

A Compreensão do Direito Penal e Aplicação das Penas Partindo da Análise de Pressupostos Teóricos das Principais Teorias da Pena

Carmen Mariana Santos de Barros¹

RESUMO

O presente trabalho possui como principal objetivo abordar de forma generalizada as funções, e o discurso legitimador da aplicação da pena, sob o agente infrator, tais aspectos serão analisados sob a ótica das principais teorias da pena, que serão esclarecidas a partir de seus principais teóricos. Este trabalho irá abordar desde as Teorias Absolutas/Retributivas da Pena, até Teorias Utilitaristas, passando pelas Teorias da Prevenção Geral Positiva e Negativa e Teorias da Prevenção Especial Positiva e Negativa. De forma clara e objetiva este artigo ainda pretende demonstrar a forte relação entre o Estado a Sociedade e o Direito Penal.

Palavras Chave: Direito – Sociedade – Teorias – Pena

Introdução

O Estado e o Direito Penal estão interligados desde os primórdios da sociedade, conforme ocorre a evolução dos povos em suas culturas, formas de compreender e atuar na política, bem como altera-se, o contexto social, juntamente com tais mudanças, ocorre também a transformação do Direito Penal, ocorrem mudanças em sua interpretação e, conseqüentemente, na aplicação das penas. No que se refere à aplicação da pena e a imposição de um Sistema Penal, ou seja, de um sistema punitivo, é quase unânime a ideia de que se faz necessário a adoção de um Sistema, ou seja, de um Direito Penal, que promova a aplicação de punições nos casos de transgressões às normas ditadas pela sociedade, ou seja, a imposição do Direito Penal se faz necessário para a manutenção das sociedades.²

A pena é um mal imposto ao indivíduo que pratica uma conduta delitiva, basicamente é compreendida como um castigo, contudo não necessariamente a finalidade da pena será considerada tão somente, a aplicação da punição pela conduta delitiva praticada, ou seja, a finalidade da pena não será exclusivamente retributiva³, tal finalidade irá evidenciar-se de forma distinta, a partir da Teoria e do discurso legitimador que for adotado.

Teorias Absolutas ou Retributivas da Pena

A ideia de pena em sentido absoluto é melhor compreendida quando analisada a estrutura do Estado que lhe dá vida.

Referidas Teorias foram marcantes no Estado Absolutista, em que, se concentrava na figura do Rei, o poder legal, estatal e de justiça, ou seja, na figura do

¹ Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil.

² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** (Parte Geral 1). 21 ed. rev. ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 131.

³ Ibidem, p. 132.

Monarca era concentrado todas as formas de poder, o Estado, as Leis e a Religião se fundiam. O Rei era tido como representante de Deus na Terra, apto a realizar a justiça. No Estado Absolutista a pena era concebida puramente como uma forma de expiar o mal causado, punir o pecado praticado. Aquele que cometia uma conduta delituosa, não agia somente contra o soberano, agia também contra Deus.⁴

Ainda em conformidade com o que foi suscitado acima é possível afirmar que “A pena tem um aspecto de retribuição ou de castigo pelo mal praticado: *punir gua peccatum*”.⁵ Logo, a única finalidade da pena era a de castigar a conduta delitiva, que naquele Estado poderia ser o pecado cometido. É importante demarcar que nessa figura de Estado, em muitos países, em especial da Europa, os atos delituosos eram punidos muitas vezes de forma cruel, tendo-se como fundamento a retribuição do mal praticado.

Segundo relatos de Michel Foucault:

A pena de morte natural compreende todos os tipos de morte: uns podem ser condenados à forca, outros a ter a mão ou a língua cortada ou furada e ser condenados à forca em seguida; outros, por crimes mais graves, a ser arrebatados vivos (...)⁶

As penalidades eram definidas de acordo com a infração cometida, de modo que os delitos considerados mais graves eram penalizados ou retribuídos com penas de suplício, conforme as descritas acima.

É importante observar que as penas de suplícios eram as menos aplicadas, as penas mais comuns, eram as de pagamento de multas e/ou banimento.⁷

Como já fora dito, o Estado, a Igreja e o Direito, possuíam as mesmas diretrizes, a religião era a peça fundamentadora, das ações do Estado, traduzidas na vontade soberana do rei, inclusive no concernente à aplicação das penas.

Tal afirmação é reproduzida por Michel Foucault, que em sua obra explana a situação de Damiens, um homem, que residia em Paris, o qual, fora condenado, em março de 1757, tal homem, fora condenado, e submetido à pena de suplício.

De acordo com relatos do autor:

(...) apenas as dores excessivas faziam-no dar gritos horríveis, e muitas vezes repetia: - Meu Deus, tende piedade de mim; Jesus socorrei-me. (...) Perdão meu Deus! Perdão Senhor (...)

Beijava conformado o crucifixo que lhe apresentavam; estendia os lábios e dizia sempre: - Perdão Senhor (...)⁸

Para a sociedade da do século XVIII, o suplício era a pena aplicada como retribuição aos crimes considerados mais graves, como foi demonstrado acima a conotação religiosa no que se refere às penalidades aplicadas aos infratores é extremamente forte naquela sociedade. O castigo dado ao pecador, o criminoso,

⁴ Ibidem, p. 133.

⁵ FÜHRER, Cláudio Américo, FÜHRER, Roberto Ernesto. **Resumo de Direito Penal** (Parte Geral). 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 103.

⁶ FOUCALT, Michel. **Vigiar e Punir**. Traduzido por Ligia M. Pondé Vassalo. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1986, p. 33.

⁷ Idem.

⁸ Ibidem, p. 11 e 12.

seria um castigo aprovado por Deus, tanto que o próprio apenado se conforma em receber o castigo.

Com o passar dos anos a sociedade se transforma e, no Estado até então absolutista, ocorre a ascensão da burguesia, que com o acúmulo de capital, passou a apresentar suas próprias necessidades, ocorre ainda a transformação no contexto social, e a sociedade passa a tomar novos rumos em sua economia, cultura, necessidades gerais e peculiares, ou seja, a sociedade evolui, se transforma, e com ela também se transforma o Direito.⁹

Com o surgimento do capitalismo industrial, o Estado se reestrutura as verdades antes incontestáveis são repensadas, nasce o Estado burguês, cuja base está fundamentada no dito Contrato Social. O Estado passa a ser a representação do povo, ou seja, o Estado passa a ser concebido como a vontade soberana do povo. Como consequência deste fenômeno, acontece a divisão de poderes. O Estado torna-se laicizado, adota-se uma concepção liberal, e o Estado já não pode mais embasar a aplicação das penas, na religião, há uma ruptura entre o Estado e a Igreja. Logo, a aplicação da pena passa a ter um caráter de retribuição à perturbação da ordem jurídica estabelecida pelo Estado, ou seja, pela sociedade. Os indivíduos desta sociedade tinham o dever de respeitar o contrato social, zelando pela conservação da ordem, todos os indivíduos possuíam o direito de usufruir de sua liberdade natural originária. A pena era aplicada com o intuito de realizar a justiça, de modo que a pessoa que cometesse uma conduta delitiva era considerada rebelde, e deveria ser apenada, com um mal, em retribuição à sua má conduta, de modo que, a pena possuía a incumbência de realizar a Justiça.¹⁰

Dois grandes filósofos são referência no que concerne as Teorias Absolutas e Retributivas da Pena, são estes Immanuel Kant e G. W. F. Hegel, ambos defendem que a aplicação da pena deve refletir a justiça, contudo cada autor possui em sua tese, peculiaridades específicas.

Para Kant, certas ações são permitidas ou proibidas, de acordo com imperativos categóricos, os quais são refletidos nos comandos ou proibições emanados pelo Estado, tais normas de conduta possuem forte cunho moral.¹¹

De modo que para o autor, a justificativa para a aplicação da pena no que tange ao descumprimento de normas, ou seja, o descumprimento de imperativos categóricos é de ordem moral e ética, tendo em vista que ao infringir uma lei penal, o indivíduo não apenas afronta uma regra em si, ele afronta o valor moral intrínseco a tal regra.¹²

Para Kant as leis são imperativos categóricos, a partir desta ideia, o autor define que o Direito representa o reforço que o Estado apresenta no que concerne à importância de observar e respeitar as leis, é possível citar como exemplo disso, a norma imperativa que se traduz na proibição de matar alguém. Segundo o autor o Direito tem que representar imperativos morais categóricos. O crime é uma ação injusta e a punição representa justiça contra o criminoso.¹³

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit, p. 134.

¹⁰ Idem.

¹¹ KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Coleção Folha, livros que mudaram o mundo. Traduzido por Edson Bini São Paulo: Folha de São Paulo, 2010. p. 45.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit, p. 135.

¹³ BOZZA, Fabio da Silva. **Finalidades da Pena**. Aula proferida no Unibrasil, Curitiba, 05 ago. 2012.

Em suma, para Kant, a pena tem que ser justa, pois como já fora dito, Direito e Moral, são intrínsecos, as leis devem ser moralmente práticas a pena deve retribuir ao indivíduo de modo proporcional a injustiça por ele cometida.¹⁴ De acordo com o pensamento do filósofo em questão, a pena possui caráter retributivo e deve sempre ser aplicada, como retribuição de uma injustiça, ou seja, a pena deve sempre assegurar a justiça, independentemente, de qualquer utilidade.

Hegel também defende que a pena possui o caráter retribucionista, da mesma forma que Kant, contudo a percepção de tal autor, em contrapartida à de Kant, possui suas próprias peculiaridades.

O filósofo busca traduzir um conceito de pena relacionado com sua teoria de Estado, para o autor tal conceito é essencialmente jurídico, no que concerne a sua concepção sobre a pena, é de suma importância compreender que para ele, o Direito é produto da vontade de todos, da vontade geral, sendo o Direito, as regras, as leis, produto da razão universal, para o autor, liberdade e racionalidade são as bases do Direito.¹⁵

Nessa linha Hegel assevera:

Como evento que é a violação do Direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, mas contém a negação. A manifestação desta negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito.¹⁶

Para o autor o direito é fruto da razão humana, ou seja, da vontade geral, o crime é a violação de tal vontade, é a transgressão do direito, a pena é necessária para suprimir a violação do direito, ou seja, para restabelecer a vontade geral, a vontade da sociedade.

A imposição da pena significa restabelecer a ordem jurídica quebrada, pelo ato criminoso, o crime é a negação do direito e a pena é a negação do ato criminoso.¹⁷

No entanto, a violação, na medida em que atinge a vontade que existe em si (e tanto, por conseguinte, a do criminoso como a da vítima), não tem uma existência positiva nesta vontade em si como tal nem nos resultados dela. Para si existente (o direito, a lei em si) antes é o que não existe exteriormente, o que portanto, não pode ser violado. Do mesmo modo, a violação é, para a vontade particular da vítima e dos outros, algo de negativo. A violação só tem existência positiva como vontade do particular e do criminoso (...)¹⁸

A violação do Direito, ou seja, a ação criminosa possui uma conotação negativa no que se refere aos desígnios dos cidadãos e da sociedade em geral. O indivíduo que pratica a conduta criminosa receberá uma pena em contrapartida, a penalidade representa uma resposta a um cidadão que pelo uso de sua própria razão, contrária à vontade geral, cometeu um crime.

¹⁴ KANT, Immanuel, Op. Cit, p. 49.

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit, p. 138.

¹⁶ G W F, Hegel. **Princípios da Filosofia do Direito**. Traduzido por Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 87.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit, p. 138.

¹⁸ G W F, Hegel. Op. cit, p. 87 e 89.

Ainda em consonância com este pensamento, Cesar Roberto Bitencourt, afirma que “A imposição da pena implica, pois, o restabelecimento da ordem jurídica quebrada”.¹⁹

Percebe-se que no que concerne a teoria hegeliana, na concepção do Direito Penal, o autor aplica uma ordem dialética para tal fenômeno, de modo que a relação entre Direito, Delito e Pena pode ser compreendida de forma didática em que: a “tese” estaria representada, pelo sistema jurídico, ou seja, pelo Direito, fruto da razão universal, a “antítese” é representada pela ação criminosa, que configura a negação do Direito, enquanto que a “síntese” seria a aplicação da pena, como negação do crime e reafirmação do Direito.²⁰

Em suma, apesar de tanto Kant como Hegel serem autores que defendem Teorias Retributivas ou Absolutas da Pena, ambos concordam que a pena deve ser justa, cada qual por suas próprias e distintas conclusões, o fato é que para Kant, o Direito, é um imperativo categórico, e intrínseco ao mesmo, estão os valores morais, e a pena representa a justiça, contra o criminoso. Para Hegel, o Direito é fruto da razão humana, representa a vontade geral, o crime é a negação do Direito, e a pena a negação do crime e reafirmação do Direito.

Teorias Utilitaristas da Pena

De acordo com a perspectiva das Teorias Utilitaristas, a pena não é concebida como um valor, ou um fim em si própria, porém é tida como um meio para impedir a criminalidade. Esse impedimento é concebido de forma diferenciada dentro de tais teorias, que abrangem a Prevenção Geral Positiva e Negativa e também a Prevenção Especial Positiva e Negativa.²¹

Segundo Ferrajoli, sob o viés destas novas teorias, a pena deve ser aplicada levando-se em consideração um “balanceamento entre os custos representados pelas penas e os danos que estas tem o fim de prevenir, como também um reconhecimento empírico sobre a adequação entre meios e fins”.²² É notório que para referidas teorias, a finalidade da pena possui como um de seus objetivos o intuito de preservar o bem estar da sociedade.

No que concerne a pena, é importante que seja assegurado a separação entre Direito e Moral, além disso devem ser respondidos alguns questionamentos como por exemplo, “qual a razão da punição?” por regra, tal, razão seria o fato do indivíduo ter praticado um ilícito, ou uma conduta proibida, em seguida se faz outro questionamento, “qual a razão de tal proibição?”. Para a pena ser aplicada é importante que se defina também, “como” e “quando”, ela deve ser aplicada, todos os questionamentos realizados, devem ser respondidos, por meio de justificativas racionais. O Utilitarismo desenvolveu-se não apenas como doutrina jurídica, mas também como doutrina política e é um pressuposto de suma importância no que concerne aos limites do Poder Punitivo que emana do Estado.²³

¹⁹ BITENCOURT, Cesar Roberto. Op. cit, p. 139.

²⁰ Ibidem, p. 138.

²¹ FERRAJOLI, Luigi, **Direito e Razão**. 6º ed. Traduzido por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 208 e 209.

²² Ibidem, 208.

²³ Ibidem, 209.

No que concerne as finalidades da pena Beccaria afirma que:

(...) O fim da pena, pois, é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus cidadãos e demover os outros de agir desse modo.

É, pois, necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu.²⁴

É perceptível que com as Teorias Utilitaristas houve a ruptura com os ideais trazidos pelas Teorias Retribucionistas, as novas teorias possuem um viés diferenciado, no que se refere à pena, pois, não necessitam remeter-se a justiça, mas, sem sombra de dúvidas, devem ser aplicadas de forma inteligente, devem ser eficazes, em impedir que o agente delituoso continue interferindo negativamente na sociedade e devem inibir outros indivíduos, no que concerne a prática criminosa.

Prevenção Geral Negativa ou Intimidatória

A Prevenção Geral Negativa possui a função de dissuadir cidadãos da intenção de praticar possíveis crimes futuramente.

Um dos mais reconhecidos pensadores desta forma de prevenção à criminalidade é Feuerbach, segundo este autor a pena representa uma ameaça da lei aos cidadãos, representa um incentivo inibitório para que não a contrariem. Referido autor criou a “Teoria da Coação Psicológica”, segundo a qual, o homem, ser dotado de razão, encontra-se pressionado, coagido psicologicamente, a não cometer crimes, tendo em vista a punição que lhe será aplicada, caso infrinja as leis. Logo, num primeiro momento há a ameaça da Lei, existe a definição de quais condutas são proibidas e caso sejam cometidas, serão penalizadas, num segundo momento, ocorrendo à prática de uma conduta delitiva, haverá a punição do agente infrator, ou seja, ocorrerá a aplicação da pena, que confirmará a “ameaça” do Direito.²⁵

É importante ressaltar que na concepção da Prevenção Geral Negativa, levou-se muito em consideração a utilização do medo, a ideia de racionalidade e ponderação do homem, e a existência de um Estado Racional em seus objetivos.²⁶

Thomas Hobbes defende a autoridade e legitimidade do Estado, no que concerne ao uso do poder coercitivo que este exerce, para com os cidadãos.

Segundo Hobbes:

Ora, como os pactos de confiança mútua são inválidos sempre que de qualquer dos lados existe receio de não cumprimento (...)

Portanto, para que as palavras “justo” e “injusto” possam ter lugar, é necessária alguma espécie de poder coercitivo, capaz de obrigar igualmente os homens ao cumprimento de seus pactos (...)²⁷

²⁴ BECCARIA, Cesare, **Dos Delitos e das Penas**. ed. 2. Traduzido por Flório de Angelis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 52.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit, p. 144.

²⁶ Idem.

²⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. ed. 3. Traduzido por João Paulo Monteiro e Maria B. Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 86.

Apesar de referido autor ser um teórico do Estado Absolutista, ele confere um fundamento democrático ao Estado, que segundo ele é fruto da razão humana, da vontade do povo, que firma um contrato social, abdicando parte de sua liberdade em favor do Estado, visando seu próprio benefício, para que o Estado lhes garanta seus direitos naturais, ou seja, direito à vida, liberdade e propriedade.²⁸

Deste modo, podemos compreender que a atuação do Estado no que concerne à aplicação das penas, seria legitimada pelo povo, através do contrato social, fruto da razão universal, e tal atuação coercitiva por parte do Estado, possuiria o intuito de proteger os direitos, e assegurar o bem estar da sociedade.

Prevenção Geral Positiva

De acordo com a Prevenção Geral Positiva, a finalidade preventiva é alcançada por meio de ideais difundidos entre toda a coletividade, existe uma propagação de valores, transmitidos à sociedade, com isso, o Estado busca, propiciar aos cidadãos a internalização dos valores contidos nas normas jurídicas.²⁹

É fato que as doutrinas da prevenção geral positiva, confundem direito e moral, e acabam por conferir às penas a função de integração social, utilizando de um reforço geral, propagando a fidelidade ao Estado, e de certo modo, acabam por conceber o Direito como um instrumento de “orientação moral” e “educação coletiva”, Günter Jakobs, em sua doutrina, justifica a pena, afirmando que esta, possui o condão de restabelecer a confiança da sociedade, abalada pelas transgressões das normas jurídicas. Possui ainda o papel de estabilizar o ordenamento jurídico e renovar a fidelidade dos cidadãos às normas emanadas do Estado.³⁰

De acordo com Müssig, discípulo de Jakobs, a teoria da prevenção geral positiva, era um modelo positivista, formal, de modo que não é um tema que trata da configuração concreta da sociedade, segundo Jakobs, o Direito Penal protege os bens jurídicos.³¹

Em linhas gerais, a teoria da Prevenção Geral Positiva, busca com a aplicação da pena, concretizar três funções distintas, a internalização das normas penais, através do aprendizado da sociedade, por meio de ações sociopedagógicas, a reafirmação do Direito Penal, com a restauração da confiança da sociedade no Direito, e o efeito de pacificação social, em que a pena é concebida como solução para o conflito gerado pela prática da ação delituosa.³²

Prevenção Especial Negativa

A Prevenção Especial Negativa é a forma de prevenção da criminalidade segundo a qual atua-se, diretamente sobre o agente infrator, possui o condão de

²⁸ FERNANDES, Valter da Cunha. **Thomas Hobbes: Jusnaturalismo e Contrato Social**. Aula proferida no Unibrasil, Curitiba, 26 abr. 2012.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit, p. 147.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit, p. 221 e 222.

³¹ RAMOS, Enrique Peñaranda, GONZÁLEZ Carlos Suárez, MELIÁ, Manuel Cancio. **Um Novo Sistema do Direito Penal: Considerações sobre a Teoria de Günther Jakobs**. São Paulo: Manole, 2003, p. 18 e 21.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit, p. 147.

prevenir o crime, por meio da intimidação, a Prevenção Especial Negativa, possui a finalidade de neutralizar a futura ação delitiva, do indivíduo que já tenha delinquido anteriormente. Busca evitar a reincidência criminal do agente infrator, através da “intimidação”, ou “inocuição” do indivíduo.³³

De acordo com Ferrajoli, esta modalidade de prevenção advém do movimento iluminista da época, e ocorre uma troca de paradigmas, em que o viés humanitário que defendia “punir menos”, acaba por ser modificado, o que defende é “punir melhor”.³⁴ Tanto a Prevenção Especial Negativa quanto a Positiva, que estudaremos adiante, não se excluem entre si, ambas concorrem para a definição da finalidade da pena. Na Prevenção Especial Negativa, prioritariamente se observará a personalidade do agente infrator, se o mesmo é ou não passível de ser corrigido.³⁵ A partir disso, é nítida a percepção de que as Teorias Especiais, ocupam-se, de analisar, avaliar e punir o indivíduo em si, ou seja, as orientações dizem respeito ao réu, ao autor do delito, e não à conduta criminosa que fora praticada, ou seja, não é prioritário analisar os próprios fatos ocorridos. E ainda é importante observar que os autores dos delitos eram diferenciados de acordo com suas características pessoais, anteriormente as ações delitivas que tivessem cometido.³⁶

A Pena sob tal perspectiva possui a finalidade de intimidar o agente delituoso, deve impedi-lo de cometer novos crimes, deve desestimulá-lo de praticar novas infrações, tendo - se em vista que a aplicação da punição deverá ser prioritariamente um contra-estímulo forte o suficiente, para inibir o agente infrator, de cometer novos delitos futuramente.³⁷ É importante ressaltar que a intimidação é um aspecto da aplicação da pena, voltado aos infratores corrigíveis, e no que se refere aos incorrigíveis, aplica-se o pressuposto de neutralização.³⁸ O indivíduo criminoso considerado incorrigível, era tido como um perigo social, um anormal, que colocaria em risco a sociedade e a ordem jurídica, tais indivíduos são perigosos por sua natureza “anormal”, por esta razão, não recebem pena, mas sim medida de segurança, devem ser “inocuidados”, ou “corrigidos”, devem ser tratados em conformidade com sua periculosidade.³⁹

Prevenção Especial Positiva

Nesta modalidade de prevenção da criminalidade, a aplicação da pena tem como objetivo principal, a correção do agente infrator, bem como garantir a sua reabilitação. De acordo com a Prevenção Especial Positiva, a pena possui o condão de ressocializar e inserir novamente na sociedade o indivíduo que infringiu a lei, deve-se evitar que após cumprida a pena, este indivíduo volte a delinquir. Ideologicamente esse objetivo é benéfico para sociedade, tendo em vista que as

³³ DÉA, Carla Pereira Nery. **Teorias da Pena e sua Finalidade no Direito Penal Brasileiro**.

Disponível em:

<http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2146/TEORIAS_DA_PENA_E_SUA_FINALIDADE_NO_DIREITO_PENAL_BRASILEIRO> Acesso em: 13 jul. 2015.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit, p. 213.

³⁵ Idem.

³⁶ Ibidem, p. 214.

³⁷ GÜNTHER, Klaus. **Crítica da Pena I (2004)**. Disponível em:

<<file:///C:/Users/biblioteca/Desktop/35149-67887-1-PB%20penal.pdf>> Acesso em: 13 jul. 2015.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit, p. 152.

³⁹ Ibidem, 154.

taxas de reincidência e criminalidade seriam reduzidas também é benéfico para o indivíduo, que após, cumprida sua pena, voltaria sem prejuízos a conviver em sociedade.⁴⁰

Atualmente tenta-se aplicar esta forma de prevenção a criminalidade no Brasil, contudo, não se tem obtido êxito, tendo em vista que nosso sistema penitenciário é mal administrado e a prisão não tem conseguido atingir seu objetivo ressocializador, tornam-se elevadas as taxas de reincidência criminal.⁴¹

No que se refere a esta forma de prevenção, Juarez Cirino, assevera, que os “programas de ressocialização devem respeitar a autonomia do preso e, por isso deveriam ser limitados a casos individuais”, segundo o autor o Estado não possui o direito de encarcerar pessoas para melhorá-las, a prisão embasada em melhoria terapêutica é inadmissível, e tal caráter ressocializador da pena, deveria ser aplicado apenas aos encarcerados que concordassem a submeter-se, a esse regime.⁴²

Considerações finais

Com o presente estudo demonstrou-se que o Direito, o Estado e a Sociedade estão interligados entre si, de forma quase que indissolúvel. Da mesma forma que as sociedades evoluem e se transformam, o Direito Penal, também é mutável e acompanha tais transformações.

É notória a importância do Direito Penal para a sociedade como um todo, pois ele representa um mecanismo de controle social. É possível observar que a finalidade o discurso legitimador bem como, os tipos e modos de aplicação das penas, são concebidos de forma diferente em cada Teoria que foi apresentada.

É importante observar que num momento a pena servia apenas para a expiação do mal causado, sendo legalmente permitido, castigos corporais severos, e a aplicação de penas cruéis. Com o desenvolvimento das sociedades, ao menos teoricamente, essa concepção foi superada, logo foi concebida uma visão mais humanitária do direito penal, bem como, da aplicação da pena.

Atualmente nosso Estado utiliza como um dos fundamentos para o discurso legitimador da pena, aquele ultimo apresentado neste trabalho, ou seja, a ideia de ressocialização, trazida pela Prevenção Especial Positiva.

Teoricamente nosso Sistema Penitenciário possui como uma de suas principais funções garantir a ressocialização do agente egresso do sistema prisional.

Essa garantia consiste não somente na promessa de aplicação de penas que não sejam desumanas ou degradantes, mas também, que passando pelo sistema prisional, cumprindo sua pena, ao sair da prisão, o indivíduo será reinserido na sociedade, no mercado de trabalho, e será um ser cidadão ressocializado.

É notória a beleza do discurso, infelizmente configura uma falácia a prática aduz ao contrário, pois são elevados os índices de reincidência criminal o sistema prisional não cumpre sua função ressocializadora, possui infinitas deficiências,

⁴⁰ BALDISSARELA, Francine Lúcia Buffon. **Teoria da Prevenção Especial da Pena**. Disponível em: <[HTTP://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9013](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9013)> Acesso em: 13 jul. 2015.

⁴¹ Idem.

⁴² SANTOS, Juarez Cirino, **Direito Penal Parte Geral**. ed. 3. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 466.

dentre as quais a péssima infra-estrutura de suas instalações e condições desumanas de tratamento dispensadas aos egressos do sistema.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** (Parte Geral 1). 21. ed. revista ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2015.

FÜHRER, Cláudio Américo, FÜHRER, Roberto Ernesto. **Resumo de Direito Penal** (Parte Geral). 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Traduzido por Ligia M. Pondé Vassalo. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Coleção Folha, livros que mudaram o mundo. Traduzido por Edson Bini. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

BOZZA, Fabio da Silva. **Finalidades da Pena**. Aula proferida no Unibrasil, Curitiba, 05 ago. 2012.

G W F, Hegel. **Princípios da Filosofia do Direito**. Traduzido por Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

FERRAJOLI, Luigi, **Direito e Razão**. 6. ed. Traduzido por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassn Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BECCARIA, Cesare, **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed. Traduzido por Flório de Angelis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Hobbes, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. 3. Ed. Traduzido por João Paulo Monteiro e Maria B. Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

FERNANDES, Valter da Cunha. **Thomas Hobbes: Jusnaturalismo e Contrato Social**. Aula proferida no Unibrasil, Curitiba, 26 abr. 2012.

RAMOS, Enrique Peñaranda, GONZÁLEZ Carlos Suárez, MELIÁ, Manuel Cancio. **Um Novo Sistema do Direito Penal: Considerações sobre a Teoria de Günther Jakobs**. São Paulo: Manole, 2003.

DÉA, Carla Pereira Nery. **Teorias da Pena e sua Finalidade no Direito Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2146/TEORIAS_DA_PENA_E_SUA_FINALIDADE_NO_DIREITO_PENAL_BRASILEIRO> Acesso em: 13 jul. 2015.

GÜNTHER, Klaus. **Crítica da Pena I** (2004). Disponível em: <file:///C:/Users/biblioteca/Desktop/35149-67887-1-PB%20penal.pdf> Acesso em: 13 jul. 2015.

Baldissarella, Francine Lúcia Buffon. **Teoria da Prevenção Especial da Pena.** Disponível em: <HTTP://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9013> Acesso em: 13 jul. 20015.

SANTOS, Juarez Cirino, **Direito Penal Parte Geral**. 3. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: ICPC; Lumen Juris, 2008.