O DIREITO ESTATAL DE PUNIR E AS FINALIDADES DA PENA

Beatriz Sudré Pinhata (IC) e Guilherme Madeira Dezem (Orientador)

Apoio: PIVIC Mackenzie

RESUMO

Este artigo é de caráter explorativo e tem como objetivo geral analisar a origem do poder punitivo estatal e, ainda, as teorias da finalidade da pena, discorrendo entre as diversas punições ao longo do tempo, desde o período primitivo até os tempos atuais, observando o Estado e seu poder de punir, para, a partir de estatísticas, evidenciar como a população carcerária atinge as expectativas dessas finalidades da pena no caso concreto durante e após o cárcere. Em outras palavras, busca-se identificar quais as finalidades da pena e sua origem para, então, observar se a mesma cumpre a função que promete ou não. Para isto serão usados os métodos de procedimento histórico - para uma primeira análise do Estado e seu monopólio da força de punir - o método monográfico - ao apresentar as teorias da finalidade da pena com base em doutrinas - e, por fim, o método comparativo, com apoio do método estatístico - ao expor os resultados da pena no Brasil em contraste com suas finalidades e ao trazer dados atuais para o trabalho. A escolha para a abordagem do tema em questão se deve principalmente pelo fato de que existem hoje no Brasil milhares de detentos cumprindo pena e, por mais que grande parte da população brasileira seja a favor da punição como resposta ao crime, é necessário estudar e discutir se a finalidade da pena está sendo alcançada, pois, caso não esteja, a mesma se torna inútil e, em consequência disso, o Direito Penal também.

Palavras-chave: Estado; Finalidades da Pena; Pena.

ABSTRACT

This article has an exploratory character and aims at analyzing the State punitive power and theories of the purpose of punishment, discoursing about the various punishments throughout history ever since primitive times until now, observing the State and its power to punish and, based on statistics, to make evident how the prison population is in line with the expectations of these purposes of punishment per se, during and after imprisonment. In Other words, it aims

to identify the purpose of punishment and its origin, and so, observe if punishment complies with it's purpose. To do so, this study will use methods of historical procedure for a first analysis of the State and its monopoly of the power to punish, the method of monographic procedure when presenting the theories of purpose of punishment based in doctrines, and finally the comparative method, supported by the statistical method, when exposing the results of the punishment in Brazil in contrast with its purposes, bringing current data to the article. The choice to approach this theme is due mainly by the fact that there's thousands of prisoners in jail in Brazil at this time and as much as Brazil's population is in favor of punishment in response to crime, it's necessary study and discuss if punishment purpose it is being achieved because if it's not, punishment becomes pointless and as a result of that, so does Criminal Law.

Keywords: State; Punishments throughout; Punishment.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil é um dos países com uma das maiores taxas de criminalidade no mundo, possuindo a 3ª maior população carcerária do mundo e, com isso, fica atrás apenas dos Estados Unidos da América e da China. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), há 919.651 pessoas cumprindo pena no Brasil em 2022, sendo este, até então, o maior número de presos na história do país. Considerando o cenário atual do país, em que milhares de pessoas se encontram no regime de cumprimento de pena fechado, deve-se estudar e discutir a finalidade da punição para então se verificar se a mesma está sendo cumprida ou não, pois, caso não esteja, então a prisão seria uma forma de punição estatal abusiva e sem fundamento (consequentemente, inútil).

De acordo com Rogério Greco em seu livro Curso de Direito Penal, “a finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade” (Greco, 2015, p. 2), ou seja, o Direito Penal surge justamente para proteger a vida, o patrimônio, a integridade física e demais bens jurídicos tidos pela sociedade como mais importantes. Sendo assim, a pena está na sociedade desde sua existência, haja vista que, dentre outros motivos que serão melhor detalhados nos próximos tópicos, fora este o meio encontrado pela civilização e tido como adequado para afastar da sociedade os sujeitos que praticam crimes; em outras palavras, o Direito Penal tutela os bens jurídicos mais caros e, em consequência dessa assertiva, a pena serve como meio desta proteção.

Por tais motivos, este estudo terá como foco a análise do direito estatal de punir seus cidadãos, fazendo do direito penal uma arma para o controle da sociedade através da pena. Para que se alcance a resposta deste problema de pesquisa, objetiva-se apresentar as teorias da finalidade da pena e verificar o quanto elas são verdadeiramente efetivas no sistema carcerário brasileiro, de acordo com a finalidade adotada pelo texto legal.

Assim, em um primeiro momento, este trabalho busca expor como e o porquê o Estado monopolizou o poder de punir; para isso, será utilizado o método de procedimento histórico, pois será feita uma análise geral do conceito de Estado e, a partir desta, ocorrerá uma abordagem no que tange a figura e a função do Estado, dando destaque para o momento em que este adquiriu o seu poder punitivo e fez surgir um direito próprio para isso: o Direito Penal.

Em segundo lugar, mediante a utilização do método monográfico - com a utilização de doutrinas e artigos científicos - e, ainda através do método de procedimento histórico, este artigo irá contar de uma maneira resumida a evolução histórica do Direito Penal, o qual tem sua história dividida em três períodos principais. Em conjunto, discorrer-se-á sobre a finalidade da pena em cada um deles.

O período primitivo, que ocorreu desde o primeiro agrupamento social até o ano de 1764, onde a pena era exclusivamente uma vingança e tinha o encargo de imputar mal ao criminoso pelo prejuízo causado. Por sua vez, o período humanitário, como o próprio nome sugere, foi marcado por estudiosos e juristas criticarem o modelo penal da época justamente por ser desumano e cheio de violência e torturas. E, por fim, o período científico, quando o Direito Penal ganhou status de ciência, composto pelas escolas penais, que se formaram para estudar tudo aquilo o que foi questionado no período humanitário e na tentativa de explicar o porquê o crime acontece e o porquê o criminoso comete a transgressão penal.

São três as teorias da finalidade da pena: a teoria absoluta (retributiva), a teoria relativa (preventiva) e a teoria mista. Com relação às apresentações das finalidades da pena, será feita, em conjunto com críticas sobre tais teorias, por intermédio também do método de procedimento monográfico, uma vez que serão utilizadas doutrinas, artigos científicos e obras que acercam o tema de diferentes juristas e filósofos.

Outrossim, será utilizado o método de procedimento estruturalista, trazendo dados estatísticos do Brasil, para que, com o método de abordagem dedutivo e com o método comparativo, ocorra um confronto entre os dados que refletem o que concretamente acontece no Brasil e o que fica apenas na teoria - ficando assim evidenciado a ineficácia das duas finalidades da teoria mista na realidade brasileira.

2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

2.1 O Estado e a monopolização da função de punir

A primeira noção de Estado surgiu na Europa em 1648 após o fim da Guerra dos Trinta Anos com a assinatura do Tratado de Paz de Westfália, e de acordo com Irene Patrícia Diom Nohara o Estado pode ser definido como uma ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em um determinado território, sendo povo, território e soberania os seus três elementos.

Os homens, seres naturalmente gregários, por questões de melhor sobrevivência, julgaram que viver em grupo é melhor do que viver sozinho e então começaram a se juntar para viver em grupos, formando agrupamentos sociais. E a partir da agregação, esses agrupamentos sociais passaram a se organizar econômico e politicamente tendo a noção de Estado se formado naturalmente, e desde sua formação o Estado tem a figura de autoridade, de soberania, e passou a organizar a vontade de seus membros e a zelar por sua segurança, para Beccaria, “as leis foram as condições que agruparam os homens” (Beccaria, 1764, p. 17).

Como parte da organização do Estado, deu-se também a formação de regras e leis a serem seguidas por todos os seus integrantes como forma de pacificar o convívio social, e a partir do momento em que há leis para serem seguidas, em consequência, vem também a necessidade de penalizar aqueles que não seguissem essas leis, de acordo com Dalmo de Abreu Dallari “entre as principais necessidades e aspirações das sociedades humanas encontra-se a segurança jurídica” (Dallari, 1976, p.26).

O jurista alemão Franz Von Liszt diz que “a pena foi uma reação social contra algum membro da sociedade que colocou em perigo os interesses da comunidade quando transgrediu alguma regra de convivência” (apud OLIVEIRA, 2011, p. 122). Os homens foram proibidos de fazer justiça com suas próprias mãos e tiveram que abdicar essa prática da própria vítima julgar a punição proporcional para quem o causou danos, explicando Beccaria:

fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança (Beccaria, 1764, p. 17).

Para Rousseau: “todo malfeitor, atacando o direito social, torna-se, por seus crimes, rebelde e traidor da pátria, a conservação do Estado é então incompatível com a sua.” (Rousseau, 2013).

Desse modo, quando os primeiros Estados se formaram como uma instituição política organizada, no final do século XVII, como o Estado estava organizando os outros aspectos da vida de seus integrantes, passou também a tutelar esse interesse social de punir aqueles que descumprissem a lei, e assim a pena se tornou a resposta para todos que infringissem a lei. René Ariel Dotti aponta:

A ideia da pena como instituição de garantia foi obtendo disciplina através da evolução política da comunidade (grupo, cidade, Estado) e o reconhecimento da autoridade de um chefe a quem era deferido o poder de castigar em nome dos súditos (Dotti, 1998, p. 31).

O homem querendo algo para si pode entrar em conflito com outro que também possui os mesmos desejos, e o Estado, segundo o filósofo Thomas Hobbes possui a função de manter a paz entre os cidadãos, como diz Beccaria “as penas surgiram pela existência da necessidade de meios sensíveis e muito poderosos para sufocar o espírito despótico do homem” (Beccaria, 1764, p. 17). E embora o Estado tenha se formado e monopolizado a punição, Humberto Fabretti e Gianpaolo Smanio apontam em seu livro:

Entretanto, até hoje não se pode afirmar, de maneira alguma, que se chegou a um consenso sobre a legitimidade/necessidade da existência da intervenção estatal perante o cidadão.

Ou seja, não há qualquer consenso ideológico que forneça legitimidade ao Estado para praticar uma violência contra um de seus membros como consequência de uma violação legal (Fabretti e Smanio, 2019, p. 336).

Faz se importante pontuar que o poder punitivo do Estado não é absoluto, e está limitado ao princípio da legalidade, que está presente no primeiro artigo do Código Penal brasileiro “não há crime sem lei anterior que o defina”. É um princípio característico de um Estado democrático de direito que surgiu em 1215 na Magna Carta, e que serve para nos proteger do Estado, por mais que o Estado tenha força e jurisdição em relação aos seus integrantes, Ele tem que se limitar ao que está devidamente tipificado.

2.2 Evolução histórica do Direito Penal

A história do Direito Penal é dividida em três períodos, sendo eles o período primitivo, que vai desde o primeiro agrupamento social até 1764 (data simbólica dada pela publicação do livro *Dos Delitos e das Penas* do jurista italiano Cesare Beccaria), o período humanitário, de 1764 até o fim do século XIX e por fim o período científico, quando o Direito Penal ganhou o status de ciência, que teve início no começo do século XX até os dias de hoje.

Não existia Estado no período primitivo, os homens se agrupavam e vivam em clãs, em tribos, todavia, isso não significa a ausência de chefes e líderes dentro desses grupos.

Não é possível identificar todas as formas de controle social no período primitivo, entretanto, a doutrina penal chama esse período de fase da vingança penal, sendo dividida em três: vingança divina, vingança privada e vingança pública. Embora sejam três fases distintas, não se pode afirmar que houve uma evolução de uma fase para a outra, não há uma ordem cronológica, sendo possível grupos vivendo o mesmo momento histórico, porém em fases da vingança diferentes (Fabretti e Smanio, 2019).

Pela ausência de Estado e de código penal neste período, a vingança divina era baseada em divindades, misticismo, crenças sobrenaturais etc. Quando um integrante dessas sociedades primitivas cometia algum tabu, que eram as infrações, os pecados, tudo aquilo que não poderia ser praticado, o sacerdote desse grupo, que era o que tinha relacionamento direto com a figura divina, consultava o totem, que eram os deuses, e o totem dizia ao sacerdote qual o sacrifício necessário para que aquele integrante fosse perdoado. E assim era a sanção na fase da vingança divina, todos que cometiam algum tabu, receberia uma punição na forma de sacrifício, ou seja, a pena é um castigo, o totem ditava uma pena que era literalmente algum sacrifício ao delinquente, havia uma finalidade de retribuição pelo mal praticado.

A vingança privada fundamenta-se na relação entre os indivíduos, houve a “horizontalização” da vingança, nada mais tinha a ver com divindades, a própria vítima, os seus parentes ou o grupo social em que vivia que vingava aquele indivíduo que a causou mal. Aqui surgiu a primeira noção de um “código” onde foram estabelecidas algumas leis penais no Código de Hamurabi.

As principais sanções desta fase é a “perda da paz” e a “vingança de sangue”, sendo a perda da paz aplicada quando a infração era cometida por alguém do mesmo grupo social que a vítima, e a vingança de sangue aplicada quando a infração era contra alguém de um outro grupo social. Na perda da paz, o infrator era banido de seu grupo social, perdendo toda a proteção que um grupo fornecia, o que muitas vezes correspondia com uma pena de morte, tendo em vista que ninguém conseguia sobreviver sozinho naquela época. Aqui pode-se dizer que a pena tem um ânimo de defesa social, tanto que o delinquente é expulso de seu grupo social, como também visa castigar o delinquente, já que sem seu grupo social corria risco de morte.

A vingança de sangue, por sua vez, envolve dois grupos distintos: o grupo do infrator e o da vítima. Esta modalidade, na verdade, se tratava de guerra entre os grupos, haja vista que o grupo que foi vítima ia se vingar do grupo que cometeu a infração, resultando, como dito anteriormente, em uma guerra entre os grupos e o mais forte prevaleceria. Patricia Vanzolini e Gustavo Junqueira nos traz a seguinte reflexão:

a pena que busca vingar – mais que simplesmente compensar – o mal do crime busca desfazer a relação de poder imposta pelo infrator e reafirmar o poder do carrasco ou do inquisidor, daí a razão de sua comum desproporcionalidade (Junqueira e Vanzolini, 2021, p. 518).

Tendo em vista a desproporcionalidade na perda da paz e na vingança de sangue, surgiu a lei do talião, trazendo o critério de proporcionalidade; é possível identificar a lei do talião no Código de Hamurabi, na Bíblia Sagrada e na Lei das XII Tábuas, o que foi muito importante para a própria preservação dos grupos sociais. Poderia acontecer de um indivíduo furtar algum objeto de valor ínfimo de outro grupo, resultando em guerra entre os grupos com diversas mortes e até mesmo a extinção de um grupo social.

É na fase da vingança pública que podemos falar de uma primeira figura de um Estado soberano e que detém o monopólio do poder punitivo - retirando, então, este direito/dever dos particulares. Houve uma melhor organização social e as sanções deixaram de se apoiar em divindades, caminhando para um sistema jurídico, mas havendo ainda resquícios da vingança privada. Na vingança pública, a pena tinha como função proteger a existência do Estado e seu soberano. Qualquer indivíduo que ameaçava a paz social, o soberano e o Estado, sofria com torturas, mutilações e a pena de morte. A pena deixou de ser uma vingança e passou a ser propriamente uma pena.

O período humanitário sofreu grandes influências do iluminismo. Foi durante este período que estudiosos, filósofos, juristas e pensadores de maneira geral, tais como John Howard, Jeremy Bentham e Cesare Beccaria, começaram a se manifestar sobre o modelo penal e sistema prisional da época que era cheio de abusos e desprezava a dignidade, Beccaria diz em seu livro “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.” (Beccaria, 1764, p. 99).

Levando em consideração que o corpo do homem que pagava pelo mal que ele havia praticado, num contexto onde havia pena de morte e tortura, Foucault enfatiza:

Dir-se-á: a prisão, a reclusão, os trabalhos forçados, a servidão de forçados, a interdição de domicílio, a deportação – que parte tão importante tiveram nos sistemas penais modernos – são penas “físicas”: com exceção da multa, se referem diretamente ao corpo. Mas a relação castigo-corpo não é idêntica ao que ela era nos suplícios (Foucault, 2014, p. 16).

E é aqui que a obra de Beccaria se faz tão importante; segundo ele, apenas com boas leis se podem impedir esses abusos e para ele a finalidade da pena é “apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo”, o que corresponde a teoria preventiva e a ideia de uma defesa social. O jurista italiano em seu livro *Nos Delitos e das Penas* faz duras críticas sem censura sobre a pena de morte

e a tortura, penas frequentemente aplicadas até então; também defendeu um modelo penal com mais dignidade e menos intervenção estatal.

Após as duras críticas de Beccaria, outros estudiosos passaram a estudar o modelo penal, formando então as escolas penais, que segundo o jurista espanhol Luis Jiménez de Asúa são “o corpo orgânico de concepções contrapostas sobre a legitimidade do direito de punir, sobre a natureza do delito e sobre o fim das sanções” (Asúa, 1950). As escolas penais foram sistematizadas no período científico, tendo várias delas espalhadas por toda Europa, sendo as de mais relevância para este artigo a Escola Clássica, Escola Positiva, Terza Scuola Italiana e a Escola Moderna Alemã.

A primeira escola penal foi a Escola Clássica (século VXIII e XIX), e tem como figura importante Francesco Carrara, que em 1859 fez um programa de direito criminal onde ele fez uma obra reunindo todos os ideais da Escola Clássica, sendo a primeira obra científica de direito penal. Alguns dos principais fundamentos da Escola Clássica era que o crime deveria ser tratado como um ente jurídico, isto é, para uma ação ser considerada criminosa ela deve obrigatoriamente violar um direito, apenas o direito pode dizer o que é crime. Somente pode ser responsabilizado por um crime aquele que é moralmente imputável, o livre-arbítrio que para Carrara é um pressuposto da ciência criminal, a pena tem um caráter retributivo, não se pode punir pensamento ou vontade não externalizada e a pena deveria retribuir o mesmo mal que o sujeito tenha praticado.

Em seguida surgiu a Escola Positiva, que tem como base filosófica o positivismo científico. Dentre suas principais figuras está o médico psiquiatra Cesare Lombroso, que acreditava que o criminoso não escolhia cometer o delito, e sim suas questões biológicas o levavam a criminalidade, negando o livre arbítrio. A Escola Positiva sustentava que o delito era um fenômeno natural que acontecia pelas questões físicas biológicas da pessoa, sendo assim, um delinquente era biológica e psicologicamente anormal, o livre arbítrio foi rejeitado. Aqui, como as pessoas já nasciam destinadas a se tornarem criminosas pelas suas questões físicas, a pena não servia para uma reeducação e retribuição, tinha como fim a defesa social e deveria ser por tempo indeterminado, a pena deveria durar até aquela pessoa ainda for um perigo para a sociedade.

A Escola Clássica não foi uma escola propriamente dita, o que aconteceu foi que, quando formada a Escola Positiva (século XIX e XX), que foi de fato uma escola, os principais autores dessa escola decidiram chamar todos os pensamentos antecessores aos seus de clássico, gerando, então, a Escola Clássica.

Após a Escola Positiva vem a Terza Scuola Italiana, surgida em 1891 após a publicação do artigo “Una Terza Scuola di Diritto Penale in Italia” por Emanuele Carnevale.

Neste escrito, o autor conciliou fundamentos das escolas antecessoras e afirmou que algumas pessoas nasceram fadadas a se tornarem criminosos, mas que também há pessoas que escolheram cometer crimes. Neste mesmo sentido, de acordo com Humberto Barrionuevo Fabretti e Gianpaolo Poggio Smanio em seu livro *Direito Penal Parte Geral*, “a pena tem como função a defesa social, nos moldes positivista, porém sem perder o seu caráter aflitivo. Entretanto, nos moldes clássicos, a pena tem natureza e finalidade diversa da medida de segurança” (Fabretti e Smanio, 2019, p. 38).

Seguindo a Escola Positiva, origina-se a Escola Moderna Alemã com Franz Von Liszt como seu principal autor. A Escola Moderna Alemã possui uma essência mais eclética em relação a Escola Clássica e a Escola Positiva, para Liszt o crime ocorre tanto pela natureza do criminoso quanto por motivos sociais e econômicos. Para Liszt o Código Penal é um instrumento de defesa do criminoso frente ao poder punitivo estatal, o criminoso utiliza o Código Penal para evitar abusos do Estado.

Desse modo, evidencia-se que a pena é um fator presente enquanto os homens viverem em qualquer tipo de sociedade, tendo tomado diferentes finalidades ao longo do tempo.

2.3 Finalidade da pena na atualidade e seus reflexos na sociedade

As teorias da finalidade da pena podem ser divididas em três grupos. As teorias absolutas ou retributivas, as teorias relativas ou preventivas e as teorias mistas ou ecléticas. A respeito da teoria retributiva/absoluta, o jurista alemão Claus Roxin ensina:

para ela, o sentido da pena assenta em que a culpabilidade do autor seja compensada mediante a imposição de um mal penal. A justificação de tal procedimento não se depreende, para esta teoria, de quaisquer fins a alcançar com a pena, mas apenas da realização de uma ideia: a justiça. A pena não serve, pois, para nada, contendo um fim em si mesma (Roxin, 1976, p. 16).

Em face da teoria preventiva Roxin leciona:

esta não pretende retribuir o facto passado, assentando a justificação da pena na prevenção de novos delitos do autor. Tal pode ocorrer de três maneiras: corrigindo o corrigível, isto é, o que hoje chamamos de ressocialização; intimidando o que pelo menos é intimidável; e finalmente, tornando inofensivo mediante a pena de privação da liberdade os que não são nem corrigíveis nem intimidáveis (Roxin, 1976, p. 20).

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria ‘absoluta’ porque para ela o fim da pena é independente, ‘desvinculado’ de seu efeito social. A concepção da pena

como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense. (Roxin, 1977, p. 82).

Por conseguinte, a teoria da finalidade mista, que busca unir mais de uma finalidade da pena, a de prevenção, prevenindo delitos futuros, como também a de retribuição, causando mal ao que causou mal a sociedade.

O Brasil, no artigo 59 do Código Penal, adota a teoria da finalidade mista da pena, que reprovava o criminoso e o castiga, garantindo a paz social e prevenindo delitos futuros:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime

Ao que toca a teoria retributiva, Roxin faz a seguinte crítica:

Não se compreende como se pode pagar um mal cometido, acrescentando-lhe um segundo mal, sofrer a pena. É claro que tal procedimento corresponde ao arreigado impulso da vingança humana, do qual surgiu historicamente a pena; mas considerar que a assunção da retribuição pelo Estado seja algo qualitativamente distinto da vingança humana, e que a retribuição tome a seu cargo a culpa de sangue do povo, expie o delinquente, tudo isto é concebível apenas por um ato de fé que, segundo a nossa Constituição, não pode ser importado a ninguém, e não é válido para uma fundamentação, vinculante para todos, da pena estatal (Roxin, 1976, p. 19).

Francesco Carnelutti em seu livro diz que:

A verdade é que só operando no campo do espírito e por isso superando, com a substituição do eterno pelo caduco, a concepção temporal da realidade, podemos entender a verdade da repressão como restauração da ordem violada (Carnelutti, 2015, p. 36).

De fato, não se sabe ao certo a fundamentação quanto a finalidade de retribuição da pena, como também, não há evidência nenhuma de sua eficácia. Racionalmente não se compreende como se pode pagar um mal praticado com um segundo mal, não se ensina uma pessoa a não fazer o mal, concedendo-lhe um mal. Esta finalidade da pena nos remete ao período primitivo, momento em que a pena nada mais era que vingança, sendo assim, cabe o seguinte questionamento: o que difere a finalidade retributiva da pena com a lei do talião? Pode-se afirmar que a finalidade retributiva da pena é meramente para agradar a sociedade, que entende que aquele indivíduo está recebendo um mal que merece, e assim, a sociedade sente que a justiça está sendo feita e que o Direito é válido.

Ante a teoria de prevenção, Roxin faz a seguinte crítica:

O próximo argumento contrário assenta no facto de que, em muitos grupos de crimes e de delinquentes, não se conseguiu provar até agora o efeito de prevenção geral da pena. Pode aceitar-se que o homem médio em situações normais se deixa influenciar pela ameaça da pena, mas tal não sucede em

todo caso com delinquentes profissionais, nem tão pouco com delinquentes impulsivos ocasionais (Roxin, 1976 p. 24).

No que diz respeito a teoria preventiva, Patricia Vanzolini e Gustavo Junqueira observam em seu livro:

Para os defensores das teorias preventivas, a pena, para que seja legítima, precisa ter um objetivo no futuro, diminuindo a violência e colaborando para a perpetuação da vida em sociedade (Junqueira e Vanzolini, 2021, p. 521).

A crítica de Roxin se vê mais que atual e válida no Brasil, tendo em vista a presença de grandes facções criminosas agindo em comunidades e nos próprios presídios e também onde a maioria dos crimes são decorrentes de problemas sociais como fome e miséria. A título de exemplo é o aumento brutal do número de pessoas presas no Brasil atualmente e o número de presos no Brasil em 2019.

Como citado anteriormente neste artigo, conforme o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 919.651 pessoas estão cumprindo pena no Brasil atualmente (dado de 2022), contra 773.151 pessoas cumprindo pena no Brasil em 2019 segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (infopen). Ficando provado que a pobreza, escassez de emprego, fome (em 2018, 10,3 milhões de brasileiros vivam em situação de fome, enquanto em 2020, 19 milhões de brasileiros viviam em situação de fome, segundo a BBC), miséria, defasagem na educação, falta de políticas sociais, está diretamente relacionado com o aumento de crimes, e então, aumento de pessoas cumprindo pena.

Para a finalidade preventiva da pena se mostrar eficaz, a taxa de criminalidade deveria diminuir cada vez mais, mas em São Paulo, que não coincidentemente é o estado com maior quantidade de presos no país, não preveniu novos crimes, sofrendo aumento de assalto e roubo seguido de morte em 2022 segundo o G1. Uma pesquisa feita pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB) diz que a população carcerária cresceu 900% desde 1990 até 2019, em suma, se a eficácia da finalidade preventiva da pena fosse verdadeira, o aumento de prisões deveria significar a diminuição de delitos.

A reincidência é outro fato que nos faz repensar sobre as finalidades preventiva da pena. Reincidência é a prática de um novo delito por uma pessoa que já foi condenada por outro crime anteriormente. A pena não é capaz de prevenir nem mesmo aquele que já sofreu com a pena de cometer novos delitos.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perante o exposto, evidencia-se que os objetivos desta pesquisa foram atingidos, posto que buscou-se, em um primeiro plano, analisar a origem do poder punitivo estatal e, na

sequência, analisar se as teorias da finalidade da pena conseguem cumprir com o que propõem no caso concreto, em especial, a teoria mista adotada pelo Código Penal brasileiro.

Ademais, é importante ressaltar que desde o período primitivo, com a formação do primeiro agrupamento social, que se vê a necessidade de uma forma de controle social e de uma punição para tudo o que não podia ser praticado pelo indivíduo que fazia parte daquele grupo, trazendo a ideia de que a pena é muito mais antiga do que a formação de um Estado em si. A natureza do homem, a competição entre si, sua ambição, o desejo de glória, riqueza e lucro, são motivos que levam o homem a ter um comportamento reprovável diante da sociedade em que faz parte.

Na tentativa de conter esses comportamentos abomináveis e de resguardar os bens tidos como de maior valor social, o Estado passou a delegar essa função, surgindo então o Direito Penal, para punir de maneira legal o criminoso, retirando a punição das mãos dos particulares e, conseqüentemente, negando a punição baseada exclusivamente na vingança e em crenças religiosas.

Em suma, nota-se que o método de procedimento histórico fora necessário para retomar à origem da pena e como a mesma se moldou ao longo dos anos para se fazer sempre presente. Da mesma forma, o método monográfico auxiliou e sustentou a ideia desta pesquisa ao trazer os saberes e resultados já encontrados por outros autores que também estudaram o tema.

Por fim, os métodos comparativo e estatístico cumpriram com seus objetivos ao trazer para o artigo dados reais e o cenário atual do cárcere brasileiro, além de demonstrar que a pena, especialmente quando revestida da teoria da finalidade mista, na verdade é inútil, sendo apenas uma forma de punição estatal que retira da sociedade os sujeitos que praticaram crimes e que, por conseguinte, não são vistos como cidadãos que merecem continuar vivendo com o coletivo.

4. REFERÊNCIAS

ABBUD, Bruno. Pandemia pode ter levado Brasil a ter recorde histórico de 919.651 presos. O Globo, 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2022/06/pandemia-pode-ter-levado-brasil-a-ter-recorde-historico-de-919651-presos.ghtml>. Acesso em 16 de agosto de 2022.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*: Buenos Aires: Losada, 1950.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*: São Paulo: Martin Claret, 2001.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CARNEVALE, Emanuele. *Una Terza Scuola di Diritto Penale*: Roma, 1891.

CARNELUTTI, Francesco. *O Problema da Pena*: São Paulo: Editora Pillares, 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Renascer do direito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Direito Penal Parte Geral*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - Parte Geral - Volume 1*. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia. *Manual de Direito Penal*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LISZT, Franz Von apud OLIVEIRA, William Terra de; OLIVE, Juan Carlos Ferre; PAZ, Miguel Angel Nunez; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro – parte geral*. Editora RT, 2011.

MACHADO, Leandro. *Os brasileiros presos por furto de comida na pandemia de covid*. BBC News Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57477601>. Acesso em 16 de agosto de 2022.

PINHONI, Marina. *Os estados com mais gente presa no Brasil*. Exame, 2014. Disponível em: <https://exame.com/brasil/os-estados-com-mais-gente-presa-no-brasil/>. Acesso em 15 de agosto de 2022.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte general*. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.

ROXIN, Claus. "*Sentido y límites de la pena estatal*". *Problemas básicos del derecho penal*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Réus, 1976

ROUSSEAU, J. J. *Do Contrato Social*. São Paulo: Pillares, 2013.

SÃO Paulo tem aumento de assaltos e de roubos seguidos de assassinatos. G1 Jornal Nacional, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2022/05/09/sao-paulo-tem-aumento-de-assaltos-e-de-roubos-seguidos-de-assassinatos.ghtml>. Acesso em 15 de agosto de 2022.