

CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS FUNÇÕES DA PENA¹

Marco Antonio Geraldês de Freitas²

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. CONTEXTO HISTÓRICO; 2.1 EVOLUÇÃO DA PENA NO CONTEXTO HISTÓRICO; 3. TEORIAS DA PENA; 3.1 TEORIAS ABSOLUTAS DA PENA; 3.2 TEORIAS RELATIVAS OU UTILITÁRIAS DA PENA; 3.3 TEORIA MISTA, UNIFICADOR OU ECLÉTICA; 4. AS FUNÇÕES DA PENA; 5. CRÍTICAS AS FUNÇÕES DA PENA; 6. CAUSAS E PROPOSTAS DE REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE; 7 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: Este trabalho busca abordar as funções da pena no ordenamento jurídico brasileiro. Analisando qual o papel a pena desempenha no controle social, ou seja, na prevenção do ilícito penal, avaliando a contribuição da pena para manter a paz social. Nesse sentido o estudo tem como objeto verificar a legitimidade da pena como pressuposto de validade para restrição dos direitos e liberdades dos indivíduos. Analisando se a pena é capaz de cumprir todas as funções a ela impostas pelo ordenamento jurídico posto, ou seja, se a pena tem condições de conter a criminalidade - controlar o impulso criminal dos cidadãos – que, pelo menos, aparentemente vem a cada dia aumentando. Avaliar se este instituto do Direito Penal, a pena, com a sanção mais drástica do sistema jurídico, que se consubstancia na privação da liberdade, tem condições satisfazer os anseios da sociedade no que se refere a paz social. Para tanto, o artigo pretende preliminarmente fazer uma dicção no contexto histórico da pena, suas escolas penais, posteriormente as funções da pena propriamente dita, em seguida será realizado um crítica a atual sistemática da função da pena com levantamento dá causas e propondo soluções para o aprimoramento do controlo da criminalidade.

PALAVRAS CHAVES: Pena, Histórico e Função.

ABSTRACT: This paper seek to address the functions of the penalty in the Brazilian legal system. Analyzing what role the feather plays in social control, ie, the prevention of criminal offense, assessing the contribution of the penalty to maintain social peace. In this sense the paper studied verify the legitimacy of the sentence as valid assumption for restriction of rights and liberties of individuals. Analyzing if the feather is able to fulfill all the functions it imposed by law post, ie, if the penalty has conditions to contain criminality--control the criminal impulse citizens-at least apparently been increasing every day. Assess whether this institute criminal law, the feather, with the most drastic sanction of the legal system,

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Orientação a cargo do Prof. Dr^a Fernanda Feguri.

² Acadêmico ou Bacharelando do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Turma do ano de 2011. Email para contato (lukkass29@hotmail.com).

which is embodied in the deprivation of liberty, is able to satisfy society's yearnings with regard to social peace. Thus, the article intends to make a preliminary diction in the historical context of the sentence, its penal schools, then the functions of the sentence said properly, then will be carried out systematically criticizes the current function of the feather with survey gives causes and proposing solutions to improve the control of crime.

KEYWORDS: Feather, history and function.

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa científica, ora delineada como artigo, pretende de forma sucinta, mas com os devidos aprofundamentos, quando necessário, analisar a função da pena no Ordenamento Jurídico Brasileiro, buscando verificar a legitimação punitiva do Estado através da pena como argumento de controle da criminalidade.

No primeiro capítulo buscar-se-á realizar um estudo do surgimento da pena através de uma análise histórica de como esta pena foi se moldando com o passar do tempo e as transformações da sociedade.

Em seguida o presente artigo verificará as escolas penais, realizando um levantamento de suas concepções como fundamento de legitimação para aplicação da pena para controle das infrações penais.

O próximo passo é a análise da função da pena no ordenamento jurídico brasileiro propriamente dito, verificando a doutrina e a legislação vigente, observando como se posicionaram os operadores do direito, quanto a argumento de validade para aplicação da pena como instrumento de controle do crime.

O quarto capítulo será destinado para realização de uma crítica quanto à função da pena, demonstrando que a pena não consegue atingir todos os pressupostos de legitimação avançada pelo ordenamento para controlar e atenuar a criminalidade.

No último capítulo será dedicado a traçar causas e propor soluções para o controle da delinquência com o intuito de fornecer um estudo sério para que sirva de base para futuras indagações sobre a temática.

2. CONTEXTO HISTÓRICO

Difícil é a tarefa de delinear o surgimento da pena na sociedade, mas alguns autores, afirmam que o aparecimento desta se mistura com o próprio surgimento do homem. Alguns tentam explicar, conforme suas concepções, do surgimento do homem, isto é, adotando o posicionamento Criacionismo ou Evolucionismo, cada um com seus argumentos.

Apesar do avanço tecnológico e científico, ainda é inexplicável a origem da Pena. Somente partidários das Teorias da Criação e Evolucionista tentam explicar como nasceu a pena, cada qual com sua posição. Com o surgimento do Estado, o homem passa atribuir normas para manter o equilíbrio de justiça e garantir a igualdade entre as comunidades. Infelizmente a aplicação dessas normas é efetivada em desrespeito ao ser humano e a pena imposta passa do transgressor ao alcance de sua família, mas com o desenvolvimento histórico ocorre uma evolução. [TELES; SÉLLOS E SANTOS, 2013].

Nas palavras de Masson (2011, p. 53), a pena é a reação que uma comunidade politicamente organizada opõe a um determinado fato que viola uma das normas fundamentais da sua estrutura e, assim, é definido na lei como crime.

Masson afirma que se alguém se dispuser a estudar a história da pena, deparar-se-á com a própria história da humanidade, por vezes se confundindo, uma com a outra, não podendo negar que uma surge em razão da outra. Pois a pena seria uma forma de retalhar aquele que por ventura causasse mal a outro indivíduo no grupo social. Diante disso o historiador perseverante não conseguiria traçar um marco, um ponto de partida, pois ambos se misturam.

Pode-se afirmar, com segurança, que a história da pena e, conseqüentemente, do Direito Penal, embora não sistematizado, se confunde com a história da própria humanidade. De fato, o ponto de partida da história da pena coincide com o ponto de partida da história da humanidade. Em todos os tempos, em todas as raças, vislumbra-se a pena como uma ingerência na esfera do poder e da vontade do indivíduo que ofendeu e porque ofendeu as esferas de poder e da vontade de outrem. [MASSON 2011, P.53].

Bitencourt leciona no sentido que é muito difícil situar a origem da pena, por ser tão remota como a própria existência da humanidade, dessa forma não podendo ser precisado um marco temporal, um ponto de partida, pois se algum autor procurasse esse marco, ponto de partida se perderia nessa busca.

A origem da pena é **muito remota**, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a História da Humanidade. Por isso mesmo é

muito difícil situá-la em suas origens. Quem que se proponha a aprofundar-se na História da pena corre o risco de equivocar-se a cada passo. As contradições que se apresentam são dificilmente evitadas, uma vez que o campo encontra-se cheio de espinhos. Por tudo isso, **não é uma tarefa fácil.** Surge uma ampla gama de situações e variedade de fatos, que se impõe a considerações, como magníficos títulos para assumir a hierarquia de fatores principais. Porém, são insuficientes. **A carência de continuidade é quase total.** Há muitos exemplos. Os retrocessos, a dificuldade de fixar indicadores e perseguir sua evolução, a confrontação das tendências expiatórias e moralizadoras (estas últimas nem sempre bem definidas) dificultam qualquer pretensão narrativa de ordem cronológica. Um bom exemplo dos retrocessos referidos é a própria aparição da “prisão-pena”, que ocorre em fins do século XVI, para depois ficar sepultada nos dois séculos seguintes. [BITENCOURT 2012, p. 567] [Sem grifo no original].

Nota-se, que esse autor não se atreve a traçar uma linha, tempo e espaço do surgimento da pena, apenas se posiciona ser muito remota, o que demonstra ser uma posição que mereça prestígio.

A pena em seu contexto histórico sempre foi associada a castigo físico, sofrimentos psicológicos e violação da integridade do corpo do condenado.

Durante muito tempo, nas antigas civilizações a pena era executada de forma diversa, predominava como forma de castigo, a maior parte delas ocorria em locais insalubres, os encarceramentos eram subterrâneos e não havia condições mínimas de segurança. No entanto, como uma espécie de fase preliminar o encarceramento era feito principalmente por poços e masmorras, conseqüentemente a aplicação das penas, se transformou no principal retorno penológico. [SOUZA, 2013]

Souza (2013) esclarece que a sanção que prevalecia decorria das penas de mutilação, torturas, castigos corporais, pena morte, dentre outras. Embora imposta como forma de defesa do Estado, a pena tinha por finalidade a correção do agente e a prevenção geral da sociedade.

Cabe demonstrar nesse ponto que Bitencourt (2011, p. 28) avalia que a pena sempre foi uma situação de grande perigo, um incremento ao desamparo e, na verdade, uma antecipação da extinção física.

2.1 Evolução da Pena no contexto histórico

A pena, como punição a uma conduta reprovada por um grupo social, sofreu mudanças no decorrer do tempo adaptando-se à sociedade como meio de reprimir o crime e corrigir o criminoso.

A pena foi se amoldando aos tempos, conforme a sociedade se evoluía, como uma reação, de um determinado grupo organizado de forma social e política, a um fato indesejado tido como uma infração.

Pena é a reação que uma comunidade politicamente organizada opõe a um fato que viola uma das normas fundamentais da sua estrutura e, assim, é definido na lei como crime. Como reação contra o crime, isto é, contra uma grave transgressão das normas de convivência, ela aparece com os primeiros agregados humanos. Violenta e impulsiva nos primeiros tempos, exprimindo o sentimento natural de vingança do ofendido ou a revolta de toda a comunidade social, ela se vai disciplinando com o progresso da cultura, abandonando os seus apoios extrajurídicos e tomando o sentido de uma instituição de Direito posta nas mãos do poder público para a manutenção da ordem e segurança social. [ANIBAL BRUNO 1976, *apud* MASSON, 2001, p. 538)

Diante dessa premissa, Masson entende que a pena deve ser reconhecida como um fato histórico primitivo.

É correto, pois, reconhecer a existência da pena como um fato histórico primitivo, bem como considerar o Direito Penal a primeira e mais antiga camada da história da evolução do Direito. Além disso, as diversas fases da evolução da vingança penal deixam evidente que não se trata de uma progressão sistemática, com princípios, períodos e épocas capazes de distinguir cada um de seus estágios, mas algo que foi se desenvolvendo para atender as necessidades de seu tempo (MASSON, 2001, p.53)

A insatisfação de um indivíduo, diante de um direito seu infringido, ao longo do tempo sofreu inúmeras alterações, passando da vingança divina, vingança privada e vingança pública.

Pode ser adotada uma trílice divisão, representada pelas seguintes fases: (1) **vingança divina**; (2) **vingança privada**; e (3) **vingança pública**. Todas essas etapas foram marcadas por forte sentimento religioso e espiritual. Vale ressaltar ser essa divisão meramente didática, haja vista uma fase se interligar e conviver com outra durante os tempos primitivos (MASSON, 2011, p. 54).

Essa tripartição adotada por Masson indica os motivos que se puniam os indivíduos ao longo do tempo.

Na **vingança divina**, como salienta Masson, (2011, p. 55), o motivo da punição estava justificado pelo fato o criminoso ofender as leis, que

eram propostas por divindades, e a punição tinha o objetivo evitar que a comunidade fosse contaminada com o ato do infrator, e uma das punições era a morte do transgressor.

Devido ao crescimento da população e a complexidade social surge à **vingança privada**, como informa Masson:

Surge, posteriormente à vingança divina, a fase da vingança privada, em decorrência principalmente do crescimento dos povos e da complexidade social daí resultante. Era uma vingança entre os grupos, eis que encaravam a infração como uma ofensa não relacionada diretamente à vítima, mas, sobretudo, ao grupo a que pertencia (MASSON, 2011, p. 55).

De acordo com Masson (2011, p. 55), nesse período imperava a lei do mais forte, a vingança de sangue, em que o próprio ofendido ou outra pessoa do seu grupo exercia o direito de voltar-se contra o agressor, fazendo “Justiça pelas próprias mãos”, cometendo, na maioria dos casos, excessos e demasias, o que culminava com a disseminação do ódio e conseqüentes guerras entre grupos.

Masson salienta que nesse período surge a Lei do Talião, com objetivo de evitar a dizimação de um grupo, pois proporcionava uma punição mais proporcional ao agravo cometido pelo infrator.

Por mais impressionante que essa afirmação possa se revelar, cuida-se da pioneira manifestação do princípio da proporcionalidade, por representar tratamento igualitário entre autor e vítima. Foi a primeira tentativa de humanização da sanção penal, apesar de nos dias atuais revelar-se como brutal e cruel, e restou acolhida pelo Código de Hamurabi (Babilônia), pelo Êxodo (hebreus) e na Lei das XII Tábuas (romanos) [sem grifo no original] (MASSON, 2011, p. 55).

Por fim, a **vingança pública**, onde o autor informa que com a evolução política da sociedade e melhor organização comunitária, o Estado avocou o poder-dever de manter a ordem e a segurança social, conferindo a seus agentes a autoridade para punir em nome de seus súditos. A pena assume nítido caráter público.

Os ofendidos não mais necessitam recorrer às suas próprias forças. A finalidade dessa fase era garantir a segurança do soberano, por meio da aplicação da sanção penal, ainda dominada pela crueldade e desumanidade, característica do direito penal então vigente (Masson, 2011, p. 55).

Esse procedimento de ceder o corpo para pagamento da sanção penal segundo Bitencourt (2012, p. 75), citando Prado e Von Liszt, começa diminuir no Direito Germânico em etapas mais avançadas, dando lugar a uma composição em pecúnia.

Os povos germânicos também conheceram a vingança de sangue, “que somente em etapa mais avançadas, com o fortalecimento do poder estatal, foi sendo gradativamente substituída pela composição, voluntária, depois obrigatória”. Com instalação da Monarquia, começa a extinção paulatina da vingança de sangue. A composição consistia, em geral, no dever de compensar o prejuízo sofrido com uma certa importância em pecúnia, objetivando a supressão da vingança privada, que, em determinados casos, mais que um direito, era um dever da vítima ou de sua Sippe de vingar as ofensas recebidas (Bitencourt, 2012, p. 75).

Bitencourt informa que com advento da idade moderna, é observado um movimento do Estado, no que tange o direito de punir, no sentido de substituir as penas de morte por penas privativas de liberdade.

Durante os séculos XVI e XVII a pobreza se abate e se estende por toda Europa. [...] As guerras religiosas tinham arrancados da França uma boa parte de suas riquezas. No ano de 1556 os pobres formavam quase a quarta parte da população. Estas vítimas da escassez subsistiam de esmolas, do roubo e assassinatos. [...] Tudo isso logo cresceu desmesuradamente. Este fenômeno se estendeu por toda a Europa. Por razões de política criminal era evidente que, ante a tanta delinquência, a pena de morte não era uma solução adequada, já que não se podia aplicá-la a tanta gente (Bitencourt, 2012, p. 572).

Neste contexto, diante do quadro que se apresentava o Estado teve que tomar outras medidas, para conter a criminalidade.

Na segunda metade do século XVI iniciou-se um movimento de grande transcendência no desenvolvimento das penas privativas de liberdade: a criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados (Bitencourt, 2012, p. 572).

Diante desses argumentos apresentados até o momento pode ser afirmado que a pena no seu começo tinha um caráter muito desumano, pois quando não se eliminava a figura do agressor com toda sua família, o criminoso era banido do grupo social que pertencia.

Observa-se que além do caráter desumano da pena, ela também era desproporcional, pois o fato de determinar a morte de uma pessoa por descumprimento das regras de um determinado grupo já demonstrava a desproporção que imperava nos primórdios do surgimento das penas.

Diante disso, surgiram alguns movimentos tentando tornar estas penas mais justas mais proporcionais, pelo menos para os padrões aquele período. Como foi citado, por exemplo, a Lei do Talião, que por mais que hoje possa parecer que eram cruéis e desproporcionais os doutrinadores informam que foi o marco da proporcionalidade da pena, naqueles tempos.

Com entendimento contrário a vingança pública, observa-se na lição do autor italiano Cesare Beccaria, “Dos Delitos e das Penas”, uma reflexão sobre esta temática, informando que a pena não pode ter um caráter de sofrimento, uma forma de castigo, pelo fato cometido, pois não seria possível voltar no tempo e trazer o bem jurídico afetado para seu “*status quo*”.

O fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já cometido. O fim é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo. É, pois, necessário, selecionar quais penas e quais modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu (Beccaria, 1999, p. 52).

Observa-se que o autor questiona a legitimidade da pena, pois a mesma tinha na sua essência um caráter cruel, que era comum naqueles tempos.

3. TEORIAS DA PENA

Antes de delinear a função da pena, que é o cerne do trabalho, faz necessário, preliminarmente, entender como se deu as concepções acerca das teorias das penas, pois com a compressão dessas teorias, pode ser identificado como o sistema jurídico brasileiro se posicionou, ante as deduções destas teorias.

A pena como ferramenta de controle da sociedade, foi durante muito tempo influenciado pela Igreja.

A teoria da pena sofreu uma influência marcante do Direito Canônico. Quando um clérigo cometia um pecado, devia fazer penitência, recolhido na sua cela e se confessar. É esse o mandamento da Igreja Católica. Daí a origem das palavras penitenciária, cela e – no âmbito processual penal – da confissão, tida no passado como rainha das provas (BRANDÃO, 2010, P. 315).

Para parte da doutrina a pena está diretamente associada a um mal, pois está ligada a ideia de perda de um bem jurídico (liberdade, bens e valores).

A primeira ideia que a pena importa é que ela é um mal. A pena é considerada um mal porque implica perda de bens jurídicos. No exato dizer de Soler, a pena é traduzida em um mal porque representa a diminuição de um bem jurídico, pois, para castigar, o Direito retira do indivíduo o que lhe é valioso. A pena, pois, desde sua origem etimológica, significa um mal (BRANDÃO, apud SOLER, 2010, p. 315)

Conforme Junqueira e Vanzolini, até a idade média, a pena era vista como um misto de divino e político, ou seja, uma arbitrariedade sem tamanho.

Sabe-se que até o medievo o ilícito penal possuía uma dimensão fundamentalmente teológica e privada. O crime era antes de tudo um pecado, o que revela o cariz eminentemente ético do delito. A justiça penal, por sua vez, também fortemente influenciada pela confusão entre o poder político e o religioso, não encontrava limites, e o poder do Soberano, descia inapelavelmente sobre o cidadão como a própria mão da justiça divina (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2013, P.123)

Inúmeras teorias surgiram para legitimar o poder punitivo, conforme explica Galvão:

O problema relativo à identificação dos fundamentos e dos fins da pena comportou investigações de diversas ordens e posicionamentos teóricos manifestamente distintos por parte dos doutrinadores. A questão de fundo do Direito Penal é saber se a intervenção repressiva estatal encontra legitimidade e em que medida. Para essa questão, muitas respostas foram formuladas. Mas reconhecer a legitimidade da resposta penal ao fato delitivo não é tarefa fácil (GALGÃO, 2013, p. 65).

Uma parte considerada da doutrina, ao lecionar sobre a função da pena, acaba por não diferenciar entre função penal e função do Direito Penal, e isto acaba causando uma falsa percepção dos institutos.

A configuração do Direito Penal difere da maioria das demais disciplinas, no que diz respeito ao seu conteúdo principal, isto é, no que afeta às normas penais incriminadoras, que vêm a ser aquelas que definem a matéria proibida, sob determinadas sanções, incluindo a pena privativa da liberdade, ainda hoje majoritária nesse âmbito do Direito.

Enquanto nos demais setores e disciplinas se encontram normas jurídicas de natureza meramente regulatória das relações entre as pessoas, tal como ocorre de modo muito particular no Direito Privado – ou, entre privados –, o Direito Penal, ao contrário, trata de proibir comportamentos pela intervenção da pena pública, que, em princípio, sequer é dirigida à satisfação dos interesses individuais das pessoas eventualmente envolvidas.

E quando se trata da delimitação das funções do Direito Penal não é incomum a menção direta às funções da pena criminal. Ou seja, há

doutrinas que não parecem seguras quanto à distinção que deve ser feita entre as funções do Direito Penal e aquelas (funções) destinadas à respectiva sanção. E talvez isso decorra da ausência de percepção quanto ao papel reservado às normas penais incriminadoras, que constituem o núcleo essencial da dogmática penal (PACELLI; CALLEGARI, 2015, p. 21).

Diante desse cenário, segundo Azanha, (2015) surgiram acirradas discussões acerca das finalidades da pena, todavia, sem se obter uma resposta única, ou um consenso comum. Algumas teorias foram colocadas como principais, como as **teorias absolutas** advindas das doutrinas da retribuição ou da expiação e as **teorias relativas** advindas das doutrinas da prevenção geral e da prevenção especial ou individual.

Luiz Regis Prado (2004) fala ainda em uma **teoria unitária ou eclética**, de acordo com esse autor, esta teoria estaria predominante na atualidade, que buscam conciliar a exigência de retribuição jurídica da pena – mais ou menos acentuada - com os fins de prevenção geral e de prevenção especial.

De acordo com Raizmam, para cada teoria da pena pode existir uma teoria do Direito penal.

Cabe observar que para cada teoria da pena corresponde uma teoria do direito penal, a qual oferece uma forma particular de ver o crime e seu autor, e, conseqüentemente, um modo particular de resposta punitiva ante a presença destes (RAIZMAM 2011, p. 29)

Dessa forma Raizmam (2011, p. 29) leciona que a fundamentação da pena está ligada a política criminal adota por um Estado.

Cabe antecipar que a fundamentação da pena implica, também, um posicionamento político em relação ao exercício de poder do estado de punir, pois, dirigido à imposição de uma pena, sua fundamentação positiva contribuirá na construção de um direito de punir estatal (RAIZMAM 2011, p. 29).

3.1 Teorias Absolutas da Pena

Para Raizmam, essas teorias negam qualquer conteúdo empírico na fundamentação da pena, a pena seria uma retribuição como forma de garantir a justiça.

Como primeiro marco, cabe relevar aquelas teorias que renunciam a todo conteúdo empírico ou programático: são as chamadas teorias absolutas, que tendem a retribuir para garantir a justiça ou o direito.

Desde essa perspectiva, a pena é um dever do estado civil, como defesa e sustento deste, que encontra seu conteúdo e limite no Talião (Kant). Também, a pena fundamentava-se por meio do conceito de direito. O delito, como negação do direito, é cancelado com a pena como negação do delito (a negação da negação é afirmação) e, conseqüentemente, como afirmação do direito (RAIZMAM, 2011, p. 29).

Segundo o autor a pena é um dever do Estado, para a sua própria defesa e sua sustentação.

Masson, ao explicar sobre a teoria, informa que os adeptos dessa corrente fundamentam a pena apenas como retribuição, ou seja, não se preocupando com a readaptação do transgressor.

De acordo com esta teoria, a pena desponta como a retribuição estatal justa ao mal injusto provocado pelo condenado, consistente na prática de um crime ou de uma contravenção penal (*punitur quia peccatum est*). Não tem finalidade prática, pois não se preocupa com a readaptação social do infrator da lei penal. Pune-se simplesmente como retribuição a prática dolícito penal (MASSON, 2011, p. 541).

Observa-se que o autor afirma que a pena atua como instrumento de vingança do Estado contra o criminoso, com a finalidade única de castigá-lo, fator esse que proporciona a justificação moral do condenado e o restabelecimento da ordem jurídica.

Estefam e Gonçalves (2012, p. 131) lecionam que esta fase, de retribuição penal, se verifica no período das Escolas Clássicas, idealistas ou Primeira Escola, que surgiu na Itália e se espalhou por todo mundo, principalmente para Alemanha e França. Tendo como marco a publicação da obra *Dos Delitos e das Penas*, do Marques de Beccaria.

Marcão e Marcon informam que a pena seria um mal que está em conformidade com as leis que um Estado estabelece, e devendo ser aplicada a um indivíduo que a transgrediu.

Mais exatamente, na definição de Carrara, a pena é um mal que, de conformidade com a lei do Estado, infligem os juizes aos que são tidos culpados de um delito, havendo-se observado as devidas formalidades. “A pena não é simples necessidade de justiça que exija a *expição* do mal moral, pois só Deus tem a medida e a potestade de exigir a *expição* devida, tampouco é uma mera defesa que procura o *interesse* dos homens às expensas dos demais; nem é fruto de um sentimento dos homens, que procuram tranquilizar seus ânimos frente ao *perigo* de ofensas futuras. A pena não é senão a sanção do preceito ditado pela lei eterna, que sempre tende à conservação da humanidade e a proteção de seus direitos, que sempre procede com observância às normas de

Justiça, e sempre responde ao sentimento da consciência universal” (MARCÃO E MARCON 2015).

Observa-se que para essa corrente doutrinária, a pena não passa de uma retribuição imposta pelo Estado, não se preocupando com a figura do transgressor, mas sim com o intuito de conservar a humanidade, não se falando em prevenir e nem correção do transgressor.

3.2 Teorias Relativas ou Utilitárias da Pena

Já as Teorias Retributivas ou Unitárias da Pena, tinham suas origens nas Escolas Positivas, onde o medo da justiça criminal deixa de existir, devido à pena se tornar mais justa, o que preocupava a sociedade naquele momento era o criminoso.

O avanço das ciências humanas e biológicas operado no final do século XIX marcou a decadência da Escola Clássica. Além disso, os anseios em face do Direito Penal eram outros. Não se via mais o antigo absolutismo do Estado, carregado de arbítrio, violência e injustiça. A maior preocupação na segunda metade do século XIX era a crescente criminalidade: “Os homens sentiam-se solidários com a ordem social e jurídica, e desejosos de opor proteção eficaz à ameaça do crime”. Em outras palavras: o medo da Justiça Criminal deixou de existir, pois ela se tornou mais justa e humana; temia-se, agora, o criminoso (ESTEFAM e GONÇALVES, p. 132).

As Escolas Positivistas (relativas) culpavam as Escolas Clássicas (Teoria Absoluta) do aumento de criminalidade, por ter deixado de lado o criminoso, que segundo os positivistas, era o cerne do estudo.

Com referência ao **fundamento da pena**, a Escola Positivista discordava seriamente da Clássica. A questão do **livre-arbítrio**, defendida pelos clássicos, era completamente rechaçada em nome de um verdadeiro **determinismo**. Não se acreditava mais que o homem nascia livre e que devia ser punido conforme suas escolhas voluntárias, pagando pelos atos moralmente reprováveis que praticou. Pensava-se (com diferentes matizes), ao contrário, que alguns seres humanos, desde o nascimento, já estariam predeterminados a serem criminosos, em função de sua raça, sua psicologia, sua fisionomia e demais fatores biológicos e sociais. Os Positivistas chegaram a culpar a Escola Clássica pelo aumento da criminalidade, afirmando que teriam perdido de vista o delinquente, verdadeiro protagonista da Justiça Penal (ESTEFAM e GONÇALVES, p. 132).

Diante disso surgiram alguns autores que se dedicaram ao estudo do delinquente, dessa forma surgindo à antropologia criminal, que passou a se dedicar a estudo do criminoso.

Em função desse quadro, Ferri, Garofalo e, sobretudo, Lombroso reagiram com a criação da antropologia criminal, ciência auxiliar do Direito Penal. Embora louváveis suas intenções (redução da criminalidade, defesa social, entre outras), o que chama mais a atenção são seus exageros.

Na célebre classificação de criminosos desenvolvida por **Lombroso** e aplaudida pelos demais positivistas, havia, ao lado do criminoso louco, habitual, ocasional e passional, a famigerada figura do **criminoso nato**, uma variedade particular da raça humana! Diz-se que fora em 1871, ao abrir o crânio de um criminoso chamado Vilela e verificar determinadas anomalias, que Lombroso teve sua inspiração. O autor elaborou, além de seu famoso livro *O homem delinquente*, um “atlas”, ilustrado com fotografias e descrições dos mais diversos tipos de criminosos (ESTEFAM e GONÇALVES, p. 132).

Não se fala mais em retribuição, mas sim em prevenção, ou seja, a pena atua como modo de prevenir que uma conduta contrária ao ordenamento jurídico venha a ocorrer novamente.

Para essa variante, a finalidade da pena consiste em prevenir; isto é, evitar a prática de novas infrações penais (*punitur ne peccetur*). É irrelevante a imposição de castigo ao condenado. Adota-se uma posição absolutamente contrária à teoria absoluta. Destarte, a pena não está destinada à realização da Justiça sobre a terra, servindo apenas para a proteção da sociedade. A pena não se esgota em si mesma. Despontando como meio cuja finalidade é evitar futuras ações puníveis (MASSON 2011, p 542).

Nesse momento a pena passa a ter duas finalidades básicas segundo Raizmam (2011, p. 31), tendo em conta o destinatário, podendo ser classificada em teorias da prevenção especial e teorias da prevenção geral.

Nesse momento a pena passa ser interpretada de forma bipartida, ou seja, contendo duas acepções, uma voltada para a sociedade e outra voltada para o cidadão.

A teoria preventiva geral está direcionada à generalidade dos cidadãos, esperando que a ameaça de uma pena, e sua imposição e execução, por um lado, sirva para intimidar aos delinquentes potenciais (concepção estrita negativa da prevenção geral), e, por outro lado, sirva para robustecer a consciência jurídica dos cidadãos e sua confiança e fé no Direito, concepção ampla ou positiva da prevenção geral. (NERY, 2015)

A **prevenção geral** está dividida em **positiva** (reafirmar a confiança da população no ordenamento jurídico) e **negativa** (onde os cidadãos

verificando o encarceramento de um delinquente e conseqüentemente seu sofrimento não venha a querer praticar algum crime parecido). Voltada para a sociedade, uma forma de intimidação como meio de prevenir uma possível empreitada no mundo criminoso (grifo nosso).

Quanto à prevenção especial, Nery utiliza de fragmentos dos ensinamentos do Mestre Ferrajoli e Franz Von Liszt, que também está subdividida em positiva e negativa.

A doutrina da prevenção especial, segundo FERRAJOLI, segue tendências, dentre elas, a "doutrina teleológica de la diferenciación de la pena" que FRANZ VON LISZT expõe em seu célebre Programa de Marburgo (1882). Segundo esta visão, a função da pena e a do Direito Penal é proteger bens jurídicos, incidindo na personalidade do delinquente através da pena, e com a finalidade de que não volte a delinquir (NERY,2015).

A autora esclarece quanto à **prevenção especial positiva**, como a busca da ressocialização do infrator.

A prevenção positiva persegue a ressocialização do delinquente, através, da sua correção. Ela advoga por uma pena dirigida ao tratamento do próprio delinquente, com o propósito de incidir em sua personalidade, com efeito de evitar sua reincidência. A finalidade da pena-tratamento é a ressocialização (NERY,2015).

A prevenção especial positiva está voltada a devolver o delinquente a sociedade ajustado para o convívio social.

A prevenção especial positiva preocupa-se com a ressocialização do condenado, para que no futuro possa ele, com o integral cumprimento da pena, ou, se presentes os requisitos legais, com a obtenção do livramento condicional, retomar ao convívio social preparado para respeitar as regras a todos impostas pelo Direito. A pena é legítima somente quando e capaz de promover a ressocialização do criminoso (HASSEMER, apud MASSON, 2011. p. 543).

Quanto à prevenção especial, Nery explica que esta prevenção está ligada a intimidação como forma de neutralizar a reincidência.

Por outro lado, a prevenção negativa, busca tanto a intimidação ou inocuidade através da intimidação – do que ainda é intimidável -, como a inocuidade mediante a privação da liberdade – dos que não são corrigíveis nem intimidáveis. Ou seja, a prevenção especial negativa tem como fim neutralizar a possível nova ação delitiva, daquele que delinuiu em momento anterior, através de sua "inocuidade" ou "intimidação". Busca evitar a reincidência através de técnicas, ao mesmo tempo, eficazes e discutíveis, tais como, a pena de morte, o isolamento etc (NERY,2015).

Masson (2011, p. 543), de forma sucinta salienta que para a prevenção especial negativa, o importante é intimidar o condenado para que ele não torne a ofender a lei penal busca, portanto, evitar a reincidência.

3.3 Teoria Mista, Unificador ou Eclética

Os adeptos dessa teoria buscaram conjugar todos os enfoques apresentados pelas teorias anteriores, haja vista que, todas de certa forma abordavam a concepção de pena, mas por ângulos distintos.

Ante a impossibilidade de determinar o conteúdo e o limite da pena por meio das teorias catalogadas individualmente consideradas, procurou-se combinar os seus enunciados. Assim, critérios retributivos e preventivos gerais-especiais foram fusionados em uma mesma teoria (RAIZMAM 2011, P. 33).

Cada teoria da pena está presente em momentos distintos na aplicação da pena, vai da cominação, por parte do legislador, passando pela retribuição, quando da sentença e pôr fim a prevenção especial, que está presente na execução penal.

Sobre essa ideia principal, foi observado que cada uma das teorias da pena concentra seu enfoque em algum dos aspectos que interessam ao direito penal: a matriz preventivo-geral estará presente ao tempo da cominação penal; a retribuição, com a sentença; e a teoria da prevenção especial julgará o momento da execução da pena (ROXIN, apud RAIZMAM, 2011, p.33)..

Diante disto, acaba surgindo uma escola intermediária, ou seja, aquela que busca trazer conceito das duas escolas anteriores.

Do profundo e acirrado debate entre a Escola Clássica e a Positiva, surgiu a Terceira Escola, também chamada de **Escola Eclética, Crítica, Sociológica ou do Naturalismo Crítico**, a qual procurava fundir as demais e, a partir daí, criar uma terceira concepção.

Segundo Basileu Garcia: “Os ecléticos sustentaram, tal como queria a Escola Positiva, a necessidade das investigações de ordem antropológica e sociológica, de que é inseparável o método positivo. Mas, por outro lado, dissentindo dos positivistas, repeliram a concepção de criminalidade congênita e consideraram o delito juridicamente, prosseguindo na minuciosa elaboração dogmática empreendida, com tanta maestria, pelos clássicos. E, evidentemente, aprofundando o estudo do Direito Penal como ciência normativa, não poderiam dispensar o método dedutivo, que pressupõe regras de cujo raciocínio se extrai as devidas consequências” (ESTEFAM E GONÇALVES 2012, p. 133).

Alguns autores mais modernos, traz a concepção que a pena não seria apenas prevenção do crime, mas também a prevenção de penas arbitrárias, coibindo desta forma o próprio Estado, no seu *jus puniendi*.

FERRAJOLI, cuja fundamentação da pena se orienta a uma prevenção geral negativa, sustenta a necessidade de se estabelecer não mais uma teoria do direito de punir, e sim uma fundamentação da limitação do direito de punir. Numa perspectiva denominada de utilitarismo reformado, retoma os postulados invocados por BECCARIA de maior bem-estar possível ao maior número de cidadãos, aumentando-lhe na perspectiva de que se deve conter a intervenção estatal, a fim de causar o menor sofrimento possível aos desviantes. Assim, as finalidades da pena seriam a prevenção dos crimes e a prevenção das penas arbitrárias, razão pela qual sua aplicação deveria atender ao critério do minimamente necessário, inclusive como forma de proteger o delinqüente da reação social selvagem que decorreria da ausência de intervenção estatal. Sustenta o autor que a pena, portanto, seria um instrumento político de negação da vingança; um limite ao poder punitivo; o mal menor em relação às possibilidades vindicativas que existiriam na sua ausência (FERRAJOLI apud, GARCIA, 2015) .

Para o autor, o Estado quando no exercício de punir, deve orientar sua ação punitiva de forma a aplicar uma pena que aflija o mínimo possível o cidadão que se desviou em sua conduta. Pois só dessa forma a pena seria legitimada.

4. AS FUNÇÕES DA PENAS

Feitas essas considerações sobre o contexto histórico da pena e suas escolas, cabe agora delinear como se encontra a pena em no ordenamento jurídico brasileiro, analisando obras de parte da doutrina brasileira.

Nucci (2009, p. 379), leciona que a pena é uma sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, a um indivíduo que comete um crime, como forma de reprimir e prevenir uma futura empreitada por parte de outros indivíduos.

SANÇÃO imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes. O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que se subdivide em outros dois. Temos quatro enfoques: a) geral negativo, significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) geral positivo, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) especial negativo, significando a intimidação ao autor do

delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) especial positiva, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada (NUCCI, 2009, p. 379).

Fica evidenciado que Nucci está alinhado com a doutrina unitário eclética. Pois traz a concepção de retribuição e prevenção.

Conforme a atual sistema normativo brasileiro, a pena não deixa de possuir todas as características exposta: é castigo + intimidação ou reafirmação do Direito Penal + recolhimento do agente infrator e ressocialização. O art 59 do Código Penal menciona que o juiz deve fixar a pena de modo a ser necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Além disso, não é demais citar o dispositivo no art 121&5, do Código Penal, salientando que é possível ao juiz aplicar o perdão judicial, quando as consequências da infração atingirem o próprio agente de maneira tão grave que a sanção penal se torne desnecessária, evidenciando o caráter punitivo que a pena possui. Sob outro prisma, asseverando o caráter reeducativo da pena, a Lei de Execução Penal preceitua que, “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. Ademais, o art.22, da mesma Lei, dispõe que “assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepara-los para o retorno a liberdade”. Merece destaque, também, o disposto no art. 5º, item 6, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”. Impossível, então, desconsiderar o triplice aspecto da sanção penal (NUCCI, 2009, p. 379).

Grokskrecht afirma que a pena se justifica pelo fato de dois grandes fundamentos, qual seja: uma função geral e outra especial, que tem como objetivo a prevenção do crime.

Em síntese: a **justificativa** da pena envolve a **prevenção geral e especial**, bem como a reafirmação da ordem jurídica, sem exclusivismos. Não importa exatamente a ordem de sucessão ou de importância. O que se deve ficar patente é que a pena é uma necessidade social - última *ratio legis*, mas também indispensável para a real proteção de bens jurídicos, missão primordial do Direito Penal. De igual modo, deve ser a pena, sobre tudo em um Estado constitucional e democrático, sempre justa, inarredavelmente adstrita à culpabilidade (princípio e categoria dogmática) do autor do fato punível. (...) O que resta claramente evidenciado numa análise sobre a teoria da pena é que sua essência não pode ser reduzida a um único ponto de vista, com exclusão pura e simples dos outros, ou seja, seu fundamento contém realidade altamente complexa (2015).

Nesse sentido, boa parte da doutrina explica a função da pena em três grandes momentos, na cominação, na sentença e na execução da penal.

Em outra perspectiva, essa tríplice função da pena corresponderia aos três níveis de realização do Direito Penal: a função de prevenção geral negativa corresponde a *cominação* da ameaça penal no tipo legal; a função de retribuição e a função de prevenção geral positiva correspondem a *aplicação* judicial da pena; a função de prevenção especial positiva e negativa corresponde a *execução* penal (JURAREZ CIRINO, 2008, p. 471)

Para Capez (2012, p. 384) a pena é definida como prevenção especial porque, esta objetiva a readaptação e a segregação sociais do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir. A prevenção geral é representada pela intimidação dirigida ao ambiente social, pois acaba por intimidar as pessoas para que não pratique crime, devido receio de ser punida.

De acordo com Queiroz (2008, p.88) a pena tem finalidade de prevenção geral de novos delitos por meio de uma coação psicológica exercida sobre seus destinatários, distinguindo-se dois momentos da pena: o da cominação e o da sua aplicação. No primeiro, o objetivo da pena e a intimidação de todos como possíveis protagonistas de lesões jurídicas; no segundo, fim da norma é dar fundamento efetivo a cominação legal, dado que sem a aplicação da cominação, que seria ineficaz.

Parte da doutrina informa de um caráter tríplice (polifuncional), ou seja, retributiva, preventiva (geral e especial) e reeducativa.

A prevenção geral (visa a sociedade) atua antes mesmo da prática de qualquer infração penal, pois a simples cominação da pena conscientiza a coletividade do valor que o direito atribui ao bem jurídico tutelado.

A prevenção especial e o caráter retributivo atuam durante a imposição e execução da pena.

Finalmente, o caráter reeducativo atua somente na fase de execução. Nesse momento, o escopo da pena é a ressocialização do condenado, isto é, reeduca-lo para que, no futuro, possa reingressar ao convívio social, prevenindo, assim, a prática de novos crimes. Creemos que não se pode abandonar a noção fundamental de reprovabilidade (MONTEIRO apud SANCHES, 2013, p. 92).

Observa-se que Sanches se posiciona com a doutrina unitário eclética, pois atribui a pena uma tríplice função (retributiva, preventiva e reeducativa).

Uma doutrina mais moderna leciona no sentido de uma função social da pena, onde na aplicação desta, deveria atender os anseios da sociedade.

Fala-se atualmente em função social da pena, e, conseqüentemente, em função social do Direito Penal, direcionada eficazmente à sociedade a qual se destina, pois no tocante a ela a pena tem as tarefas de protegê-la e pacificar seus membros após a prática de uma infração penal. Não basta a retribuição pura e simples, pois, nada obstante a finalidade mista acolhida pelo sistema penal brasileiro, a crise do sistema prisional transforma a pena em castigo e nada mais. A pena deve atender aos anseios da sociedade, consistentes na tutela dos bens jurídicos indispensáveis para a manutenção e o desenvolvimento do indivíduo e da coletividade, pois só assim será legítima e aceita por todos em um Estado Democrático de Direito, combatendo a Impunidade e recuperando os condenados para o convívio social. Em sua aplicação prática, a pena necessita passar pelo crivo da racionalidade contemporânea, impedindo se torne o delinquente instrumento de sentimentos ancestrais de represália e castigo. Só assim o Direito Penal poderá cumprir a sua função preventiva e socializadora, com resultados mais produtivos para a ordem social e para o próprio transgressor (MASSON, 2011, p. 545).

Observa-se que para estes doutrinadores a pena além das funções já conhecidas, prevenção geral e especial, deveria a pena ainda atender uma função social.

5. CRÍTICAS AS FUNÇÕES DA PENA

Para Magalhães (2015) o Estado não consegue ser eficaz na solução de coibir os conflitos, ou seja, garantir de forma adequada a pacificação da sociedade, com a simples aplicação da pena.

Não obstante a institucionalização do comportamento social desviante, a solução para coibir os conflitos gerados com a sua prática tem se mostrado, na imensa maioria das vezes, inadequada e como um fim em si mesmo, traduzindo uma simples punição em face do desrespeito ao que se tem denominado de discurso legitimador (MAGALHÃES, 2015).

Cabe destacar ainda que, Roxin (2014, *apud* MAGALHÃES, 2013, p. 17), salienta que a função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e se possível deve se buscar estas metas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.

Nesse sentido, Zaffaroni (2014, *apud* MAGALHÃES, 2004) destaca que quando o Estado excede o poder punitivo, com a institucionalização da pena, se consubstanciando em um estado de polícia, deve ser controlado pelo estado de direito.

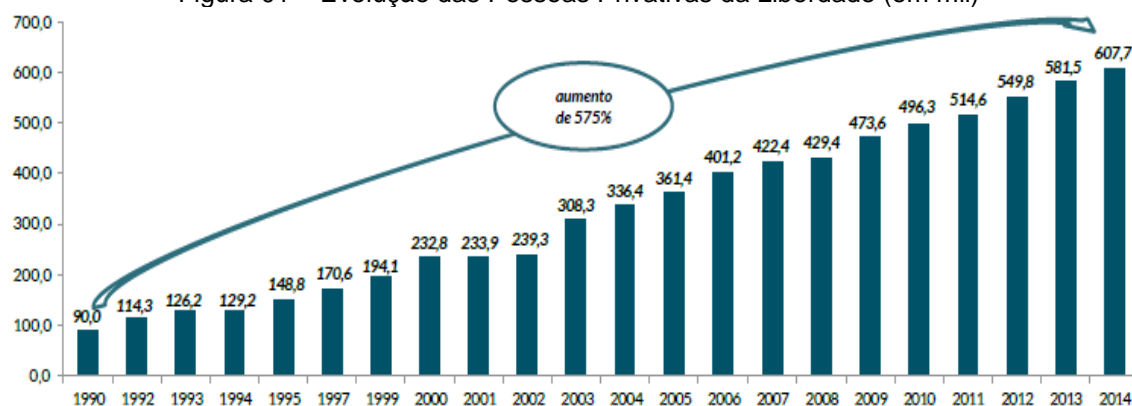
Partimos de uma concepção conflictivista de *sociedade* (*sociedade* entendida como *pessoas* que interagem e se agrupam estabelecendo relações de conflito e de cooperação). *Pessoa* é todo ser humano. As *instituições* são entendidas como processos predeterminados ou estabilizados de decisões de conflitos. O *estado* é concebido como uma instituição particularmente importante, porém nitidamente diferenciada da sociedade. O poder de decidir conflitos por parte do estado pode ser exercido de acordo com disposições legais igualitárias (*estado de direito*) ou com decisões arbitrárias do poder (*estado de polícia*). Na realidade não existem estados de direito *puros*, porque sempre encerram um estado de polícia em seu interior, que emerge enquanto se debilita o de direito com o qual estabelece uma relação dialética. A dialética do estado de *direito/ de polícia* se manifesta de forma particular no direito penal: o estado de polícia pretende a ampliação do poder punitivo (seu exercício sempre arbitrário e seletivo debilita o estado de direito) e o direito deve contê-lo (ZAFFARRONI 2014, *apud* MAGALHÃES, 2004).

Diante destas premissas, observa-se, que a pena por si só não consegue de forma eficiente apaziguar a sociedade, e quando usada de forma desmedida gera um estado de medo em seus cidadãos. Pois, toda conduta indesejada passa a ser crime, e toda confiança de um estado de paz social é depositado no Direito Penal, que não consegue retribuir a altura.

Para demonstrar este Estado de polícia, faz-se necessário a análise de alguns gráficos com o objetivo de identificar a legitimidade dos argumentos que até então se começa a construir, ou seja, que a pena por si só não é capaz de conter a criminalidade e proporcionar a paz social.

Inicialmente no âmbito da prevenção geral, ou seja, aquela destinada a sociedade, como forma de prevenir o crime antes que ele ocorra (prevenção geral negativo) e a reafirmação do direito penal como norma eficaz em controle da criminalidade (prevenção geral positivo), observa-se pela figura a seguir, conforme informação do Infopen, que esta função de prevenção geral, está no mínimo deficitária.

Figura 01 – Evolução das Pessoas Privativas da Liberdade (em mil)



Fonte: Infopen, jun/2014

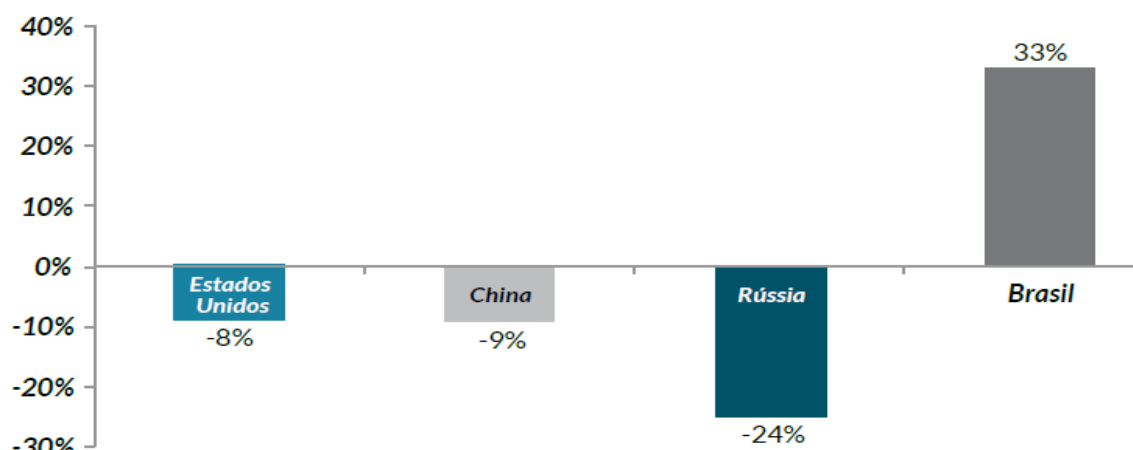
Conforme Relatório apresentado pelo Ministério da Justiça através do levantamento nacional de Informações Penitenciária InfoPen, consolidado até o ano de 2014, observa-se que a população carcerária partiu de 90.000 (noventa mil) presos em 1990, para 607.700 (seiscentos e sete mil e setecentos) presos, no primeiro semestre de 2014. Um aumento de 674,44%, ou seja, 6,7 vezes maior que o número de detentos em 1990.

Desde o ano de 2000, a população prisional cresceu, em média, 7% ao ano, totalizando um crescimento de 161%, valor dez vezes maior que o crescimento do total da população brasileira, que apresentou aumento de apenas 16% no período, em uma média de 1,1% ao ano.

Se os dados de crescimento se mantiverem, em dezembro de 2015, a população carcerária pode chegar 673.000 (seiscentos e setenta e três mil) presos, isso corresponde a 3,28% da população brasileira, que segundo o IBGE, em novembro de 2015, essa população era em torno de 205.000.000 (duzentos e cinco milhões) de habitantes.

O próximo gráfico pretende analisar o quanto a criminalidade vêm crescendo e a pena com sua função de prevenir a sociedade de cometer crimes não consegue conter este aumento dos crimes

Figura 02 – Variação da taxa de aprisionamento entre 2008 e 2014



Fonte: Infopen, jun/2014

Como pode ser observado pelo gráfico, enquanto as nações estão diminuindo a taxa de aprisionamento, o Brasil, em contrapartida, cada vez mais encarcera seus cidadãos, e até o ano de 2014 não demonstrou indícios de diminuição.

Este quadro comparativo tem o objetivo de demonstrar como o Brasil se encontra entre os dez países que mais tem pessoas privadas da liberdade.

Figura 03 – Informações dos dez países com a maior população carcerária do mundo.

País	População prisional	Taxa da população prisional para cada 100.000 habitantes	Taxa de ocupação	Taxa de presos sem condenação
Estados Unidos	2.228.424	698	102,70%	20,40%
China	1.657.812	119	-	-
Rússia	673.818	468	94,20%	17,90%
Brasil	607.731	300	161,00%	41,00%
Índia	411.992	33	118,40%	67,60%
Tailândia	308.093	457	133,90%	20,60%
México	255.638	214	125,80%	42,00%
Irã	225.624	290	161,20%	25,10%
Indonésia	167.163	66	153,00%	31,90%
Turquia	165.033	212	101,20%	13,90%

Fonte: Infopen, jun/2014

Fica evidenciado que a política de prevenção de crime, por meio da intimidação, pela pena (prevenção geral) não está conseguindo bons resultados. Pois o Brasil em números absolutos é o quarto colocado, e quando comparado com a população, com grupo de 100.000 habitantes, permanece na mesma posição, ou seja, de qualquer ângulo que se observa a política intimidativa, que o Estado exerce através da pena, não se tem demonstrado medida eficaz para controle da criminalidade.

Agora quanto à prevenção especial, aquela destinada ao réu, onde a pena visa a evitar que o infrator venha a cometer outro crime (prevenção especial negativa) e ressocializar o apenado (prevenção especial positiva), faz necessário observar alguns dados para avaliar se a pena está cumprindo sua função.

FIGURA 04 – AVANÇO DOS DADOS DE REINCIDÊNCIA DO PERÍODO DE 2005 A 2007.

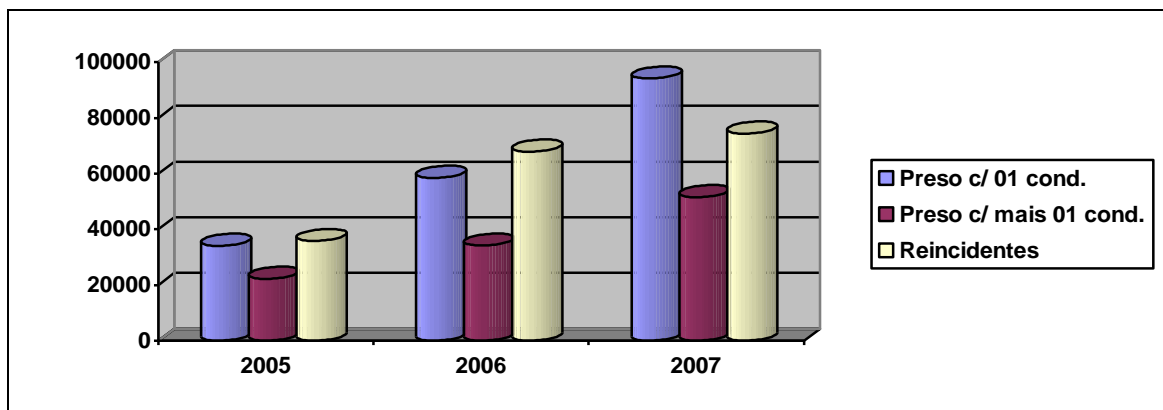
		2005	2006	2007
Quantidade de Primários e Reincidentes	Preso com uma condenação	34.102	58.465	94.209
	Preso com mais de uma condenação	22.230	34.161	51.575
	Reincidentes	35.797	67.948	74.439
Total		96.553	160.574	220.223

Fonte: <http://portal.mj.gov.br>

Esta figura demonstra que o número de preso que se encontram no sistema penitenciário brasileiro com mais de uma condenação vem crescendo significativamente, ficando evidenciado que a pena não está cumprindo o seu papel de intimidar o infrator a não cometer outro crime e conseqüentemente a pena não está servindo como fundamento de ressocializar, pois o infrator acaba voltando a vida criminosa.

O objetivo da próxima figura é detalhar os dados através de um gráfico para melhor compreensão do leitor.

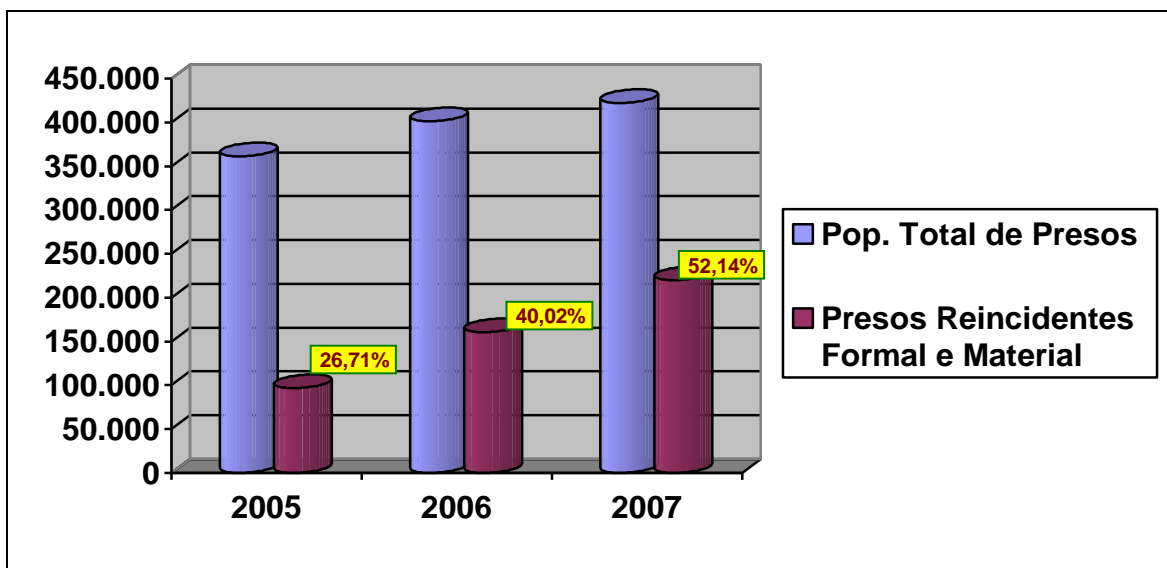
Figura 05 – Avanço dos dados de Reincidência do período de 2005 a 2007 em forma de Gráfico.



Fonte: Adaptado pelo autor (<http://portal.mj.gov.br>).

A seguir buscou realizar um comparativo, somando-se todos os presos que cometeram mais de um crime, entre o período de referência, para que se possa ter uma ideia do aumento em dados percentuais, com o fim de demonstrar o crescimento da criminalidade brasileira para os infratores que cometeram crime e voltaram a delinquir.

Figura 06 – Comparação da Reincidência no período de 2005 a 2007 em forma de Gráfico



Fonte: Adaptado pelo autor (<http://portal.mj.gov.br>).

Como fica evidenciado, a função especial da pena, que é voltado para o infrator, não consegue conter que este volte a delinquir, ou seja, não consegue ressocializar o delinquente e conseqüentemente nem impedir a reincidência, pelo contrário, como se observa os números vem só aumentando ano a ano.

De acordo com Bitencourt (2012, p.165) a pena na sua forma de encarceramento não consegue reintegrar o apenado, pois inúmeros fatores não contribuem para que está tão desejada reintegração do infrator.

Fatores materiais: nas prisões clássicas existem condições que podem exercer efeitos nefastos sobre a saúde dos internos. As deficiências de alojamento e de alimentação facilitam o desenvolvimento das tuberculoses, enfermidade por excelência das prisões (...)

Fatores psicológicos: um dos problemas mais graves que a reclusão produz é que a prisão, por sua própria natureza, é um lugar onde se dissimula e se mente. O costume de mentir cria um automatismo de astúcia e de dissimulação que origina os delitos penitenciários, os quais, em sua maioria são praticados com artimanhas (furtos, jogos, estelionato, tráfico de drogas etc.).

Fatores sociais: a segregação de uma pessoa do seu meio social ocasiona uma desadaptação tão profunda que resulta difícil conseguir a reinserção social do delinquente, especialmente no caso de pena superior a dois anos (BITENCOURT, 2012 p. 165).

Neste contexto a pena na sua forma mais drástica, reclusão, de nada contribui para a inserção do indivíduo infrator ao convívio social, pelo contrário acaba transformando-o em um potencial delinquente, devido ao tempo

de isolamento sofrido, para o autor o encarceramento é um meio eficaz criminológico e não fator decisivo para a reintegração do delinquente.

6. CAUSAS E PROPOSTAS DE REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE

Conforme Durkheim (2006, p. 84) o fenômeno do crime é um sintoma de normalidade de uma sociedade, pois é uma condição estritamente ligada a vida em coletividade, portanto o crime é um fato social de uma sociedade, ou seja, a criminalidade faz parte da sociedade.

Logo buscar diminuir a criminalidade intimidando a sociedade com uma pena, não parece a melhor solução, pois se o crime é intrínseco a sociedade, logo o correto seriam medidas sociais, educativas e infraestruturais voltadas para sociedade, como proposta de redução da criminalidade e não a intimidar através de uma tipificação penal, com seus preceitos primários e secundários.

Este é o entendimento de Sica (2015), onde informa que a diminuição da criminalidade só seria possível com implementação de programas estruturais, em nível educacional, familiar, e psicológico, pois somente agindo de forma precisa na sociedade, poder-se-ia obter algum resultado satisfatório. Uma válida política de prevenção criminal deve estruturar-se tomando por base tais perspectivas.

Prevenir significa preceder ou antecipar com o objetivo de impossibilitar, ou, pelo menos, contrastar, a ocorrência de algo. Assim, a prevenção se dá através de ações ou omissões, individuais ou coletivas, que visem impedir um determinado resultado danoso ou minimizá-lo. Nesta esteira, trabalhar com os conceitos de “fator de risco” e “fator de proteção” parece a melhor vertente a ser utilizada na elaboração de políticas de prevenção adequadas, principalmente se consideramos que, atualmente, 94% dos recursos utilizados para combater infrações violentas, são utilizados após a ocorrência das mesmas (Instituto Avante Brasil, 2015).

Portanto para a autora, o uma política séria, deve ser baseada na identificação e mapeamento dos fatores de risco e criar medidas que busque ao menos minimizá-los, pois eliminá-los não seria possível.

Quanto à função especial da pena, voltada ao infrator, cabe análise do gráfico abaixo que demonstra as condições que os presos são submetidos nos presídios brasileiros.

Figura 07 – Comparação da quantidade de vagas disponível com o número de presos

Brasil - 2014	
População prisional	607.731
Sistema Penitenciário	579.423
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	27.950
Sistema Penitenciário Federal	358
Vagas	376.669
Déficit de vagas	231.062

Fonte: Infopen, jun/2014

A Lei de Execução Pena, define em seu art. 88, que o preso deve ser acondicionado em uma unidade celular de área mínima de 6,00 m² (seis metros quadrados). Se os dados apresentados pelo Infopen foram feitos seguindo os parâmetros da lei, observa-se que os presos estão aprisionados de forma que não proporciona uma efetiva reintegração a sociedade, ou seja, de forma ilegal.

Corroborando com este entendimento, recentemente no informativo nº 798 do Supremo Tribunal Federal, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº347, foi levantada pela primeira vez a tese do **Estado de Coisas inconstitucional**, ou seja, reconhece o caótico sistema prisional brasileiro.

PLENÁRIO - Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental

O Plenário concluiu o julgamento de medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental em que discutida a configuração do chamado “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro. Nessa mesma ação também se debate a adoção de providências estruturais com objetivo de sanar as lesões a preceitos fundamentais sofridas pelos presos em decorrência de ações e omissões dos Poderes da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal. **No caso, alegava-se estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, “estado de coisas inconstitucional”, diante da seguinte situação:** violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades. Postulava-se o deferimento de liminar para que fosse determinado aos juízes e tribunais: **a)** que lançassem, em casos de decretação ou manutenção de prisão

provisória, a motivação expressa pela qual não se aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319 do CPP; **b)** que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizassem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão; **c)** que considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; **d)** que estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; **e)** que viessem a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; e **f)** que se abatesse da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal. Requeria-se, finalmente, que fosse determinado: **g)** ao CNJ que coordenasse mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no País, que envolvessem a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”; e **h)** à União que liberasse as verbas do Fundo Penitenciário Nacional – Funpen, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos — v. Informativos 796 e 797.

Portanto a Suprema Corte já se posiciona no sentido de que o atual sistema prisional brasileiro não tem condições de reintegrar um indivíduo ao convívio social nas atuais condições que se encontra o sistema penitenciário brasileiro.

Diante desse quadro devem ser implementados com a maior brevidade as ações determinadas na ADPF 347, entre estas medidas destacam-se: quando o magistrado for decretar a preventiva motive expressamente o motivo da não decretação de medidas alternativas; realizar-se em até 90 dias audiências de custódias; à União que liberasse as verbas do Fundo Penitenciário Nacional; e o CNJ que coordenasse mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo buscou realizar um estudo sobre a função da pena no sistema jurídico brasileiro, buscando delinear a legitimidade da pena como argumento de controle da criminalidade.

Diante desta premissa, o esboço foi canalizado no sentido de fazer um levantamento do surgimento da pena e as escolas penais que justificaram, ao seu tempo e com suas conclusões, a aplicação da pena, como fundamento de conter o ímpeto criminal dos cidadãos. Buscando com isto, delinear suas legitimações para aplicação da pena como forma de minimizar a prática de delitos. Paralelamente também se buscou na doutrina e nas leis vigentes, quais das escolas penais o ordenamento se alinhou, no controle da criminalidade, com objetivo de alcançar a tão sonhada paz social.

No decorrer do estudo, observou-se que a pena como ferramenta de controle social e manutenção do sadio convívio em sociedade não se tem mostrado como um instrumento eficaz, por inúmeros fatores. Entre eles, a impossibilidade de ditar coercitivamente as condutas dos cidadãos através da entropia do Direito Penal, ou seja, do surgimento de novos tipos penais e a desproporcionalidade do *quantun* das penas, como objetivo fracassado de intimidar a sociedade para não cometimento de novos crimes.

Outra informação que se extrai do artigo é que a pena não consegue reintegrar o infrator ao convívio social, pois as condições que os presos são submetidos não oferecem o mínimo de dignidade à pessoa humana, ao ponto de o judiciário intervir determinando que sejam tomadas medidas de urgência com o intuito de amenizar estas condições a qual estão submetidas à população carcerária brasileira.

Medidas extrapenais devem ser levantadas com o objetivo de submeter outros campos da ciência no controle da criminalidade, importante trabalho na área é da professora Ana Paula Zorme Sica, em sua obra “Prevenção Criminal, Análise de políticas Extrapenais”, onde ela traz uma abordagem não penal para resolução da criminalidade, um interessante estudo que deveria ser feito uma força tarefa para colocar em práticas algumas das alternativas que a autora levanta, com o intuito de buscar minimizar a criminalidade brasileira.

Neste contexto a pesquisa visa contribuir e levantar questionamentos sobre a legitimidade do discurso de encarceramento como controle eficiente para conter a criminalidade.

O estudo não buscou esgotar discussão sobre a temática, pois o assunto é polêmico a angaria paixões para todos os lados. Observam-se como exemplos os abolicionistas que pregam o abandono da pena, o direito penal

máximo (tolerância zero, Direito Penal do Inimigo) que propõem uma legislação específica para aqueles considerados inimigos da sociedade, sendo tratados diferentes dos cidadãos comuns e no meio desse conflito surge o Garantismo Penal, que tenta harmonizar as duas doutrinas.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. de José Cretella Júnior. 2ª ed. rev., 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, parte geral**: 17ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Falencia da Pena de Prisão, causas e alternativas**: 4ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal, parte geral**: 2ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**, parte geral: 5ª ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**. parte geral. vol.1:4ª ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: Método, 2011.

ESTEFAN, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado** – parte geral – São Paulo: Saraiva, 2012.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**. parte geral. São Paulo. ed. Atlas, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. parte geral: parte especial. 6ª.ed. rev, atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. parte geral. 14ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**. parte geral. 4ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código Penal**. 6ª.ed. rev, atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodium, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. parte geral 3ª.ed. Curitiba: Lumen Júris, 2008.

RAIZMAN, Daniel Andrés. **Direito Penal**. parte geral: 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TELES, Cinthia Martins; SÉLLOS, Claudia de Lima; SANTOS, Nivaldo. **A Origem da Aplicação da Pena**. Disponível em: <http://www.inicepg.univap.br/cd/INIC_2004/trabalhos/inic/pdf/IC6-120R.pdf>. Acesso em 10 AGO 2015.

SOUZA, Ana Paula. **Função Ressocializadora Da Pena**. Disponível em: <http://monografias.brasilecola.com/direito/funcao-ressocializadora-pena.htm> . Acesso em 10 AGO 2015.

GROKSKREUTZ, Hugo Rogerio. **Das Teorias da Pena no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7815>. Acesso em 10 AGO 2015.

AZANHA, Débora de Macedo. **Fundamentos da Pena: Teorias e Limites Constitucionais da Pena**. Disponível em: <www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/.../debora-de-macedo-azanha.pdf>. Acesso em 11 AGO 2015.

GARCIA, Rogério Maia. **Sobre os Limites e Fundamentos do Direito de Punir Nos Crimes Econômicos: Breves Reflexões Históricas e uma Perspectiva**

Punitiva para a Sociedade Contemporânea. Disponível em: < <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/SOBRE.pdf>>. Acesso em 02 SET 2015.

PRADO, Luiz Régis. **Teoria dos Fins da Pena: Breves Reflexões.** Disponível em: <www.professorregisprado.com/.../Teoria%20dos%20fins%20da%20pena...>. Acesso em 11 AGO 2015.

MARCÃO, Renato Flávio; MARCON, Bruno. **Rediscutindo os Fins da Pena.** Disponível em: < www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_criminal/.../direitopenal.doc>. Acesso em 12 AGO 2015.

MAGALHÃES, Mônica Antonieta Silva; MARCON, Bruno. **A Prevenção Criminal em uma Nova Perspectiva: Ações Afirmativas como Medida de Redução da Vulnerabilidade de Egressos do Sistema Carcerário Brasileiro.** Disponível em: < <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15269/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 13 OUT 2015.

NERY, Déa Carla Pereira. **Teorias da Pena e sua Finalidade no Direito Penal Brasileiro.** Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 20 de jun. de 2005. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2146/teorias_da_pena_e_sua_finalidade_no_direito_penal_brasileiro>. Acesso em: 12 AGO 2015

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em 15 AGO 2015.

_____. **Código Penal.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 15 AGO 2015.

_____. **Lei de Execução Penal.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm> Acesso em 15 AGO 2015.

_____. **Decreto 678 Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1969/000678.htm>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em 11 NOV 2015.

SÃO PAULO. Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em 11 NOV 2015.

IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Pesquisa.** Disponível em: < <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao> > Acesso em 11 NOV 2015.

ZORME, Ana Paula. **“Em Tempos de Bullying”... Elaboração de Políticas de Prevenção Criminal.** Disponível em: < <http://institutoavantebrasil.com.br/%E2%80%9Cem-tempos-de-bullying-%E2%80%9D-elaboracao-de-politicas-de-prevencao-criminal/>> Acesso em 11 NOV 2015.

_____. **Breves Considerações sobre a Prevenção Criminalidade.** Disponível em: < <http://institutoavantebrasil.com.br/%E2%80%9Cem-tempos-de-bullying-%E2%80%9D-elaboracao-de-politicas-de-prevencao-criminal/>> Acesso em 11 NOV 2015.

DEPEN. **Departamento Penitenciário Nacional.** Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em 11 NOV 2015.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Execução Penal-Sistema Prisional.** Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>> Acesso em 11 NOV 2015.