

Tanto a pena quanto a medida de segurança são respostas do Estado para quem comete atos ilícitos.

A pena é uma necessidade que deriva do monopólio da violência pelo Estado (Max Weber), e uma imposição das classes mais poderosas do capitalismo (burguesia) sobre as classes subjugadas (classe trabalhadora) como instrumento de manutenção da ordem social (Karl Marx).

Enquanto a lei é abstrata e impessoal, a pena é pessoal e concreta. Na decisão condenatória, o juiz refere-se a pessoas específicas e designa uma pena específica a ser cumprida por ele. No Brasil, a pena é calculada segundo um cálculo trifásico a partir da pena base (prevista em lei), pena intermediária e a pena definitiva.

No Brasil a pena tem como parâmetro dois critérios: a conduta e o perigo que o agente representa. É diferente da medida de segurança, que tem apenas o perigo como parâmetro, já que o ato (típico, ilícito e culpável) foi cometido por um imputável.

- Pena: perigo + conduta criminosa
- Medida de segurança: perigo

O direito penal do inimigo está muito mais próximo da medida de segurança do que da pena.

Prevenção

A pena possui 2 juízos de prevenção:

- A prevenção geral, que tem a ver em como a pena afeta a sociedade; e
- A prevenção especial que afeta o indivíduo apenado.

Tanto uma quanto a outra pode ser positiva ou negativa.

A prevenção geral e positiva serve para mostrar a eficácia e poder do Estado. A prevenção geral e negativa é dissuadir futuros atos criminosos. A prevenção especial positiva é a ressocialização do indivíduo. A prevenção especial negativa serve para impedir a reincidência.

O direito penal do inimigo está mais preocupado com a prevenção geral, enquanto o direito penal do cidadão está mais preocupado com o cidadão. Isto porque o inimigo não tem chance de ressocialização e será permanentemente excluído da sociedade, não havendo necessidade de preocupação com a reincidência.

Escolas da Pena

As escolas da pena são:

- Absolutistas: pena como retribuição
- Relativistas: pena como ressocialização ou fim do perigo
- Mistos: pena como retribuição e ressocialização

As escolas debatem as formas de prevenção e o quanto a pena deve reprovar a conduta do agente e/ou eliminar o perigo.

- Absolutistas

Entendem que a pena é uma retribuição. A pena produz uma satisfação no restante da sociedade ao ver o criminoso pagar pelo seu ato. Considera a prevenção geral mais importante do que a prevenção específica, e considera a específica negativa (impedir a reincidência) mais importante que a específica positiva (promover a ressocialização).

Características práticas: tribunal do júri; magistrado com postura inquisitorial; penas mais altas; pena de morte e prisão perpétua; benefícios escassos ao réu.

País modelo: EUA

- Relativistas

Entendem a pena como mecanismo de eliminação do perigo e/ou ressocialização do criminoso. É possível dividir os relativistas entre os que defendem o primeiro elemento e o segundo.

Os relativistas focados na ressocialização entendem que a prevenção especial é mais importante do que a prevenção geral. Não entendem o criminoso como um inimigo, e sim como alguém que cometeu um desvio e pode voltar ao contrato social.

Países modelos: países nórdicos (Noruega, Suécia, Dinamarca, Finlândia, Islândia).

Os relativistas são focados na eliminação do perigo

Crítica à ideia de ressocialização

Jakobs não acredita que inimigos possam ser ressocializados.

Inclusive, a maioria das pessoas que cometem crimes estão em uma situação tal de marginalidade (pobres, moradores de zonas periféricas, etc) que nunca estiveram socializados em primeiro lugar.

Pena utilitária e racional

Os relativistas focados na eliminação do perigo entendem a pena de forma puramente utilitária e racional, e não emotiva. Para eles, o entendimento da teoria absolutista da pena como sentimento de retribuição pelo resto da sociedade é irracional.

Criticam a teoria absolutista e alguns dos seus elementos, como o tribunal do júri, por serem irracionais e até mesmo sensacionalistas.

Não dão ênfase em nenhum tipo específico de prevenção, entendem a importância de todos.

Estudiosos mais radicais dessa vertente entendem que em certos casos a resposta do Estado não será uma pena e sim uma medida de segurança, mesmo que o agente seja penalmente imputável. Isto é justificado pelo alto grau de periculosidade de alguns criminosos, já que a medida de segurança analisa apenas o perigo (enquanto a pena analisa perigo e a conduta).