

CONTRADIÇÕES E IMPOSSIBILIDADES: A TEORIA MISTA DA PENA A PARTIR DO ESTUDO CRIMINOLÓGICO DAS FUNÇÕES DO CÁRCERE

CONTRADICTIONS AND IMPOSSIBILITIES: THE MIXED PENALTY THEORY FROM THE CRIMINOLOGICAL STUDY OF THE FUNCTIONS OF PRISON

¹THOSI, Fabrizio Romão; ²TEIXEIRA, Melanie Correa, ³RODRIGUES, Vinicius Gonçalves
Curso de Direito – Centro Universitário das
Faculdades Integradas de Ourinhos-Unifio/FEMM

RESUMO

A aplicação das sanções criminais ao longo dos séculos foi justificada e legitimada a partir de três correntes teóricas: retributiva, prevenção geral e prevenção especial. Nesse sentido, cada uma das teorias buscou aproximar a atuação do Direito Penal com os pensamentos sociais e filosóficos do recorte em que se encontrava. Atualmente, o Código Penal Brasileiro justifica a pena privativa de liberdade por intermédio de uma quarta corrente, denominada de teoria mista da pena, buscando unificar as três teorias historicamente atribuídas a sanção criminal. O objetivo do presente estudo foi analisar a fundamentação criminológica de cada uma das teorias justificadoras da pena ao longo da história, bem como o contexto histórico que as fez surgir, com o intuito de responder a seguinte questão: a teoria unificadora da pena, adotada pelo Código Penal, decorre de um equívoco criminológico em seu sentido interpretativo?

Palavras-chave: Direito Penal; Funções do Cárcere; História da Pena; Sanção Penal.

ABSTRACT

The application of criminal sanctions throughout the centuries has been justified and legitimized based on three theoretical currents: retributive, general prevention, and special prevention. In this regard, each of these theories sought to align criminal law with the social and philosophical thinking of its respective era. Currently, the Brazilian Penal Code justifies the use of deprivation of liberty as a penalty through a fourth theory, known as the mixed theory of punishment, aiming to unify the three theories historically attributed to criminal sanctions. The objective of this study was to analyze the criminological foundation of each of the justifying theories of punishment throughout history, as well as the historical context that gave rise to them, in order to answer the following question: Does the unifying theory of punishment, adopted by the Penal Code, result from a criminological misconception in its interpretative sense?

Keywords: Criminal Law; Criminal Sanction; History of Punishment; Prison Functions.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal, como parte integral do sistema jurídico, não escapou das transformações radicais provocadas pelo pensamento iluminista no século XVIII. Até então, esse ramo do direito estava marcado por práticas punitivas brutais, frequentemente desprovidas de consideração pela dignidade do acusado, uma herança sombria da era medieval. No entanto, à medida que o pensamento liberal ganhava força e o raciocínio iluminista se disseminava, o Direito Penal passou por uma profunda remodelação, adaptando-se aos novos princípios que enfatizavam a humanidade na punição.

Com a mudança de paradigma, uma das transformações mais significativas no Direito Penal foi a transição da teoria retributiva da pena para as teorias preventivas da pena. A teoria retributiva estava intrinsicamente ligada à ideia de vingança, buscando infligir sofrimento ao infrator como forma de equilibrar a injustiça cometida. No entanto, o pensamento iluminista trouxe uma nova abordagem, onde a pena passou a ser vista como meio de prevenir a criminalidade e preservar a ordem social.

Assim, o pensamento liberal e iluminista contribuiu para a humanização do sistema penal, afastando-se das práticas cruéis da Idade Média e buscando proteger a dignidade do acusado, favorecendo o surgimento da teoria da prevenção geral, posteriormente subdividida em negativa e positiva.

No sentido oposto, a teoria da prevenção especial da pena, que surgiu no contexto do positivismo criminológico no século XIX, se concentra exclusivamente no indivíduo delinquente, considerando fatores biológicos e psicológicos como determinantes do comportamento criminoso. Dessa forma, essa abordagem, representada principalmente por Cesare Lombroso, se afasta das noções liberais de livre-arbítrio.

No contexto atual, destaca-se o surgimento da teoria mista da pena, que busca equilibrar os objetivos conflitantes da punição e ressocialização no sistema de justiça penal. Assim, é importante examinar como essa teoria é aplicada no Código Penal Brasileiro, bem como suas implicações teóricas. Ademais, o presente trabalho buscou enfatizar as críticas à teoria mista, que argumentam que ela pode representar um compromisso inadequado entre abordagens conflitantes, criando ambiguidades no sistema de justiça penal.

Portanto, o presente artigo oferece uma análise acerca da evolução do pensamento criminológico no tocante as teorias legitimadoras, desde a visão retributiva medieval até as complexas teorias da prevenção geral, especial e mista da pena.

METODOLOGIA

Tendo em vista o escopo de abordar o presente raciocínio a partir de uma análise estritamente teórica do objeto de estudo, para a construção do pensamento proposto, foi utilizada a pesquisa teórica, consubstanciada primordialmente na técnica de revisão bibliográfica.

No que concerne a metodologia científica, denota-se a utilização do método dialético, uma vez que o objetivo predominante no presente estudo foi o de vislumbrar as contradições inerentes a teoria unificadora da pena positivada no Código Penal.

DESENVOLVIMENTO

DO DIREITO PENAL CLASSÍCO A FUNÇÃO DE PREVENÇÃO GERAL DA PENA COMO RESPOSTA A VISÃO RETRIBUTIVA MEDIEVAL

Com o florescer do pensamento liberal, as diversas áreas do conhecimento, em especial aquelas ligadas aos estudos e proposições sobre o convívio social, foram significativamente afetadas pelo pensamento iluminista.

Assim, o Direito Penal, marcado até então por práticas violentas e despreocupados com a dignidade do acusado – próprias do período medieval – foi remodelado a fim de se coadunar com o novo pensamento decorrente do raciocínio liberal.

Nesse cenário, um primeiro aspecto a ser apontado com relação as influências do pensamento iluminista no campo criminal é o fato de que houve a implementação de um pretense ideal de humanidade no modo como era entendida a punição.

Instado o Direito Penal a se preocupar com a dignidade do acusado, ainda que de forma embrionária, pode-se afirmar, portanto, que o pensamento clássico acerca da punição representou uma ruptura histórica e epistemológico no modo como se enxergava a punição. Com isso, as reprimendas que até então eram observadas a partir da teoria retributiva da pena, ou seja, intrinsecamente ligada com uma prática voltada a vingança, encontraram um obstáculo para sua manutenção.

O grande mérito, portanto, da concatenação entre o Direito Penal e o pensamento iluminista foi o fomento ao esquecimento das práticas inquisitoriais decorrentes do padrão medieval de punição que, dentre outras formas, adotava execuções e desmembramentos públicos (Foucault, 2019) como mecanismo de contenção da criminalidade, notadamente porque, no aludido período, era vigente a conclusão de que maior a gravidade, a brutalidade e o espanto proporcionados pela aplicação da sanção criminal, mais eficaz seria o seu potencial de influenciar os indivíduos a não praticarem crimes (Marques, 2016).

Fundamenta-se também que, ao abandonar as práticas medievais de condenação, houve uma mudança, no sentido sociológico, do objeto sob o qual recai a sanção penal. Dessa forma, no entendimento de Michael Foucault, “desapareceu o

corpo como alvo da repressão penal” (2019, p.13), de modo que a punição, no modelo criminal clássico, focalizou seus esforços para a privação da liberdade do indivíduo.

Embora, por consequência, o corpo estivesse preso, para o Direito Penal Iluminista a prisão era eficaz no aprisionamento da liberdade do acusado. O pensamento encontra suas bases no recorte histórico em que é desenvolvido, uma vez que, diante do surgimento de uma sociedade burguesa, o valor liberdade tornou-se um caro valor para o corpo social, sobretudo em razão do período coincidir com o início do modelo de economia capitalista.

Conceituando, a prevenção geral enquanto teoria legitimadora da pena pode ser encarada como um momento de redirecionamento do sujeito alvo da normal penal.

Enquanto as teorias retributivas da pena eram marcadas pela individualidade, uma vez que a pena deveria se esgotar na figura do criminoso, para a prevenção geral, para além daquele condenado pela prática de um delito, a pena era direcionada também a sociedade, isto é, adentrou ao âmbito punitivo um aspecto externo aos envolvidos na aplicação do comando sancionatório, de modo que, para a coletividade, de modo geral, aplicação da pena se traduziria como uma tecnologia de intimidação e reafirmação do direito (Marques, 2016, p. 169).

A nomenclatura “prevenção geral”, portanto, decorre da inversão ocorrida no plano do direcionamento da sanção criminal, na medida em que o foco principal se tornou a sociedade e, não mais, meramente o indivíduo.

O estudo da criminologia destaca ainda que a teoria da prevenção geral pode ser dividida em duas correntes que se completam, denominadas de “positiva” e “negativa”, com o objetivo de esclarecer as múltiplas facetas interpretativas que a corrente possibilita.

Por um lado, a prevenção geral negativa, encampado, sobretudo, por Cesare Beccaria, a pena aplicada ao agente que viola o pacto social e, como consequência, desestabiliza o convívio em sociedade, seria uma forma de reprimi-lo com o objetivo de dissuadi-lo no tocante a prática de futuros crimes, tendo por fundamentação o fato de que o sofrimento que causado a ela em razão da pena privativa de liberdade aplicada (Beccaria, 2002).

Conforme aponta Juarez Cirino dos Santos a vertente negativa pode ser conceituada, portanto, como um dispositivo de intimidação penal, em que “o Estado

espera que a ameaça da pena desestimule pessoas de praticarem crimes” (2020, p. 435).

O pensamento de Beccaria se baseia na máxima de que Estado decorre de um contrato social, de maneira que, concatenando com o pensamento iluminista – calcado na racionalidade como premissa – compreende a humanidade, socialmente considerada, como um corpo dotado de racionalidade, de modo que seus componentes possuem a capacidade de direcionar e nortear suas atitudes com base em um cálculo de custo-benefício.

Assim, as decisões humanas eram tomadas de forma plenamente livre e conseqüentemente, aquele que infringe as leis estatais, o faz de plena consciência, em especial a partir de um julgamento subjetivo em que o benefício auferido com a prática delituosa seria vantajosa em contraponto ao risco de ser aprisionado. Em linhas gerais, o crime seria praticado por “valer a pena”.

Cumpra, desde logo, ressaltar a crítica realizada por Eugênio Raul Zaffaroni à vertente negativa da prevenção geral, discorrendo o mencionado autor que, com o objetivo de alcançar a dissuasão máxima, o tempo e a quantidade das sanções seriam elevadas a patamares cada vez mais elevados, resultando assim em penas de morte ou perpétuas, uma vez que a mera aplicação de uma pena não possui o condão de desestimular toda a sociedade a não mais praticar delitos (2011, p.119)

Por outro lado, a prevenção geral positiva focaliza a aplicação da sanção penal em sua repercussão social, tendo como foco a própria coletividade e a reafirmação da norma jurídica. Nessa toada, entende Oswaldo Henrique Duek Marques que aludida vertente

[...] não vê na pena ameaça destinada a intimidar possíveis delinquentes, nos termos preconizados pelos defensores da chamada “coação psicológica”, ou segundo os teóricos do absolutismo, que propõem a reafirmação do poder soberano por meio do exemplo do castigo. Ela a vê, antes, como uma possibilidade de reafirmar a consciência social da norma ou confirmar sua vigência, mediante a imposição de sanções penais. (Marques, 2016, p. 175).

Assim, o a prevenção geral positiva, tem como objeto de direcionamento da pena a própria sociedade, não como um mecanismo de intimidação, mas a partir da noção de revalidação da norma jurídica, um meio de reafirmar a vigência e a imperatividade da norma.

Como expoente da corrente positiva, destaca-se o penalista Gunther Jakobs, compreendendo que a aplicação da sanção criminal teria o condão de fortalecer as

expectativas sociedade no campo normativo, na medida em que, dentro de uma sistema penal direcionado ao cumprimento da norma, a pena aplicada se traduz uma forma de negar a negação da norma pelo indivíduo que delinque, demonstrando a coletividade que a norma jurídica é fortalecida pelo seu cumprimento após cada violação de seu conteúdo (Jakobs, 2012).

Pela vertente proposta por Jakobs, é de fácil assunção que o descumprimento da lei penal daria espaço para o surgimento da figura de um inimigo, uma vez que aquele que importuna a convivência social não pode ser considerado como normal integrante da coletividade (Zaffaroni, 2007). O grande problema, portanto, da vertente apontada por Gunther Jakobs é a facilitação de implementação de um direito penal do inimigo, voltado a punir aqueles considerados indesejáveis perante o corpo social.

Não é inoportuno mencionar que a punição voltada à atenção das expectativas sociais, sobretudo a partir de um ideal de inimidade, ocasiona em um perdimento das origens liberais propostas pelo direito penal clássico, abrindo espaço para “inquisições” e mecanismos voltados a redução de das garantias do acusado intrínsecas ao modelo iluminista de punição. Assim, a visão de Gunther Jakobs não apenas insuficiente para prevenir a criminalidade, como também fomenta uma irracionalidade punitiva própria da contemporaneidade, sobretudo sob a óptica da existência de um inimigo a ser combatido.

Não obstante, Finalmente, Juarez Cirino dos Santos critica a consequente função de “bode expiatório” advinda da prevenção geral positiva, que conforme diz Juarez Cirino dos Santos:

O direito penal é utilizado para proteger os chamados complexos funcionais dos sistemas econômico, financeiro, tributário, ecológico etc., em que o indivíduo deixa de ser o centro do Direito ou da sociedade, para ser um subsistema psicofísico de simples imputação penal, avaliado conforme o papel funcional para o sistema social – ou seja, é reduzido ao papel de bode expiatório, existente como sujeito de responsabilidade penal, mas como mero objeto do sistema social (2020, p. 458).

Assim, o alvo de uma pena, sob a fundamentação de validar o direito se traduz em um mero objeto do Direito Penal, não dotado de humanidade ou dignidade, servindo tão somente para atestar a vigência da norma penal.

Portanto, é indispensável pensar a teoria da prevenção geral em sua vertente positiva como uma corrente teórica tendente a ineficácia.

A teoria da prevenção geral, conforme exposto, representou um momento singular na história do pensamento criminológico, traduzido em uma virada de chave

no modo que a punição era teoricamente visualizada. Em suma, a presente corrente foi responsável por humanizar, em certa medida, o direito penal, bem como olhar além do indivíduo no momento da aplicação da sanção criminal, de maneira que, indiscutivelmente, foi também responsável por adicionar critérios de racionalidade no poder punitivo, fortalecendo, igualmente, o surgimento das bases que mantém o direito penal até o presente momento, a exemplo da legalidade da lei penal e o devido processo legal.

A PREVENÇÃO ESPECIAL DA PENA E O POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO

Em contraste com a teoria da prevenção geral, que direciona predominantemente sua abordagem à sociedade e não trata o criminoso como o único foco da pena, a prevenção especial concentra-se exclusivamente no indivíduo delinquente.

No decorrer do século XIX, o positivismo científico ganhou grande destaque, notadamente em razão da crescente importância das ciências naturais, engendrando um impacto significativo no conteúdo e no pensamento científico da época.

O entendimento do comportamento humano começou a se voltar para disciplinas como biologia e fisiologia, estabelecendo as bases para uma nova compreensão do comportamento humano. Isso resultou na abertura para a aplicação de noções positivistas em diversas áreas do conhecimento, incluindo o campo jurídico. Nesse contexto, houve um esforço para relacionar a figura do criminoso a desvios biológicos, um tema abordado e desenvolvido por estudiosos da área criminal da época (Baratta, 2011).

Sob a perspectiva da teoria da prevenção especial, a pena passou a integrar um projeto disciplinar e corretivo, com o objetivo de evitar que o criminoso reincidisse ou que o potencial criminoso nunca se tornasse um delinquente. É nesse momento que surge a figura do autor Césare Lombroso, responsável pelo desenvolvimento da tese de que o delinquente é uma espécie do gênero humano que comete crimes necessariamente devido às suas características antropológicas (Marques, 2016, p. 136). P

Assim, é possível desde logo pontuar que a abordagem oportunizada por Lombroso se distancia completamente do teorizado pelos penalistas liberais, que enxergavam o delito como resultado de uma análise de custo-benefício realizada pelo

infrator. Na prevenção especial, de acordo com um "rigoroso determinismo" (Baratta, 2011, p. 29), não há espaço para o livre arbítrio - um conceito inclusive negado por outro defensor da corrente da prevenção especial, Enrico Ferri, que descreve o livre-arbítrio como inatingível, atribuindo ao conceito um sentido próximo ao de uma ilusão.

Dessa forma, para a prevenção especial há um impulso biológico inato no criminoso, semelhante a um fenômeno natural e intrínseco a sua existência enquanto indivíduo alocado em um corpo social (Marques, 2016, p. 140).

Nesse cenário, destaca-se ainda que a prisão, a partir do ideal partilhado pela prevenção especial, há um propósito de recuperação do indivíduo, de maneira que teoriza o cárcere como um remédio necessário e benéfico ao infrator. Nessa linha, compreende Eugênio Raul Zaffaroni

É um bem para quem a sofre, de caráter moral ou psicofísico. Em qualquer um dos casos oculta a natureza dolorosa da pena e chega mesmo a negar-lhe o próprio nome, substituído por sanções ou medidas. Se a pena é um bem para o condenado, sua medida será aquela necessária para realizar a ideologia re que for sustentada, e não precisará de outro limite. O delito seria somente um sintoma de inferioridade que mostraria ao estado a necessidade de aplicar o benéfico remédio social da pena. Se o delito é apenas um sintoma, a ideologia re deve postular que, a partir desse sintoma, o estado perscrute toda a personalidade do infrator, porque a inferioridade o afeta em sua totalidade. Por isso, tais ideologias não podem reconhecer maiores limites na intervenção punitiva: o estado, conhecedor do que é benéfico, deve modificar o ser da pessoa e impor-lhe seu modelo humano (2011, p. 126-127).

Portanto, a centralidade da presente corrente criminológica reside na compreensão da privação da liberdade a partir da palavra "ressocialização", fortemente atrelada as ideologias "re" (ressocializar, reincorporar, reeducar etc.).

A partir da premissa de que a punição visa reabilitar o criminoso, a concepção de um castigo educativo com o propósito de civilizar o delinquente e transformá-lo em alguém com comportamentos socialmente aceitáveis ganha destaque. Nesse contexto, devido à forte associação com as ciências naturais, a abordagem em análise sugere que tudo é regido por um conjunto de leis naturais.

Segundo o pensamento, os seres humanos não possuíam a capacidade de exercer plenamente sua liberdade, uma vez que são determinados por fatores presentes em sua constituição biológica ou psicológica, que são a raiz do comportamento criminoso. Portanto, o ato delituoso seria considerado um comportamento patológico.

Nos termos da interpretação proposta por Luis Carlos Valois, ao abordar o entendimento de Enrico Ferri – autor que, assim como Lombroso, inseria-se no paradigma do positivismo criminológico – havia o entendimento de que a alteração do contexto social do indivíduo transpassava pela necessidade de um mandamento legal, o que legitimou a escolha das prisões. Assim, entendendo Ferri que a delinquência poderia ainda ser estimulada pelo contexto e pelo ambiente, obtendo a possibilidade jurídica para isso, sugeriu que a retirada do infrator do meio social e a sua realocação no ambiente prisional, até então entendido como reformador, seria indispensável para a recuperação do criminoso (2020, p. 68).

Indiscutivelmente, a presente teoria é questionável a partir de inúmeras ópticas, sobretudo em razão de sua superada corrente científica legitimadora, assim como seu nefasto potencial de autorizar o surgimento de pensamentos eugenistas voltados à destruição de grupos socialmente vulneráveis.

Assim, o encarceramento de indivíduos sob a presente teoria legitimadora, cujo objetivo principal seria a reforma moral das ações dos referidos sujeitos, emerge como uma prática que suscita questionamentos substanciais no contexto das democracias modernas, as quais têm sua essência ancorada nos princípios basilares da liberdade e da livre convicção.

É inegável que diversas normas legalmente estabelecidas contêm em seu arcabouço intrínseco valores de índole moral ou, em alguns casos, emanam de considerações de ordem ético-moral; contudo, é imperativo ressaltar que essa circunstância não outorga ao Estado o direito de impor uma única moral como padrão absoluto aos indivíduos coletivamente considerados.

Nesse sentido, a imposição de uma moral específica por parte do Estado sobre a coletividade, que, por extensão, orientaria o tratamento dispensado aos infratores, conduziria inexoravelmente a uma situação em que todos os indivíduos que não compartilham dessa moral preconizada — mesmo aqueles que não estejam sob custódia penal ou que não tenham cometido delitos — seriam estigmatizados como desviados, representando, por conseguinte, a configuração de um perigoso precedente no âmbito das políticas de exclusão social, fundamentado em valores morais normativos (Cirino dos Santos, 2020, p. 434).

Tal cenário, por óbvio, pavimentaria o terreno para o florescimento de um Direito Penal do Inimigo, caracterizado pela dicotomização da sociedade em dois grupos distintos, a saber, o grupo dos "nós" e o grupo dos "eles" (Zafaroni, 2007).

Evidentemente, em um contexto em que há o indivíduo normal e o anormal – em especial no aspecto biológico – denota-se um terreno fértil para a propagação de uma política criminal norteado sobretudo pela proposta de exclusão dos indesejados.

A CONTRADIÇÃO CRIMINOLÓGICA NA GÊNESE DA TEORIA MISTA DA PENA

Conceitualmente, a teoria mista da pena é uma abordagem no campo da criminologia e da filosofia do direito penal que busca equilibrar dois objetivos aparentemente conflitantes no sistema de justiça penal: a punição do criminoso como resposta à sua conduta criminosa – no intuito de prevenção – e a ressocialização do infrator visando a sua reintegração à sociedade. Essa teoria tem como premissa fundamental a ideia de que a pena deve servir tanto como uma forma de retribuição, prevenção geral e, igualmente, como um meio de reabilitação do delinquente.

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 59, estabelece os critérios para a fixação da pena, e é nesse contexto que a teoria mista encontra sua aplicação. Nos termos do citado dispositivo, o juiz deve considerar diversas circunstâncias, como a gravidade do crime, os antecedentes do réu e sua conduta social, entre outros fatores, para determinar a pena a ser aplicada, de modo que seja atendida a necessidade de suficiência no que tange a reprovação e prevenção do crime. Isso significa que o sistema penal brasileiro adota uma abordagem mista ao levar em consideração a retribuição, a prevenção do delito e a ressocialização.

Assim, infere-se que o legislador ao atribuir legalmente a pena uma dupla função de prevenção e retribuição engendrou uma terceira corrente legitimadora da sanção penal, conciliando as teorias preventivas e retributivas da pena. A doutrina predominante sustenta a presente proposição, de modo que, por exemplo, Rogério Greco aduz que “em razão da redação contida no *caput* do art. 59 do Código Penal, podemos concluir pela adoção, em nossa lei penal, de uma *teoria mista ou unificadora da pena*” (2023, p. 526). Nesse sentido mesmo sentido, destaque o também doutrinador Cleber Masson (2019).

A partir do estudo criminológico, compreende-se a intenção do legislador ao apresentar a mencionada teoria no momento da elaboração do Código Penal, bem como a natureza estritamente expositiva da vasta doutrina brasileira ao analisar a pena sob a perspectiva de uma teoria mista ou integradora da pena. Entretanto, do ponto de vista acadêmico, a aceitação da fusão das teorias preventivas e retributivas

da pena representa, no contexto criminológico, um erro latente, tanto em termos técnicos quanto práticos.

Sob uma perspectiva teórica, a teoria mista da pena parte do pressuposto de que a pena privativa de liberdade desempenha simultaneamente um papel na prevenção geral, na ressocialização e na retribuição do delito. Em outras palavras, implicitamente aceita que a causa subjacente ao cometimento do crime deriva, ao mesmo tempo, de fatores ligados à liberdade, como a análise custo-benefício do ato criminoso, conforme preconizado por Cesare Beccaria, e de elementos de natureza biológica, como proposto por Cesare Lombroso. Nesse contexto, a corrente mista pressupõe que o criminoso é simultaneamente um indivíduo intelectualmente incapaz e um ser plenamente consciente, com capacidade de avaliar os possíveis resultados do crime e sopesar os riscos associados à prática criminosa.

É evidente que, à luz das teorias justificadoras da pena discutidas no primeiro capítulo, a concepção de uma teoria unificadora da pena entra em conflito substancial com as abordagens preventivas de prevenção geral e especial da pena, uma vez que procura reconciliar duas correntes diametralmente opostas.

Ademais, uma segunda crítica a ser apontada, se debruça sobre a impossibilidade de se compreender a teoria da mista da pena como uma forma de ressignificar a punição no campo da eficácia prática.

Assim, se traduz a teoria mista da pena não apenas em uma justificação para a sanção criminal incongruente do ponto de vista criminológico, mas também como uma junção do fracasso das teorias que a antecederam. Comunga com esse entendimento Juarez Cirino dos Santos, ao lecionar que

Os defeitos das teorias isoladas não desaparecem nas teorias unificadas da pena criminal, com a reunião de funções (a) de compensar ou expiar a culpabilidade, (b) de corrigir e neutralizar o criminoso, e (c) de intimidar autores potenciais e de manter/reforçar a confiança no Direito (2020, p. 439).

Pelo excerto, torna-se evidente que, em termos gerais, a teoria unificadora da pena não fez mais do que amalgamar as falhas intrínsecas de cada uma das justificações históricas da pena (Zaffaroni et al, 2011). Além disso, é crucial salientar que as teorias que fundamentam a justificação da pena foram gradualmente desenvolvidas para preencher as lacunas das teorias anteriores e se adaptar aos valores contextuais do período histórico correspondente.

Em outras palavras, a prevenção geral surgiu como resposta à necessidade de mitigar a violência decorrente da abordagem retributiva, enquanto a prevenção especial foi concebida para sustentar a ideia de que certos indivíduos, de forma inerente, não são aptos a desfrutar da liberdade promovida pelo liberalismo político da era iluminista. Essa última perspectiva serviu como um alicerce político para a teoria da prevenção geral.

É razoável inferir que a teoria unificadora da pena, por conseguinte, congrega as falhas inerentes a cada uma das teorias legitimadoras da pena, uma vez que ainda pode servir como alicerce para a imposição de sanções fundadas em critérios específicos que justifiquem qualquer forma de punição, criando um contexto no qual se pode selecionar a teoria de justificação mais apropriada para a situação apresentada. Tal abordagem, por decorrência lógica, representaria um substancial autoritarismo por parte dos agentes envolvidos no sistema de justiça penal (Cirino dos Santos, 2020).

No que concerne a visão retributiva autorizada pela teoria mista, ou seja, a atribuição conferida ao Direito Penal de exercer uma forma de retaliação, verifica-se que, historicamente, conforme observado ao longo do trabalho, o desenvolvimento das leis criminais favoreceu o propósito de mitigar a violência resultante da busca por vingança. Esse aspecto, como argumentado de forma central por Cesare Beccaria (2002), está umbilicalmente entrelaçado com a legitimação conferida ao Estado de impor punições, de modo que a justificativa fundamental reside na capacidade de racionalizar a aplicação das penas, ou seja, afastá-las de influências de natureza emocional. Além disso, essa justificação se estende à contenção do exercício indiscriminado da pena, limitando sua imposição apenas às situações estritamente necessárias (Semer, 2020).

Associar a intervenção estatal, através da aplicação da pena, como fundamentada na ideia de vingança, representa um significativo retrocesso em termos civilizacionais e legislativos. É ainda potencialmente perigoso, especialmente considerando o contexto atual, no qual os meios de comunicação desempenham um papel ampliado. Em certos casos, as decisões dos juízes e dos participantes do processo penal são influenciadas pelo clamor popular, frequentemente impulsionado por sentimentos, particularmente de indignação (Boldt, 2013).

Em linhas gerais, o entendimento da pena privativa de liberdade a partir dos contornos desenhados pela teoria mista ou unificada da pena se traduz em uma

contradição lógica, epistemológica e histórica. Ao positivar indiscriminadamente a citada teoria legitimadora, objetivando conciliar os equívocos inerentes das teorias antecessora, além do desapego a técnica, vislumbra-se uma margem para eventuais discricionariedades, em especial com relação ao ideal de retribuição, na medida em que permite resquícios de uma visão ultrapassada no contexto civilizatório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto no presente artigo, uma primeira conclusão surge da análise do recorte histórico correlato a cada pensamento legitimador da função atribuída a pena. Dessa forma, destaca-se que há uma forte correlação entre a função atribuída a sanção criminal e o pensamento teórico vigente a época em que se pretende analisar.

Assim, cada uma das teorias legitimadoras da pena – retributiva, prevenção geral e prevenção especial – se originou a partir de seu próprio e intrínseco momento histórico e criminológico. Portanto, cada uma das teorias possuía sua própria metodologia e conclusão acerca do fenômeno do crime, atribuindo-o diversas origens e raízes.

Nesse cenário, constitui verdadeira contradição, com contornos de anacronismo, a adoção de uma teoria unificadora da pena, na medida em que esta, a partir de uma interpretação histórico-criminológica entende que o crime decorre, simultaneamente, de uma análise de custo-benefício praticada por um indivíduo patológico por natureza incapaz de exercer qualquer grau de racionalidade e, além disso, entende que a retribuição é ainda desejável.

Com isso, a crítica central do artigo é direcionada à teoria mista da pena adotada pelo Código Penal Brasileiro. A teoria representa, portanto, uma contradição criminológica, pois tenta conciliar objetivos conflitantes, como retribuição, prevenção geral e ressocialização, resultando em uma abordagem que pode ser incoerente do ponto de vista técnico e prático. A teoria mista, ao incorporar elementos das teorias anteriores, falha em superar suas deficiências intrínsecas.

Ademais, a teoria mista da pena pode ainda abrir margem para discricionariedades e retrocessos, especialmente no que diz respeito à ideia de vingança como justificção para a pena, o que ganha contornos de preocupação em um contexto em que a opinião pública pode influenciar decisões judiciais, colocando em risco as garantias individuais dos acusados.

REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BECCARIA, Cesaria. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BOLDT, Raphael. **Criminologia midiática: Do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo**. Curitiba: Juruá, 2013.
- BRASIL. Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: Rio de Janeiro/RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 12 set. 2023.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 9ª Edição:Tirant Lo Blanch. São Paulo. 2020.
- FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir**. 42ª Edição: Vozes. Rio de Janeiro. 2014.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: artigos 1º a 120 do código penal. v.1**. 25. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.
- MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts 1º a 120)**. v. 1. 13ª Edição: Método. São Paulo. 2019.
- JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. Ed. Atual. e ampl., 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. 3ª Edição: WMF Martins Fontes. São Paulo. 2016.
- SEMER, Marcelo. **Princípios penais no estado democrático de direito**. São Paulo: Tirant lo blanch: 2020.
- VALOIS, Luis Carlos. **Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal brasileiro - I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.