Vias do Direito Penal

São as maneiras como o Direito Penal será utilizado a fim de punir o sujeito que comete um delito. A chamada primeira via do Direito Penal é, obviamente, a primeira que surgiu e a mais clássica: a aplicação da pena privativa de liberdade. Em seguida, a pena restritiva de direitos também se enquadrou na primeira via. Então, a forma mais essencial do Direito Penal é a aplicação desta sanção, que é a sua primeira via.

A segunda via do Direito Penal é a aplicação de uma medida de segurança, através de uma sentença absolutória imprópria. Sabe-se que a imputabilidade é um dos elementos da culpabilidade. Quando o sujeito não tem as suas faculdades mentais, mas comete um fato típico e antijurídico, ele será submetido a uma medida de segurança, e não a uma pena privativa de liberdade, que consistirá em internação ou em tratamento ambulatorial, a depender da gravidade do delito e do seu grau de sanidade (pela dicção do Código Penal, apenas a gravidade do delito seria levada em conta, mas a doutrina e a jurisprudência entendem que desconsiderar outros fatores seria desarrazoado).

Por fim, a terceira via do Direito Penal é a sua expressão mais moderna e que começa a enxergar a vítima como a principal ou uma das principais interessadas no processo penal. Logo, a reparação do dano que ela sofreu é o enfoque desta via penalista, objetivando que a vítima tenha seu prejuízo ressarcido. Inclusive, neste sentido, se a ação for penal pública condicionada à representação ou privada e houver um acordo homologado, haverá renúncia tácita ao direito de queixa ou representação.

O legislador se preocupa com a reparação do dano ao ponto de, nos crimes em que o interesse da vítima é tão grande quanto ou até maior que o interesse do Estado em responder à conduta, entender que a reparação do dano basta e que o acordo aceito pela vítima faz com que ela não possa futuramente representar ou iniciar uma ação penal contra o sujeito ativo (art. 74, parágrafo único, Lei 9.099/1995). Isto ocorre porque a vítima se sente mais satisfeita com esse acordo do que com uma punição sancionatória mais baixa, além de estimular o réu a reparar o dano, pois ele não receberá pena privativa de liberdade ou pena restritiva de direitos. É também neste sentido que existe, por exemplo, o arrependimento posterior, em que o réu busca reparar o dano após o crime e tem sua pena diminuída (não é acordo).

Finalidade da Pena

Teoria Absoluta

Para que existe a pena? A primeira teoria acerca do tema foi a Teoria Absoluta, que defendia ser a pena um simples castigo pelo mal injusto causado pelo sujeito, sem mais nenhuma finalidade. Ele cometeu um delito e receberá uma punição apenas. Era o caso, por exemplo, da Lei de

Talião. Quem defendia essa finalidade eram Kant e Hegel. Kant, inclusive, elabora uma situação em que uma ilha é habitada por centenas de pessoas e há um ordenamento jurídico interno. Um sujeito comete um delito e é preso. Porém, enquanto ele está preso, a ilha começa a inundar. O preso deve ser liberado para não morrer afogado? Kant entende que a pena é um castigo e o sujeito deve permanecer preso até o fim do seu castigo, mesmo que isso importe na sua morte.

A crítica da Teoria Absoluta é que a pena passa a ser uma vingança. Claro que a vingança é algo natural do ser humano que deseja ver a pessoa punida, mas há uma crítica quando a pena assume o papel mais vingativo.

Teoria Relativa ou Utilitária

Segundo a Teoria Relativa ou Utilitária, a pena tem uma finalidade primordial de prevenir a prática de um novo crime, ou seja, a pena não existe simplesmente para punir o sujeito que praticou a conduta proibida, mas sim para evitar que novos crimes sejam praticados. Neste sentido, ela serve tanto para evitar que o próprio sujeito volte a delinquir quanto que os demais sujeitos da sociedade cometam aquele delito.

Quando se fala em prevenção geral, o objetivo é que toda a sociedade veja a consequência de praticar aquele delito e evite delinquir. É um “recado” dado a todos: quem cometer este crime, sofrerá esta punição. Por isso é chamada de geral, porque ela busca prevenir genericamente a prática do crime.

A prevenção geral pode ser negativa ou positiva. Na negativa, é como se o Estado dissesse: não pratiquem crimes. É negativa exatamente porque reforça um não fazer, um não cometer crime (é geral porque se volta a todos e negativa porque determina que não se cometa o crime). Já na prevenção geral positiva, o Estado busca reafirmar o seu próprio sistema penal. É positiva porque busca demonstrar a todos (geral) que aquele sistema segue forte, segue válido, segue positivo.

Critica-se a prevenção geral, negativa e positiva, pela utilização da pessoa como um meio. As pessoas, segundo esta crítica, é um fim em si mesmo, jamais exemplo para as demais.

A prevenção também pode ser especial e o raciocínio é simples: enquanto a prevenção geral se volta a todos, a prevenção especial é específica em relação ao criminoso. É um recado para aquele sujeito que recebe a pena. Ela será negativa quando busca evitar que o criminoso volte a cometer um crime: não cometa outro crime, não seja reincidente, porque será novamente punido. Ela será positiva quando busca a ressocialização, a reinserção do indivíduo na sociedade.

Critica-se, evidentemente, a real efetividade da ressocialização, porque, na prática, dificilmente o indivíduo se ressocializa. É mais comum, inclusive, que o sujeito saia “pior” do presídio.

Teoria Mista

É uma espécie de mistura das teorias absoluta e relativa. A pena teria três fins: retribuir o mal causado (conforme Teoria Absoluta), prevenção geral e prevenção especial (conforme Teoria Relativa). E, conforme demonstra a redação do art. 59 do Código Penal, é a teoria adotada no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, no Brasil, a pena busca castigar o condenado e também prevenir que o próprio sujeito e que toda a sociedade venha a praticar o delito

novamente.

> **Art. 59** - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.