

IDEOLOGIAS PENAS ISENTAS DE TRATAMENTO: UMA ANÁLISE DAS PRINCIPAIS TEORIAS RETRIBUTIVAS E EXPRESSIVAS DA PENA NO PENSAMENTO CONTEMPORÂNEO ¹

Claudia Spinassi ²

ORCID: 0000-0002-0906-7047

Correo electrónico: claudiaspinassi@hotmail.com.br

Resumo

O presente artigo faz uma análise crítico-descritiva das principais teorias da pena, desenvolvidas nos últimos dois séculos, que não tiveram o tratamento penal das pessoas condenadas à pena privativa de liberdade como relevante. Em especial são analisadas as teorias retributivas e da prevenção geral da pena, dando-se ênfase às chamadas “teorias expressivas”. Por meio de levantamento bibliográfico demonstraremos as principais características de cada uma dessas teorias, sendo consideradas mais relevantes aquelas que mais destaque tiveram no cenário penal ocidental e os autores de maior relevo. Por uma opção metodológica não serão abordadas as chamadas “teorias mistas”.

Palavras-chave: teorias da Pena, retribucionismo, prevenção geral positiva, teorias expressivas da pena.

¹ N.E. El título completo según la autora es: “*IDEOLOGIAS PENAS ISENTAS DE TRATAMENTO PENAL: UMA ANÁLISE DAS PRINCIPAIS TEORIAS RETRIBUTIVAS E EXPRESSIVAS DA PENA NO PENSAMENTO PENAL CONTEMPORÂNEO*”

² Doutoranda em Direito Penal da Universidade de Buenos Aires-AR; especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná; graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professora da Escola da Magistratura do Paraná; professora dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Penal da Faculdades Maringá e do Centro Universitário Univel. Membro do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Penitenciário do CNJ, no Paraná.

IDEOLOGÍAS PENALES EXENTAS DE TRATAMIENTO PENAL: UN ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES TEORÍAS RETRIBUTIVAS Y EXPRESIVAS DE LA PENA³

Resumen

Este artículo realiza un análisis crítico-descriptivo de las principales teorías de la pena, desarrolladas en los dos últimos siglos, que no han tenido como relevante el tratamiento penal de los condenados a prisión. En particular, se analizan las teorías de la retribución y de la prevención general de la pena, con énfasis en las llamadas "teorías expresivas". A través de un repaso bibliográfico mostraremos las principales características de cada una de estas teorías, considerándose más relevantes aquellas que tuvieron más protagonismo en el escenario penal occidental y los autores más importantes. Las llamadas "teorías mixtas" no se abordarán mediante una opción metodológica.

Palabras clave: teorías de la pena, retribucionismo, prevención general positiva, teorías expresivas.

PENAL IDEOLOGIES EXEMPT FROM PENAL TREATMENT: AN ANALYSIS OF THE MAIN RETRIBUTIVE AND EXPRESSIVE THEORIES OF PUNISHMENT⁴

Abstract

This article makes a critical-descriptive analysis of the main theories of punishment, developed in the last two centuries, that have not had the criminal treatment of people sentenced to imprisonment as relevant. In particular, it analyzes the theories of retribution and general prevention of punishment, with emphasis on the so-called "expressive theories". Through a bibliographic survey we will demonstrate the main characteristics of each one of these theories, being considered more relevant those that had more prominence

³ N.E El título completo según la autora es: “*IDEOLOGÍAS PENALES EXENTAS DE TRATAMIENTO PENAL: UN ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES TEORÍAS RETRIBUTIVAS Y EXPRESIVAS DE LA PENA EN EL PENSAMIENTO PENAL CONTEMPORÂNEO*”.

⁴ N.E El título completo según la autora es: “*PENAL IDEOLOGIES EXEMPT FROM PENAL TREATMENT: AN ANALYSIS OF THE MAIN RETRIBUTIVE AND EXPRESSIVE THEORIES OF PUNISHMENT IN CONTEMPORARY PENAL THOUGHT*”.

in the Western penal scenario and the most relevant authors. The so-called "mixed theories" will not be addressed by a methodological option.

Keywords: theories of punishment, retributionism, positive general prevention, expressive theories.

1. Introdução

É constante o esforço da comunidade acadêmica para fundamentar as finalidades da pena estatal, o qual se manifesta em diferentes teorias que legitimam ou deslegitimam a intervenção penal, buscando uma justificação para a aplicação da pena e suas funções em uma sociedade.

Para os propósitos do presente trabalho, serão analisadas as principais ideologias da pena, desenvolvidas nos últimos dois séculos, que não tiveram o tratamento penal das pessoas condenadas à pena privativa de liberdade como relevante. Em especial serão analisadas as teorias retributivas e da prevenção geral da pena, dando-se ênfase às chamadas “teorias expressivas”.

Por meio de um levantamento bibliográfico, o presente estudo tem por objetivo traçar as principais características das mais importantes teorias retributivas, da prevenção geral e expressivas da pena, tendo como recorte temático aquelas que mais destaque tiveram no cenário penal ocidental e, conseqüentemente, os autores de maior relevo. Por uma opção metodológica, não serão abordadas as chamadas “teorias mistas” da pena.

Com o intuito de estimular a reflexão crítica das mencionadas teorias, buscaremos abordar, em cada momento teórico, os seguintes pontos: a) a situação econômico-social; b) a visão filosófica de Estado e de Ser; c) os valores socialmente defendidos e, em consequência, a essência do delito como contradição a tais valores; d) a função atribuída à pena (quando for o caso); e) a medida da pena para cada caso.

O trabalho é relevante porque o pensamento penal contemporâneo tem, cada vez mais, repudiado a função de prevenção especial positiva da pena, diante do comprovado fracasso da ressocialização, tendendo a adotar ideologias retributivistas da pena.

2. Teorias Absolutas da Pena: a pena como fim em si mesma

2. 1. Kant: contratualismo retributivo⁵ e dissuasivo

Os primeiros anos da Revolução Industrial⁶ são marcados por uma importante mudança estrutural da sociedade, representada pela passagem do feudalismo ao industrialismo e pela consequente substituição da hegemonia da nobreza pelos manufatureiros (detentores do capital). Este momento incipiente da ascensão dos capitalistas coincide com a concentração urbana da população, deslocada do campo para a cidade sem qualquer treinamento para a forma de produção industrial, gerando um desequilíbrio entre a oferta e demanda de mão-de-obra, e o consequente aumento dos crimes patrimoniais. A nova classe hegemônica sentiu a necessidade de controlar a massa despossuída. Entretanto, o controle social é exercido por meio do direito penal que se encontra nas mãos do Estado, o qual, por sua vez, ainda é controlado pela nobreza.

Conscientes de que a nobreza poderia usar o controle social inclusive contra eles, os capitalistas buscam limitar o poder da nobreza, subtrair-se ao seu controle e, ao mesmo, controlar as massas despossuídas. Para tanto, recorrem ao paradigma filosófico do contrato social. Segundo esta filosofia, o Estado é produto do medo gerado pelo Estado de natureza em que viviam os homens, caracterizado pela “guerra de todos contra todos”, sendo que a única forma de se alcançar a paz é mediante a transferência do poder ao Estado, responsável por garantir a segurança de todos (Hobbes, 1839).

⁵ Alguns autores, no campo filosófico, defendem que Kant não era um defensor da teoria retribucionista da pena, mas que tinha uma visão eclética. Entre eles: Byrd (2010) y Merle (2002).

⁶ Embora a chamada "revolução industrial", que marca a passagem da forma de produção feudal - servil - à capitalista, tenha se desenvolvido ao longo de três séculos, desembocou no fenômeno de mesmo nome (em sentido estrito), que teve lugar na segunda metade do século XVIII e acarretou transformações socioeconômicas que refletiram numa profunda mudança cultural, com consequências para as seguintes gerações.

Como reflexo deste discurso, se produz um direito penal fundado no contrato e na ficção de igualdade entre os homens, onde, para evitar arbitrariedades e garantir a segurança, se faz necessário ter uma definição clara do que era proibido, surgindo daí o princípio *nullum crimen sine lege*, discurso que serve aos manufatureiros para limitar o poder da nobreza neste primeiro momento do industrialismo. Com o contratualismo surge também a ideologia da privação da liberdade como pena. Isso ocorre porque sendo a sociedade estabelecida mediante um contrato, a sanção para quem viola o contrato social é a reparação do dano por meio de uma indenização. Quando o cidadão não paga a indenização é forçado a fazê-lo por meio da expropriação de algo. Entretanto, a massa criminalizada por esse controle social nada possui. A única coisa que pode oferecer ao mercado é sua capacidade de trabalho, sua liberdade⁷. A prisão se torna o modelo de pena ideal porque pode ser quantificada em tempo, concebido este de forma linear, o que também coincidia com as práticas de mercado da época. A medida da pena, neste período da história, passa a ser o talião (retribuição), ou seja, aquela necessária para reparar o mal causado com o delito.

O desenvolvimento dessa ideologia talional é realizado por Immanuel Kant (1724-1804). Ideólogo do despotismo ilustrado, dedicado à investigação da razão, Kant considera o ser humano um fim em si mesmo e entende como contrária à moral (imperativo categórico) sua consideração como meio. Adotando uma postura transcendental da natureza humana, Kant sempre enxergou com muito receio as teses preventivas, as quais, extremadas, conduziriam ao estágio de instrumentalização do homem para fins sociais.

Em *Metafísica dos Costumes* (1798), Kant sustenta ser a lei penal um imperativo categórico que deve ser respeitado sob quaisquer condições, cuja ruptura gera a aplicação da pena, não havendo nenhuma outra justificativa para a punição senão a própria inobservância do contrato social. É clássica a afirmação do autor de que, mesmo no caso de dissolução de

⁷ Durante a Alta Idade Média, em que as terras existentes atendiam satisfatoriamente a uma população em crescimento, as condições sociais dos trabalhadores rurais eram, de certo modo, satisfatórias e o sistema penal tinha como função preservar a estrutura social existente. O direito penal se preocupava apenas em manter a paz social e a punição era precipuamente pecuniária, isto é, feita através de indenizações (*penance*) e fianças. As fianças eram fixadas de acordo com o *status* social do ofensor e da vítima (Rusche and Kirchheimer 2004: 23).

uma determinada sociedade, deveria ocorrer a execução do último assassino que se encontrasse no cárcere “para que cada pessoa receba o que merecem seus atos e o homicídio não recaia sobre aqueles que não exigiram o castigo: porque podem ser considerados cúmplices da violação pública da justiça” (Kant, 1986: 166).

Para Kant, a ação é moral quando responde a um dever de consciência que não se orienta por nenhuma outra consideração, tal como conveniência, oportunidade, etc. Esses imperativos da consciência são denominados de “imperativos categóricos”. Assim, a ação é moral quando responde ao imperativo categórico, o qual é sintetizado por Kant em duas grandes máximas: "Age somente segundo uma máxima tal que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal"; e "nunca alguém deve tratar a si mesmo e nem aos demais como simples meio, mas como fim em si mesmo". A aplicação destes princípios ao direito penal leva à conclusão de que a pena não pode ser imoral, ou seja, não pode transformar o homem em um meio para o alcance de um fim. A pena não pode ter qualquer finalidade utilitária (relativa); os objetivos de melhorar ou corrigir o delinquente (prevenção especial positiva) ou de intimidar ou persuadir os demais a não praticarem crimes (prevenção geral negativa) seriam ilegítimos, justamente por usar o homem como meio para se alcançar um fim.

2. 2. Hegel: organicismo retributivo e neutralizador

O paradigma do contrato não se estendeu até o século seguinte com a mesma força. Ainda dentro do cenário da Revolução Industrial, à medida em que foi se operando a acumulação de capital, o capitalismo incipiente foi tomando o poder, destituindo a nobreza e convertendo-se em um poder efetivo do qual ela dependia. Neste ponto, a posição de domínio dos capitalistas não se encontra mais ameaçada pela nobreza, mas sim pelos setores mais carentes: um grande contingente de pessoas (homens, mulheres e crianças), vindas da zona rural, que não é totalmente incorporado na produção industrial e que continua concentrado nas cidades, formando uma massa de despossuídos.

A classe hegemônica do momento (capitalistas) sente a necessidade não só de conter essa massa de pessoas carentes, mas também de discipliná-la para o trabalho de longas horas e baixos salários nas fábricas. Neste cenário, o paradigma do contrato social já não servia tão bem como ideologia ao grupo dominante, pois não era suficiente para convencer a massa de despossuídos de que deviam seguir obedecendo as regras de um Estado que nada lhes dava em troca.

Para mostrar que a sociedade era algo "natural" e que o poder social era detido por aqueles que "naturalmente" eram os melhores, os capitalistas incipientes substituem o paradigma filosófico do contrato social pelo do organicismo, passando a defender a ideologia de que a sociedade é um todo orgânico, de modo que as células cerebrais (aquelas que comandam) são naturalmente menos numerosas, mas são as melhores. Na seara do direito penal, o discurso que sustentou essas ideias e obteve maior destaque foi o hegelianismo⁸. Para Hegel (1770-1831) o "espírito" do gênero humano vai se desenvolver de uma maneira muito semelhante ao próprio indivíduo, passando da infância à maturidade, e a história se apresenta como o desenvolvimento da consciência da humanidade.

Para Hegel o único infinito é a razão, a qual se desenvolve ao longo da história, fazendo avançar o espírito da humanidade de maneira dialética. Essa razão faz avançar o espírito do homem em três estágios: subjetivo, onde o homem alcança a liberdade com a consciência de si mesmo; objetivo (direito), onde o homem livre se relaciona com outros homens livres; e estágio do espírito absoluto, onde o espírito de toda a humanidade eleva-se sobre o mundo (religião). Deste modo, aquele que não conseguia alcançar a liberdade, não atuava com relevância jurídica, o que permite classificar os homens em livres e não livres, e dar-lhes tratamento diferenciado (Hegel, 1986).

A ideologia de Hegel permite a imposição de uma pena ilimitada aos indivíduos considerados inúteis ao mercado de trabalho e altamente perigosos para a classe dominante, tendo como medida apenas a necessidade de os neutralizar, ao mesmo tempo em que

⁸ Hegel era um idealista. Assim, a raiz do organicismo social é idealista e não positivista como se costuma pensar.

reserva uma outra medida - a retribuição talional - para os que eram suscetíveis de ser disciplinados e incorporados à oferta de mão-de-obra no mercado. Esta diferente medida de pena era justificada por Hegel na existência de diferentes "tipos" de homens, classificáveis conforme seu estágio espiritual.

No hegelianismo, a pena para homens livres impunha-se como uma necessidade lógica e também com caráter retributivo talional. De acordo com Hegel, o delito é a negação do direito, a pena é a negação do delito e, portanto, conforme a regra de que a negação da negação é uma afirmação, a pena seria a afirmação do direito, imposta simplesmente pela necessidade de afirmação deste.

Para os excluídos da comunidade jurídica, a pena não tinha sentido, porque sua condição de marginalizados os fazia credores de uma medida que neutralizasse seu perigo, sem limites. O hegelianismo permitia que a classe hegemônica realizasse uma classificação dos homens, pondo de lado aqueles que participavam do racionalismo produtivo e, de outro, aqueles que não participavam, aos quais se reservavam apenas medidas neutralizantes.

Em *Princípios da Filosofia do Direito* (1820), Hegel trata das relações entre crime, violência e penalidade e centra sua teoria da pena na noção de que a violência destrói a si mesma com outra violência. O crime é considerado uma violação da ordem jurídica e justifica a imposição de uma sanção exclusivamente retributiva, ante a necessidade de restabelecimento da ordem jurídica.

Nesta discussão apenas se trata do seguinte: o crime, considerado não como produção de um mal, mas como violação de um direito tem de suprimir-se, e, então, qual é a existência que contém o crime e tem que suprimir-se? Esta existência é que é o verdadeiro mal que importa afastar e nela reside o ponto essencial (Hegel 1986: 91).

A ideia de livre arbítrio ou o conceito de liberdade de vontade do ser humano encontra-se na base das teorias retribucionistas, pois somente um homem livre, dotado de discernimento e liberdade para decidir entre o bem e o mal, pode ser castigado pelo delito cometido, na medida de sua culpabilidade.

3. Teorias Relativas da Pena⁹: a pena como meio para determinados fins

3. 1. Prevenção Geral Negativa: Feuerbach

As teorias da prevenção geral negativa têm Feuerbach como um de seus principais expoentes. Nelas, a punição não é direcionada ao indivíduo que praticou o delito; não existe na pena fins educativos ou morais. A pena tem a função de intimidar a autores potenciais para que não cometam delitos. “O Estado não é tutor, mas protetor; não é preceptor, mas defensor; não possuindo como fim a moralidade e a cultura, mas a tutela da liberdade” (Feuerbach, 1972: 104, tradução livre nossa). Feuerbach (1755-1833)¹⁰ desenvolveu na Alemanha a chamada “teoria da coação psicológica” (1847: §§ 8/20), segundo a qual a missão do direito penal é inibir motivos egoístas dirigidos à prática de delitos, por meio da provação de outros motivos, também egoístas, mas contrapostos, e desta forma dificultar, psicologicamente, o cometimento de delitos. Em outros termos, a previsão legislativa e a aplicação da pena devem dar ao cidadão a certeza de que a todo delito seguirá um mal maior que o desgosto que advém de não satisfazer o impulso de delinquir.

Segundo Feuerbach, a pena é aplicada em razão de um fato consumado e passado, com o objetivo de conter todos os cidadãos, mediante a coação psicológica, para que não cometam delitos no futuro. O objetivo da sanção criminal é a dissuasão daqueles que não cometeram crimes, devendo a aplicação da pena ser inequívoca, sob pena de perder seu caráter simbólico.

O objetivo da cominação legal da pena é a intimidação de todos como possíveis protagonistas de lesões jurídicas. A finalidade de sua aplicação é dar fundamento efetivo à cominação legal, dado que sem sua aplicação haveria lacuna (seria ineficaz). Se a lei

⁹ Tatjana Hörnle questiona a divisão binária tradicional entre “teorias absolutas” e “teorias relativas” da pena. A opção de manter a classificação clássica neste artigo se justifica pela novidade do tema no cenário jurídico brasileiro, numa tentativa de facilitar a compreensão do leitor.

¹⁰ O momento histórico econômico-social e a visão filosófica de mundo vivenciado por Feuerbach é bastante parecido com o de Hegel, devido à contemporaneidade desses pensadores, razão pela qual, sobre este ponto, remete-se o leitor ao mencionado acima no tópico 1.2.

intimida a todos os cidadãos e a execução deve dar efetividade à lei, o objetivo mediato (ou final) da pena é, em qualquer caso, a intimidação dos cidadãos através da lei (Feuerbach, 1989: 64).

Novamente aqui impera a ideia de livre arbítrio do ser humano. A criminalização pretendida exemplarizante parte da ideia de que todo ser humano é um ente racional, cujas ações seguem uma lógica de mercado, pressupondo que os delinquentes são sujeitos capazes de calcular os custos e benefícios de suas ações (homem econômico). A função da pena passa a ser utilitarista, livre de toda consideração ética e, por tanto, sua medida deve ser a necessária para intimidar os que possam sentir a tentação de cometer delitos.

3. 2. Prevenção Geral Positiva Normativa¹¹: teorias expressivas da pena

A partir dos anos sessenta do século passado, começa o processo de derrocada da criminologia etiológica e das ideologias "re", com as críticas à prisão desde o ponto de vista sociológico progressista e político criminal reacionário¹². Os efeitos deteriorantes da prisão começam a ser postos em relevo e alguns responsabilizam o próprio "tratamento penal" pelo alto número de reincidência. O momento histórico é da revolução tecnológica, na qual o poder é exercido por meio da globalização e onde há um crescente aumento do poder das agências de comunicação social, fazendo com que, na seara penal, o importante seja emitir discursos para a comunicação midiática, com efeito tranquilizador, sem se importar com os efeitos reais. Se constrói, cada vez mais, uma realidade virtual, totalmente dissociada dos fatos, ainda que com efeitos na vida real. Não existe um grupo hegemônico no poder, ante a

¹¹ As teorias preventivas gerais positivas da pena são, geralmente, classificadas em dois grupos teóricos. O primeiro, pautado por uma tendência sócio psicológica, entende que a pena visa firmar uma proibição na consciência da população, influenciando moral e pedagogicamente os membros do convívio social e gerando um aprendizado social voltado ao cumprimento das normas, o que representaria um efeito de prevenção criminal. O segundo grupo seria pautado por uma tendência normativa, sustentando que a pena objetiva reafirmar a validade da norma violada pelo delito. Ocorre que entendimento mais recente do tema questiona essa classificação e propõe enquadrar as formulações de tendência normativa nas teorias expressivas da pena, sendo este o caminho adotado neste artigo.

¹² É certo que a escola de pensamento amplamente definida como criminologia crítica localiza sua origem em trabalhos muito anteriores à década de 1960 – talvez seja mais preciso indicar a obra seminal de Rusche e Kirchheimer (2004), *Punição e estrutura social*, publicada pela primeira vez em 1939, como marco inicial da literatura crítica sobre a punição. Argumenta-se, aqui, no entanto, que foi a partir da década de 1960 que o acúmulo dos trabalhos críticos sobre a pena e a operação do sistema de justiça criminal começou a repercutir nas esferas políticas e a questionar a hegemonia do previdenciário penal.

ausência de um poder social com capacidade para assumir a hegemonia mundial. “El poder político no dispone de fuerza para conceder hegemonía a algún discurso coherente; el poder económico, por su parte, no lo necesita, porque, por primera vez se ejerce sin mediación alguna del poder político”¹³(Zaffaroni & Slokar, 2002: 164).

Os poderes políticos nacionais se veem debilitados e sitiados pela demagogia dos operadores políticos globalizados, e os Estados nacionais perdem grande parte dos atributos da chamada soberania. Referida situação aumenta o poder autônomo das agências policiais, na medida em que são capazes de intimidar os enfraquecidos poderes nacionais para que adotem medidas conforme o discurso dos meios de comunicação massivos, na intenção de demonstrar a decisão de apoiar a agência policial no objetivo de conter a conflitividade cada vez maior, gerada pelas condições econômicas excludentes do poder globalizado.

Esse momento histórico também é marcado por críticas ao instrumentalismo político-criminal dos governos ocidentais. O sistema político vigente propicia à sociedade a percepção de ser uma entidade organizada e regida pelo Estado. A insatisfação com a relação “vertical” entre governantes e governados culminou em uma sociedade civil com maiores aspirações e expectativas de ingerência na atividade estatal (Günther, 2014). A comunicação viabilizou o aumento na participação política da sociedade civil, possibilitando a organização e integração daqueles que a compõem e a criação de meios interlocutórios com o Estado.

O estabelecimento de uma comunicação pressupõe que os integrantes da sociedade sejam considerados e tratados como pessoas moralmente capazes e responsáveis pela própria conduta. Garantir o status de agente moralmente capaz e responsável implica tratar os indivíduos como “agentes comunicativos” (*communicative actors*), isto é, pessoas capazes e obrigadas a responder pelos próprios atos e contempladas com o direito de demandar justificações do Estado. O status de agente comunicativo proporciona uma nova forma de perceber os sujeitos do delito e a conduta criminosa. O delito é tomado como uma interação

¹³ N.E. Tradução: “O poder político não tem força para conferir hegemonia a nenhum discurso coerente; o poder econômico, por sua vez, não precisa dele, porque, pela primeira vez, é exercido sem qualquer mediação do poder político” (Zaffaroni & Slokar, 2002: 164).

entre agentes morais e autônomos. O infrator é abordado como um indivíduo moralmente capaz e que deve responder pelo crime cometido. A vítima é tratada como um sujeito moralmente relevante, cuja autonomia e integridade foram violadas e que merece ter os interesses e necessidades reconhecidos pela reação ao crime. A sociedade passa a ser referida como um ente composto por indivíduos autônomos e moralmente aptos a entender a mensagem de “censura” (*censure*) expressa pela punição do infrator e atender ao apelo de evitar a conduta criminosa.

A pena, para os estudiosos do tema, deixa de ser um instrumento de uma agenda política preventivo-criminal e assume o papel de uma reação proporcional ao crime, cuja finalidade é expressar, perante a vítima, infrator e sociedade, a censura que recai sobre a conduta proscrita. A censura expressa pela punição do infrator reconhece o status moral da vítima e manifesta a indignação da sociedade perante o delito perpetrado. Neste cenário é que surgem as chamadas “teorias expressivas” da pena, as quais, apesar de terem surgido em meados dos anos sessenta, permaneceram majoritariamente restritas ao mundo jurídico inglês até a última década do Século XX, sendo recente sua divulgação no Brasil (Teixeira, 2015; Ribeiro Giamberardino, 2014) e na América Latina como um todo.

3. 2. 1. Jakobs: a pena como segurança cognitiva da vigência da norma

Günther Jakobs¹⁴ confere à pena um caráter público a partir do momento em que o agente viola normas jurídico-penais garantidas, consistentes naquelas normas cuja observância far-se-á imprescindível para a organização social essencial.

[...] as frustrações exclusivamente individuais das partes do contato social não são assunto público e, conseqüentemente, não ensejam reações estatais. Ainda que o Estado pudesse assumir a persecução do violador da norma representando o indivíduo frustrado, por exemplo, para evitar linchamento, isso importaria, quando muito, num interesse público indireto na frustração. Mas, não é preciso essa intermediação, pois, com a violação de

¹⁴ Embora seja considerado pela doutrina clássica como expoente da teoria da prevenção geral positiva sistêmica, as últimas versões da teoria da pena de Günther Jakobs têm assumido uma nítida tonalidade “expressiva”. Tanto é assim que Tatjana Hörnle e outros tem defendido que sua teoria deve ser classificada como uma “teoria expressiva orientada à norma” (Hörnle, 2006: 22) e (Jakobs, 2008). Posição também adotada neste artigo.

normas jurídico-penalmente garantidas, surge também um conflito público, sobretudo quando se trata de normas penais legítimas (Jakobs, 2006: 24).

Segundo Jakobs, a pena teria uma função preventiva, pois protegeria as condições necessárias para as interações sociais, ou seja, as normas. A aplicação da pena validaria a confiança de todos os indivíduos que creem na norma, ou seja, serviria ao “exercício da confiança na norma”. Em sua obra sobre a pena estatal, Jakobs (2006) defende que a sanção penal é necessária porque, com seu mal comportamento, o agente causa um dano à segurança cognitiva da vigência da norma. Normativamente, temos direito a confiar que toda norma será respeitada. Cognitivamente, e por razões de experiências práticas, sabemos que nem todas as normas de segurança são respeitadas. Essa insegurança cognitiva é causada pelo mal comportamento do agente que quebra as normas e isso desgasta a consciência social de confiança cognitiva de que as normas serão respeitadas. É este dano que o autor do delito deve reparar por meio da pena, visando restabelecer a confiança social nas normas que ele, com seu comportamento, afetou negativamente.

Conforme Jakobs (2006: 29), se o delito é a “contradição à norma por meio de um comportamento” a pena não seria nada mais que a “oposição à violação normativa executada à custa do agente”. A pena tem a função de demonstrar que a ordem social continua vigente. Por meio dela, a norma resta restabelecida e é reafirmada sua vigência. Por isso, a pena não persegue um fim futuro e incerto (como, por exemplo: a ressocialização), mas sua mera imposição já cumpre seu fim. Assim, a pena possui a função de reforçar simbolicamente a confiança do público no sistema social, protegendo as interações sociais mediante a validação da confiança daqueles que acreditam na norma, e sua medida deve ser a dose necessária para renormatizar o sistema, provocando o consenso, ou seja, a medida da pena deve corresponder à importância da norma desrespeitada.

3. 2. 2. Michel Pawlik: a pena como reafirmação do dever de lealdade ao ordenamento jurídico

Pawlik defende uma teoria retributiva não absoluta. Segundo ele, todo cidadão teria o dever de cooperar para a manutenção das liberdades. A prática do delito implica no rompimento do dever de cooperação e a imposição da pena teria como fundamento castigar a violação do dever de cooperação, de modo que o agente teria que “tolerar” a aplicação da pena, demonstrando que o dever de cooperação tem que ser respeitado para garantir a liberdade. Na concepção de Pawlik, a aplicação da pena se legitima na infração do dever de lealdade com a coletividade, que conjuntamente com o dano causado à vítima, quantifica o injusto. A legitimação da pena está vinculada à função de restabelecimento do Direito. A pena está direcionada a um fato juridicamente desaprovado e previamente realizado pelo infrator. A razão de fato da pena estaria no passado, enquanto a razão de direito seria o entendimento do delito como uma ilícita exteriorização de vontade passível de reprovação pela comunidade.

De acordo com esta teoria, desde seu papel de cidadão, o autor do delito já está corresponsabilizado por estabelecer as condições de sua liberdade, de maneira que o injusto passa a ser a manifestação imputável a um sujeito de desrespeito ao projeto de vida de outro, denominado vítima. Tendo ao Estado e ao direito estatal como legitimados por possibilitarem a liberdade, a pena seria a atuação estatal incumbida de garantir que os cidadãos possam ser livres, pois restabeleceria uma situação concreta em que as liberdades jurídicas podem ser distribuídas (Pawlik, 2004). O direito penal serviria para proporcionar a estabilidade necessária a um Estado de respeito mútuo entre sujeitos de direito.

A preservação de uma situação em que as leis são amplamente garantidas seria fundamental para a liberdade individual e dependeria de uma lealdade às normas estabelecidas pela sociedade civil. Os cidadãos teriam uma “obrigação de lealdade” ao ordenamento jurídico. A violação dessa obrigação consistiria em um ilícito criminal. O indivíduo que lesiona um bem jurídico alheio adota uma conduta que prejudica a vítima e também a garantia de paz fornecida pelo ordenamento jurídico, cujo garante é a comunidade como um todo.

Segundo Pawlik, a culpa criminal significaria que o infrator não agiu de acordo com o que poderia ser demandado de um cidadão responsável em tal situação, ou seja, o indivíduo incorreu em um “ilícito de cidadão”. A pena seria uma reação a esse tipo de ilícito, pois o agente deve consentir que o vínculo entre “desfrutar a liberdade” e cumprir a obrigação de lealdade ao ordenamento jurídico seja confirmado às suas custas. O ato punitivo afirmaria a indissolubilidade de tal vínculo ao privar o infrator de uma parcela da própria liberdade e a medida da pena estaria relacionada à dimensão do ilícito cometido. A legitimidade da punição de um infrator-cidadão estaria no restabelecimento da ordem jurídica, da cognição de vigência desta ordem, que foi afrontada pela conduta do sujeito ativo.

3. 2. 3. Tatjana Hörnle: a pena como voz da vítima¹⁵

A formulação de Hörnle defende a referência à vítima na teoria da pena, entendendo que o indivíduo afetado pelo delito teria um interesse legítimo na punição do infrator. Conforme Hörnle:

(...) a mera existência de um anseio retributivo por parte do indivíduo vitimado é suficiente para justificar a demanda por uma pena criminal, sem a necessidade de se recorrer às teorias preventivas. Tal demanda estaria diretamente atrelada à personalidade da vítima e ao delito perpetrado. Por exemplo, a demanda de indivíduos lesionados por delitos patrimoniais seria primeiramente voltada para o ressarcimento do prejuízo e depois à punição do infrator, porém tal panorama não ocorreria com as vítimas de crimes sexuais. Assim, a relação entre a demanda da vítima e o crime sofrido seria sintetizado como “quanto mais grave o delito cometido contra a pessoa, quanto mais tiver invadido a esfera de intimidade, quanto mais tiver influído na vida posterior, maior será a demanda punitiva a ser esperada (Hörnle, 2006: 952, tradução livre nossa).

Para Hörnle a pena também serviria para “conter os sentimentos de indignação” proporcionados pelo delito. Essa demanda poderia ser igualmente atribuída à coletividade

¹⁵ O título tem apenas intenção apelativa, visando chamar a atenção do leitor para o quanto esta autora destaca o papel da vítima na teoria da pena. Todavia, estamos cientes de que Hörnle não considera apenas a vítima como destinatária da expressão penal, mas também o infrator e a sociedade.

entendida esta, não como uma abstração, mas como um conjunto de indivíduos indignados, ainda que não atingidos diretamente pelo delito. Este tipo de formulação é praticamente ignorado no atual debate teórico-penal, porém constitui algo plausível e facilmente perceptível na sociedade, sendo bastante comum indivíduos ficarem indignados ao tomar conhecimento da ocorrência de crimes graves.

Seguindo esta linha de raciocínio (relevância da vítima), Hörnle sustenta que uma teoria da pena “única” seria praticamente inviável, pois a fundamentação do ato punitivo não poderia ser alheia ao tipo de delito praticado. Não obstante a demanda retributiva, a pena ainda necessitaria de um fundamento normativo. Estabelecer o interesse da vítima como critério normativo implicaria em uma fundamentação parcial da pena, vez que esta seria condizente apenas com condutas que afetam os direitos de personalidade do indivíduo afetado pelo crime. Entretanto, a autora destaca que a necessidade de fazer referência aos interesses da vítima seria evidente em casos envolvendo delitos cujo sujeito passivo é um indivíduo.

Conforme Hörnle:

(...) uma fundamentação da pena pautada pelo interesse da vítima não significaria ignorar as necessidades da sociedade, mas implicaria estabelecer que os objetivos “coletivistas” devem estar coadunados com os anseios e demandas do indivíduo diretamente afetado pelo crime. Essa fundamentação poderia servir, por exemplo, para delitos que atentam contra a autodeterminação sexual e liberdade individual ou que afetem gravemente a integridade física. Por outro lado, a punição de condutas que incidem sobre bens jurídicos coletivos ou bens jurídicos individuais patrimoniais poderia ter por fundamento a prevenção criminal. Segundo essa teoria, é fundamental que a condenação seja acompanhada pela inflicção de um mal ao infrator. A ausência de um ônus tangível seria viável na punição de indivíduos que incorreram em delitos leves, porém a pena que não inflige um mal ao perpetrador de uma conduta grave seria contraditória e comprometeria o significado expressivo da condenação. A intensidade da pena refletiria o grau de reprovação atribuído ao ilícito cometido pelo agente, isto é, a credibilidade da condenação e do ato punitivo estariam sincronizadas. Punir sem infligir um mal ao infrator significaria que a conduta incorrida não foi grave. A pena desprovida de um ônus tangível conflitaria com os interesses de indivíduos vitimados por crimes graves e comprometeria a credibilidade da condenação expressa pelo Estado (Hörnle, 2015: 157).

4. Considerações finais

Com as exposições acima, este trabalho ofereceu um esboço das principais teorias da pena desenvolvidas nos últimos dois séculos que não tiveram o tratamento penal como foco. Em especial foram analisadas as teorias retributivas e da prevenção geral da pena, dando-se ênfase às chamadas “teorias expressivas”. Há muitos matizes que restaram fora da presente exposição, a qual não tem a intenção de esgotar o tema, como pontuado na introdução.

Como visto, a tendência do pensamento penal contemporâneo tem sido seguir a linha de pensamento de Kant e Hegel, ou seja, atribuir à pena apenas (ou primordialmente) fins retributivos. Tanto em Kant quanto em Hegel, a justificação da sanção penal é unicamente a realização da justiça como valor ideal. A pena tem caráter absoluto e constitui um fim em si mesma; existe porque tem que imperar a justiça. A culpabilidade é considerada fundamento e medida da pena, de modo que o castigo não deve exceder a intensidade do dano causado.

As teorias retributivas, na acepção kantiana e hegeliana, implicam uma perspectiva em que a verdadeira “vítima” seria a norma (abstração) afrontada pelo crime. A pena retributiva teria a finalidade de restaurar o direito ou a justiça e seria efetivamente alheia à violação de interesses e bens jurídicos do sujeito passivo. Embora sejam reputadas como as mais favoráveis às vítimas, essas teorias não atribuíram um lugar significativo para os indivíduos concretamente afetados por crimes.

Günther Jakobs, por sua vez, fundamenta a pena como uma reação expressiva, cujo objetivo seria fortalecer a validade da norma jurídica. Michael Pawlik defende que a pena é uma reação expressiva que visa reforçar uma “condição” de respeito mútuo (lealdade) em que os cidadãos possam desfrutar da liberdade individual. Ambas as teorias desconsideram os indivíduos envolvidos no crime; recorrem a conceitos com elevado grau de abstração para fundamentar a pena e atribuem uma tonalidade coletivista ao ato punitivo, cuja finalidade seria a expressão de uma mensagem à sociedade.

De outro lado, Tatjana Hörnle traz a ideia de que o simples fato de sofrer um crime já é suficiente para incutir na vítima e na sociedade uma demanda retributiva, cuja intensidade é proporcional à gravidade da violação da intimidade e afetação da vida posterior da vítima. Para a legitimidade da pena bastaria o cometimento do delito.

Apesar de refratária à ingerência do sujeito passivo na determinação da pena, Hörnle expõe uma relação entre o anseio retributivo e o crime sofrido que permite conceber critérios razoáveis para um modelo de participação da vítima na empreitada punitiva. A vítima é encarada como um destinatário da expressão penal, o que é um ponto bastante inovador em relação às formulações anteriormente apresentadas. Apesar de notável dedicação ao papel da vítima, as formulações de Hörnle não negam que o infrator e a sociedade também devam ser considerados como destinatários do conteúdo expresso pela pena.

Em síntese, as teorias expressivas orientadas à norma defendem que a finalidade da pena consiste em expor uma mensagem perante a coletividade. Tal como as formulações preventivo-criminais, essas teorias pressupõem que a pena é fundamentada no legítimo interesse de pessoas. Porém, entendem que tais interesses não seriam relacionados a evitar delitos futuros; a pena não seria fundamentada na prevenção criminal, mas sim no trato apropriado de eventos pretéritos.

Referências Bibliográficas

- Byrd, B. Sharon. (2010). “Kant’s Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution”, in: Acem, Elsa, Byrd, B. Sharon y Hruschka, Joachim (Eds.), *Kant’s Doctrine of Right: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, in: *Revue Québécoise de Droit International*, Vol. 24-2, 2011, pp. 239-242. Disponível em: <www.persee.fr/doc/rqdi_0828-9999_2011_num_24_2_1247>. Acesso em: 8 Jan. 2021.
- Erber-Schropp, Julia Maria. (2016). *Schuld und Strafe: Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung des Schuldprinzips*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- Feuerbach, Anselm von. (1847). *Lehrbuch Des Gemeinen in Deutschland Gultigen Peinlichen Rechts*, Giessen, G.f. Heyer.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm. (1972). *Anti-Hobbes, Ovvero, Il Limiti Del Potere Supremo e Il Diritto Coattivo Dei Cittadini Contro Il Sovrano*, tradução Di m. a. Cattaneo, Milão, Giuffrè.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm. (1989). *Tratado de Derecho Penal*, traducción al castellano por Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi.
- Günther, Klaus. (2014). “Criminal Law, Crime and Punishment as Communication”, in: Simester, Andrew P., Du Bois-Pedain, Antje & Neumann, Ulfrid. (Ed.), *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford, Hart Publishing Ltd.
- Hegel, Georg Wilhelm Friederich. (1986). *Princípios Da Filosofia Do Direito*, tradução: Orlando Vitorino, Lisboa, Guimarães.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. (1820). *Grundlinien Der Philosophie Des Rechts*, Berlim, Verlag von Duncker und Humblot.
- Hobbes, Thomas. (1839). “Leviathan, or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical or Civil (1651)”, in: Molesworth, William (Ed.), *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, Vol. III, London, John Bohn.
- Hörnle, Tatjana. (2006). “Die Rolle Des Opfers in Der Straftheorie Und Im Materiellen Strafrecht”, *Juristen Zeitung*, No. 19.
- Hörnle, Tatjana. (2011). “Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: Die herkömmliche deutsche Diskussion”, in: A. von Hirsch, U. Neumann, & K. Seelmann (Eds.), *Strafe - Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie* (pp. 11–30). Baden-Baden, Nomos.

- Hörnle, Tatjana. (2015). “Expressive Straftheorie”, in: Hlilgers, Thomas. Koch, Gertrud. Möllers, Christoph. Müller-Mall, Sabine (Ed.), *Affekt & Urteil*. Paderborn, Wilhelm Fink Verlag.
- Jakobs, Günther. (2006). *Staatliche Strafe: Bedeutung Und Zweck*, Verlag Ferdinand Schöningh, Paderborn, München, Wien, Zürich, 2004, Traducción al español de M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez, *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*, Madrid, Thomson Civitas.
- Jakobs, Günther. (2008). *Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen Zu Einer Rechtsphilosophie*, 3 ed., Berlim, Duncker & Humblot Verlag.
- Kant, Immanuel. (1798). *Metafísica Dos Costumes*.
- Kant, Immanuel e Paulo Quintela. (1986). *Fundamentação Da Metafísica Dos Costumes*, Traduzido Do Alemão por Paulo Quintela, Lisboa, Edições.
- Merle, Jean-Christophe. (2002). “Uma Alternativa Kantiana para a Prevenção Geral e a Retribuição”, *Veritas* (Porto Alegre), Vol. 47, No. 2, pp. 237-247. Disponível em: <<https://doi.org/10.15448/1984-6746.2002.2.34872>>. Acesso em: 8 Jan. 2021.
- Pawlik, Michael. (2004). *Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe*, Berlim, Duncker & Humblot Verlag.
- Ribeiro Giamberardino, André. (2014) “A Construção Social da Censura e a Penologia um Passo Além: Reparação Criativa e Restauração”, *Sistema Penal & Violência*. Vol. 6, No. 1, pp. 100 e 101.
- Rusche, Georg, and Otto Kirchheimer. (2004). *Punição e Estrutura Social*, 2 ed. Rio de Janeiro, Revan.
- Teixeira, Adriano. (2015) *Teoria da Aplicação da Pena: Fundamentos de uma Determinação Judicial da Pena Proporcional ao Fato*, 1 ed., São Paulo, Marcial Pons.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl y Alejandro Slokar. (2002). *Derecho Penal: Parte General*, 2 ed., Buenos Aires, Ediar.