

PENA: A IDEALIZAÇÃO E A REALIDADE DE SUA APLICAÇÃO

Anysa Ayalla Dantas Araújo

Acadêmica do 4º período do
Curso de Direito da UFRN.

Sophia de Lucena Prado.

Acadêmica do 4º período do
Curso de Direito da UFRN.

RESUMO

Ao pensar em penas fazemos uma associação imediata aos cárceres. Todavia, analisando a sua história percebemos que nem sempre foi assim e que esta realidade vem se modificando. Em suas primeiras manifestações, o foco da pena era o corpo do delinquente, não a sua liberdade, como vem ocorrendo até os nossos dias. Na verdade, atualmente esta tem se voltado cada vez mais para a reintegração do indivíduo, para a sua ressocialização, o que faz com que as penas alternativas venham ganhando espaço e sendo aplicada com cada vez mais frequência. Neste trabalho avaliaremos a evolução da pena considerando o aspecto filosófico e sociológico da questão, ressaltando ainda a importância do Judiciário e os princípios a ela inerentes para que haja a sua adequada aplicação e execução.

Palavras-chaves: Pena. Funções e individualização da pena. Prisão. Ressocialização. Sociedade.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho vem abordar a temática das penas e suas funções sob a perspectiva dos direitos humanos internacionalmente ratificados, que deveriam jamais serem olvidados pelo Direito Penal de todos os países, especialmente os signatários.

A princípio, faz-se necessário recordar as tendências do Direito Penal moderno, as chamadas políticas criminais, quais sejam: o Abolicionismo, que prega a extinção do direito penal; o Movimento da Lei e Ordem ou Expansionista, o qual busca a criação de novos tipos penais incriminadores e a agravação das penas já cominadas, bem como preconiza a supressão ou diminuição dos direitos penais públicos subjetivos de liberdade dos apenados; e o Modelo Alternativo, que defende um direito penal de intervenção mínima, fundamentado na teoria da prevenção geral e especial positiva, que em breve faremos um estudo mais aprofundado.

2 O CONTRATO SOCIAL E AS FUNÇÕES DA PENA

A evolução das relações sociais fez com que surgisse a necessidade de um controle maior sobre elas como forma de garantir a estabilidade e a harmonia social. Antes disso, não havia quem desempenhasse tal função e assim, progressivamente, a moralidade veio substituindo a noção de vingança privada, até então predominante. Surge então o Estado com seu papel de garantidor da ordem e o Direito como meio para atingir tal fim.

Em decorrência dessa nova ordem, surge o contrato social idealizado por Rousseau que, para ele, seria um pacto, uma deliberação conjunta no sentido da formação da sociedade civil e do Estado. O homem poderia optar por continuar em sua situação inicial, ou seja, em seu estado de natureza ou, então, por meio de uma convenção, procurar alcançar um objetivo comum a todos que é a harmonia social. O contrato aparece como uma forma de proteção e de garantia de liberdade, não o contrário. O que se busca é a concretização do que não seria possível ou acessível ao homem no seu estado de natureza, quando as forças particulares agiam desagregadamente, pois se a vontade particular se destina naturalmente à realização de preferências, a vontade geral que funda o pacto se destina à realização da igualdade. Ela é orientada para o que é comum a todos, para o benefício de todos. Assim, após sua formação com um corpo único, total, dotado de vida, de forças próprias, de autonomia



de vontade, qualquer atentado a uma de suas partes representaria também um atentado a todo o corpo. Da mesma forma, qualquer atentado ao todo seria também um atentado à parte. O contrato, então, representa a chave para a conservação do homem, mas, de outro lado, também é a chave que aprisiona o homem à sociedade civil. Aqui é um contra senso.¹

Nos tempos em que predominava a vingança privada o que prevalecia era a lei do mais forte, sendo utópica a questão da igualdade social numa sociedade desse tipo. Para cada liberdade individual significava também a desigualdade física efetiva e, portanto, a submissão, a escravidão. Daí emergiu a idéia da verdadeira liberdade, que reside no conceito de legalidade, única forma de garantia da igualdade. O Direito Penal é o ramo do Direito que visa justamente promover esse controle social, porém, de maneira igualitária, dando a todos os mesmos direitos e exigindo de todos os mesmos deveres. Para ele, não importa quem é o mais forte, o mais rico ou o mais esperto, ele se aplica a todos da mesma forma indistintamente. Vale, então, lembrar que o Direito Penal, ao contrário do que muitos pensam, não é uma mera forma de punição, ele foi criado para ser um instrumento do Estado para assegurar o cumprimento das regras sociais. Na verdade, ao contrário, o Direito Penal garante a nossa liberdade, pois a partir do momento em que nos limita algumas ações, isto é, restringe a nossa liberdade individual, nos permite todas as que não foram proibidas. Limitar a ação do próximo é garantir a nossa seara de ação, e somente assim é possível haver convívio entre os indivíduos. O direito penal surge para impedir que o outro invada a nossa esfera individual, ele liberta na medida em que restringe. A punição é mera consequência, garantia da não repetição da ação, da reprovação da conduta.

A doutrina atribui às penas as mais diversas funções, falaremos de maneira geral das mais evidenciadas, as quais são: de retribuição positiva e negativa, de prevenção positiva e negativa, e, finalmente, de ressocialização.

Segundo a teoria da função retributiva da pena, esta encontra um fim em si mesma, devendo punir com o mal aquele que comete o mal, seria uma retribuição justa ao cometimento do crime. Através dessa função, a pena figuraria uma forma de vingança estatal, o que está longe de ser albergado pelo Estado Democrático de Direito. O Estado não deve assumir esse papel vingativo, como muitas vezes é querido pela coletividade, influenciada por

¹ Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida, Curso de Filosofia do Direito, 7 ed., 2009, p 277 e 278



idéias retrógradas espalhadas de forma inconseqüente pelos meios de comunicação e por teorias mais conservadoras. A função do Estado na tutela penal deve ir além da pura retribuição do mal pelo mal, sob pena de estarem justificadas medidas extremas como a pena de morte. A pena deve ter uma finalidade além de si mesma, deve exprimir um significado maior.²

Através da teoria preventiva da pena, pretende-se inibir os impulsos criminais da coletividade (prevenção geral) e corrigir o indivíduo criminoso para que não incorra novamente na prática de crimes (prevenção especial). O medo de sofrer a reprimenda penal funcionaria para impedir a prática criminosa, o que acaba sendo, de certa maneira, uma contradição, uma vez que o indivíduo que comete um crime não espera ser descoberto. Além disso, a muito se afirma na doutrina que não é uma grande pena em abstrato que causaria a intimidação, mas a certeza de uma efetiva aplicação da pena prevista na lei.³ Esta função pode ser negativa ou positiva. Na primeira a prevenção se funda no “direito penal do terror”, na idéia de intimidação, na solução através do medo das penas severas. Já a segunda pretende, por meio da pena, fortalecer a consciência jurídica da comunidade e o respeito aos valores sociais protegidos pelas normas.

Diante da falência das funções das penas acima apresentadas, tem-se reforçado mais a idéia da função ressocializadora, até como uma forma de garantir a efetividade dos Direitos Humanos. O que existe atualmente, em geral, é uma falta de nexos entre a crescente tutela dos direitos humanos e a realidade em que se vive dentro dos sistemas prisionais, que não só impossibilitam o exercício de tais direitos, como também os violam. A ressocialização seria então o fim e o meio para se alcançar tal efetividade. Na verdade, é *dever constitucional* do Estado, bem como direito subjetivo do apenado, assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana e de todos que estejam sob sua custódia, ainda que privados da liberdade de ir e vir.

3 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E A INFLUÊNCIA DA MÍDIA

Todas as funções estudadas representam o que a pena deve, em tese, almejar. Entretanto, na prática, não é o que ocorre. Para decidir com justiça, o

² Antonietto, p. 133

³ Antonietto, p. 134



direito deve manter-se puro, todavia, na sociedade em que vivemos, na qual a mídia exerce tamanha influência sobre a população, é inevitável que o direito seja também atingido.

Em todas as lides levadas ao Judiciário deve se respeitar o Princípio do Devido Processo Legal bem como uma série de outros princípios como, por exemplo, o da publicidade. Este consiste no dever que o Judiciário tem de levar ao conhecimento da população todos os seus atos, dando transparência às suas decisões e possibilitando ainda que qualquer pessoa questione e controle a atividade jurídica de interesse público, porém, é válido ressaltar que este dever não é absoluto, havendo casos em que pode ser abdicado.

É de suma importância que o princípio da publicidade seja respeitado, entretanto, quando somado à atividade da mídia, o resultado muitas vezes pode ser perigoso. Como dito, o direito deve se manter puro para ser justo, mas o que ocorre muitas vezes é que ele acaba sendo atingido pela influência da mídia, a qual cria na população expectativas e coloca sobre o Judiciário a responsabilidade de corresponder a elas.

O profissional do Direito deve estar consciente disso e deve ter sempre em mente o quão importante é que ele se mantenha distante e alheio a essa pressão, direcionando o seu foco somente para o caso a ser julgado, analisando-o minuciosamente até que chegue a uma conclusão e possa proferir uma decisão que corresponda ao sentimento de justiça, não a que está presente nas pessoas em geral ou que foi propagado pela mídia, mas a justiça que seja eticamente correta.

É bom lembrar que este é apenas um dos pontos que deve orientar a atividade do judiciário, além disso, para que uma decisão seja de fato justa se faz necessário que se observem uma série de outros aspectos como o respeito ao contraditório e à ampla defesa, a imparcialidade do juiz, o duplo grau de jurisdição, a proibição de provas ilícitas etc. Se a pena aplicada pelo profissional do Direito tiver sido estabelecida respeitando todos esses requisitos aí sim, ela será adequada.

4 A PENA DE PRISÃO

A pena de prisão nem sempre teve a aplicação que tem atualmente, como forma praticamente única e absoluta de punir condutas reprovadas pelo Direito Penal. Antigamente as penas eram corpóreas, recaíam diretamente no corpo do acusado, não havia direito ao contraditório e a sua execução era



pública sob a forma de suplícios, cujo objetivo principal era, além de punir o condenado, dar o exemplo para todas as pessoas. Dava-se a essa forma de punição um caráter de espetáculo, uma cena cotidiana na vida das pessoas. A prisão não era uma pena definitiva, mas sim o local onde o condenado aguardava até o dia do suplício.

Com o tempo, a punição vai se tornando a parte mais velada do processo penal, deixando o campo da percepção quase diária e entrando no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade, não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. Adota-se, então, a publicidade dos debates e da sentença, enquanto a execução se resguarda no sigilo, é tida como uma vergonha suplementar que a justiça tem vergonha de impor ao condenado.⁴ A prisão, peça essencial no conjunto das punições, marca certamente um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à “humanidade”. Deve-se dizer que, apesar de ter alcançado importante transmutação por volta de 1840, embora os mecanismos punitivos tenham adotado novo tipo de funcionamento, o processo ainda assim estava longe de chegar ao fim. Como ainda está.

A pena de prisão, da maneira como hoje é concebida, não ressocializa, mas estigmatiza; não limpa, mas macula como tantas vezes serem lembrados aos expiacionistas; que é mais difícil ressocializar a uma pessoa que sofreu uma pena do que outra que não teve essa amarga experiência.⁵ O ambiente hostil dificulta uma possível reintegração à sociedade.⁶ A pena privativa de liberdade, como sanção principal e de aplicação genérica, está falida. Não readapta o delinqüente. Nos dizeres de Evandro Lins e Silva “ela perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece, é uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime. Se não a pudermos eliminar de uma vez, só devemos conservá-la para os casos em que ela é indispensável”.⁷

Resultados da CPI do Sistema Prisional realizada em 2007/2008, mostram a situação em que se encontram os presídios do país, nos quais os

⁴ Michel Foucault, *Vigiar e Punir*, p. 13.

⁵ Antônio Garcia Pablos de Molina

⁶ <http://www.unodc.org/newsletter/pt/perspectives/no02/page002.html>

⁷ Evandro Lins e Silva *apud* Damásio E. de Jesus, *Penas alternativas*, p. 12.



presidiários não recebem tratamento médico e odontológico, são torturados, recebem a refeição em sacos e têm que comer com a mão, vivem juntos com porcos, fazem suas necessidades fisiológicas em sanitários onde só se pode jogar água uma vez por dia e muitos outros absurdos. Temos hoje no Brasil uma população de aproximadamente 437.000 presos, quando só existem 262.000 vagas. Cada preso custa em média R\$ 1.600,00 em uma prisão pública comum, numa prisão de segurança máxima tida como modelo, o custo é de R\$ 4.000. Gastos enormes e ineficientes, provavelmente mal empregados já que, mesmo com esse elevado custo, as prisões ainda são uma vergonha nacional. Isso é reflexo da preocupação pouca com a qual as autoridades tratam a questão dos presos.

Discordamos de Foucault quando ele afirma que “conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E, entretanto não ‘vemos’ o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”.

O estudo da sociologia e da criminologia tem avançado e nos mostrando outras soluções à punição que não a prisão, são as penas alternativas, as quais têm mostrado bastante eficiência, apesar de encontrar ainda uma forte barreira na sociedade. Sobre elas falaremos a seguir.

5 PENAS ALTERNATIVAS

Além de um julgamento apropriado, o apenado tem direito a uma execução adequada tanto no que diz respeito a sua quantidade como a sua qualidade. Para isso, cada pena deve atender exatamente as expectativas para com o condenado, deve estar direcionada para o seu caso em especial, por este motivo, o juiz deverá avaliar todas as peculiaridades de cada situação para que se evitem injustiças e se possa chegar ao fim esperado. É o que chamamos de individualização da pena.

O segundo aspecto acima identificado, que diz respeito à qualidade da aplicação da pena, atualmente, se encontra mais que deficitário, especialmente quando levamos em consideração a degradante situação das penitenciárias brasileiras, como já dito anteriormente. A deterioração é tamanha que um lugar que, em tese, deveria ter a função de reeducar o preso para o retorno ao convívio social, na maioria das vezes, acaba contribuindo para piorar ainda mais a situação do condenado, funcionando quase que como uma “escola do crime”. Mas, existem outras formas de superar este grave problema do sistema



carcerário ou de pelo menos amenizá-lo, e neste sentido é que se encontra o importante papel das penas alternativas.

As penas alternativas são sanções e medidas que não envolvem a perda da liberdade, são meios dos quais se utilizam o legislador visando impedir que ao autor de uma infração penal venha a ser aplicada medida ou pena privativa de liberdade. Podem ocorrer antes do julgamento (ex.: fiança, liberdade provisória, suspensão condicional do processo), na sentença condenatória (ex.: *sursis*, multa, prestação de serviços comunitários) ou ainda na fase de execução (ex.: indulto, conversão da pena prisão em restritiva de direitos).

Além de tentar preencher as faltas que o encarceramento possui, este tipo de punição resulta em diminuição da população carcerária, constituindo uma solução ao problema da superlotação dos estabelecimentos prisionais. Busca-se através desse tipo de medida fazer com que a punição “corrija” o agente, faça com que ele se ressocialize.

De acordo com uma pesquisa do Jornal Folha de S. Paulo, realizada em São Paulo (1997), 89% da população defende a aplicação de penas alternativas nos casos de delitos leves. A defesa dessas medidas não privativas de liberdade é maior entre os que têm curso superior (93%) do que entre os que fizeram até o primeiro grau (85%). As mulheres são as que mais apóiam as penas alternativas (91%), enquanto os homens representam um percentual de 86%.

Apesar desses dados, não é raro que nos deparemos com expressões de indignação e com o sentimento de impunidade nas pessoas quando a um criminoso é aplicado esse tipo de pena. A sociedade ainda não incorporou o real sentido dessa forma de punir, tem a impressão de que a justiça não está sendo feita e a vítima, muitas vezes, sente que não foi dada a devida importância ao seu sofrimento.

Ainda é necessário incutir no pensamento social que o Estado, através do seu Direito Penal, não deve ser um agente vingativo, mas sim humanitário e ainda que isso não seja o que vemos na prática, devemos buscar incessantemente alcançar esta meta.

6 ROUSSEAU E A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Na sua obra mais conhecida, O Contrato Social, Rousseau citou uma de suas frases mais célebres que em português pode ser traduzida como: “o homem nasce bom, a sociedade é que o corrompe”. Com esta ele tentou expressar seus ideais naturalistas defendendo que as leis naturais seriam sempre



mais perfeitas que as humanas, isto é, as advindas do contrato social. Tese oposta foi defendida por Hobbes, que caminha para a afirmação que o homem é mau por natureza. Neste caso, acreditamos que, de fato, ao contrário do que pregava Rousseau, as leis naturais são insuficientes para manter a harmonia social em uma sociedade desenvolvida como a atual. Todavia, não podemos simplesmente acreditar que os homens maus os são por natureza e que não há nada que possamos fazer para alterar essa situação e que por isso devemos nos conformar com ela. Os homens são diferentes entre si e seu nível de interação com a sociedade pode variar muito de acordo com a vivência, com a história de cada um. Por este motivo é que se mostra tão importante a questão da individualização da pena, pois esta só será de fato, justa, se avaliados todo o histórico, personalidade e características do apenado.

Sendo assim, seguindo o raciocínio anterior, estaria mais propenso a cometer um crime um adolescente de classe humilde, órfão, estudos incompletos, tendo vivido toda a sua vida no ambiente ameaçador que são as favelas brasileiras ou um estudante, classe média alta, viajado, família estável emocionalmente e financeiramente? Claro que seria o primeiro jovem., Mas, em ciências humanas não há dogmas, de maneira que não se pode excluir a possibilidade de se encontrar variados casos em que essas “regras” não se apliquem. No entanto, é inevitável considerar que a vivência de cada um, bem como o meio em que este formou seus conceitos e concepções, acaba influenciando muito nas suas ações futuras.

Assim, chegamos à conclusão que, de fato, a sociedade é o que corrompe o homem, que o desvirtua. Assim sendo, traçaremos algumas perguntas para futura reflexão: Se a culpabilidade do agente não depende exclusivamente do indivíduo, de quem seria a culpa, da sociedade? Mas quem forma a sociedade, não somos nós? Se o que a torna tão cruel é a desigualdade que nela se prolifera quem foi o responsável por ela? Se não foi o condenado será que é justo condená-los a penas cada vez mais humilhantes, devido à degradante situação carcerária, se a sua atual condição e conseqüente maior propensão a cometer o crime não depende somente dele? E finalmente: De quem é a verdadeira culpa? Aonde devem existir as reais mudanças?

O que vemos hoje em dia é um mundo que critica, os jovens discutem política internacional e a velocidade em que correm as informações nesse mundo virtual acelera e amplia nosso conhecimento a cada segundo. Apesar de muito ainda estar oculto em entrelinhas ou fantasiado em uma mídia romântica sabemos muito e sobre muita coisa. E se nos pedem para responder uma pergunta como a anterior somente uma resposta, ao nosso pesar, poderia



ser dada: em nós mesmos. Como já foi dito, muito sabemos não apenas sobre a situação deplorável dos cárceres brasileiros, mas sobre as atrocidades que ocorrem todos os dias no Brasil. Policiais e políticos corruptos, bandidos cada vez mais cruéis, pais e filhos que são os próprios bandidos, mortes de fome, de frio, de sede, crianças que traficam para sustentar o próprio vício...

O que buscamos hoje é um mundo mais justo, mais correto, mais humano. Um mundo para que nossos filhos possam crescer em paz e que seus maiores medos voltem a ser os monstros do armário e não os das ruas. Que crianças possam ser crianças, que encontrar um policial desperte conforto e segurança e não temor e desconfiança, que os políticos sejam heróis e não bandidos.

Um dos princípios do Direito Penal é a “ultima ratio” que coloca que ele deve ser o último recurso, pois representa o maior ato de repressão que o Estado pode desempenhar contra um civil. Não buscamos defender que este deixe de existir, como afirmam alguns, mas ao contrário, que este seja aplicado apenas quando necessário, de maneira coerente para que de fato seja eficaz. Sem dúvida, como já mostramos anteriormente, existem muitas outras formas de reprimenda muitas vezes muito mais eficientes que a pena privativa de liberdade. O Direito Penal deve existir para buscar a harmonia social, mas esta somente será alcançada quando a população abandonar esse limitado “desejo de vingança” e tentar buscar a origem dos problemas. Enquanto a inércia prevalecer, o Direito Penal da repressão e do castigo deverá continuar.

REFERENCIAS

BITTAR, Eduardo Costa Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 7. ed. São Paulo: Altas, 2009

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis, Vozes, 1977

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JESUS, Damásio E., **Penas alternativas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.



SANCTION: THE IDEALIZATION AND REALITY OF ITS APPLICATION

ABSTRACT

Thinking about sanctions we immediately associate it to the prisons. However, analyzing its history, we realize that this reality is changing. In its first manifestations, the sanction's target was the transgressor's body, not his liberty, like it's happening until today nowadays. In fact, today the sanction is turning more and more to the reinstatement of transgressor, what gives to the alternative sanctions more space and more frequent application.

In this article we are going to report the sanction's evolution considering its philosophic and sociologic aspect, emphasizing how important the Judiciary is and the intrinsic principles to its proper application and execution.

Keywords: Sanction. Functions and individualization of the sanction. Prison. Reinstatement. Society.

