direitos humanos, não é satisfeita na sociedade natural, pela dupla razão da falta do poder de afirmar o juízo sobre o direito e sobre a violação, e da impotência material de impedir e reparar a lesão do direito. (2002, p. 65)

Esta dependência é, por conseguinte, necessária e desejada pela própria lei natural, haja vista que a ordem jurídica é o único meio hábil a positivar os direitos do homem.

De outra maneira, não se mostra mais que uma fórmula oca a que pretende a cura do homem mal, mas lhe nega sua humanidade. Esvazia o modo pelo qual pretende chegar ao fim da pacificação social e, portanto, constitui fórmula fadada ao fracasso, dada a natureza medíocre de seus meios.

Santo Tomás de Aquino já pontuava o caráter inato dos primeiros princípios morais, demonstra Callado (2008, p. 43):

A esta propósito Santo Tomás assinala que “o naturalmente inato na razão é tão verdadeiro, que não há possibilidade em pensar em sua falsidade (...) o conhecimento natural dos primeiros princípios foi infundido por Deus em nós, já que Ele é autor de nossa natureza.

Enfim, desse modo se pode demonstrar o inegável liame metafísico das penas:

A pena não é mera necessidade de justiça, a exigir a expiação do mal moral. Somente Deus tem a medida e o poder bastante para exigir a expiação devida. Não é ela mera defesa que o interesse dos homens procura para si, a expensas dos demais. Não é o desabafo de um sentimento humano, visando a tranquilizar os espíritos diante do perigo de futuras ofensas, a pena não é mais que a sanção do preceito ditado pela lei eterna, que sempre se ocupa com a conservação da humanidade e com a tutela dos seus direitos, sempre procede segundo as normas do justo e sempre corresponde ao sentimento da consciência universal. (CARRARA, p. 64)

É então, somente em uma dimensão essencial do homem que se pode falar em direito de punir, em pena. Não para lhe aplicar uma correção divina, mas por dependência real do direito humano ao divino.

4.2 É justa medida de repressão

Uma vez que reste inegável a procedência metafísica da pena, há que se ponderar de uma vez, se se trata de meio à correção do culpado ou de justa medida de repressão.

Apesar de a teoria relativa não considerar o aspecto metafísico da pena, nela se encontra mais uma contradição, ao dizer que a pena é simples meio para a correção do criminoso. Não faria a teoria, tal postulada, sem cair em erro. Como se verá a seguir.

Cair-se-ia em contradição ao considerar válida a teoria, pois, se as causas que levam o homem a cometer o delito e tornar-se um criminoso não são mais que fatores sociais externos ou mesmo naturais, não há de modo algum, o que necessite ser tratado naquele delinquente. Se a origem do crime está no meio e não no homem, é o meio que necessita ser mudado e por isso não há que se falar regeneração.

Há, pois, possibilidade de correção sem uma reflexão moral? É o criminoso, de outra maneira, apenas um reflexo de impulsos e instintos? Responde Edilson Mougnot Bonfim (1997, p. 111):

Ciência Penal não é só a interpretação hierática da lei, mas, antes de tudo e acima de tudo, a revelação do seu espírito, a compreensão do seu escopo, para ajustá-lo a fatos humanos, a almas humanas, a episódios do espetáculo dramático da vida. **O crime não é somente uma abstrata noção jurídica, mas um fato do mundo sensível, e o criminoso não é um impessoal “modelo de fábrica”, mas um trecho flagrante da humanidade** [sem grifos no original].

É dizer, se trata a ciência penal do drama humano, não se pode afastar de seu âmbito a reflexão moral, própria do ser humano. Por conseguinte, se o criminoso faz parte desse drama, é também dotado de vontade, de livre-arbítrio, ou seja, passível de reflexão moral. Por este viés, se vê a incongruência de se pretender a correção de um suposto homem impessoal, vazio.

Se restar impossível a possibilidade de correção de um homem impessoal, se pode deduzir a existência do livre arbítrio e, portanto do princípio da responsabilidade. Isso endossa a teoria da pena como justa medida de repressão.

De outra maneira, ainda é preciso suscitar por quais razões outras a pena deve ser entendida como repressão.

Primeiro, esclareça-se que:

Reconhecido o sistema penal como emanção da lei da natureza, deve ele, em consequência, ser ordenado de conformidade com aquelas condições que são inatas à fonte de que deriva. Qualquer sistema penal que se desvie de uma de tais condições é injusto, antipático, e deve resultar danoso; porque as normas da lei eterna são absolutas e impreteríveis. (CARRARA, 2005, p. 73)

Ou seja, reside a justiça da lei penal na sua emanção da lei natural, pois advinda da justiça ideal, do direito natural.

Ainda, a pena meramente corretivo-preventiva não corresponde à necessidade social de contenção do crime e de segurança uma vez que, não reafirma o preceito moral contido na lei penal. Se a soberania da lei se afirma através de uma sanção que reveste a primeira de coercibilidade e, portanto, garante a sua existência, não há como afirmar verdadeira a teoria que pretende esvaziar da pena, esta natureza garantidora.

Uma vez que a pena é espécie de sanção jurídica, própria do sistema penal, é ela por evidente, como todo gênero a que pertence uma força coatora voltada a garantir a primazia da lei. Se fosse de maneira diversa, não teriam validade às leis penais ou quaisquer outras que, apesar de necessitar se afirmar ainda assim não previssem uma forma de sanção a seus violadores.

De igual maneira, ao se enxergar no criminoso apenas um homem a ser tratado, a ser simplesmente reintegrado à sociedade por meio de pequenas trocas, como as remissões e os indultos, não se alcançará a verdadeira correção, mas ao contrário, se entregará em suas mãos o perfeito artifício para escapar do sistema: a barganha. Sobre isso, se afirma:

Materialmente inexecutável, o método das recompensas, como meio de impedir os delitos, seria também vão e derrisório para as paixões que impelem ao delito, as quais, na satisfação do apetite sensível, representam aos olhos do homem por elas seduzido uma vantagem muito superior à do prêmio prometido pelo Estado, seja ele sensível ou supra-sensível. (CARRARA, 2005, p. 69)

Fica claro assim que, a pena fundada apenas na noção de utilidade é um instituto vazio.

Mais ainda, há o fato de que ao se ignorar o crime, como propõe a tese da correção, menospreza-se o efeito que ele causa na sociedade, de forma que se

pode dizer que, no intuito de tratar, de reparar o criminoso, se abandona o homem probo e não se repara a ordem. Isso tudo resulta no descrédito da lei, na falta de fé na justiça, na insegurança social, na vergonha pelo homem honesto. Já demonstrou Rui Barbosa:

Sinto Vergonha de Mim
(...)
De tanto ver triunfar as nulidades,
De tanto ver prosperar a desonra,
De tanto ver crescer a injustiça,
De tanto ver agigantar-se os poderes nas mãos dos maus,
O homem chega a desanimar da virtude,
A rir-se da honra,
A ter vergonha de ser honesto (*apud*, AQUINO, 2007, p. 212)

Por si, tais constatações já corroboram bastante o real caráter repressivo da pena, porém, ele também se afirma sozinho.

Tratando Francesco Carrara dos direitos outorgados ao homem pela lei natural, afirma:

Da necessidade absoluta em que se encontram os homens, de gozar desses direitos, é consequência obrigatória a de, mesmo coativamente, exercitar-lhe a tutela, contra aqueles que por um impulso perverso violem o dever, a todos reciprocamente estabelecido, de respeitá-los. O conteúdo obrigatório de todo direito é a faculdade de defendê-lo contra qualquer ataque alheio injusto. (2002, p. 65)

Por conseguinte, é inerente aos direitos do homem, o poder da sua defesa, como demonstrado quando se apontou a dependência da lei em relação à sanção. Ao direito de propriedade, por exemplo, também proclamado na lei penal, é inerente o poder de se reafirmá-lo por meio da ameaça da pena, contra aquele que o violar. Se não tivesse o homem o poder de defender os seus direitos, não se adiantaria proclamá-los, uma vez que nada afirmaria a sua inviolabilidade.

Quando por meio da pena, se reafirma a inviolabilidade de um direito, se intimida de outra forma aqueles que tentados pelo sucesso do delito, se veriam estimulados a também delinquir. Veja-se:

O conceito da reparação, com o qual exprimimos a pena, tem em si implícitas as três resultantes da correção do culpado, do encorajamento dos bons e da advertência aos mal inclinados. Mas este conceito difere grandemente do conceito puro de emenda, e do da atemorização. Uma coisa é induzir um culpado a não mais delinquir, outra é pretender torna-lo interiormente bom. Uma coisa é recordar aos mal inclinados que a lei executa suas ameaças, outra é espalhar o terror nos espíritos. O temor e a correção estão implícitos na ação moral da pena; porém se deles se deseja fazer um fim especial, esta última de desnatura, conduzindo-se a aberrações o magistério punitivo. (CARRARA, 2002, p.20)

Consequentemente, a reparação do mal promovido pela pena serve eficazmente a intimidação social. É a justa punição que demonstra o erro em delinquir e que acalma os ânimos do ofendido. É também, quando reprimido o delito que se indica aos que agem conforme a lei, que estão eles atuando corretamente; demonstrando-se o desvalor do crime, ao se asseverar o valor da conduta conforme o direito.

Os direitos mais importantes do homem, insculpidos na lei penal, buscam a sua conservação, isso já está claro. A manutenção da ordem expressa naquela lei é obtida, no entanto, somente através de uma pena retributiva, proporcional à ação que violou aquela ordem. Veja-se:

O fio condutor dessa doutrina reside na lei intrínseca de qualquer entidade ordenadora, que tende à sua própria conservação e defesa e a reprimir a quem contra ela se insurge. Explica o Santo Doutor que “tudo o que está contido numa certa ordem se unifica, de algum modo, em dependência do princípio da ordem. Por onde e conseqüentemente, o que se insurge contra uma ordem determinada será reprimido por ela ou por quem é seu princípio”. (OLIVEIRA, 2003, p. 3)

De igual maneira, assevera Carrara (2002, p. 26):

Assim, a pena que em nada remedeia o mal material do delito, é terapêutica efficacíssima e única para o mal de ordem moral. Sem ela, os cidadãos, que pela repetição das malfeitorias sentiriam cada dia mais esvair-se a própria segurança, seriam constrangidos ou a entregar-se às violentas reações privadas, perpetuando a desordem e substituindo o governo da força ao da razão, ou a abandonar uma sociedade incapaz de protegê-los.

Assim sendo, por decorrência lógica da ordem penal se impõe a existência da pena, como princípio reparador daquela. Daí, o bem social transmutado na ordem ser o fim último da punição e se dizer que ela é, sem dúvida, justa medida de repressão.

4.3 Da soberania da pena

À percepção de que o direito de punir advém de uma origem transcendente se liga a de que, conseqüentemente, a pena é um instituto inato. Ou seja, o direito de punir o mal foi e ainda é permanente na consciência humana.

A história da pena não é de fato uniforme todo o tempo, tampouco foi ela racionalmente concebida em todos os lugares. O que se percebe, porém é que, sempre houve enquanto o homem vivia em grupo, a ideia, ainda que primitiva, da pena.

A princípio, concorda a maioria dos autores em afirmar que havia apenas a vingança privada, que nada mais era que uma forma de represália instintiva, que se tornava, nos mais das vezes, uma guerra familiar. Explana Oliveira (1996, p. 194):

A vindita primitiva, ou, segundo a expressão de Enrico Ferri, vingança defensiva, surge como forma germinal de exercício penal. Tais eram as reações instintivas e primordiais contra o ofensor por parte do ofendido, pertencendo a este, por direito, a iniciativa exclusiva da vingança, senão que estivesse morto, e neste caso seus parentes assumiam a represália, para então exercer a vingança de sangue. Enquanto vingança privada, os particulares se arrogavam o direito, e até mesmo o dever, de vingar as ofensas que lhe eram feitas. “É como os indivíduos se achavam estreitamente ligados à família a que pertenciam, a ofensa ou era apreciada pelo chefe da família (que tinha o poder despótico sobre os seus membros), quando o ofendido e o ofensor pertenciam à mesma família; ou dava lugar a um atrito e à conseqüente guerra entre duas famílias – a do ofendido e a do ofensor – que, as mais das vezes, só terminava pelo extermínio de uma delas”.

Revela-se assim, como a noção de não se deixar impune o mal perpetrado esteve sempre presente, até mesmo nos homens tidos por mais primitivos. É

necessário, porém, guardar a devida proporção entre a ideia primitiva de se infligir uma “pena” e a necessária racionalização que detém o moderno entendimento.

Quem pode, porém, afirmar que os primitivos homens não eram impelidos por razões morais à vingança privada? Responde Carrara (2002, p. 51):

Assim, como estivessem a humanidade destinada, pela lei da natureza, a encontrar a sua ordem na sociedade civil, foram os primeiros homens impelidos ao mútuo e permanente consórcio, pela atração de uma necessidade moral, indefinidamente sentida, a qual precedeu o cálculo e a observação dos resultados benéficos, que, depois, racionalmente demonstraram a necessidade de viver, como vivemos, no Estado.

E ainda, Oliveira (1996, p. 196):

Vemos que as reações vindicativas não se cingem somente a um juízo sobrenatural e totêmico, intrinsecamente voltados aos múltiplos cânones sagrados de que os povos selvagens eram os mais ardentes porta-vozes, nem à religiosidade dos precursores da civilização cristã, senão também a defesa mesma de bens fundamentais caros ao homem.

Assim: “Como ato defensivo, ainda que protraído, a vingança nada mais representa que um natural instinto de conservação, cujo apego à vida a todos os outros antecede”. (Oliveira, 1996, p. 197)

Ainda, cabe lembrar, ao demonstrar as formas embrionárias de punição aplicadas pelo homem, a Lei das XII Tábuas, dentre outras tantas. A forte influência do cristianismo, e mais precisamente dos doutores da igreja, contudo, merece maior destaque.

A partir das noções advindas da doutrina de Santo Agostinho, por exemplo, se passa a afirmar com mais vigor que, a pena devia se orientar ao melhoramento do culpado. “Sobre a influência do Direito Canônico nos princípios que orientaram a prisão moderna, afirma-se que as ideias de fraternidade, redenção e caridade da Igreja foram transladadas ao direito punitivo procurando corrigir e reabilitar o delinquente”. (Bitencourt, 1993, p. 21)

É na doutrina de Santo Tomás de Aquino, porém, que a ideia da pena se solidifica e ganha completude doutrinária. “Não corresponde nem ao instinto nem à

paixão o sujeitar à pena, senão à salutar razão como ato de virtude: *Vindictio est specialis virtus*, preleciona Santo Tomás”. (Oliveira, 1996, p. 200).

O doutor angélico, em sua teologia penal, proclamou e demonstrou o livre arbítrio humano; o crime como atentado a ordem; a intrínseca ligação entre o delito, a culpa e a pena. Sem jamais negar, porém, o efeito medicinal possível do castigo:

Essa é também a doutrina de Santo Tomás, com tanta profusão, preconizada: “É justo que os maus sejam punidos, pois pela pena a culpa é corrigida”; “Através da pena a igualdade da justiça é reparada”; “A igualdade da justiça é reintegrada pela compensação da pena”; “A pena é necessária para reintegrar a igualdade da justiça”; (OLIVEIRA, 1996, p. 240)

E mais:

“Daí procede – afirma Menéndez – Reigada – a importância que Santo Tomás atribui a pena enquanto medicina, a tal ponto que chega a afirmar que todas as penas humanas devem ser medicinais, e mais medicinais que reparadoras, embora nem sempre são medicina para o próprio”. Mas é o mesmo Santo Doutor quem assevera estar a correção penal fundada na justiça, cuja igualdade é necessário restituir. (OLIVEIRA, 1996, p 245)

Logo, a teologia penal do Santo Doutor estabelece com precisão as bases de uma sanção penal reparadora e justa. Torna-se por isso, uma das maiores contribuições a justificação da ideia de pena.

Diante dessas considerações, se pode asseverar que, jamais o homem, conquanto sempre convivesse em sociedade, desconheceu a irrogação da pena, seja enquanto vindicta, seja enquanto imposição divina, seja enquanto sanção organizada pelo Estado.

A pena sempre esteve presente na organização social, mesmo aquela primitiva. O homem, animal político, conforme afirmou Aristóteles, não é destinado a viver senão em sociedade, e à organização social está implícita a ideia de ordem, a qual necessita por imperativo próprio se afirmar e se reafirmar constantemente. Neste sentido:

Eis como, enquanto o delito turbou, sob tantos prismas, a tranquilidade no espírito dos cidadãos, somente da pena cominada ao culpado pela

autoridade social pode-se esperar que os reconduza da agitação à primitiva calma. **Sem o sistema penal, seriam, as cidades um contínuo teatro de lutas e de guerra sem limites.** [sem grifos no original] E aí está porque na tranquilidade reside, segundo meu modo de entender, o verdadeiro fim da pena. (CARRARA, 2002, p. 82)

Nesta esteira, não seria mais que absurdo propor o fim, pela falência, do sistema penal, com a abolição dos códigos penais, o próprio abolicionismo penal. Se infeliz proposta adiante fosse levada, a sociedade não chegaria à harmonia ou a completa liberdade, como apontam irracionalmente os seus defensores, mas ao contrário, se atingiria somente a barbárie. A liberdade desenfreada deixa, pois, de ser liberdade mesma.

Por fim, tem-se que o homem necessitará sempre da ordem jurídico-penal, pois tende à ordem por princípio da lei natural. Ainda que se travem batalhas no campo dogmático e que haja divergências; e por isso se proponham fundadas ou infundadas teorias, uma certeza há: a da soberania da pena.

5 CONCLUSÃO

Ao abordar o fato da pena, o presente trabalho buscou elucidar a essência do instituto jurídico em si, por meio da análise das duas principais teses punitivas existentes.

Foram confrontadas as teses absoluta e relativa da pena, em seus principais aspectos jurídico-filosóficos, contexto em que se analisaram as finalidades da tutela jurídica e da prevenção propostas, respectivamente pelas duas teorias.

Ao se proceder a coleta de material bibliográfico se detectou a carência de obras que tratassem do tema sob o enfoque da filosofia do direito. Entretanto a soberania da disciplina, como ambiente próprio ao estudo da essência da pena, ficou demonstrada ao se verificar que o instituto, assim como o crime, é um dos pressupostos do direito penal, de forma que a crítica de um pressuposto do direito é possível apenas no âmbito da filosofia jurídica.

Observou-se durante a pesquisa, a carência na doutrina acadêmica, de definições do conceito de pena, assim como certa relativização, por parte dos autores, de suas características essenciais. Ignora-se, ao que se viu, que a pena é uma forma de sanção e que, portanto, se define essencialmente pelo que se define o gênero.

Neste sentido, não se pôde deixar de notar a raiz restauradora da pena, a relação de necessidade que guarda a lei em relação a ela. A pena se mostra um conteúdo necessário do direito, a reafirmação da ordem conspurcada pelo crime.

Pôde ser observado que, a relação do sistema punitivo com a ordem jurídica, remete a própria relação do Direito com a Justiça, enquanto forma de realização dos valores do justo e de sua reafirmação.

A origem da noção da irrogação de uma pena, se observou, é antiquíssima, tendo estado presente em todas as comunidades humanas. Ainda que primitivamente a sanção não tenha sido objeto de organização ou tenha sofrido qualquer limitação, razões de ordem moral já investiam o homem da noção de culpa e, portanto, de que o culpado devia pagar pelo mal cometido.

Foi possível notar, de outra forma que, a ideia da pena ocupa lugar de grande importância dentro da ordem jurídico-penal, de modo que, não há como se imaginar a estruturação dessa ordem sem a previsão de penas para os infratores. É dizer, não perdura ao olhar atento e a pesquisa interessada, a afirmação segundo a qual o direito penal está a caminho da extinção ou aquela, própria do abolicionismo penal, segundo a qual a pena é um mal desnecessário que não tem utilidade ou razão de ser.

A expiação, própria do homem consciente, que possui condições à reflexão moral, se mostrou de outra forma, perfeitamente possível, de modo que o culpado pode sempre se reintegrar à sociedade, na medida em que reflita, cumpra sua pena e aceite os preceitos da ordem vigente.

De outra maneira, se verificou que o direito de punir advém inegavelmente da lei natural, que é consequência jurídica do crime e que reafirma a ordem jurídica preservando os valores por ela protegidos.

Não se pretendeu esgotar, o tema abordado, pois vasto e denso. Desse modo, não há como encerrar o debate acerca dos fundamentos e dos fins da pena afirmando que assiste a esta ou aquela teoria à razão suprema.

Por fim, foi possível compreender, por todo o caminho percorrido neste estudo, a enorme importância de se tratar com seriedade o direito de punir, de se investigar com imparcialidade, despojando-se de preferências teóricas, haja vista a relevância dos bens envolvidos, quais sejam, os valores mais caros a *polis*.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Felipe Rinaldo Queiroz de, **“Não Vos Conformeis com este Mundo”**. Lorena: Cleofás, 2007.

AQUINO, Santo Tomás de. **Da Justiça**. Campinas: Vide Editorial, 2012.

BECCARIA, César. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Maurício Barca. Diadema: Germape, 2003.

BENTHAM, Jeremias. **Teoria das Penas Legais**. São Paulo: Logos Editora, 1989.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Direito Penal da Sociedade**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997.

BITENCOURT, César Roberto. **Falência da Pena de Prisão – Causa e Alternativas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 1993.

CAMUS, Albert. **O Mito de Sísifo**, Rio de Janeiro: BestBolso, 2012.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal: Parte Geral. Vol II**: Campinas, 2002.

CARVALHO, Olavo de. **Lógica da Moral**. Disponível em: <http://www.olavodecarvalho.org/semana/logmoral.htm>>. Acesso em 21 de setembro de 2013.

LEWIS, C. S. **A Abolição do Homem**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LISZT, Franz von. **A Ideia de Fim no Direito Penal**. São Paulo: Rideel, 2005.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. 17 Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral: Parte Especial – 6 ed. Rev., atual e ampl.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Discurso Filosófico**. Disponível em: <http://www.gabrielbertin.com.br/blog.asp?offset=20>>. Acesso em 20 de setembro de 2013.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Filosofia da Política Jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **O Conceito de Acusação**. São Paulo, 1996.

PLATÃO. **Diálogos**. São Paulo: Melhoramentos, 1970.

REALE, Miguel. **Horizontes do Direito e da História**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 23 Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SALEILLES, Raymond. **A Individualização da Pena**. São Paulo: Rideel, 1912.

SANTOS, Izequias Estevam dos. **Manual de Métodos e Técnicas de Pesquisa Científica**. Niterói: Impetus, 2012.