

## **GENEALOGIA DOS DISCURSOS LEGITIMANTES DA PENA: Da expiação dos pecados à prevenção geral especial.**

**Wander Matos de Aguiar\***  
**Rafael Xavier de Jesus\*\***

**Resumo:** O presente artigo aborda, de forma sucinta, alguns aspectos relacionados à evolução das penas, partindo-se de sua função eminentemente vingativa, através da punição dos pecados, até o ingresso, no âmbito da agenda de políticas criminais internacionais, da prevenção geral especial que, visualizando no apenado um sujeito de direitos, busca, ao menos no plano hipotético, sua recuperação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal; Genealogia; Legitimação

### **1. INTRODUÇÃO**

Se o surgimento da punição em sua interface coletiva é incerto verificaremos, por outro lado que, mesmo diante de escassos recursos, tornou-se possível a visualização de que, em sua origem, concomitante com as primeiras civilizações, a pena apresentava-se primordialmente voltada à promoção da vingança e expiação dos pecados, ainda que, em determinados momentos, buscasse uma pretensa proporcionalidade entre pena e “pecado”, ou uma justa compensação entre delito e pena.

Veremos que, como o passar dos tempos, aliado ao advento da burguesia, embasada às novas ideologias contratualistas do liberalismo e aos intentos moralizantes do protestantismo cristão, promoveram uma perda de posição na função meramente retributiva da pena, muito embora encontrássemos em KANT, uma postura voltada para a punição justificada por meio do valor moral da lei penal, negando sua função meramente preventiva (que instrumentalizasse o ser humano) da pena, e que se amparava na teoria retributiva da pena, pois

---

\* Professor Mestre da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS, e-mail: wmaguiar.adv@hotmail.com.

\*\* Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Assessor Jurídico da Vara Criminal, de Execuções Penais e Infância e Juventude da Comarca de Naviraí MS. e-mail: rafael\_x\_45@hotmail.com

o “homem é um fim em si mesmo”, e em HEGEL, outro distinto filósofo alemão, que a punição deveria ser imposta ao desvio de seus cidadãos como forma de garantir a soberania do Estado.

Da intensificação de relações entre burguesia e aristocracia e o surgimento do protestantismo, assistiremos a preconização daquilo que hoje conhecemos como prevenção especial da pena (que busca a regeneração do indivíduo), que encontra em João Calvino, e suas *Institutas*, os protótipos desta nova função da pena, pois a natureza pecaminosa do homem somente o arrependimento lhe traria a salvação.

Não obstante, observaremos, no início da Era Moderna, marcado pelo surgimento do capitalismo, que a pena não mais se basearia tão somente na expiação dos pecados, mas sim como instrumento de controle e manutenção do poder hegemônico, função esta necessária diante da grande leva de miseráveis que agora se acumulavam nas cidades, fato este acompanhado de um grande recrudescimento das sanções e doravante, com função eminentemente de prevenção geral.

Mas será com a assunção da burguesia no comando das sociedades européias que veremos o surgimento das teorias preventivas no estudo das penas que encontrarão em Immanuel Kant e em Georg Wilhelm Hegel uma busca mais acentuada pela proporcionalidade entre conduta e sanção, ou a justa coerção penal retributiva.

Já no século XIX, encontraremos o advento do positivismo penal, cujo maior entusiasta, August Comte, preconizava que a única interpretação plausível do mundo e seus fenômenos se operava exclusivamente através da experiência, e cujos reflexos na ser a penal, principalmente àqueles relacionados à funcionalidade das penas foram não só profundos, como também variados, superando o ideal liberalista, já fragilizado, transformando-se em terreno fértil para a chamada prevenção geral negativa, voltada para a neutralização do cidadão tido como delinqüente o qual, pela antropologia lambrosiana, deveria ser tratado como doente incurável, encontrando-se no cárcere o instrumento para a pacificação social.

Por fim, veremos como os avanços no estudo da pena por parte da Escola Moderna Alemã, capitaneada por Von Litz, e fundamentada na prevenção especial, principalmente positiva, promoveram sua entrada, de uma vez por todas, na agenda internacional de políticas criminais.

## 2. GENEALOGIA

Indubitavelmente, a origem da punição em sua interface coletiva é incerta, em cuja investigação resta-nos à disposição escassos parâmetros para o apontamento de seu marco inicial

<sup>2</sup>, sendo certo que com o surgimento das primeiras civilizações humanas e com a descoberta de seus registros, tornou-se capaz a obtenção de importantes dados acerca de suas arcaicas funções ou finalidades, atribuindo a doutrina moderna dois fins precípuos às manifestações penais da antiguidade, que residiam justamente na promoção da vingança e a expiação de pecados.

Em primeiro lugar, a punição detinha cunho essencialmente vingativo, isto é, buscava “transformar mal em mal”, conforme bem sintetizou Ferrajoli<sup>3</sup>, representada, por exemplo, pelo símbolo maior daquele período, que foi a lei de talião, modelo legiferante que teve como expoente máximo o ordenamento babilônico, conhecido modernamente como Código de Hammurabi, sem nos esquecermos, obviamente, da Lei Mosaica (hebreus) e a Lei das XII Tábuas (romanos), de grande relevância na disseminação do modelo taliônico, e que se traduziram marcos iniciais na busca de uma pretensa proporcionalidade, ainda que exagerada, na atividade punitiva, ao mesmo tempo que lhes trouxe critérios mais objetivos.

Outra característica marcante dos atos punitivos da antiguidade, referia-se à natureza expiatória da sanção, cuja aplicação instrumentalizava uma vingança divina, evitando-se que a divindade, zangada com o pecado individual, operasse uma retaliação a todos os entes da sociedade.

Aquele que derramar sangue humano, por mão de homem será derramado o seu; porque o homem foi feito à imagem de Deus.<sup>4</sup>

Como se vê, o pensamento retributivo é tão antigo quanto à própria pena, que, aliás, em sua origem etimológica, *poena*, significa justamente castigo, dor, aflição<sup>5</sup> e, tampouco é diferente o sentido originário da palavra penitenciária, que, em seu nascimento, tratava-se do local onde as pessoas rotuladas como “pecadoras” deveriam pagar por suas imoralidades através de penitências.

A imposição do castigo público com viés retributivo-teológico, situação que vigorou sem empecilhos durante a antiguidade, passou a tomar novos argumentos para a sua

---

<sup>2</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3;

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 1ª ed. trad., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 205.

<sup>4</sup> Bíblia, Livro de Gênesis, capítulo 9, versículo 6.

<sup>5</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro I: Parte Geral**. São Paulo: RT, 2006, p. 91.

manutenção enquanto ideologia punitiva após a derrocada do Império Romano e a tomada de poder dos povos bárbaros na Europa, já durante Idade Média.

Não há como se falar de pena durante a Idade Média sem que algumas considerações sejam feitas, ainda que indiretamente, relativas aos assuntos teológicos, razão pela qual iniciaremos com a clássica fórmula do pensador romano Sêneca<sup>6</sup>, *punitur, quia peccatum est* ou, em outras palavras, para que alguém fosse punido, bastava o cometimento de um pecado, demonstrando claramente que a noção de punição se mistura com a de pecado, representando uma transgressão tanto humana, quanto divina, conceito este que orientou o desvio punível na antiguidade, durante o período medieval que, segundo FERRAJOLI<sup>7</sup>, a fundamentação da pena em torno de concepções religiosas, ideologia predominante naquele período, passa por três idéias essenciais: a) vingança, simbolizada pelo ideal taliônico; b) expiação, onde o indivíduo transgressor era castigado em nome de toda uma coletividade e; c) reequilíbrio, originada da compensação entre delito e pena.

É de se aderir a tais ideais a concepção do Estado absolutista, em que um ato dirigido à soberania do monarca era tido como uma infração dirigida à própria divindade<sup>8</sup>, afinal, concebia-se que o poder daquele advinha da vontade intangível Deus e, como bem salienta BITENCOURT<sup>9</sup>:

As características mais significativas do Estado absolutista eram a identidade entre o soberano e o Estado, a unidade física entre a moral e o Direito, entre o Estado e a religião, além da metafísica afirmação de que o poder do soberano lhe era concedido diretamente por Deus.

Razão bastante para que os mais variados delitos, além obviamente daqueles de cunho político (lesa majestade), tornaram-se infrações dirigidas à própria coroa e que, no ápice do absolutismo, ocorreu o que se denominou historicamente de confisco da vítima, retirando-se o indivíduo do posto de agente passivo das infrações penais, independentemente de sua natureza, colocando-se no lugar deste o próprio Estado.

Quando o conflito deixou de ser lesão contra a vítima e passou a significar delito contra o soberano, isto é, quando sua essência de lesão a um ser humano converteu-se em ofensa ao senhor, desvinculou-se da própria lesão e foi-se subjetivando como inimidade para com o soberano. A investigação da lesão ao próximo foi perdendo sentido, porque não provocava sua reparação, mas sim a neutralização do inimigo do monarca. O que era excepcional no direito germânico (a comunidade reagindo contra o traidor) fez-se regra: todo infrator tornou-se um traidor, um inimigo do soberano<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* p. 205;

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* p. 205;

<sup>8</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral.** p. 99;

<sup>9</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 105.

<sup>10</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro I: Parte Geral.** 2006, p. 392-393.

Pela manipulação ideológica, a punição, agora aliada com o pensamento religioso, tinha por finalidade precípua a manutenção de poderes hegemônicos.

Já no estágio final da Idade Média, e início da Idade Moderna, assistiram-se intensas transformações culturais, filosóficas e, sobretudo socioeconômicas principalmente na Europa, momento em que surgiu a burguesia, extrato social que, aos poucos, passou a ser contraponto do modelo aristocrático até então vigente, onde esta nova classe de prósperos comerciantes e produtores do meio urbano viriam a suceder àqueles que por séculos a fio, com o apoio das Cortes e parceria com a Igreja, detiveram todo o poder e o comando das nações.

Todavia a esmagadora maioria populacional da Europa, os camponeses, encontravam-se alheios a tal processo, posição esta explicada pelo fato de que o conflito tinha como um de seus principais objetivos justamente o controle desta imensa massa de miseráveis, e que já não mais se apresentavam adequadas ao feudo, mas agora suscetíveis a subsidiar o crescimento do capital burguês com mão-de-obra não só barata como também farta.

Com a intensificação das tensões entre burguesia e aristocracia, cada vez mais as atenções, de ambos os lados conflitante, voltavam-se para a Igreja, de tal modo que os imbróglios de cunho filosófico e teológico funcionaram como pano de fundo para a verdadeira disputa que acontecia nos bastidores, de cunho eminentemente econômico-social, dando origem ao protestantismo, primeiramente na Alemanha, com Martinho Lutero e suas 95 teses e, posteriormente, na Inglaterra de Henrique VIII e na Suíça, com a vertente puritanista de João Calvino.

João Calvino, por sua vez, doutrinador-mor da nova ordem religiosa, sem dúvida preconizou os protótipos iniciais daquilo que se chamaria de prevenção especial positiva da pena, isto é, aquela que se preocupa em regenerar o indivíduo apenado através da moralização e da terapia, para quem a natureza pecaminosa do homem só poderia se dissipar com o arrependimento, instrumento que o levaria para mais perto da salvação e da graça e que, acerca da inalterável natureza pecaminosa do homem, aduz o religioso suíço em suas *Institutas*<sup>11</sup>:

Assim também não devemos conceber outra coisa sob o vocábulo arrependimento senão a mudança de ação, porquanto os homens costumam, ao mudarem o curso da ação, atestar que estão insatisfeitos consigo mesmos. Logo, como qualquer mudança entre os homens é correção do que desagrada, mas a correção provém do arrependimento, por isso pelo termo arrependimento se entende o que Deus muda em suas obras.

---

<sup>11</sup> CALVINO, João, *Institutas*. p. 227. Disponível em <http://temqueler.files.wordpress.com/2009/12/joao-calvino-institutas-1-traducao-do-latim.pdf>. Acesso em 14.07.2011

Doravante, a punição não tinha mais como fim exclusivo a expiação, sustentada por séculos pela Igreja Católica, mas detinha, como alvo, a **regeneração**, a recuperação do homem pecador, dando-se início aos primeiros discursos da “pena que reconstrói”.

Mas foram nas mudanças provocadas pelo pensamento iluminista, bem como por seu principal fruto, o liberalismo, o momento histórico em que prevaleceu o modelo da prevenção geral.

Assim sendo, o início da Era Moderna, que marcou a transição do modelo medieval do feudo para o então recém-nascido capitalismo, abarrotando as cidades de camponeses já descompromissados de seus senhores e, em conseqüência, formando extratos sociais de grande pobreza, tornou-se certo que o novo poder hegemônico haveria de impor disciplina a esta gigantesca leva de miseráveis.

Na Europa, a ruptura da relação de serviço/proteção entre servos e nobres e a racionalização da produção agrícola e pecuária impeliram para as cidades grandes contingentes de camponeses empobrecidos, que não podiam inserir-se laborativamente, devido à sua baixa produtividade e à escassez de capital. A oferta de trabalho superava a de demanda e o capital se acumulava com atraso no tocante à concentração populacional. Esse descompasso criou um novo problema: o aparecimento da marginalidade urbana como classe perigosa, obrigada a conviver no exíguo espaço geográfico das cidades.<sup>12</sup>

Por sua vez, a saída encontrada pela classe de intelectuais que davam subsídio à hegemonia burguesa foi, em síntese, e como não poderia deixar de ser, a intimidação feita através da punição, e para a qual, poderíamos destacar como marca o **recrudescimento** das sanções, que, para serem exemplares e suficientemente intimidatórias deveriam, por conseguinte, serem dotadas de distinta crueldade.

Pela lei fundamental da natureza, o homem deve ser defendido o máximo possível; quando for impossível salvá-lo completamente, deve-se dar preferência à salvação do inocente, e pode-se destruir um homem que trava guerra conosco ou que manifestou ódio por nós, pela mesma razão que podemos matar um lobo ou um leão. Essa classe de homens não se submete à lei comum da razão nem tem outra regra senão a da força e a da violência; por isso, eles podem ser tratados como feras, isto é, como criaturas perigosas e daninhas que certamente acabarão conosco se cairmos em seu poder.<sup>13</sup>

Em suma, o novo sistema socioeconômico vigente deveria ser mantido incólume e, para tanto, os pobres precisavam ser controlados e mantidos em disciplina, havendo a necessidade de ameaçá-los para que se mantivessem em seus respectivos lugares, demonstrando o império, na Idade Moderna, da função eminentemente intimidatória da pena, ou de prevenção geral, ainda que em tal período a correção através da punição–regeneração tenha

---

<sup>12</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. Cit.* p. 517.

<sup>13</sup> Locke, John. **Ensaio Sobre o Governo Civil**. Disponível em <[http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/edh\\_locke\\_ensaio\\_gov\\_civil.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/edh_locke_ensaio_gov_civil.pdf)>. Acesso em 15.08.2011.

ganhando força e prestígio, sobretudo devido à crescente conversão à doutrina protestante, não se converteu em uma realidade prática e evidente no período.

Com a queda do modelo absolutista e com a assunção da burguesia no comando das sociedades européias, a doutrina da retribuição viu-se ameaçada pelos objetivos contratualistas do liberalismo, alçados na função intimidatória do punir, bem como pelos renovados intentos moralizantes do protestantismo cristão, momento histórico em que entram em cena as chamadas teorias preventivas no estudo das penas. Não obstante, ainda que de forma sintética, algumas palavras devem ser dirigidas às doutrinas apologéticas da retribuição da era moderna e contemporânea, mormente a retribuição ética de Kant e a retribuição jurídica de Hegel.

Immanuel Kant<sup>14</sup> (1724-1804) preconizou, no âmbito penal, que a punição se justifica por meio do valor moral da lei penal transgredida pelo indivíduo desviante, sendo a lei afirmada por intermédio da pena, negando qualquer atitude que instrumentalizasse o ser humano, partindo da máxima de que o “homem é um fim em si mesmo”.

Mais do que qualquer outra doutrina utilitarista, esta idéia da função exemplar da execução da pena dá margem, com efeito, à objeção kantiana segundo a qual nenhuma pessoa pode ser utilizada como meio para fins a ela estranhos, ainda que sociais e elogiáveis. E, em se condividindo tal princípio moral, referida justificação do direito penal é expressamente imoral. Ademais, tal concepção da finalidade da pena legitima intervenções punitivas orientadas para a máxima severidade, privadas de qualquer certeza e garantia, tais como a pena “exemplar” e até mesmo, a “punição do inocente”, desvinculada da culpabilidade e da própria verificação da existência do crime, exatamente como acontece no extermínio e na represália.<sup>15</sup>

Denominada teoria absoluta, restara estabelecido ser dever do Estado, segundo aquele filósofo alemão, que a punição do cidadão delinqüente deveria operar-se na exata medida dos danos por ele causados retornando, de certa forma, à velha premissa taliônica.

Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), também de origem alemã e oriundo da escola idealista, por sua vez, contudo, defendia que a pena se justificaria pela necessidade de restaurar o direito violado pelo delito, restabelecendo a coercitividade do ordenamento jurídico abalado<sup>16</sup>. Percebe-se, da doutrina hegeliana, a importância dada ao Estado que, perante o desvio exarado por um de seus cidadãos, deveria impor-lhe, de imediato, a punição, sob pena de se ver ofendido em sua soberania.

Para Ferrajoli<sup>17</sup>, ambas as vertentes filosóficas tratam, em essência, da mesma ideologia retributiva, atribuindo-se tal equiparação sobretudo ao fato de que Hegel, ao classificar

---

<sup>14</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* p. 205.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* p.223.

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* p. 205.

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* p. 205-206;

o Estado como sendo um “espírito ético” ou uma “substância ética”, também alinha ao seu pensamento a eticidade buscada por Kant em sua concepção de pena justa, concepções estas que, de certa forma, subsistem até hoje como justificantes da coerção penal retributiva.

Já para o Positivismo, corrente do pensamento que dominou, sem dificuldades, o cenário político e intelectual vivenciado na Europa no Século XIX, teve como fundador o matemático francês August Comte (1793-1857), que assevera, em síntese, que a única interpretação plausível do mundo e de seus fenômenos se opera através da experiência, fato este reconhecido nas palavras de Miguel Reale<sup>18</sup>:

Para Comte, a Filosofia só é digna desse nome enquanto não se diversifica da própria Ciência, marcando uma visão orgânica da natureza e da sociedade, fundada nos resultados de um saber constituído objetivamente à luz dos fatos ou das suas relações. Tal posição e tendência de August Comte, baseando o saber filosófico sobre o alicerce das ciências positivas, estavam destinadas a obter repercussão muito grande em sua época, notadamente por sua declarada aversão à Metafísica e a quaisquer formas de conhecimento a priori, isto é, não resultantes da experiência.

O positivismo aplicado ao estudo da pena marcou a ruptura com o individualismo que até então marcava a análise das problemáticas punitivas, ranço intimamente ligado ao pensamento liberal clássico que, a esta altura da história, já perdia sua predominância, e cujo ideal positivo, por intermédio de seu inveterado empiricismo, tratava a sociedade como sendo um organismo, comparando-a as estruturas fisiológicas dos seres vivos, servindo, a *priori*, de instrumento para um controle social ainda mais rígido e centralizador.

Com o positivismo, várias conquistas liberais, tais como o reconhecimento de liberdades do indivíduo em relação ao *Estado Leviatã*, historicamente conhecidas como direitos humanos de 1º dimensão (*negative rights*), foram intensamente relativizadas, quando não completamente aviltadas, período marcado pelo agravamento do controle social exercido pelo ente estatal, buscando-se consolidar o domínio do capital através do discurso do culto à ciência e da aversão à metafísica, posicionamento deveras plausível para os intelectuais e cientistas da época.

É de se destacar, nesse passo, que o positivismo aplicado à teoria da pena trouxe, com força ímpar, o ideal de prevenção através da atividade punitiva, encontrando terreno fértil para germinar a chamada **prevenção especial negativa**, voltada à neutralização do cidadão tido como delinqüente, perspectiva esta que se deve, sobretudo, à concepção de inferioridade dada àqueles que representavam uma ameaça ao *imaculado* organismo social, ou seja, os pobres seres humanos, concebidos como desviantes natos (antropologia lombrosiana), e que deveriam ser tratados como doentes incuráveis, passíveis, portanto, de serem objetos de eternas medidas

---

<sup>18</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 14-15.

de segurança, e que encontrou no aprisionamento o instrumento de pacificação social, escondendo o mal no cárcere.

As doutrinas positivistas da defesa social partem de princípios filosóficos diametralmente opostos, e perseguem a prevenção especial dos delitos conferindo às penas e medidas de segurança, mais especificamente, a dupla finalidade de curar o condenado (partindo do pressuposto de que ele seja um indivíduo doente) e/ou de segregá-lo e neutralizá-lo em razão do pressuposto de que ele também seja perigoso [...] A idéia central desta tendência é a de que o delinqüente é um ser antropológicamente inferior, mais ou menos pervertido e degenerado, e que, portanto, o problema da pena equivale àquele das defesas socialmente mais adequadas ao perigo que o mesmo representa.<sup>19</sup>

A Escola Positiva, como se vê, apropriou-se da doutrina preventiva, dando a esta a função de neutralizar aqueles que, de algum modo, quebrassem a estabilidade do corpo social. Nesse diapasão, a pena cumpria o terapêutico papel de **normalizar** o indivíduo, tornando-se aqui à escurreia observação foucaultiana, de modo que o delinqüente fosse “consertado” de seus males congênitos. O problema, entretanto, é que este processo de “normalização” não raro durava para sempre. As medidas de segurança eram aplicadas sem expectativa de término. Nesse sentido, acalenta-nos mais uma vez Ferrajoli:

Nesta perspectiva as penas assumem o caráter de medidas tecnicamente apropriadas às diversas exigências terapêuticas da defesa social, vale dizer, higiênico-preventivas, terapêutico-repressivas, cirúrgico-eliminatórias, dependendo do tipo de delinqüente – ocasionais, passionais, habituais, loucos ou natos – e dos fatores sociais, psicológicos e antropológicos do crime. Segregação por tempo indeterminado, com revisões periódicas das sentenças e adaptação dos meios defensivos às categorias antropológicas dos delinqüentes em vez daquelas jurídicas do delito constituem os princípios do novo sistema defensivo.<sup>20</sup>

Em suma, a influência positivista na teoria dos fins da pena foi um fato histórico marcante para a assunção definitiva do modelo preventivo como estrutura balizadora da punição. Todavia, seus parâmetros estritamente científicos da etiologia do crime e da personalidade do cidadão desviante, além de permitirem concepções das mais arbitrárias, retiraram do ser humano sua essência, isto é, sua própria dignidade.

O catedrático austríaco Franz Von Litz (Escola Moderna Alemã), em resposta a tal posicionamento, trouxe de volta ao cenário jurídico-penal a teleologia. Buscava-se, então, traçar critérios para a adoção de um *fin* para a atividade punitiva, para o qual o Direito Penal deve possuir uma utilidade e a pena, por sua vez, para ser justa, deve ser necessária<sup>21</sup>. Nesse sentido, em que pese ter apresentado uma antítese ao organicismo positivista, continuou a defender a função preventiva da punição institucionalizada.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* p. 215.

<sup>20</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* p. 215.

<sup>21</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 91;

Inicialmente, Von Litz não admitia o livre-arbítrio, que substituíra pela normalidade que deveria conduzir o indivíduo, e deixou em segundo plano a finalidade retributiva da pena, priorizando a prevenção especial [...] função finalística da pena – a sanção retributiva dos clássicos é substituída pela pena finalística, devendo ajustar-se à própria natureza do delinqüente. Mesmo sem perder o caráter retributivo, prioriza a finalidade preventiva, particularmente a prevenção especial<sup>22</sup>.

O apogeu da escola penal em questão foi a publicação, em 1882, do chamado *Programa de Marburgo*, obra que conjugou o pensamento de Von Litz e tratou-se de verdadeiro “divisor de águas” na política criminal alemã, irradiando efeitos, em um momento posterior, para bem além das terras germânicas.

Quem, ao contrário, buscou e desenvolveu esta idéia dentro de uma doutrina orgânica teleológica e correccionalista foi Franz Von Litz, que, no seu Programa de Marburgo de 1882, elaborou um modelo de direito penal concebido enquanto instrumento flexível e polifuncional de “ressocialização”, de “neutralização” ou de “intimidação”, dependendo dos diversos “tipos” – “adaptáveis”, “inadaptáveis”, ou “ocasionais” – de delinqüentes tratados.<sup>23</sup>

Este modelo preventivo especial defendido por Von Litz, como se percebe, trata-se do primeiro documento jurídico oficial que trouxe o vocábulo “ressocialização” às diretrizes da política criminal, termo este que simboliza o intento **preventivo especial positivo**, ou seja, aquele que busca regenerar o cidadão desviante, reintegrando-o ao convívio social. Não é surpreendente, aliás, que tal iniciativa tenha surgido na Alemanha, país predominantemente protestante, doutrina religiosa esta que propôs a implantação da correção como objetivo do punir.

Com os avanços no estudo da pena por parte da Escola Moderna Alemã, capitaneada por Von Litz, a *prevenção especial*, dentre estas, destacadamente a *positiva*, entra, de uma vez por todas, na agenda internacional de políticas criminais.

Infelizmente, entre o discurso e a prática, mesmo após transcorridos séculos de intensas modificações e visualizações acerca da função da pena, o que se lhe apresenta em termos de aplicação das penas, não difere muito daquelas características visualizadas em seus primórdios.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da vingança e expiação, fundamentos primários acerca da função das sanções penais na antiguidade, simbolizadas, dentre outras, pela lei de Talião, pelo Código de Hammurabi, ou pela Lei das XII Tábuas, até as pretensas e modernas ideologias “re”

---

<sup>22</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. p. 92.

<sup>23</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* p. 216.

(reeducação, ressocialização, reinserção, repersonização e reincorporação), vários foram, e continuam sendo, os desafios enfrentados pela sistemática penal, que, nos mais das vezes, se vê atrelada a discursos vazios e/ou inverídicos, razão pela qual foram elaborados, ainda que suscintamente, um breve retrospecto desta inicial função da sanção penal, que em seus primórdios era essencialmente vingativa.

Se na Idade Média, fundamentada pela teologia, foi confundida como retribuição ao pecado, pois crime, pecado e pena se misturavam, vez que a transgressão não mais era tida como puramente humana, mas também divina, também é verdade que demonstraram um início, ainda que equivocado, da proporcionalidade das penas, ao passo que na Era Moderna, por influências de intensas transformações culturais, filosóficas e socioeconômicas (com o surgimento da burguesia) aliadas ao surgimento do protestantismo, nos foi possível assistir o surgimento das bases filosóficas do que atualmente conhecemos como prevenção especial positiva, que buscou, já naquela momento histórico, a regeneração do indivíduo apenado. Não obstante, representou também um recrudescimento das sanções que passaram a ser dotadas de distinta crueldade, demonstrando o caráter eminentemente intimidatória da pena durante da Idade Moderna.

Por fim, foi com o positivismo, aliado a várias conquistas liberais, dentre eles os direitos humanos de 1ª dimensão (dimensão) e sua intensa relativização, período marcado pelo agravamento do controle social exercido pelo poder estatal, e sua aplicação junto à teoria das penas, encontraram terreno propício ao nascimento da prevenção especial negativa da pena, voltada à neutralização do delinqüente, verdadeira ameaça social, doentes incuráveis, portanto, sujeitos ao encarceramento, agora, como verdadeiro instrumento de pacificação social, encontrando, na Escola Moderna Alemã, a oposição necessária em tal perspectiva punitiva, pois, segundo seu maior expoente, Von Litz, a atividade punitiva carecia de um *fim*, preconizando que a pena, para ser justa, deveria ser àquela estritamente necessária ou, em outras palavras, priorizou, mais uma vez, a prevenção especial, substituindo a sanção retributiva clássica pela pena finalística.

Enfim, buscou-se demonstrar, ainda que de forma sucinta, que aquilo que hoje conhecemos como ideologias “re” representam o produto de toda uma evolução histórica da sanção penal que, no mais das vezes, também se viu atrelada a certos equívocos históricos, ora visualizando no apenado um mero pecador, ora buscando sua regeneração, conceito este bastante claro e presente, ao menos no plano abstrato, em nossas normatizações de cunho punitivo. Infelizmente, ainda hoje, carecem de uma visualização efetiva mais evidente, vez que, no mais das vezes, encontramos com certa facilidade, no plano fático, as penas sendo

aplicadas, única e exclusivamente, como meio de se extirpar o apenado da sociedade, submetendo-os a verdadeiros depósitos de pessoas em cujo ambiente jamais se poderá falar em recuperação ou regeneração, mas simplesmente de esconderijo, lugar muito propício para que os pecadores não fiquem à vista de todos.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004;

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**;

CALVINO, João, **Institutas**. p. 227. Disponível em <http://temquele.files.wordpress.com/2009/12/joao-calvino-institutas-1-traducao-do-latim.pdf>. Acesso em 14.07.2011

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 1ª ed. trad., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LOCKE, John. **Ensaio Sobre o Governo Civil**. Disponível em [http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/edh\\_locke\\_ensaio\\_gov\\_civil.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/edh_locke_ensaio_gov_civil.pdf). Acesso em 15.08.2011.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed, São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro I: Parte Geral**. São Paulo: RG, 2006.