

# RETRIBUIÇÃO E OS FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL

---

## RETRIBUTION AND THE FOUNDATIONS OF CRIMINAL LAW

**Fernando Pinho Chiozzotto**

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) – Largo São Francisco.  
Promotor de Justiça de Miguelópolis-SP (Ministério Público do Estado de São Paulo).  
fernandochiozzotto@mpsp.mp.br

Recebido em: 22/3/2021

Aprovado em: 12/7/2021

**Resumo:** O artigo tem por objetivo o estudo das finalidades da pena. Parte-se da tradicional divisão dogmática das teorias do fim da pena em duas espécies principais: preventivas – analisando-se todas as suas subespécies (prevenção especial negativa e positiva; e prevenção geral negativa e positiva) – e retributivas. Inicialmente, analisam-se as teorias preventivas, preponderantes na doutrina moderna, indicando-se as críticas a cada uma delas e as deficiências a que todas estão submetidas: instrumentalização do indivíduo e perda de proporcionalidade da sanção quando seu fim é exclusivamente preventivo. Na sequência, estudam-se teorias clássicas e modernas da retribuição. Ao final, abordam-se e refutam-se as críticas mais comuns às teorias absolutas e conclui-se pela relevância do fim retributivo da pena, seja em modelos puros ou mistos, como forma de se garantir o respeito à dignidade da pessoa humana, a limitação do Direito Penal e a proporcionalidade das penas à tutela de bens jurídicos.

**Palavras-chave:** Pena. Finalidade. Prevenção. Retribuição. Proporcionalidade.

**Abstract:** *This paper aims to study the purposes of punishment. Its starting point is the traditional dogmatic division of the theories of the purpose of punishment into two main types: preventive – analyzing all its subspecies (negative and positive special prevention; and negative and positive general prevention) – and retributive. Initially, the preventive theories, predominant in the modern doctrine, are analyzed,*

*indicating the criticism to each one of them and the deficiencies to which they are all subjected: instrumentalization of the individual and loss of proportionality of the sanction when its purpose is exclusively preventive. After that, classical and modern theories of retribution are studied. At the end, the most common criticisms to absolute theories are addressed and refuted, and the relevance of the retributive purpose of punishment is demonstrated, whether in pure or mixed models, as a way to ensure the respect for human dignity, the limitation of Criminal Law, and the proportionality of punishments to the protection of legal assets.*

**Keywords:** *Punishment. Effects. Prevention. Retribution. Proportionality.*

**Sumário:** Introdução. 1. Teorias da Pena. 1.1. Teorias da Prevenção. 1.1.1. Prevenção Especial Negativa. 1.1.2. Prevenção Especial Positiva. 1.1.3. Prevenção Geral Negativa. 1.1.4. Prevenção Geral Positiva. 1.1.5. Teorias Mistas. 1.2. Teorias da Retribuição. Conclusão: a relevância da retribuição.

## INTRODUÇÃO

A definição da finalidade da pena é uma das questões fundamentais do Direito Penal. A adoção ou a prevalência de determinada teoria impacta a regulamentação de diversos institutos centrais das legislações criminais (DIAS, 2001, p. 66). Concepções diversas sobre os fins da pena, em última instância, refletem divergências quanto à missão e aos fundamentos do próprio Direito Penal, assim como sobre a relação entre Dogmática e Política Criminal. O tema é um dos mais analisados pela doutrina e um dos que menos apresenta consenso.

Inicialmente, ressalta-se a lição de Santiago Mir Puig (BITENCOURT, 2000, p. 66), diferenciando o conceito da pena e a função por ela exercida. Conceitualmente a pena é um castigo: a imposição de uma sanção ao indivíduo que comete uma infração penal. Seria equivocado, porém, partir desse conceito para concluir imediatamente que a função da pena é a retribuição. É diferente questionar “o que é a pena?” (conceito) e “para que ela se presta?” (função); e essas perguntas não podem ser confundidas, sob o risco de se limitar a compreensão da sanção.

Contudo, também seria errôneo utilizar-se dessa constatação para negar a finalidade retributiva. Ainda que o conceito da pena não seja idêntico à sua finalidade, somente é possível buscar um fim

racional para a sanção a partir da compreensão de sua natureza. Em consequência, a diferenciação entre conceito e função não implica necessariamente desconsideração da finalidade retributiva.

O debate quanto à finalidade da pena envolve, portanto, a compreensão, a partir do já exposto conceito de pena, do que legitima o *ius puniendi* estatal e quais devem ser os limites para esse uso da força oficial contra os indivíduos (GARCIA, 1992, p. 10-11).

## **1. TEORIAS DA PENA**

### **1.1. Teorias da Prevenção**

As teorias da prevenção, também denominadas teorias relativas, são aquelas formuladas por doutrinadores que entendem que a finalidade da pena é evitar a prática de delitos futuros, ou seja, impedir que voltem a ocorrer infrações (BITENCOURT, 2000, p. 75). As concepções preventivas buscam na pena instrumento eficaz para que não se viole a norma novamente.

As teorias preventivas costumam ser classificadas segundo dois critérios. O primeiro toma por base o sujeito em relação a quem busca prevenir a prática de novos delitos: se apenas o indivíduo que cometeu o delito (especial) ou todos os membros da sociedade (geral). Já o segundo funda-se na espécie de valor que se quer passar com a pena: se positivo ou negativo. Deste modo, as teorias de prevenção costumam ser classificadas em geral e especial, e ambas subdivididas em espécie negativa e positiva.

#### **1.1.1. Prevenção Especial Negativa**

Os defensores das teorias da prevenção especial negativa entendem que a função da pena é prevenir a ocorrência de novos delitos a partir de intimidação, neutralização, inocuidade ou, em última instância, eliminação do condenado. Busca-se que aquele que

sofre a sanção penal não volte a delinquir mediante seu isolamento da sociedade (DITTICIO, 2007, p. 101).

Dentre as várias correntes dessa concepção, destaca-se a obra de Franz Von Liszt. O referido autor entendia que a pena possui finalidades de prevenção especial (não só negativa), variando o objetivo de sua aplicação conforme a personalidade do infrator. Von Liszt (1998, p. 63-76) classificava os criminosos em categorias e indicava finalidades diversas da pena para cada grupo: ressocialização (prevenção especial positiva), intimidação e inocuidade.

As teorias da prevenção especial negativa tiveram seu desenvolvimento sob a perspectiva do positivismo criminológico. No século XIX, a Ciência do Direito aproximou-se de estudos médicos, nos quais prevalecia o enfoque de higienização social. Neste período foram formuladas as classificações dos criminosos em diferentes grupos e buscadas as origens do delito em aspectos biológicos e psíquicos (DITTICIO, 2007, p. 101).

Apesar de o modelo tradicional de periculosidade ter por base concepções filosóficas deterministas, novas correntes têm se desenvolvido nas últimas décadas, principalmente nos Estados Unidos. Em vez de partirem do determinismo positivista, seus defensores aplicam métodos de cálculos atuariais, técnicas de análise de probabilidade e gestão de riscos para prevenir a ocorrência de delitos futuros (EAGLEMAN, 2012, p. 191-206). Desta forma, em certos ordenamentos – em especial anglo-saxões e escandinavos –, começam-se a neutralizar determinadas categorias de delinquentes não com base em suas características psicológicas, mas em estatísticas, modelo este denominado “neutralização seletiva” (SÁNCHEZ, 2002a, p. 132).

A difusão dessas novas correntes de neutralização decorre da crise das teorias da prevenção especial positiva e da obsessão por segurança, aspecto típico da sociedade de risco.

As teorias da prevenção especial negativa são alvo de crítica, pois não conseguem justificar a aplicação da pena em todos os casos. Partindo-se de classificações criminológicas dos infratores, em casos envolvendo criminosos primários ou ocasionais, é comum que não

haja o perigo de que estes voltem a delinquir. Não seria necessário, portanto, punir para neutralizar ou intimidar. Há também casos de criminosos habituais sobre os quais a intimidação da pena não faria efeito e, ainda, hipóteses em que os delitos praticados não apresentam gravidade para justificar a neutralização (PUIG, 2007, p. 69-70).

Em um modelo de Direito Penal no qual a finalidade da pena fosse exclusivamente a da prevenção especial haveria casos em que delitos cometidos não seriam punidos por falta de necessidade.

As teorias da prevenção especial são também alvo de críticas em razão da importância excessiva conferida à personalidade do agente, o que as aproxima dos conceitos de periculosidade e culpabilidade do autor, e, em consequência, do Direito Penal do Autor. Quando a pena é aplicada visando à neutralização do infrator, o Direito Penal se afasta da punição exclusiva do fato delituoso e passa a correr o risco de reprovar o indivíduo por seu modo de vida.

Ainda, aplica-se também às teorias da prevenção especial negativa uma crítica comum a todas as teorias relativas: se a finalidade da pena é apenas neutralizar ou intimidar o indivíduo para que não cometa delitos futuros, não existe elemento que limite a quantidade da sanção a ser aplicada. A pena deveria ser imposta em quantidade suficiente para impedir novos delitos, ignorando-se a gravidade concreta da infração cometida pela pessoa. Abandona-se, então, a ideia de proporcionalidade da pena.

### **1.1.2. Prevenção Especial Positiva**

As teorias da prevenção especial positiva também apontam como fim da pena evitar que o indivíduo que cometeu o delito volte a fazê-lo. Porém, estas baseiam-se em valor diverso do da prevenção especial negativa. Em vez de buscarem a intimidação ou a neutralização, visam ressocializar o condenado, ou seja, entendem que a sanção deve fazer com que o indivíduo volte a compartilhar os valores sociais vigentes e, em consequência, não cometa novos delitos (DITTICIO, 2007, p. 101).

Essas teorias também têm como foco, em última instância, a personalidade do agente. O criminoso é visto como alguém que se

afastou da virtude, e a sanção serviria como meio para trazê-lo de volta à harmonia com a sociedade.

Em relação a essas teorias, afirma Sánchez (2002b, p. 28), que a proposta é proporcionar ao criminoso:

*...los médios que le capaciten para una vida futura en libertad dentro de la sociedad. De ahí que exprese no solo una función legítima del Derecho penal, sino, más aún, una necesidad indeludible, a la que ningún sistema penal puede sustraerse: no puede, pues, renunciarse a la reinserción.*<sup>1</sup>

As teorias ressocializadoras costumam ser vistas como uma tentativa de humanização do Direito Penal. A pena deixa de ser apenas castigo ou meio de isolar o infrator da sociedade para se tornar instrumento de reinserção do criminoso na comunidade. Evitar-se-ia, assim, que o agente voltasse a delinquir ao mesmo tempo em que ele poderia reiniciar sua vida no meio social.

Porém, as referidas teorias também não superam as críticas formuladas.

Em primeiro lugar, esse modelo entrou em crise a partir da constatação empírica do fracasso da ideia do cárcere como meio ressocializador. A pena privativa de liberdade muitas vezes acaba exercendo o papel inverso do desejado pela teoria da prevenção especial positiva. Segundo a teoria criminológica do *labelling approach*, em vez de evitar a ocorrência de novos delitos, a pena acaba por funcionar como elemento dessocializador, aumentando a probabilidade de o indivíduo cometer crimes no futuro (BERLA, 2010, p. 408).

De fato, é difícil vislumbrar o caráter de ressocialização da sanção quando a pena privativa de liberdade traz como consequência o isolamento do indivíduo condenado em relação à sociedade.

Além da crítica quanto ao caráter criminógeno do cárcere, a própria ideia de que a ressocialização seria humanitária é criticada.

C. S. Lewis apontou como falaciosa essa concepção nos seguintes termos: “*Minha contestação é que esta doutrina, embora pareça*

---

<sup>1</sup> “...os meios que o capacitem para uma vida futura em liberdade dentro da sociedade. Daí que expresse não apenas uma função legítima do Direito Penal, porém, mais ainda, uma necessidade inevitável, a que nenhum sistema penal pode escapar: não se pode, então, renunciar à reinserção” (tradução nossa).

*misericordiosa, na verdade implica que cada um de nós, a partir do momento em que infringe a lei, é privado dos direitos de um ser humano” (LEWIS, 1987, p. 148 – tradução nossa).*

Nas palavras de Sánchez, as teses de ressocialização têm por fundamento a “ideologia do tratamento” (2002b, p. 29).

Essa crítica se divide em dois aspectos. Sob um primeiro prisma, a adoção do modelo ressocializador permite que seja violada a proporcionalidade entre o delito e a pena imposta, ignorando-se o limite da culpabilidade para que se atinja o fim de ressocialização total do indivíduo. A gravidade da conduta praticada é desconsiderada, e a pessoa passa a ser alvo da sanção penal pelo tempo que for preciso para sua recuperação.

O segundo aspecto é que a pena com o fim de ressocialização adquire caráter de imposição de valores morais àquele que comete um delito, ou seja, é uma tentativa de moldar a personalidade do agente (COSTA, 2008, p. 72). De fato, a imposição de um determinado modo de ser pelo Estado, por vezes, remete a modelos autoritários, em oposição ao Estado de Direito.

Na literatura, a obra distópica “Laranja Mecânica”, de Anthony Burgess, exemplifica o lado perverso da “ideologia de tratamento” ao retratar o tratamento comportamental aplicado a Alex. O protagonista é obrigado a assistir cenas de violência após receber uma injeção que o faz sentir náuseas com a finalidade de que se sintam mal toda vez que protagonizar ou presenciar cenas violentas. Nas palavras do personagem Dr. Brodsky, cientista que desenvolveu o método de tratamento-sanção: *“O que está acontecendo com você agora é o que deveria acontecer com qualquer organismo humano saudável que contempla as ações das forças do mal... Estamos tornando você sadio; estamos tornando você uma pessoa saudável” (BURGESS, 2004, p. 110).*

A tentativa de ressocialização não pode ser negada totalmente, pois representa legítima tentativa de humanização do cárcere. Porém, além da falta de proporcionalidade, a interferência na autodeterminação do indivíduo configura aspecto deletério destas teorias que também não podem ser esquecidas (SÁNCHEZ, 2002b, p. 31).

### 1.1.3. Prevenção Geral Negativa

As teorias da prevenção geral buscam na pena a prevenção do cometimento de delitos futuros pela totalidade da sociedade. Em seu aspecto negativo, a pena passa a ter a função de símbolo de intimidação da coletividade. Ao aplicar a pena àquele que comete o delito, o Estado instrumentaliza tanto a sanção quanto o indivíduo para demonstrar ao restante do corpo social quais são as consequências para os atos que impliquem descumprimento do ordenamento jurídico.

As teorias da prevenção geral negativa remetem ao modelo de sanção do Antigo Regime. Em um momento no qual a prisão não era a pena por excelência, as execuções em praça pública exerciam a função de intimidar o restante da população. Ao mesmo tempo em que a pena representava um castigo àquele que cometia o delito, havia o caráter simbólico na punição que se voltava para o restante da comunidade (PUIG, 2007, p. 63).

Já na perspectiva do Direito Penal moderno, Feuerbach elaborou a “teoria da coação psicológica”. Segundo esta teoria, o problema da criminalidade é resolvido em dois momentos do procedimento penal: (i) da cominação da pena, que representa uma constante ameaça aos membros da sociedade; e (ii) da aplicação da pena, que demonstra a efetividade da ameaça advinda da cominação (BITENCOURT, 2000, p. 76). Tem-se assim, entre a concepção do Antigo Regime e a doutrina liberal de Feuerbach, uma mudança quanto ao momento da intimidação, que passa a ocorrer já na cominação.

As teorias modernas da prevenção geral negativa costumam ter por base modelos filosóficos utilitaristas. Prepondera o entendimento antropológico de que os indivíduos agem racionalmente e sopesam as vantagens e desvantagens de suas condutas. Desta forma, para que as pessoas não cometam delitos, é preciso que a pena as intimide de forma suficiente, evitando que o crime seja encarado como vantajoso frente às atitudes em conformidade com as normas (SÁNCHEZ, 2002b, p. 213).



Assim como as demais teorias relativas expostas, a prevenção geral negativa não escapa às críticas quanto a sua legitimação.

Em primeiro lugar, apesar de o desconhecimento da lei não ser escusável para fins penais, fato é que muitos não são influenciados pelo efeito de intimidação da pena por desconhecer o conteúdo das normas.

Uma segunda crítica, também com base empírica, está na questão da capacidade da norma de intimidar, uma vez que o ser humano não é, de fato, o *homo oeconomicus*, avaliando sempre de forma racional se sua conduta é vantajosa ou não.

Por fim, também há a crítica quanto à falta de proporcionalidade entre o delito e a pena (comum às teorias relativas), uma vez que a busca por intimidação da sociedade sem qualquer base na reprovabilidade da ação concreta pode levar ao obscurecimento dos limites da pena (BITENCOURT, 2000, p. 79).

Em termos axiológicos, ao se instrumentalizar a pessoa para que sirva de símbolo ao restante da comunidade, desconsidera-se sua dignidade. O indivíduo, através da sanção, é tratado como meio para a consecução de finalidades sociais.

#### **1.1.4. Prevenção Geral Positiva**

Os adeptos das teorias da prevenção geral positiva defendem que o fim da pena é impedir a ocorrência de delitos futuros a partir da manutenção normativa da sociedade, reforçando a confiança da coletividade no sistema normativo vigente. Segundo Janaina Conceição Paschoal, no contexto da prevenção geral positiva: “*A punição passa a ser uma forma de acalmar os ânimos, de mostrar que existe um Estado, que existem normas e que compensa continuar a cumpri-las.*” (2009, p. 152). A pena, ao invés de intimidar a comunidade, visaria fortalecer o respeito pelas normas.

Santiago Mir Puig, citando Armin Kaufmann, afirma que prevenção geral positiva tem três funções (2007, p. 64/65):

(...) em primeiro lugar, uma função informativa do que está proibido e do que se deve fazer; em segundo lugar,

a missão de reforçar e manter a confiança na capacidade da ordem jurídica de se manter e de se impor; por fim, a tarefa de criar e fortalecer, na maioria dos cidadãos, uma atitude de respeito pelo Direito – não uma atitude moral.

Essas teorias ganharam força, a partir de 1950, com a crise e com as críticas às teorias da prevenção especial positiva e da prevenção geral negativa. A base teórica costuma ser as obras de Durkheim e de Luhmann (COSTA, 2008, p. 73).

As teorias da prevenção geral positiva são divididas pela doutrina em: fundamentadoras e limitadoras. Enquanto os teóricos das primeiras entendem que a prevenção geral positiva fundamenta a aplicação do Direito Penal e, em consequência, implica a expansão de sua aplicação, os defensores das últimas vislumbram a prevenção geral positiva como forma de limitação à aplicação do Direito Penal (BITENCOURT, 2000, p. 85-90).

A teoria de Winfried Hassemer, exposta por Helena Regina Lobo da Costa, é um exemplo de visão limitadora da prevenção geral positiva.

Para Hassemer, a criminalidade moderna difere da tradicional por não apresentar vítimas, pela dificuldade em se definir os danos causados pelo delito e por ser praticada a partir de atividades negociais (COSTA, 2008, p. 74-75). Como consequência desse novo paradigma, o sistema criminal é alterado para responder às novas demandas com eficiência.

Algumas mudanças são típicas do novo modelo: reformas com o fim de agravar a pena e coibir novos delitos (econômicos, ambientais, criminalidade organizada etc.); expansão da previsão normativa dos delitos de perigo abstrato; proteção a bens jurídicos universais e de difícil definição; redução das liberdades individuais no processo penal; expansão da imputação coletiva; e, por fim, no âmbito da execução, redução das hipóteses de benefícios (COSTA, 2008, p. 76-68).

Hassemer entende que a Dogmática passou a ser encarada como instrumento de Política Criminal. O sistema penal foi funcionalizado em prol da eficácia. As teorias da pena deixam de ter por base e limite

a culpabilidade, e as sanções passam a ser legitimadas na efetivação de sua função exclusivamente preventiva.

A resposta do autor a esse modelo baseia-se no fato de que o Direito Penal não pode ser o solucionador de todos os problemas sociais. Os princípios fundamentais da Dogmática clássica não podem ser sacrificados em prol de objetivos sociais, e, assim, caberia a outra instância do direito tutelar a nova criminalidade: o direito da intervenção. Este novo ramo do direito, situado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, tutelaria atos praticados por pessoas jurídicas, basear-se-ia na ideia de perigo (em vez de apreciar o dano das ações) e teria instrumentos que o permitiriam atuar de forma rápida e preventiva (COSTA, 2008, p. 80-81).

É com base nessa tentativa de limitar a expansão do Direito Penal moderno que Hassemer desenvolve sua teoria da pena. A função da prevenção geral positiva, dentro do Direito Penal, deve ser limitada por garantias básicas, em especial, o Direito Penal do Fato, o princípio da culpabilidade e a regra da proporcionalidade (BITENCOURT, 2000, p. 88-89).

A prevenção geral positiva, apesar de preponderante, não é, porém, o único fundamento da pena, existindo também fins da ressocialização e da retribuição, por exemplo. Desta forma, Hassemer adota um modelo misto das teorias da pena, apesar de haver clara preponderância da função de prevenção de novos delitos a partir da difusão do respeito pela norma, bem como do conhecimento dos conteúdos do sistema normativo (COSTA, 2008, p. 86).

A principal crítica à teoria de Hassemer, elaborada por Sánchez, é que a aproximação do Direito Penal com as demais formas de controle social, em especial, o direito administrativo, coloca em risco a formalização e as garantias tuteladas pelo sistema penal (COSTA, 2008, p. 119).

Por sua vez, a tese de Günther Jakobs é o exemplo mais conhecido de teoria da prevenção geral positiva fundamentadora.

Jakobs toma por base a teoria dos sistemas de Luhmann. A estrutura do Direito Penal depende da função que este exerce como

subsistema do sistema social. Neste modelo, também denominado de funcionalismo sistêmico, a função do sistema penal é a de estabilização das normas (BUSATO, 2008, p. 623).

Para Jakobs, a sociedade tem como fundamento a ideia de comunicação. A segurança das relações em uma sociedade – entendida como comunicação – está nas expectativas quanto aos diversos atos e fatos da vida. É de suma importância para este modelo o conceito de expectativa normativa, pois é ele que garante o funcionamento da vida em sociedade.

Ocorre que, ao contrário das leis da física, as normas jurídicas não têm capacidade de garantir as expectativas quanto a elas próprias, ou seja, não se bastam para alcançarem sua própria estabilização. Assim, para que seja garantida a vigência social das expectativas normativas é que existe a pena (COSTA, 2008, p. 106-107). Consequência desta estruturação teórica é que o delito representa a quebra da expectativa normativa e, por isso, deve ser negado pela sanção jurídica.

As normas penais para essa concepção não têm como fim a proteção de bens jurídicos, mas a proteção do sistema jurídico. Cria-se, então, um modelo penal fechado, voltado para si e para a manutenção de sua existência.

Relevante ressaltar que Jakobs também não entende que a prevenção geral positiva é a única finalidade existente na pena, uma vez que, enquanto cumprindo a pena, o indivíduo fica impedido de cometer novos delitos, o que implica também aspecto da prevenção especial (JAKOBS, 2009, p. 02).

Atualmente, constata-se considerável adesão da doutrina às teorias da prevenção geral positiva.

Contudo, adotadas em sua forma pura, elas também não resistem à crítica comum às teorias relativas. A aplicação da pena com fim exclusivo de manutenção do ordenamento jurídico, garantindo as expectativas sociais na segurança decorrente das normas, afasta da pena o elemento limitador da proporcionalidade.

Se a pena não tem por base a reprovabilidade concreta da conduta, mas a manutenção da expectativa de vigência das normas, as sanções devem ter a duração necessária a se garantir a segurança da comunidade, instrumentalizando o indivíduo que a ela é sujeito.

Não se olvida que as teorias limitadoras buscam eliminar esse problema, agregando elementos que impediriam a desproporcionalidade das penas em prol de fins preventivos. Contudo, os elementos limitadores em questão (como o limite da proteção a bens jurídicos) nada mais são do que a adoção da teoria retributiva. Com efeito, a limitação do *quantum* da reprimenda ao valor do bem jurídico tutelado pelo tipo penal significa que a pena não pode ultrapassar o grau de reprovabilidade da conduta.

Nesse sentido, a crítica de Ricardo Dip (2001, p. 88):

Obscurecida toda consideração do direito penal como res justa, passou-se simplesmente à idéia de utilidade da pena como ‘prevenção’ ou ‘defesa social’: olvidou-se que nenhuma eficácia preventiva seria possível, no entanto, se não se supusesse, já e à raiz, uma reta proporção das penas cominadas para cada um dos vários ilícitos. Isso robustece a idéia de retributividade essencial das penas – o que Wilfried Botke designou, num eufemismo, como ‘efeito primário’ de produção idefectível, numa curiosa transposição. A retribuição não se consideraria nessa linha como um valor-fim da pena, e, bem por isso, como sua causa final, senão que como um efeito de sua aplicação. Se a aplicação da pena não tem fim e limite na retribuição da culpa e restauração da ordem jurídica, não se saberia como encontrá-la, post facto, como efeito de uma pena que, já não podendo em rigor, nessa trilha, vincular-se coerentemente à culpabilidade, não se sabe por que haveria de produzir o conseqüente – idefectível – de retribuir uma culpa.

#### 1.1.5. Teorias Mistas

As teorias apresentadas acima e a retributiva nem sempre são defendidas em sua forma pura. Como exposto anteriormente, Hassemer e Jakobs, por exemplo, aceitam a existência de outros fins da pena

que não o da prevenção geral positiva, apesar de entenderem que há preponderância desta.

De fato, na prática, é raro ocorrer a aplicação da pena privativa de liberdade apenas visando a um dos fins citados. A legislação brasileira, por exemplo, indica as finalidades de prevenção e retribuição (art. 59 do Código Penal)<sup>2</sup>.

Em regra, a integração de aspectos das diferentes teorias é que norteia a aplicação da pena, o que varia é a preponderância de algum ou alguns dos fins citados.

## 1.2. Teorias da Retribuição

As teorias retributivas, também denominadas absolutas, baseiam-se na ideia de retribuição justa, segundo a qual a prática de um mal tem que ser respondida com outro mal. A ação delituosa, valorada negativamente, tem como resposta o mal da sanção penal aplicada (DITTICIO, 2007, p. 100).

As teses absolutas costumam ser classificadas segundo as diferentes razões que as fundamentam: religiosa, ética e jurídica (PUIG, 2007, p. 58).

A tese retributiva de cunho religioso liga a função da pena ao conceito de justiça divina. O principal exemplo dessa tese está na doutrina cristã antiga, aplicada no período do Estado Absolutista. A pena era vista como uma forma de castigo voltada à expiação do pecado cometido. Em alguns casos, em decorrência da associação existente entre o monarca absolutista e Deus (teorias justificadoras do poder estatal baseadas no direito divino), o delito era entendido como ofensa ao rei e, em consequência, à vontade divina (BITENCOURT, 2000, p. 67).

O retribucionismo fundamentado em concepções éticas, por sua vez, é associado, em regra, com Immanuel Kant. Normalmente se

---

<sup>2</sup> Art. 59 do Código Penal – “O juiz (...) estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.

interpreta que, para o filósofo de Königsberg, a lei seria um “imperativo categórico”, ou seja, teria sua obrigatoriedade encontrada em si própria, incondicionada a considerações de base utilitária (PUIG, 2007, p. 59).

Sobre o conceito de imperativo categórico, explica Julián Marías (MARÍAS, 2004, p. 323):

Kant quer fazer uma ética do dever ser. E uma ética imperativa, que obrigue. Procura, portanto, um imperativo. Contudo, a maioria dos imperativos não serve para fundamentar a ética porque são hipotéticos, ou seja, dependem de uma condição. Quando digo: alimenta-te, supõe-se uma condição: se queres viver, no entanto, o imperativo não tem validade para um homem que queira morrer. Kant necessita de um imperativo categórico, que mande sem nenhuma condição, absolutamente.

Com base nessa noção, a sanção jurídica não poderia ser encarada como meio para consecução de utilidades sociais, sua única função seria a de castigar aquele que descumpriu a lei (BITENCOURT, 2000, p. 71), uma vez que, para Kant, o ser humano somente poderia ser tratado como “fim em si mesmo”, impedindo sua instrumentalização. Segundo a interpretação dominante, não seria possível para Kant que houvesse outro fim da pena que não a punição de condutas que atentem contra a justiça, não importando se desta advém ou não qualquer espécie de utilidade ou vantagem para a sociedade (PUIG, 2007, p. 59).

Ocorre que, em geral, aqueles que interpretam a obra de Kant não consideram o fato de o autor separar o âmbito moral e o âmbito jurídico, além de não confundirem a ideia de fundamentação da punição com o critério de determinação da pena.

Assim é que, apesar de defender o retribucionismo moral, Kant reconhecia a existência também de elementos utilitaristas sob o enfoque jurídico, como a necessidade do ordenamento jurídico de impor, por meio da aplicação de penas, a obediência a si próprio, configurando uma espécie de retribucionismo parcial na fundamentação do direito de punir. No mais, a classificação de Kant como retribucionista decorre do fato de o autor defender como critério de determinação da pena o *ius talionis*, de aspecto retributivo (TAFANI, 2000, p. 67-75).

Nesse sentido, Daniela Tafani contesta a visão usualmente atribuída a Kant sobre a retribuição penal (TAFANI, 2000, p. 59-60):

Apesar de constantemente atribuída a Kant, a tese que o fundamento do direito de punir se encontra na retribuição moral não só não foi proferida por ele, mas também é inconciliável com a distinção entre direito e ética, a qual ele propõe. Exatamente o direito de punir distingue para Kant o direito e a ética uma vez que as penas constituem elemento que produzem o movimentador jurídico, ou seja, o meio de constrição que, em âmbito jurídico, busca a obediência as leis. Tal movimentador não constitui um elemento exterior, que se soma as leis a fim que essas sejam respeitadas, mas é analiticamente elemento constituinte das leis. De fato, Kant coloca como caráter definidor de uma lei que essa não se limite a prescrever uma conduta como devida, mas que seja, além disso, capaz de impor-se de forma efetiva à vontade (tradução nossa).

Por fim, costuma-se apontar como exemplo de retribucionismo jurídico a teoria desenvolvida por Hegel. Segundo seu modelo dialético, a “tese” é a ordem jurídica – entendida como a expressão da vontade racional ou da vontade geral –, enquanto a “antítese” é o delito, entendido como a negação da ordem jurídica. A punição, então, é a “síntese” entre a ordem jurídica e sua negação, o que leva à famosa formulação de que “a pena é a negação da negação do Direito”. Em Hegel a sanção deixa de ser apenas a imposição de um mal àquele que pratica o delito, tendo também a finalidade de restabelecer a ordem jurídica, contraditada pela vontade do criminoso, exprimida em uma conduta (BITENCOURT, 2000, p. 72-73).

Ao abordar as teorias da retribuição, a doutrina brasileira costuma se limitar a apontar as teses acima. Fica-se, então, com a impressão de que as teorias absolutas são teses ultrapassadas, defendidas por autores que não são contemporâneos. Contudo, o estudo aprofundado indica que há uma tradição de pensadores que adotam o viés da retribuição que culmina com autores modernos, cientes e críticos das inconsistências apontadas das teorias relativas.

John Finnis, defensor moderno do Direito Natural, partindo da obra de Tomás de Aquino, defende que o fim da pena é a retribuição,



tomando por base os princípios da igualdade e da liberdade. A pena teria por fim aplicar uma punição proporcional ao indivíduo que abusou de sua liberdade ao praticar o delito, compensando com a sanção a vantagem indevida (desigualdade) obtida por aquele que deixou de restringir sua liberdade em relação aos comandos do bem comum – restrição esta que o restante dos membros da comunidade costuma acatar (FINNIS, 1999, p. 91/103).

A teoria acima exposta costuma ser denominada como teoria retributiva da vantagem injusta. Há, porém, autores atuais que adotam teses absolutas da pena com bases diversas, criticando a teoria de Finnis porque: (i) não se pode falar que a liberdade excessiva anterior é, de fato, compensada por uma restrição de direitos em momento posterior; e (ii) basear a retribuição na liberdade indevida não fornece critério para a adoção de penas proporcionais aos diferentes delitos (HIRSCH, 1998, p. 32-34).

Em oposição à teoria da vantagem injusta, Andrew Von Hirsch defende que a finalidade retributiva da pena deve basear-se na censura, na reprovabilidade. Nesse sentido (HIRSCH, 1998, p. 34-35):

As justificações reprobatórias do castigo são aquelas que enfocam em seus traços condenatórios, isto é, em sua capacidade de expressar censura ou reprovação. A sanção penal expressa claramente reprovação. Castigar alguém consiste em impor uma privação (um sofrimento), porque supostamente causou um dano, de forma que expresse desaprovação à pessoa por seu comportamento.

Ao adotar a finalidade da pena como retribuição, a teoria em questão parte do pressuposto de que as pessoas são agentes morais, capazes de entender a valoração que o restante da comunidade faz de sua conduta. A pena seria uma espécie de comunicação valorativa entre agentes racionais. O próprio Estado, ao prever e impor sanções, estaria atuando como uma “voz moral”. Deixar de considerar esse aspecto moral da pena implicaria ignorar a dignidade do ser humano (agentes morais capazes de compreensão de juízos de reprovação), instrumentalizando o indivíduo ao aplicar a sanção apenas com fins preventivos (HIRSCH, 1998, p. 36-37).

A teoria defendida por Von Hirsch mostra-se como uma das mais relevantes formuladas em razão dos fundamentos acima expostos. Seu modelo de retribuição supera a crítica comum às teorias relativas (instrumentalização do ser humano), definindo precisamente os limites da pena com base na regra da proporcionalidade.

Não só a gravidade concreta do fato criminoso cometido passa a representar limite para o exercício do poder punitivo do Estado, mas também os atos que podem ser criminalizados devem ser reconhecidos como moralmente legítimos. O agente moral Estado somente pode punir aquilo que os indivíduos, agentes morais, reconhecem como repreensível.

Nesse sentido (HIRSCH; SIMESTER, 2014, p. 08):

*Rational coercion may or may not be justified. That the threatened consequence is deserved punishment becomes crucial, however, to the justification of criminal prohibitions. It matters to the moral legitimacy of the act of coercion, as well as to the ex post act of punishment. It is still a threat, but it is a moral threat. This is the key move: punishment is (and will be, th threat goes) imposed only to the extent it is deserved – that is, justified on retributive grounds, and not determined by considerations of deterrence<sup>3</sup>.*

Importante ressaltar, por fim, que Andrew Von Hirsch reconhece também a existência de fins preventivos na pena, uma vez que a ameaça da sanção não deixa de ser um símbolo que visa impedir a ocorrência da conduta delituosa. Assim, ainda que baseada na retribuição, sua teoria não deixa de ser eclética (HIRSCH; SIMESTER, 2014, p. 06).

## **CONCLUSÃO: A RELEVÂNCIA DA RETRIBUIÇÃO**

As críticas expostas em relação às teorias preventivas indicam sua insuficiência, ao menos se adotadas de forma exclusiva, para justificar

---

3 “A coerção racional pode ou não ter justificativa. Torna-se crucial que a consequência ameaçada seja uma punição merecida para a justificação das proibições criminais. Isto importa para a legitimidade moral do ato de coerção, assim como para o *ex post* ato de punir. Continua a ser uma ameaça, mas é uma ameaça moral. Este é o ponto chave: punição é (e será, conforme segue a ameaça) imposta apenas na medida em que é devida – ou seja, que é justificada com bases retributivas, e não determinada por considerações preventivas” (tradução nossa).

não só a aplicação da sanção penal, mas a própria criação de normas penais, em harmonia com a dignidade do ser humano.

Conforme exposto, todas as teorias preventivas ostentam como defeito instrumentalizar o ser humano. As penas passam a ser aplicadas para que fins sociais sejam atingidos, desconsiderando o indivíduo como pessoa digna de ser tratada de forma justa (capaz de entender a reprovabilidade de sua conduta), acarretando, em consequência, a perda de critérios que justifiquem a quantidade proporcional (justa) da pena.

Além disso, adotando-se uma visão exclusivamente preventiva dos fins da pena, estaria aberta a possibilidade de criação de normas penais que não refletem a proibição de condutas consideradas reprováveis pela sociedade, mas apenas como meios de se atingir fins sociais diversos.

A adoção da teoria retributivista, seja em sua forma pura ou eclética, é imprescindível para a legitimação do Direito Penal – não apenas como meio de controle da criminalidade, mas como limitador do poder estatal.

Somente ao se tratar o indivíduo como agente moral, ou seja, capaz de valorar sua conduta e de entender sua reprovabilidade perante o restante da comunidade, é que se cria um sistema de penas lastreado na dignidade humana.

Apenas com a retribuição atende-se às demandas de justiça quando da previsão e aplicação das penas. Somente é possível distribuir sanções de forma proporcional ao se considerar que estas representam a reprovação das condutas valoradas negativamente pela sociedade por causarem dano a bens relevantes (bens jurídicos).

Nesse sentido, as teses retribucionistas são de suma importância, pois, ao garantirem a proporcionalidade entre os delitos e as penas, instituem o padrão do Direito Penal do Fato e a medida da culpabilidade como limite ao *ius puniendi* estatal. Com efeito, a ideia de culpabilidade (reprovabilidade) harmoniza-se com a teoria retributiva da pena. Se a pena tivesse por fim apenas parâmetros preventivos, o Direito Penal deveria basear-se em noções diversas, como a periculosidade.

De fato, a adoção da teoria retributiva à pena passa a ser entendida unicamente como a resposta a um ato reprovável do autor, devendo então ser limitada por este grau de reprovabilidade, o que remete ao sentido da culpabilidade como limite da pena<sup>4</sup>.

Nesse sentido, Luis M. Garcia aponta que (1992, p. 19-20):

*Según la opinión más generalizada, la pena presupone la reprochabilidad del comportamiento sometido a ella, y expresa esa reprochabilidad. Es justamente la reprochabilidad del acto aquello en lo que reposa la culpabilidad del autor. El haberse mantenido al margen de las exigencias que planteaba el orden jurídico, no obstante haber podido ajustarse a ellas – en otras palabras, el haber podido obrar de otro modo –, es el criterio generalmente aceptado sobre el cual se funda el juicio de culpabilidad. La medida del reproche que expresa la pena estará dada por la medida de la culpabilidad. Por ello las teorías señaladas se apoyan en la culpabilidad del autor para legitimar la retribución.*

A principal crítica que se faz à ideia de retribuição seria a de que o Estado aplicaria a pena para vingar-se do indivíduo que comete o delito. A crítica em questão, porém, somente se sustentaria caso o Estado não tivesse legitimidade para a aplicação das sanções, punindo condutas que não afetam bens jurídicos relevantes para a sociedade.

Não se pode confundir a finalidade da retribuição, quando situada em um modelo de Estado de Direito, no qual o Direito Penal é norteado pela legalidade e pela proporcionalidade, com a aplicação de penas abusivas ou desrespeitosas aos direitos fundamentais. Como defende Paschoal (2009, p. 161):

Ao defender-se a finalidade retributiva, mormente quando temperada pelo princípio da proporcionalidade em conjunto com o da legalidade, não se está a advogar quaisquer das ilegalidades penais, civis e administrativas que se verificam no cumprimento da pena.

---

4 “Segundo a opinião predominante, a pena pressupõe a reprovabilidade do comportamento a ela subsumido, e expressa essa reprovabilidade. É justamente na reprovabilidade do ato que repousa a culpabilidade do autor. O haver se mantido às margens das exigências previstas pelo ordenamento jurídico, não obstante ter podido se ajustar a elas – em outras palavras, ter podido agir de outro modo – é o critério em geral aceito sobre o qual se funda o juízo de culpabilidade. A medida da reprovação expressa pela pena decorrerá da medida da culpabilidade. Por isso as teorias apontadas se apoiam na culpabilidade do autor para legitimar a retribuição” (tradução nossa)

A retribuição, trazendo em si a ideia de proporcionalidade, implica limitação ao poder de punir respeitando os limites da dignidade humana e do Direito Penal do Fato. A prevalência da retribuição é a defesa do Direito Penal Mínimo (PASCHOAL, 2009, p. 160).

Da mesma forma, a alegação de que a teoria da retribuição representaria a aplicação de penas sem qualquer fim e de forma incompatível com a missão do Direito Penal de proteção a bens jurídicos (DIAS, 2001, p. 70-71) reflete apenas incompreensão de sua natureza por parte da doutrina. O que se busca retribuir com a aplicação da pena é exatamente a lesão a bens jurídicos. A sanção implica o castigo a um indivíduo capaz de compreender que foi punido porque causou lesão, através do crime, a um valor socialmente relevante.

Quanto à alegada ausência de fim ao se adotar a retribuição, é importante destacar a obra de René Girard sobre a relevância do desejo, da violência e do sacrifício na formação do corpo social.

Segundo Girard, nas sociedades primitivas o ciclo interminável de vingança decorrente da violência humana colocava em risco a própria existência da comunidade. Somente com a canalização dessa violência para a “vítima sacrificial” é que a ordem da sociedade era preservada (1990, p. 15-27).

A sociedade moderna somente não sente os riscos da “violência contagiosa” porque foi criado um mecanismo soberano, imparcial e independente que detém a exclusividade da vingança: o Poder Judiciário (GIRARD, 1990, p. 30). Deste modo, a aplicação da pena justa, a retribuição, é uma forma moral de vingança por um ente imparcial, mas que não deixa de ter uma finalidade fundamental: a própria manutenção da ordem da sociedade. A aplicação retrospectiva da pena não apenas concretiza a justiça, mas tem por efeito – ainda que muitas vezes não notado – a própria possibilidade de manutenção das condições de coexistência em sociedade.

Nesse sentido (GIRARD, 1990, p. 28):

Não há, no sistema penal, nenhum princípio de justiça realmente diferente do princípio de vingança. O mesmo princípio funciona nos dois casos: a reciprocidade

violenta, a retribuição. Ou esse princípio é justo e a justiça já está presente na vingança, ou então não existe justiça em lugar nenhum. A língua inglesa afirma, sobre aquele que executa sua própria vingança: *He takes the law into his own hands*. Embora não haja uma diferença de princípio entre vingança pessoal e pública, essa diferença é enorme no plano social: a vingança não é mais vingada, o processo termina, o perigo de escalada é afastado.

No mais, os defensores da teoria da prevenção geral positiva alegam em vão que a proteção retrospectiva dos bens jurídicos seria inaceitável, somente cabendo sua tutela de forma prospectiva, ou seja, mediante a tutela da confiança e das expectativas comunitárias na manutenção da norma (DIAS, 2001, p. 105). A percepção desses teóricos de que a culpabilidade é o limite ultrapassável para se fixar o *quantum* da pena apenas confirma que, sem a finalidade retributiva, a pena poderia ser fixada de forma indeterminada para o alcance de objetivos sociais (DIAS, 2001, p. 109). O reconhecimento da culpa como limite da pena nada mais é do que a manutenção da retribuição, ainda que a doutrina moderna tente se afastar desse fim da pena.

O abandono das teorias retributivas pela doutrina brasileira representa, portanto, verdadeiro retrocesso em relação a aspectos fundamentais da Dogmática Penal.

Eventual adoção de modelo preventivo puro implicaria distanciamento do Direito Penal da tutela dos direitos fundamentais. Se a sanção deixasse de considerar o ser humano como agente moral capaz de compreender e valorar sua conduta, punindo-o apenas com a intenção de concretizar finalidades sociais (como a garantia de segurança, a redução da criminalidade, tratamento, estabilização das expectativas normativas etc.), o Direito Penal deixaria de ser proporcional, as penas não teriam limites legítimos, o conceito de culpabilidade seria obscurecido e os próprios tipos penais não mais precisariam ser limitados à proteção dos bens jurídicos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

- BERLA, Gabriel Silva. Reincidência: uma perspectiva crítica de um instituto criminógeno. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza Nucci (org.). **Doutrinas Essenciais: direito penal**. Vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**. Vol. 1. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2021.
- BURGESS, Anthony. **Laranja Mecânica**. São Paulo: Aleph, 2004.
- BUSATO, Paulo César. Modernas Teorias do Delito: funcionalismo e significado e garantismo. In: BITENCOURT, Cezar Roberto (coord.). **Direito Penal no Terceiro Milênio: estudos em homenagem ao prof. Francisco Muñoz Conde**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. **A Dignidade Humana: teorias da prevenção geral positiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas Básicos da Doutrina Penal: sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- DIP, Ricardo Henry Marques. **Direito Penal: Linguagem e Crise**. 1ª edição. Campinas: Millennium, 2001.
- DITTICIO, Mário Henrique. **Crítica Tridimensional da Reincidência**. Tese de Mestrado da Universidade de São Paulo, 2007.
- EAGLEMAN, David. **Incógnito: as vidas secretas do cérebro**. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.
- FINNIS, John M. Retribution: Punishment`s Formative Aim. **Journal Articles**. NDLS Scholarship. Paper 871. 1999.

GARCIA, Luis M. **Reincidencia y Punibilidad**: aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena. Buenos Aires: Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992.

GIRARD, René. **A Violência e o Sagrado**. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1990.

HIRSCH, Andrew Von. **Censurar y Castigar**. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_; SIMESTER, A. P. **Crimes, Harms, and Wrongs**: on the principles of criminalisation. Oregon, Hart Publishing, 2014.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LEWIS, Clive Staples. The Humanitarian Theory of Punishment. **AMCAP Journal**. Vol. 13, n. 01 – 1987.

LISZT, Franz Von. **La Idea Del Fin En El Derecho Penal**. Bogotá: Temis, 1998.

MARÍAS, Julián. **História da Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Ingerência Indevida**. Tese de Livre-Docência pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal**: fundamentos e teoria do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002a.

\_\_\_\_\_. Jesús-María Silva. **Aproximación al Derecho Penal Contemporâneo**. Barcelona: J.M. Bosch, 2002b.

TAFANI, Daniela. Kant e Il Diritto di Punire. In: **Quaderni Fiorentini**: per la storia del pensiero giuridico moderno. N° 29. Milão: Giuffrè, 2000.