



Direito Penal

– Parte Geral –

Teorias da Pena na Contemporaneidade

Leandro Gornicki Nunes

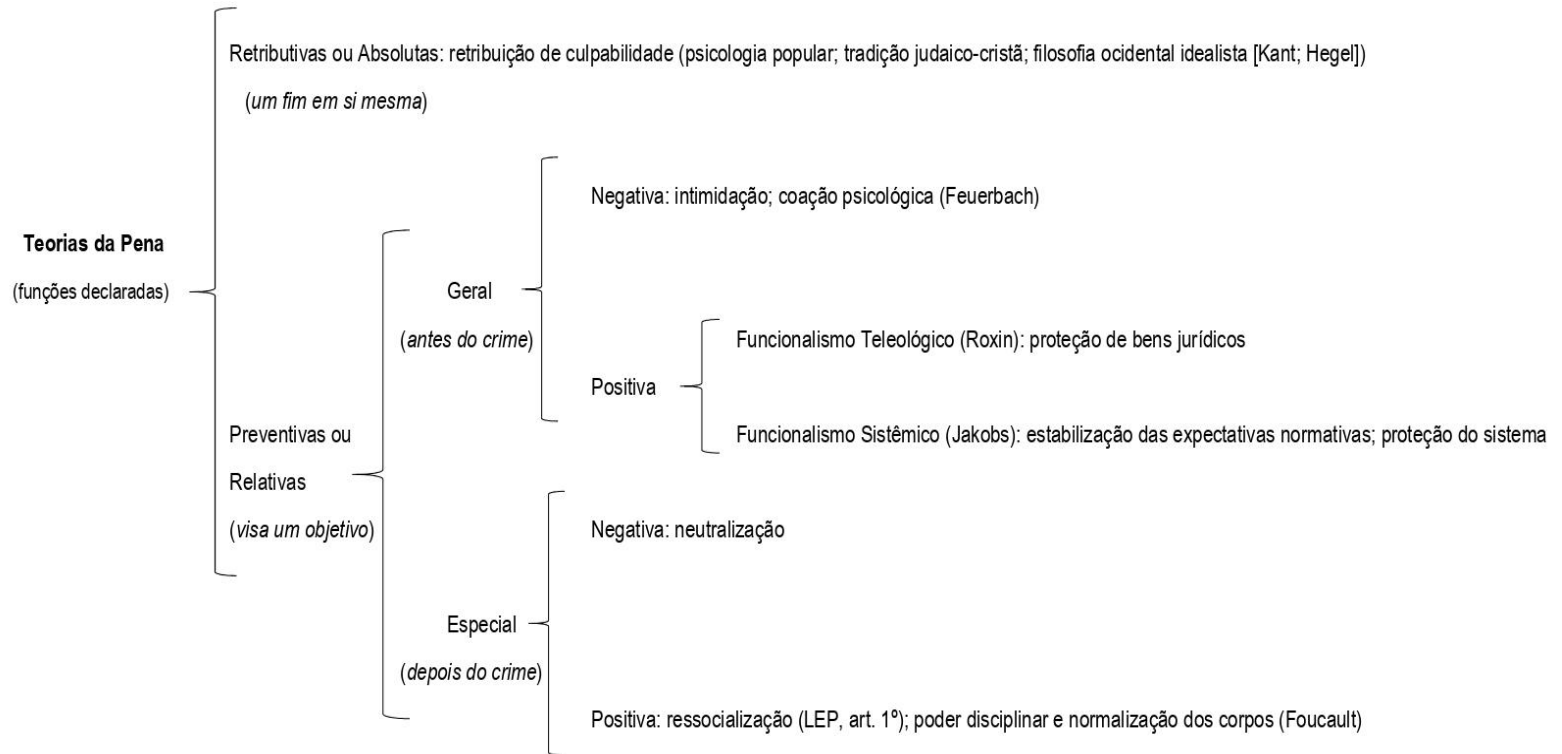
Doutor e Mestre em Direito do Estado (UFPR)

Especialista em Direito Penal (USAL)

leandro.gornicki@univille.br

Política Criminal e Direito Penal

(estratégias de controle social institucionalizado)



Teorias Unificadoras ➡ "3 Pilares": a) Intimidação (na lei); b) Retribuição (na sentença); c) Ressocialização (na execução)

Teorias Críticas ➡

- a) Garantia da Ordem Capitalista (materialismo histórico);
- b) Satisfação do Sentimento de Vingança Coletiva;
- c) Neutralização Seletiva (Pavarini);
- d) Princípio regulador da violência institucional (pena): evitar a vingança privada e a irracionalidade (Zaffaroni).

I. Discurso Oficial da Teoria Jurídica da Pena

1. A pena como retribuição de culpabilidade

A pena como retribuição é a imposição de um mal justo, necessário para realizar justiça e restabelecer o Direito;

Razões históricas da sobrevivência das teorias retributivas: a) *psicologia popular* (talião); b) *tradição religiosa judaico-cristã ocidental* (vingança divina); c) *filosofia ocidental* (Kant e Hegel); d) *legislação vigente* (CP, art. 59);

Retribuir pode ser um ato de fé apenas (desprovido de cientificidade e antidemocrático). O poder é exercido em nome do povo e o objetivo do Direito Penal não pode estar atrelado à vingança;

É impossível provar o livre arbítrio do agente desviante, de modo que não há como apurar a culpabilidade a ser retribuída. Na base democrática, culpabilidade é medida da pena e não fundamento da pena.

I. Discurso Oficial da Teoria Jurídica da Pena

1. A pena como retribuição de culpabilidade

*“Perdón y expiación absolutos, es decir, sin finalidad, contradicen el principio según el cual la planificación y el efecto de las medidas estatales deben ser comprobables, dado el caso bajo a aplicación de métodos científicos para los cuales se tiene en cuenta, en especial, también la moderna investigación social empírica. Perdón y expiación sin relación, con finalidades sociales medibles empíricamente podrían ser exigidos unicamente com fundamentación privada, religiosa o moral, es decir, se excluyen como finalidad estatal [...] Es seguro que en la vida personal uno puede buscar refugio en lo inexplicable, en la dedicación a la religión y a la moral divina, pero el Estado no lo puede hacer, puesto que él debe fundamentar de modo comprobable – también em vista de lo terrible –” (NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: Bdef, 2006).*

1. Discurso Oficial da Teoria Jurídica da Pena

2. A pena como prevenção geral (antes do crime)

A prevenção geral *negativa* aparece na forma de coação psicológica (Feuerbach);

A prevenção geral *positiva* pode visar: a) a proteção subsidiária e fragmentária de bens jurídicos (Roxin); b) a estabilização das expectativas normativas mediante afirmação da validade da norma penal violada (Jakobs).

3. A pena como prevenção especial (depois do crime)

A prevenção especial *negativa* consiste na incapacitação para a prática de novos atos desviantes durante a execução da pena (neutralização).

A prevenção especial *positiva* é realizada pelos ortopedistas da moral e visa corrigir ou ressocializar o condenado.

4. As teorias unificadas: a pena como retribuição e prevenção

É a conjugação das teorias isoladas. Os defeitos das teorias isoladas não desaparecem.

II. Discurso Crítico da Teoria Criminológica da Pena

1. Prevenção Geral Negativa (Intimidação-dissuasão)

Lógica utilitarista (antiética): ausência de limites à pretensão intimidadora (penas cruéis e indiscriminadas àqueles que violam os interesses do establishment);

Racionalismo: pensa em desviantes racionais e calculistas;

Seletividade: em geral, apenas sujeitos vulneráveis (excluídos) ou inábeis (“obra tosca da criminalidade”) servem de exemplo, estimulando maior elaboração delituosa;

Fim da democracia: aniquilamento dos espaços de liberdade social e neutralização das agências judiciais (ditadura);

Ética e linguagem: o desvio deixa de ser praticado por fatores éticos, afetivos e jurídicos (Dirk Fabricius);

Apartheid e Higienismo Social: amigos vs. inimigos; bem vs. mal (lógica totalizante).

II. Discurso Crítico da Teoria Criminológica da Pena

2. Prevenção Geral Positiva (proteção do sistema social e de bens jurídicos)

Lógica Sistêmica: visa garantir a normatização do sistema social impondo uma pena como contra-afirmação do crime, satisfazendo aqueles que respeitam a lei (engodo comunicacional), sem indagar a cifra oculta da criminalidade e os graves conflitos sociais de um país como o Brasil;

Conflituosidade Social: quando maior é o conflito social, maior é a necessidade de penas (maiores) para o controle desse conflito;

Direito Penal Simbólico: a pena é um símbolo usado para a manutenção da confiança no sistema, embora seja meramente uma forma de difundir ideologias falsas;

Teoria do Bem jurídico: a categoria bem jurídico deixaria de ser um limitador dos processos de criminalização, figurando o sistema como “bem jurídico”;

Limite punitivo: a medida da pena dependerá daquilo que for necessário para “renormatizar” o sistema, criando o consenso (ausência de limite a partir do medo ubíquo e midiático).

II. Discurso Crítico da Teoria Criminológica da Pena

3. Prevenção Especial Negativa (neutralização)

Atrocidade: a pena serve apenas para neutralizar agentes desviantes, mediante seleção arbitrária;

Vedação à pena de caráter perpétuo: no Brasil, não haverá penas de caráter perpétuo (CR, art. 5º, XLVII);

Dignidade Humana: preocupa-se, exclusivamente, com o corpo social, negando condição humana ao sujeito desviante (explícita defesa social higienista).

II. Discurso Crítico da Teoria Criminológica da Pena

4. Prevenção Especial Positiva (ideologias *re*: ressocialização, reeducação...)

(In)Eficácia: a institucionalização deteriora, deseduca e brutaliza os sujeitos institucionalizados;

Ortopedia Moral: o Estado não tem legitimidade para obrigar uma pessoa a ser “normal”, impondo um modelo humano;

Riscos Sanitários: a prisão aumenta os riscos de homicídio, suicídio, moléstias sexuais, abusos sexuais, motins, corrupção, proliferação de doenças graves (AIDS e tuberculose, p. ex.);

Limite Punitivo: sendo a pena um bem, ela deve ser usada até onde for a necessidade de “reeducação” ou “ressocialização” (lógica paternalista, correcionalista e positivista);

Inquisitorialismo: no plano processual, sendo a pena um bem, o processo deve seguir a lógica inquisitorial, desprezando-se os pilares do devido processo legal.

II. Discurso Crítico da Teoria Criminológica da Pena

5. (Neo)Retributivismo (retribuição)

Racionalismo Dedutivista: uma teoria que não interage com dados empíricos da realidade social;

Ineficácia: a pena é incapaz de reintegrar o direito violado pelo sujeito desviante;

Seletividade: o Sistema de Justiça Criminal apenas seleciona os inábeis, na retribuindo a culpabilidade de todas as violações de direitos;

Confisco do Conflito: não é a vítima que irá buscar a retribuição da lesão sofrida, e sim o Estado;

Vendeta: a finalidade verdadeira da teoria retributiva é a vingança;

Princípio Regulador: a pena deve guardar a mínima proporcionalidade em relação à lesão do bem jurídico (princípio da mínima proporcionalidade da intervenção mínima); é a única função capaz de conter a irracionalidade do poder punitivo (Zaffaroni *et al.*).

Encontre-nos nas redes sociais:



Gornicki Nunes



Gornicki Nunes



Gornicki Nunes



leandro.gornicki@univille.br