

# TEORIA NEGATIVA DA PENA: UMA PEQUENA OBSERVAÇÃO PARA UMA MAIOR CLAREZA

NEGATIVE THEORY OF THE PUNISHMENT: A SMALL OBSERVATION FOR A GREATER CLARITY

## Thiago Rocha de Rezende

Doutorando e Mestre em Direito Penal pela UERJ. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1955187887202661>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5053-0873>

[1.thiago.rocha.rezende@gmail.com](mailto:1.thiago.rocha.rezende@gmail.com)

**Resumo:** Se a pena é tão importante para o Direito Penal que deriva dela o seu próprio nome – penal –, parece inegável que o estudo das construções teóricas sobre a pena é essencial para o estudo do próprio Direito Penal. Neste âmbito, o trabalho tem como objetivo jogar luz nas teorias positivas e negativa da pena, especialmente os contrastes entre o que os nomes delas podem dar a entender e o que os seus conteúdos realmente são, com enfoque especial na teoria negativa da pena, a fim de esclarecer alguns pontos.

**Palavras-chave:** Teorias positivas da pena; Hipóteses; Teoria negativa da pena; Crítica.

**Abstract:** If punishment is so important to Criminal Law that (in Portuguese) it derives its own name – Penal Law – from it, it seems undeniable that the study of the theoretical constructions on punishment is essential to the study of Criminal Law. In this scope, this paper's objective is to put a spotlight on the positive and negative theories of punishment, especially the contrasts between what their names may imply and what contents really are, focusing in the negative theory of punishment, in order to clarify some issues.

**Keywords:** Positive theories of punishment; Hypothesis; Negative theory of punishment; Critique.

## 1. Introdução

Quando se questiona o porquê da punição, a resposta mais conhecida faz referência às teorias positivas da pena, entendidas como aquelas que atribuem uma função positiva à pena, ou seja, que entendem que a punição representa um bem para alguém. Tais teorias ainda podem ser divididas em: a) teorias retributivas (ou absolutas) da pena, que afirmam que a pena se destina à retribuição do mal praticado; e b) teorias preventivas (ou relativas) da pena, que afirmam que a pena se destina a prevenir delitos, subdividindo-se em prevenção geral negativa, prevenção geral positiva, prevenção especial negativa e prevenção especial positiva (CARVALHO, 2013, 53-90).

É como uma reação a essas teorias positivas da pena que surge a teoria negativa (ou agnóstica) da pena, proposta pelos professores **Zaffaroni** e **Nilo Batista**. Tal teoria parte da ideia de que não se sabe todas as funções que a pena cumpre, porém, sabe-se que aquelas atribuídas pelas teorias positivas da pena são falsas ou, pelo menos, não generalizáveis. Portanto, a pena é entendida como um exercício de poder que não tem função reparadora ou restitutiva nem é coerção administrativa direta (ZAFFARONI; BATISTA *et al.*, 2003, p. 99).

Uma questão interessante que se pode perceber aí é que a terminologia “teoria negativa da pena” vem de um espelhamento, mas em oposição à terminologia “teorias positivas da pena”. Entretanto, esse espelhamento pode levar a um equívoco de entendimento que me-

rece ser esclarecido e este trabalho pretende abordá-lo a partir da seguinte pergunta: o que se quer dizer exatamente com uma teoria que nega as teorias positivas da pena?

## 2. Sobre a classificação como teoria

Comece-se olhando para as próprias teorias positivas da pena. Dentre as características dos métodos científicos identificadas por **Lakatos** e **Marconi** (1991, p. 114), cabe destacar um deles, especialmente relevante para este trabalho: a comprovação/verificação das hipóteses. A teoria científica é um sistema em que algumas hipóteses válidas estão comprovadas/confirmadas e quase nenhuma está não comprovada/não confirmada. A questão é que nas teorias positivas da pena, apesar de carregarem o nome “teoria”, não é possível perceber tal característica.

O primeiro obstáculo para as teorias positivas da pena serem teorias científicas é a percepção de que elas são, na verdade, hipóteses. Uma hipótese é uma solução provisória para um determinado problema, com caráter explicativo ou preditivo, coerente interna e externamente e passível de verificação empírica em suas consequências (LAKATOS; MARCONI, 1991, p. 125). E é exatamente isso que são as teorias positivas da pena: hipóteses que respondem ao questionamento acerca de como a pena funciona. A teoria da prevenção geral negativa, por exemplo, é a hipótese de que, ao se ameaçar a coletividade com uma pena em caso de prática de determinado comportamento, provoca-se uma dissuasão nela em relação a tal comportamento, evitando-o. Da mesma forma, a teoria