

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

WELLINGTON CANAL VARGAS

A FINALIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: PUNIR OU REEDUCAR?

SÃO MATEUS

2020

WELLINGTON CANAL VARGAS

A FINALIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: PUNIR OU REEDUCAR?

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Rosana Julia Binda

SÃO MATEUS

2020

WELLINGTON CANAL VARGAS

A FINALIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: PUNIR OU REEDUCAR?

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

**PROF. NOME COMPLETO
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADOR**

**PROF. NOME COMPLETO
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

**PROF. NOME COMPLETO
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

SÃO MATEUS

2020

A Deus, razão da minha existência.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me mantido no caminho certo, ter me concedido saúde, força e determinação para chegar até o final.

Aos meus pais Marcelo e Célia, e a minha irmã Marcelle, por sempre me incentivarem e acreditarem que eu seria capaz de superar os obstáculos que a vida me apresentou.

A meus colegas de curso, pois juntos conseguimos avançar e ultrapassar todas as etapas.

A minha orientadora professora Rosana Júlia Binda, por sua dedicação e paciência, seus conhecimentos fizeram grande diferença no resultado final deste trabalho.

Aos professores, em especial professora Aline, Vinícius C., Rosana e Rui pela grande atenção que me deram durante minha formação.

Ao coordenador do curso de Direito Samuel Davi, por estar sempre à disposição, confiando e acreditando no potencial de seus alunos.

Aos meus familiares e amigos que sempre me incentivaram e apoiaram em todas as áreas de minha vida.

A todo corpo docente e demais funcionários da Faculdade Vale do Cricaré que proporcionaram um ensino de qualidade

Posso não concordar com nenhuma das
palavras que você disser, mas defenderei
até a morte o direito de você dizê-las.

Evelyn Beatrice Hall

RESUMO

A finalidade da pena na seara criminal constitui o tema central do presente trabalho. Objeto de discussão doutrinária, constitui, a pena, uma dupla funcionalidade, qual seja retribuir ao infrator o mal cometido e prevenir a prática de novos delitos, já que a sanção imposta funciona como uma espécie de exemplo, tanto à sociedade, quanto ao próprio infrator que enxergará na pena aplicada, uma resposta Estatal a sua desobediência. O estudo possui como premissa, portanto, demonstrar a finalidade da pena aplicada ao criminoso, no contexto jurídico. Para tanto faz-se uma breve abordagem sobre as espécies de pena existente no ordenamento jurídico, os princípios que informam sua aplicação, bem como sua finalidade. O objetivo deste trabalho foi apontar a finalidade da sanção penal, a partir das teorias existentes. Os resultados foram analisados minuciosamente e constatou-se que a pena possui uma tríplice finalidade, qual seja prevenir novas práticas delituosas, retribuir o mal cometido e reeducar o delinquente, possibilitando seu retorno à sociedade.

Palavras-chave: Finalidade. Pena. Seara. Criminal.

ABSTRACT

The purpose of the penalty in the criminal field is the central theme of the present work. The object of doctrinal discussion is, the penalty, a double function, which is to repay the offender for the wrong done and prevent the practice of new crimes, since the sanction imposed works as a kind of example, both to society and to the offender himself who will see in the penalty applied, a State response to his disobedience. The study's premise, therefore, is to demonstrate the purpose of the penalty applied to the criminal, in the legal context. For this purpose, a brief approach is made about the types of penalty existing in the legal system, the principles that inform its application, as well as its purpose. The objective of this work was to point out the purpose of the penal sanction, based on the existing theories. The results were analyzed thoroughly and it was found that the penalty has a threefold purpose, namely to prevent new criminal practices, to repay the wrong done and to re-educate the offender, enabling his return to society.

Keywords: Purpose. Pity. Harvest. Criminal.

LISTA DE SIGLAS

CP	Código Penal
ART	Artigo
LEP	Lei de Execução Penal
CF	Constituição Federal
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DAS PENAS	13
2.1 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.....	14
2.2 PENA RESTRITIVA DE DIREITOS.....	16
2.2.1 Prestação pecuniária.....	17
2.2.2 Perda de bens e valores.....	18
2.2.3 Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas.....	19
2.2.4 Interdição temporária de direitos.....	20
2.2.5 Limitação de fim de semana.....	20
3 SISTEMAS PENITENCIÁRIOS	22
3.1 SISTEMA DE FILADÉLFIA.....	22
3.2 SISTEMA DE AUBURN.....	23
3.3 SISTEMA PROGRESSIVO.....	24
4. FUNDAMENTOS DA PENA	27
4.1 PREVENTIVO.....	27
4.2 RETRIBUTIVO.....	27
4.3 REPARATÓRIO.....	28
4.4 READAPTAÇÃO.....	28
5 PRINCÍPIOS RELACIONADOS À PENA	30
5.1 LEGALIDADE.....	30
5.2 ANTERIORIDADE.....	31
5.3 HUMANIZAÇÃO.....	32
5.4 INTRANSCEDÊNCIA.....	34
5.5 PROPORCIONALIDADE.....	34
5.6 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	36
5.7 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	37
6 FINALIDADE DA PENA	40
6.1 TEORIA ABSOLUTA.....	40
6.2 TEORIA RELATIVA.....	42
6.3 TEORIA MISTA.....	43
7 FINALIDADE DA PENA NO BRASIL	45
CONCLUSÃO	47

REFERÊNCIA.....	49
-----------------	----

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca uma reflexão sobre a finalidade da pena privativa de liberdade. Essa reflexão possui a premissa de demonstrar as espécies de pena existente no ordenamento jurídico, seus fundamentos bem como os princípios que informam sua aplicação.

Para sedimentar o entendimento foi necessário conceituar a pena, abordando as espécies de pena prevista no Código Penal brasileiro, os sistemas penitenciários, os fundamentos da pena, e sua finalidade. Nesse entendimento verificou-se que, a pena possui uma dupla funcionalidade, qual seja prevenir a prática criminosa, residindo aí sua finalidade preventiva e retribuir o mal cometido pelo infrator.

Para contextualizar e explicar as finalidades da pena, foi necessário no primeiro momento, conceituar o que é pena, demonstrando que trata-se de uma consequência imposta pelo Estado, em detrimento de uma infração cometida e com a finalidade de evitar novos delitos. Ainda neste contexto, foi essencial especificar as espécies de pena, abordando as penas privativas de liberdade e as penas restritivas de direito.

O terceiro capítulo trata dos sistemas penitenciários, abordando os sistemas de Filadélfia; auburniano e o sistema progressivo. No sistema de Filadélfia, também conhecido como sistema pensilvânico, o preso era isolado dos demais, não podendo trabalhar ou mesmo receber visitas. O sistema de Auburn determinava que o sentenciado deveria trabalhar durante o dia, em silêncio, havendo isolamento durante a noite. E o sistema progressivo que caracteriza-se basicamente por períodos distintos durante o cumprimento da pena, graduando-se a rigidez com paulatina liberdade, progredindo ou regredindo, a depender da conduta do preso.

O quarto capítulo por sua vez, trata dos fundamentos da pena, abordando o fundamento preventivo, cuja finalidade é a prevenção de delitos; o fundamento retributivo, que justifica a pena como uma retribuição ao mal cometido; o fundamento reparatório que traz como efeito da condenação, a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; e por último o fundamento da readaptação, objetivando a reeducação do criminoso, e seu conseqüente retorno à sociedade.

Os princípios informadores da pena, são tratados no quinto capítulo, abordando os princípios da legalidade, anterioridade, humanização, intranscendência, proporcionalidade, individualização da pena e dignidade da pessoa humana, trazendo a importância de cada um na aplicação da pena.

O sexto capítulo versa sobre a finalidade da pena, abordando as teorias Absoluta, Relativa e Mista. A teoria Absoluta defende a ideia de que a pena tem como finalidade retribuir o mal cometido pelo delinquente. A teoria relativa, por sua vez, defende a finalidade preventiva, e a teoria mista constitui uma junção das duas anteriores, defendendo tanto a prevenção quanto o critério da retribuição.

Já o capítulo sete traz a finalidade da pena no Brasil, cujo teor não foi expressamente abordado pela lei, mas, pode-se dizer, pela análise doutrinária, que a pena possui tríplice finalidade, qual seja retribuir o mal cometido, prevenir novas práticas delituosa e reeducar o apenado.

Justifica-se o presente trabalho por tratar-se de um tema importante na seara do Direito do Penal, em especial, àquele que está iniciando sua militância na área criminal, uma vez que constitui objeto constante de discussões doutrinárias.

A pesquisa possui como premissa trazer a todos uma reflexão acerca do Direito do Penal, concernente a finalidade da pena.

Para realização da pesquisa, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, análise legislativas e decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, com o objetivo geral de refletir sobre o instituto finalidade da pena, no âmbito da legislação criminal.

2 DAS PENAS

A pena é uma consequência imposta pelo Estado, ao infrator, como retribuição ao ato ilícito praticado e com a finalidade de evitar novos delitos.

Conforme os ensinamentos de Rogério Greco, a pena:

[...] é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente pratica um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*. Contudo, em um Estado Constitucional de Direito, para usarmos a expressão de Luigi Ferrajoli, embora o Estado tenha o dever/poder de aplicar a sanção àquele que, violando o ordenamento jurídico-penal, praticou determinada infração, a pena a ser aplicada deverá observar os princípios expressos, ou mesmo implícitos, previstos em nossa Constituição Federal. (GRECO, 2009, p. 485).

Segundo Damásio de Jesus (2020, p. 652), “Pena é a sanção afluiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos.

Para Estefam:

É a retribuição imposta pelo Estado em razão da prática de um ilícito penal e consiste na privação ou restrição de bens jurídicos determinada pela lei, cuja finalidade é a readaptação do condenado ao convívio social e a prevenção em relação à prática de novas infrações penais. (ESTEFAM, 2020, p. 709).

Nessa toada, pode-se afirmar que a pena constitui uma medida imposta pelo Estado, ao infrator que comete uma infração, mediante o devido processo legal. O Estado tem o dever de aplicar a sanção penal ao infrator como forma de retribuir o mal provocado por tal conduta, e evitar que novos crimes possam ser cometidos.

Para Luiz Regis Prado (2014, p. 444), “A pena é a mais importante das consequências jurídicas do delito. Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal”.

É a retribuição imposta pelo Estado em razão da prática de um ilícito penal e consiste na privação de bens jurídicos determinada pela lei, que visa à readaptação do criminoso ao convívio social e à prevenção em relação à prática de novas transgressões (GONÇALVES, 2012).

A pena constitui uma forma de controle, utilizada pelo Estado, para possibilitar a convivência social de maneira harmônica. Cunha citando Luiz Flávio Gomes e Antonio Garcia-Pablos de Molina, justifica os fundamentos da pena da seguinte maneira:

1. Do ponto de vista político-estatal a pena se justifica porque sem ela o ordenamento jurídico deixaria de ser um ordenamento coativo capaz de reagir com eficácia diante das infrações.
2. Desde a perspectiva psicossocial a pena é indispensável porque satisfaz o anseio de justiça da comunidade. Se o Estado renunciasse à pena, obrigando o prejudicado e a comunidade a aceitar as condutas criminosas passivamente, dar-se-ia inevitavelmente um retorno à pena privada e à autodefesa (vingança privada), próprias de etapas históricas já superadas.
3. no que se relaciona com o aspecto ético-individual, a pena se justifica porque permite ao próprio delinquente, como um ser 'moral', liberar-se (eventualmente) de algum sentimento de culpa" (CUNHA, 2018, p. 443).

Conforme o autor, a pena é uma necessidade social de sobrevivência, essencial a manutenção da ordem coletiva, satisfazendo o anseio de justiça da comunidade e manifestando o poder coativo do Estado. Sua imposição simboliza a retribuição pela prática do crime, objetivando-se a prevenção de outras infrações, seja pelo próprio condenado, seja por outras pessoas.

De acordo com o Código Penal, em seu artigo 32, as penas podem ser Privativas de Liberdade; Restritivas de Direito e Multa (BRASIL, 1940).

2.1 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

As penas privativas de liberdade podem ser de reclusão, detenção ou prisão simples. Nucci, falando sobre o assunto argui que:

Existem três espécies de penas privativas de liberdade – reclusão, detenção e prisão simples – que, na realidade, poderiam ser unificadas sob a denominação de pena de prisão. A pena de prisão simples é a destinada às contravenções penais, significando que não pode ser cumprida em regime fechado, comportando apenas os regimes semiaberto e aberto. Além disso, não se pode inserir o contraventor condenado no mesmo lugar onde se encontrem os criminosos. (NUCCI, 2020, p. 530).

Conforme disciplina o CP, a diferença entre a pena de reclusão e detenção é que, aquela, deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto, enquanto a pena de detenção deve ser cumprida em regime semi-aberto, ou aberto.

Sobre o assunto, Nucci argui que:

Quanto às diferenças entre as penas de reclusão e detenção, destinadas ao crime, temos basicamente cinco: a) a reclusão é cumprida inicialmente nos regimes fechado, semiaberto ou aberto; a detenção somente pode ter início no regime semiaberto ou aberto (art. 33, caput, CP); b) a reclusão pode acarretar como efeito da condenação a incapacidade para o exercício do pátrio poder (atualmente, denominado, pelo Código Civil, poder familiar), tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos a esse tipo de pena, cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, filho, filha ou outro descendente ou tutelado ou curatelado (art. 92, II, CP); c) a reclusão propicia a internação nos casos de medida de segurança; a detenção permite a aplicação do regime de tratamento ambulatorial (art. 97, CP); d) a reclusão é cumprida em primeiro lugar (art. 69, caput, CP); e) a reclusão é prevista para crimes mais graves; a detenção é reservada para os mais leves, motivo pelo qual, no instante de criação do tipo penal incriminador, o legislador sinaliza à sociedade a gravidade do delito. (NUCCI, 2020, p. 530).

Assim, evidente que a reclusão é destinada aos crimes mais graves, enquanto a detenção é reservada para os crimes mais leves. As principais diferenças são concernente ao regime inicial de cumprimento de pena, já que nos delitos apenados com reclusão pode ser o fechado, o semiaberto ou o aberto, enquanto naqueles apenados com detenção o regime inicial só pode ser o aberto ou o semiaberto. Há também os efeitos secundários específicos da condenação, pois nos crimes apenados com reclusão, o juiz pode determinar a incapacitação para o exercício do poder familiar conforme dispõe o artigo 92, b, II do Código Penal.

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

[...]

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

II – a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado; [...]

Quanto a medida de segurança, aplicada aos inimputáveis ou semi-imputáveis por doença mental, também haverá diferença, já que para os apenados com reclusão, será em regime de internação, enquanto os apenados com detenção será em sistema de tratamento ambulatorial.

Em caso de concurso de crimes, a pena de reclusão, por ser mais grave, será cumprida antes da pena de detenção. Assim, caso o réu seja condenado por dois crimes, sendo um de cada espécie, cumprirá primeiro a pena mais grave, conforme disciplina o CP em seu artigo 76, que assim dispõe “No concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave”. (BRASIL, 1940).

A prisão simples, por sua vez, é a modalidade de pena prevista para as contravenções penais. Sobre o assunto, André Estefam argumenta que:

É a modalidade de pena privativa de liberdade prevista para as contravenções penais e, nos termos do art. 6º da Lei das Contravenções Penais, seguem as seguintes regras:

- a) o cumprimento da pena só é admitido nos regimes semiaberto e aberto, sendo, portanto, vedada a regressão ao regime fechado sob qualquer fundamento;
- b) a pena deve ser cumprida sem rigor penitenciário;
- c) o sentenciado deve cumprir pena em separado daqueles que foram condenados pela prática de crime;
- d) o trabalho é facultativo quando a pena aplicada não superar 15 dias. (ESTEFAM, 2020, p. 719).

Cabe destacar que o condenado a prisão simples só será efetivamente condenado a cumprir pena de prisão simples, se for reincidente, já que as contravenções penais constituem infração penal de menor potencial ofensivo para as quais se mostram cabíveis a transação penal e a suspensão condicional do processo.

2.2 PENA RESTRITIVA DE DIREITOS

Constituem as chamadas penas alternativas, que têm por finalidade evitar a colocação do condenado na prisão, substituindo-a por certas restrições como perda de bens, limitação de fim de semana, interdição de direitos, prestação pecuniária, prestação de serviços à comunidade.

De acordo com Nucci (2020), são penas alternativas expressamente previstas em lei, tendo por fim evitar o encarceramento de determinados criminosos, autores de infrações penais consideradas mais leves, promovendo-lhes a recuperação através de restrições a certos direitos.

São, portanto, sanções penais impostas em substituição à pena privativa de liberdade e consistem na supressão ou diminuição de um ou mais direitos do condenado.

Cunha (2018, p. 512), afirma que “As penas restritivas de direito dividem-se em reais (prestação pecuniária e perda de bens e valores) e pessoais (prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana).”

Os requisitos para a concessão são:

São três requisitos objetivos e um subjetivo, decomposto em vários itens (art. 44, cp): objetivos: a) aplicação de pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, quando se tratar de crime doloso; b) crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa; c) réu não reincidente em delito doloso; subjetivo: condições pessoais favoráveis: d.1) culpabilidade; d.2) antecedentes; d.3) conduta social; d.4) personalidade; d.5) motivos; d.6) circunstâncias. (NUCCI, 2020).

Interessante destacar que, quanto à duração da pena aplicada, a restrição de quatro anos somente se dá no tocante aos crimes dolosos. Crimes culposos não possuem limite.

São, ao todo, cinco espécies de penas restritivas de direito que serão tratadas a seguir.

2.2.1 Prestação pecuniária

Consiste no pagamento, em dinheiro, fixado pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos.

Prevista no artigo 43 do CP, constitui a primeira espécie de pena restritiva de direito indicada pelo mencionado artigo. Interessante abordar que a prestação pecuniária não se confunde com a multa, trata-se de pagamento à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social.

Segundo Guilherme Nucci (2020, p. 557), “A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro feito à vítima e seus dependentes ou a entidade pública ou privada, com destinação social, de uma importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a 360 salários mínimos.”

A aplicação da pena de prestação pecuniária não depende de consenso ou aceitação da parte beneficiária. Não existindo parte ofendida definida, o pagamento será destinado a entidade assistencial. No mais, a aplicação do disposto no art. 45, § 2.º, do CP (substituição por prestação de outra natureza) somente pode ser feita na execução penal, até porque depende de aceitação do beneficiário.

De acordo com Nucci, a prestação pecuniária constituirá uma antecipação de indenização civil, quando for destinada a vítima ou a seus dependentes.

Devemos lembrar que a prestação pecuniária pode ter conotação de antecipação de indenização civil. Quando for destinada à vítima do delito ou aos seus dependentes, em futura ação de indenização civil, o valor pago será

devidamente descontado, evitan-do-se o enriquecimento sem causa por parte do ofendido. (NUCCI, 2020, p. 589).

No entanto, se o montante for destinado inteiramente a entidade pública ou privada com destinação social, a pena não terá qualquer conotação civil.

O autor ainda afirma que:

O advento da Lei 11.719/2008, modificando o disposto nos arts. 63, parágrafo único, e 387, IV, do Código de Processo Penal, passou a permitir que o juiz, na sentença condenatória, fixe o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, considerando os prejuízos sofridos pela vítima. Ora, essa alteração teve por fim acelerar a possibilidade de ser indenizado o ofendido em virtude da prática do delito, evitando-se a espera pela finalização da ação penal para, depois, ingressar com o pedido de reparação dos danos na esfera civil. Assim sendo, torna-se ainda mais evidente não ter sentido a substituição da pena privativa de liberdade pela prestação pecuniária, quando destinada à vítima ou aos seus dependentes. Se havia a pretensão de garantir uma célere indenização, estabelecida diretamente pelo juiz criminal, com a reforma do processo penal, tal medida pode ser tomada independentemente de se tratar de pena alternativa. O correto, portanto, é evitar a prestação pecuniária destinada ao ofendido, privilegiando-se a utilização do processo- crime para debater a questão referente à indenização civil do dano provocado pelo crime. (NUCCI, 2020, p. 590).

Cabe ainda destacar que, conforme o artigo 45, § 2ª do CP, O juiz está autorizado a transformar a prestação em pecúnia em prestação de outra natureza, ou seja, não pecuniária, que poderá consistir na entrega de cestas básicas ou no fornecimento de mão de obra.

2.2.2 Perda de bens e valores

Trata-se de uma sanção penal, de caráter confiscatório, consistente na apreensão definitiva por parte do estado, de bens ou valores de origem lícita do indivíduo.

Estefam afirma que a perda de bens e valores:

Refere-se a bens ou valores (títulos, ações) pertencentes ao condenado, que o juiz declara perdidos em favor do Fundo Penitenciário Nacional, tendo como teto o que for maior:

- a) o montante do prejuízo causado;
- b) o provento obtido pelo agente ou por terceiro em consequência da prática do crime. (ESTEFAM, 2020, p. 801).

Quanto ao objeto, cabe destacar que a perda recairá sobre o patrimônio de origem lícita do sentenciado.

É preciso esclarecer que os instrumentos utilizados para a prática do crime, o produto do delito ou o valor auferido como proveito pela prática do fato criminoso já devem ser confiscados, como efeito da condenação (art. 91, II, CP), não sendo cabível aplicar, como pena restritiva de direitos, a perda desses objetos ou valores. A perda deve recair sobre patrimônio de origem lícita do sentenciado, justamente para ter o caráter aflagante de pena. (NUCCI, 2020, p. 593).

Assim, como bem explica o autor, a perda recairá sobre o patrimônio de origem lícita do sentenciado, para se ter o caráter aflagante de pena. Os instrumentos utilizados para o crime, bem como o proveito da prática criminosa, serão confiscados como efeito da condenação.

Conforme determina o artigo 45, §3º do CP, “A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.” (BRASIL, 1940).

2.2.3 Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas

Consiste na imputação ao condenado de tarefas gratuitas em estabelecimentos assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos ou outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais, conforme determina o art. 46, §§ 1º e 2º, do CP.

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.
§ 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§ 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

§ 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

§ 4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada. (BRASIL, 1940).

Destaca-se que conforme o artigo 46 acima citado, a prestação de serviços consistirá numa atribuição gratuita, portanto, não remunerada, que será aplicada se a pena fixada na sentença for superior a 6 meses. Os serviços devem ser prestados à

razão de 1 hora de trabalho por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho do condenado.

2.2.4 Interdição temporária de direitos

De acordo com Estefam (2020), Consiste na proibição do exercício de determinados direitos pelo prazo correspondente ao da pena substituída.

Conforme o art. 47 do Código Penal, as penas de interdição de direitos são:

Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são:

I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.

IV – proibição de freqüentar determinados lugares.

V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.

A pena de interdição de direitos terá a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, razão pela qual a lei fala em interdição temporária.

2.2.5 Limitação de fim de semana

Conforme o artigo 48 do Código Penal “A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.” (BRASIL, 1940).

Ainda de acordo com o Parágrafo Único, durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

De acordo com Rogério Greco:

Caberá ao juiz da execução determinar a intimação do condenado, cientificando-o do local, dias e horários em que deverá cumprir a pena (art. 151 da LEP), sendo que a execução terá início a partir da data do primeiro comparecimento (art. 151, parágrafo único, da LEP). (GRECO, 2009, p. 546).

Nucci (2020, p. 596), afirma que “Nas comarcas onde não houver Casa do Albergado ou local específico para reter o condenado por cinco horas aos sábados e domingos, ministrando-lhe palestras ou cursos, deve ser essa pena evitada, para não gerar franca impunidade.”

Esta modalidade de pena, portanto, consiste na obrigação de permanecer na casa do albergado, ou estabelecimento similar, durante cinco horas aos sábados e domingos, participando de cursos e palestras educativas.

3 SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

No desenvolvimento histórico da pena privativa de liberdade, vários sistemas foram adotados. Esses sistemas penitenciários encontraram sua origem no século XVIII.

[...] Esses sistemas penitenciários tiveram, além dos antecedentes inspirados em concepções mais ou menos religiosas, já referidas, um antecedente importantíssimo nos estabelecimentos de Amsterdam, nos Bridwells ingleses, e em outras experiências similares realizadas na Alemanha e na Suíça. Estes estabelecimentos não são apenas um antecedente importante dos primeiros sistemas penitenciários, como também marcam o nascimento da pena privativa de liberdade, superando a utilização da prisão como simples meio de custódia. (BITENCOURT, 2020, p.374).

Os que mais se destacaram foram os sistemas de Filadélfia; auburniano e o sistema progressivo, cuja abordagem será feita a seguir.

3.1 SISTEMA DE FILADÉLFIA

No sistema de Filadélfia, também conhecido como sistema pensilvânico, o preso era isolado dos demais, não podendo trabalhar ou mesmo receber visitas, sendo estimulado ao arrependimento pela leitura da bíblia.

As características essenciais dessa forma de purgar a pena fundamentam-se no isolamento celular dos intervalos, a obrigação estrita do silêncio, a meditação e a oração. Esse sistema de vigilância reduzia drasticamente os gastos com vigilância, e a segregação individual impedia a possibilidade de introduzir uma organização do tipo industrial nas prisões. Sob um ponto de vista ideológico, Melossi e Pavarini interpretam o sistema celular como uma estrutura ideal que satisfaz as exigências de qualquer instituição que requeira a presença de pessoas sob uma vigilância única, que serve não somente às prisões, mas às fábricas, hospitais, escolas etc.⁴²⁶. Já não se trataria de um sistema penitenciário criado para melhorar as prisões e conseguir a recuperação do delinquente, mas de um eficiente instrumento de dominação servindo, por sua vez, como modelo para outro tipo de relações sociais. (BITENCOURT, 2020, p.379).

Segundo Estefam (2020, p. 720), “sistema da Filadélfia ou solitary system, adotado em 1775 na prisão de Walnut Street Jail, caracterizado pelo isolamento do preso em sua cela, a fim de que pudesse refletir e se arrepender por seus atos, sem contato com outros presos.”

Greco, em seu livro Curso de Direito Penal, afirma que:

No sistema pensilvânico ou de Filadélfia, também conhecido como celular, o preso era recolhido à sua cela, isolado dos demais, não podendo trabalhar ou mesmo receber visitas, sendo estimulado ao arrependimento pela leitura da bíblia. Notícia Manoel Pedro Pimentel que “este regime iniciou-se em 1790, na *Walnut Street Jail*, uma velha prisão situada na rua Walnut, na qual reinava, até então, a mais completa aglomeração de criminosos. Posteriormente, esse regime passou para a *Eastern Penitentiary*, construída pelo renomado arquiteto Edward Haviland, e que significou um notável progresso pela sua arquitetura e pela maneira como foi executado o regime penitenciário em seu interior. (GRECO, 2009, p. 494)

Esse sistema, no entanto, recebeu inúmeras críticas, já que, além de ser extremamente severo, impossibilitava a readaptação social do condenado, em razão do seu completo isolamento.

As críticas ao sistema de Filadélfia, no entanto, fizeram com que surgisse outro sistema, que ficou conhecido como sistema auburniano.

3.2 SISTEMA DE AUBURN

No sistema de Auburn, durante o dia o sentenciado trabalha em silêncio junto com os outros, havendo isolamento durante a noite.

Segundo Estefam (2020, p. 721), o “sistema de Auburn, adotado em 1816 no Estado de Nova York — EUA, em que o preso permanecia isolado em sua cela durante a noite e trabalhava em silêncio na companhia de outros presos durante o dia.”

Recebeu este nome, por ter sido a penitenciária construída na cidade de Auburn, no Estado de Nova York, no ano de 1818. Ressalta-se que o sistema de Auburn era menos rigoroso do que o de Filadélfia, pois permitia o trabalho dos presos, inicialmente, dentro de suas próprias celas e posteriormente, em grupos.

Para Bitencourt (2020, p. 379), “Uma das razões que levaram ao surgimento do sistema auburniano foi a necessidade e o desejo de superar as limitações e os defeitos do regime celular.”

Assim, deixou-se o sistema de isolamento total do indivíduo para o sistema coletivo de trabalho, porém, de forma silenciosa. O trabalho era obrigatório, bem como o silêncio, sob pena de sanções. Com a implantação desse sistema penitenciário, operou-se o trabalho em comum, realizado em oficinas, sendo que os reclusos realizavam trabalhos próprios da indústria.

Greco (2009, p. 495), afirma que “ O isolamento noturno foi mantido. Uma das características principais do sistema auburniano diz respeito ao silêncio absoluto que era imposto aos presos, razão pela qual também ficou conhecido com *silent system*.”

Citando Manoel Pedro Pimentel, Rogério Greco aponta as falhas do sistema auburniano:

O ponto vulnerável desse sistema era a regra desumana do silêncio. Teria origem nessa regra o costume dos presos se comunicarem com as mãos, formando uma espécie de alfabeto, prática que até hoje se observa nas prisões de segurança máxima, onde a disciplina é mais rígida. Usavam, como até hoje usam, o processo de fazer sinais com batidas na parede ou nos canos d'água ou, ainda, modernamente, esvaziando a bacia dos sanitários e falando no que chamam de *boca do boi*. Falhava também o sistema pela proibição de visitas, mesmo dos familiares, com a abolição do lazer e dos exercícios físicos, bem como uma notória indiferença quanto à instrução e ao aprendizado ministrado aos presos. (PIMENTEL apud GRECO, 2009, p. 495).

Neste sentido, como bem aponta o autor, a regra do silêncio, imposta aos presos, ocasionou o costume de se comunicarem por sinais.

Ainda neste sentido, Bitencourt aponta que:

As celas eram pequenas e escuras, e não havia possibilidade de trabalhar nelas. Essa experiência de estrito confinamento solitário resultou em grande fracasso: de oitenta prisioneiros em isolamento total contínuo, com duas exceções, os demais resultaram mortos, enlouqueceram ou alcançaram o perdão. Uma comissão legislativa investigou esse problema em 1824, e recomendou o abandono do sistema de confinamento solitário. A partir de então se estendeu a política de permitir o trabalho em comum dos reclusos, sob absoluto silêncio e confinamento solitário durante a noite. Esses são os elementos fundamentais que definem o sistema auburniano, cujas bases, segundo Cuello Calón, foram estabelecidas no Hospício de San Miguel de Roma, na prisão de Gante. (BITENCOURT, 2020, p.380).

Este sistema também recebeu muitas críticas, em virtude da aplicação de castigos cruéis e excessivos.

3.3 SISTEMA PROGRESSIVO

Surgiu, inicialmente na Inglaterra, sendo posteriormente adotado pela Irlanda. Nesse sistema, há um período inicial de isolamento. Após esse período, o sentenciado passa a trabalhar junto com os outros reclusos. Na última fase, é posto em liberdade condicional.

[...] Pelo sistema progressivo inglês, que surgiu no início do século XIX, Alexander Maconochie, capitão da Marinha Real, impressionado com o tratamento desumano que era destinado aos presos degradados para a Austrália, resolveu modificar o sistema penal. Na qualidade de diretor de um presídio do condado de Nawich, na ilha de Norfolk, na Austrália, Maconochie cria um sistema progressivo de cumprimento das penas, a ser realizado em três estágios. No primeiro deles, conhecido com período de prova, o preso era mantido completamente isolado, a exemplo do que acontecia no sistema pensilvânico; como progressão ao primeiro estágio, era permitido o trabalho comum, observando-se o silêncio absoluto, como preconizado pelo sistema auburniano, bem como o isolamento noturno, “passando depois de algum tempo para as chamadas public work-houses, com vantagens maiores”, o terceiro período permitia o livramento condicional. (GRECO, 2009, p. 495).

O sistema progressivo, portanto, consiste na preparação do apenado, para a vida em liberdade, adaptando-o à convivência social. Caracteriza-se basicamente por períodos distintos durante o cumprimento da pena, graduando-se a rigidez com paulatina liberdade, progredindo ou regredindo, a depender da conduta do preso.

Neste sentido, Bitencourt afirma que:

O regime progressivo significou, inquestionavelmente, um avanço penitenciário considerável. Ao contrário dos regimes auburniano e filadélfico, deu importância à própria vontade do recluso, além de diminuir significativamente o rigorismo na aplicação da pena privativa de liberdade. (BITENCOURT, 2020, p. 387).

Assim, conforme o autor, o sistema progressivo consistia em medir a duração da pena por uma soma de trabalho e de boa conduta imposta ao condenado. Dividia-se em três períodos:

O sistema progressivo, idealizado por Alexander Maconochie, dividia-se em três períodos:

1º) Isolamento celular diurno e noturno — chamado período de provas, que tinha a finalidade de fazer o apenado refletir sobre seu delito. O condenado podia ser submetido a trabalho duro e obrigatório, com regime de alimentação escassa.

2º) Trabalho em comum sob a regra do silêncio — durante esse período o apenado era recolhido em um estabelecimento denominado public workhouse, sob o regime de trabalho em comum, com a regra do silêncio absoluto, durante o dia, mantendo-se a segregação noturna. Esse período é dividido em classes, no qual o condenado, possuindo determinado número de marcas e depois de um certo tempo, passa a integrar a classe seguinte. Assim ocorria “até que, finalmente, mercê da sua conduta e trabalho, chega à primeira classe, onde obtinha o ticket of leave, que dava lugar ao terceiro período, quer dizer, a liberdade condicional”.

3º) Liberdade condicional — neste período o condenado obtinha uma liberdade limitada, uma vez que a recebia com restrições, às quais devia obedecer, e tinha vigência por um período determinado. Passado esse período sem nada que determinasse sua revogação, o condenado obtinha sua liberdade de forma definitiva. (BITENCOURT, 2020, p. 388).

Conforme bem explica o autor, o sistema progressivo possuía três períodos, sendo o primeiro, o período do isolamento celular, diurno e noturno, também conhecido como período de provas, cuja finalidade era fazer o apenado refletir sobre seu delito. No segundo período, imperava a regra do silêncio absoluto durante o dia e segregação noturna, e na terceira e última fase, a concessão de uma liberdade limitada até chegar a liberdade definitiva.

4. FUNDAMENTOS DA PENA

A aplicação da pena ao condenado possui diversos fundamentos, que constituem às consequências práticas da condenação.

4.1 PREVENTIVO

Tem como finalidade, a prevenção de delitos. Para este fundamento, a pena visa intimidar os cidadãos, no sentido de não cometerem ilícitos penais, pois, ao tomarem ciência de que determinado infrator foi condenado, tenderão a não realizar o mesmo tipo de conduta, pois a transgressão implicará na sanção. (ESTEFAM, 2020).

São classificadas em duas versões, como bem aponta Bitencourt:

[...] são classificadas atualmente em duas versões: de um lado, a prevenção geral negativa ou intimidatória, que assume a função de dissuadir os possíveis delinquentes da prática de delitos futuros através da ameaça de pena, ou predicando com o exemplo do castigo eficaz; e, de outro lado, a prevenção geral positiva que assume a função de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem social a que pertencem. (BITENCOURT, 2020, p. 331).

Pela prevenção geral negativa, portanto, a pena é, basicamente, uma ameaça da lei aos cidadãos para coibir o cometimento de delitos; é, pois, uma “coação psicológica” com a qual se pretende evitar a prática delitiva.

Já na prevenção geral positiva, a finalidade seria alcançada através de uma mensagem dirigida a toda a coletividade. A pena passa, então, a assumir uma finalidade pedagógica e comunicativa de reafirmação do sistema normativo, com o objetivo de oferecer estabilidade ao ordenamento jurídico.(BITENCOURT, 2020).

Assim, a pena causaria uma motivação sociopedagógica, reafirmando a confiança no direito penal, evidenciando a pena como uma solução ao conflito gerado pelo delito.

4.2 RETRIBUTIVO

Justifica a pena como uma retribuição ao mal cometido. Atribui-se, portanto, à pena, a função de realizar justiça.

Neste sentido, Estefam afirma que:

A pena funciona como castigo ao transgressor de forma proporcional ao mal que causou, dentro dos limites constitucionais. Ao autor de um homicídio não pode ser aplicada a pena de morte, mas a pena privativa de liberdade a ele imposta deve ser maior do que a de um estelionatário, por exemplo.

Conforme aponta o autor, a aplicação da pena seria um mal necessário, diante dos atos negativos praticados, funcionando como uma espécie de pagamento ou compensação da prática criminosa.

De acordo com Greco (2009), a sociedade contenta-se e espera esta finalidade, porque tende a se satisfazer com essa espécie de pagamento ou compensação feita pelo condenado, desde que, obviamente, a pena seja privativa de liberdade.

4.3 REPARATÓRIO

O Código Penal, em seu artigo 91, I, traz, como efeito da condenação, a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. Neste sentido o efeito reparatório da pena, consiste em indenizar a vítima, ou seus parentes, pelo dano causado pela prática delituosa.

Neste sentido afirma Estefam:

Consiste em compensar a vítima ou seus parentes pelas consequências advindas da prática do ilícito penal. A obrigação de reparar o dano, efeito secundário da sentença condenatória (art. 91, I, do CP), é um dos aspectos desse item. Igualmente a Lei n. 9.714/98, ao criar a prestação pecuniária em favor da vítima, como uma das novas penas restritivas de direitos, deixou clara a natureza reparatória desta espécie de sanção. (ESTEFAM, 2020, p. 713).

Assim, observa-se que a reparação do dano pode figurar como uma das funções da pena, sendo útil para a prevenção integradora, funcionando com uma terceira via, já que satisfaz as necessidades das vítima.

4.4 READAPTAÇÃO

Trata-se da reeducação do criminoso, objetivando seu retorno a sociedade. É imperioso destacar que não há pena de caráter perpétuo no Brasil, a pena deverá portanto cumprir com as funções reeducativa, de maneira a tratar o indivíduo que um dia retornará ao convívio social.

Neste sentido afirma Estefam:

Busca-se também com a aplicação da pena a reeducação, a reabilitação do criminoso ao convívio social, devendo ele receber estudo, orientação, possibilidade de trabalho, lazer, aprendizado de novas formas laborativas etc. A concretização desses objetivos, na prática, é rara, embora alcançados em alguns estabelecimentos penais tidos como modelo. (ESTEFAM, 2020, p. 713).

A lei 7.210 de 11 de julho de 1984 instituiu a Lei de Execução Penal (LEP). A referida lei, em seu art. 10 dispõe que “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.” (BRASIL, 1984).

Evidente, portanto, que o Estado deve propiciar meios para que o preso volte ao convívio social. Esse é o teor do artigo acima, dispondo que a assistência ao preso é dever do Estado e tem como um dos objetivos, orientar o retorno à convivência social.

A LEP dispõe ainda, em seu art. 11 que essa assistência será material; à saúde; jurídica; educacional; social e religiosa. A função é justamente reeducar e readaptar o criminoso, possibilitando seu retorno ao convívio social.

5 PRINCÍPIOS RELACIONADOS À PENA

O Estado tem o dever/poder de punir aquele que descumpre as leis, aplicando a sanção penal cominada no preceito incriminador. No entanto, essa tarefa de aplicar a pena, é norteadada por princípios que devem orientar a aplicação da pena.

Assim, as penas regem-se rigorosamente pelos seguintes princípios:

5.1 LEGALIDADE

O artigo 5º, inciso II, da CF/88 dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. (BRASIL, 1988).

Este princípio, portanto, é o que exige a tipificação das infrações penais elaboradas pelo Poder competente. Isso significa que somente a lei poderá impor uma obrigação a qualquer pessoa.

Cunha abordando acerca do surgimento de tal princípio afirma que:

Para uns, o postulado de legalidade nasceu no Direito Romano; para outros, na carta do Rei João Sem Terra (1215). Entre os estudiosos do Direito Penal, contudo, prevalece que tem fundamento histórico no contrato social idealizado no período iluminista, tendo sido recepcionado pela Revolução Francesa.

Trata-se, portanto, de garantia consolidada e reconhecida, inclusive, por tratados e convenções internacionais, a exemplo do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (Roma, 1950), da Convenção Americana de Direitos Humanos (San José da Costa Rica, 1969) e Estatuto de Roma (Roma, 1998). (CUNHA, 2018, p. 95).

É, pois, um mandamento de grande importância, num Estado Democrático de Direito, constituindo, na verdade, uma garantia Constitucional. A esse respeito, aduz Alexandre de Moraes:

Conforme salientam Celso Bastos e Ives Gandra Martins, no fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma ou outra via que não seja a lei, pois como já afirmava Aristóteles “a paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão – eis a lei. (MORAES, 2006, p. 36).

Neste mesmo sentido, o Art. 1º do CP dispõe que: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” (BRASIL, 1940). Não

se fala em crime, portanto, se não houver uma lei definindo-o como tal. No Direito Penal, a única fonte capaz de proibir ou impor condutas sob ameaça de sanção, é a lei.

Rogério Greco atribui a origem do princípio da Legalidade à Magna Carta, afirmando que:

Alguns autores atribuem a origem desse princípio à Magna Carta Inglesa, de 1215, editada ao tempo do Rei João Sem Terra, cujo art. 39 vinha assim redigido:

Art.39. Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livre usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País. (GRECO, 2009, p. 95).

Afirma ainda o autor, que o princípio da legalidade foi previsto expressamente em todos os nossos códigos, desde o Código Criminal do Império, de 1830, até a reforma da parte geral do Código de 1940.

Fato é que, pelo princípio da legalidade, existe a segurança jurídica do cidadão de não ser punido se não houver uma previsão legal criando o tipo incriminador.

O princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais: proibir a retroatividade da lei; proibir a criação de crimes e penas pelos costumes; proibir o emprego de analogia para criar crimes e proibir incriminações vagas. (GRECO, 2009).

O objetivo é evitar qualquer punição ou condenação por um fato que, ao tempo da ação ou da omissão, era tido como um indiferente penal, em decorrência da ausência de lei penal incriminadora.

5.2 ANTERIORIDADE

O princípio da anterioridade exige que lei que incrimina certa conduta seja anterior ao fato delituoso que se pretende punir. Assim, é inadmissível que se aprove uma lei, após a prática do fato não considerado criminoso, ao tempo em foi praticado, para punir o autor daquele fato pretérito.

De acordo com Nucci (2020), Significa que uma lei penal incriminadora somente pode ser aplicada a um fato concreto, caso tenha tido origem antes da prática da conduta para a qual se destina.

Afirma o autor que:

De nada adiantaria adotarmos o princípio da legalidade, sem a correspondente anterioridade, pois criar uma lei, após o cometimento do fato, seria totalmente inútil para a segurança que a norma penal deve representar a todos os seus destinatários. O indivíduo somente está protegido contra os abusos do Estado, caso possa ter certeza de que as leis penais são aplicáveis para o futuro, a partir de sua criação, não retroagindo para abranger condutas já realizadas. (NUCCI, 2020, p. 99).

Assim, para que haja crime e seja imposta pena, é preciso que o fato tenha sido cometido depois de a lei entrar em vigor, ou seja, a criação de tipos e a cominação de sanções exige lei anterior, proibindo assim, a retroatividade maléfica.

5.3 HUMANIZAÇÃO

Consiste em tratar o condenado como pessoa humana e foi consagrado expressamente na Constituição Federal de 1988. O art. 5.º, XLIX, da CF, dispõe que é “assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. (BRASIL, 1988).

Guilherme Nucci, abordando o assunto, afirma que:

[...]o direito penal deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem-estar da coletividade, incluindo-se o dos condenados. Estes não devem ser excluídos da sociedade, somente porque infringiram a norma penal, tratados como se não fossem seres humanos, mas animais ou coisas. (NUCCI, 2020, p. 99).

Como bem aponta o autor, os condenados não devem ser excluídos da sociedade, somente porque infringiram a norma penal. Eles conservam sua condição humana, devendo o Estado velar pelo cumprimento de suas garantias constitucionais.

Constui, portanto, vedação as penas cruéis, de morte, de trabalhos forçados, de banimento ou perpétuas, como bem determina a Constituição Federal.

Fica ainda mais evidente no inciso L do art. 5º da CF, “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.” (BRASIL, 1988).

Pode-se afirmar, portanto, que o princípio da humanidade tem relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana. Sua essência consiste em aplicar a pena ao condenado, possibilitando, no entanto, resgatar sua condição de pessoa humana.

Se torna ainda mais evidente no inciso XLVII do art. 5º da CF, que estabelece que não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento e cruéis.

Assim, ainda que privado de sua liberdade, o condenado é um titular de direitos fundamentais.

Sobre o assunto, Nucci, suscita um ponto relevante:

A Constituição Federal consagra o princípio da humanidade, voltando-se, particularmente, às penas apontadas, internacionalmente, como cruéis, tais como a morte, a prisão perpétua, o banimento e os trabalhos forçados.

Não considera, por óbvio, como cruel a pena privativa de liberdade, que, aliás, consta da relação do art. 5.º, XLVI, a, da CF, uma das sugeridas para adoção pela lei ordinária.

O ponto relevante para ser destacado é a real condição do cárcere na maioria das comarcas brasileiras. É de conhecimento público e notório que vários presídios apresentam celas imundas e superlotadas, sem qualquer salubridade. Nesses locais, em completo desacordo ao estipulado em lei, inúmeros sentenciados contraem enfermidades graves, além de sofrerem violências de toda ordem.

Parte considerável dos estabelecimentos penais não oferece, como também determina a lei, a oportunidade de trabalho e estudo aos presos, deixando-os entregues à ociosidade, o que lhes permite dedicar-se às organizações criminosas.

Sob outro prisma, observa-se carência de vagas igualmente no regime semiaberto, obrigando a que presos aguardem, no fechado, o ingresso na colônia penal, direito já consagrado por decisão judicial.

Outras várias mazelas poderiam ser apontadas, indicando a forma desumana com que a população carcerária é tratada em muitos presídios. Entretanto, não se registra, com a frequência merecida, a insurgência expressa da doutrina penal e, principalmente, da jurisprudência, no tocante a tal situação, que por certo configura pena cruel, logo, inconstitucional.

Parece-nos que a questão autenticamente relevante não é a alegada falência da pena de prisão, como muitos apregoam, em tese, mas, sim, a derrocada da administração penitenciária, conduzida pelo Poder Executivo, que não cumpre a lei penal, nem a lei de execução penal. Não se pode argumentar com a falência de algo que nem mesmo foi implementado. Portanto, a solução proposta é muito simples: cumpra-se a lei.

Diante disso, haveria de se demandar do Judiciário uma avaliação realista do sistema carcerário, impedindo a crueldade concreta na execução das penas privativas de liberdade, por se tratar de tema diretamente ligado à Constituição Federal. Quando o juiz da execução penal tomar conhecimento de situação desastrosa no estabelecimento penal sob sua fiscalização, deve tomar as medidas legais cabíveis para sanar a flagrante ilegalidade e consequente inconstitucionalidade.

Se a parcela da sociedade que se encontra no cárcere não tiver seus direitos, expressamente previstos em lei, respeitados, nem puder confiar no Poder Judiciário, prejudica-se seriamente o Estado Democrático de Direito. (NUCCI, 2020, p. 100).

Conforme aponta o autor, as condições e a realidade do sistema carcerário, dificulta o cumprimento da garantia constitucional, o que coloca em xeque, a característica pregada pelo princípio da humanização.

5.4 INTRANSCEDÊNCIA

Previsto no artigo 5º, inciso LXV da Constituição Federal, tal princípio assegura a impossibilidade de se transferir a pena para outras pessoas. Afirma, portanto, que, só responde penalmente quem comete o delito, ou para ele concorre.

Cunha, em seu livro Manual de Direito Penal, afirma que:

O princípio da pessoalidade das penas está insculpido no art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, que dispõe que: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”. Trata-se de desdobramento lógico dos princípios da responsabilidade penal individual, da responsabilidade subjetiva e da culpabilidade. (CUNHA, 2018, p. 450).

Assim, conforme o autor, tal princípio representa a impossibilidade de se transferir a pena para os sucessores, descendentes ou ascendentes do infrator. Só respondendo, penalmente, portanto, quem cometeu o delito ou para ele concorreu.

Neste sentido, André Estefam afirma que:

A pena não pode passar da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas até o limite do valor do patrimônio transferido (art. 5º, XLV, da Constituição Federal). Em suma, de acordo com este princípio a pena aplicada só pode ser cumprida pelo réu condenado, não podendo ser transferida a um sucessor ou coautor do delito. (ESTEFAM, 2020, p. 714).

A perda de bens, na verdade, não é pena, mas sim efeito da sentença, conservando, portanto, a garantia constitucional de que a “pena” não passará da pessoa do condenado.

5.5 PROPORCIONALIDADE

As reprimendas aplicadas aos autores de atos lesivos devem se adequar à gravidade do fato praticado. Em outras palavras, pode-se afirmar que a atuação do Estado, como resposta ao crime praticado, deve ser proporcional ao fim a ser alcançado.

Cunha ensinando acerca do princípio da proporcionalidade aduz que:

Trata-se de princípio constitucional implícito, desdobramento lógico do mandamento da individualização da pena. Para que a sanção penal cumpra a sua função, deve se ajustar à relevância do bem jurídico tutelado, sem desconstruir as condições pessoais do agente. (CUNHA, 2018, p. 115).

Neste sentido, Nucci afirma que:

Significa que as penas devem ser harmônicas à gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores. Não teria sentido punir um furto simples com elevada pena privativa de liberdade, como também não seria admissível punir um homicídio qualificado com pena de multa. (NUCCI, 2020, p. 109).

A aplicação da pena, portanto, deve ser proporcional ao delito cometido, dando a cada um o que é seu, por merecimento.

Rogério Greco, citando Alberto Silva Franco, aduz que:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionais, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade). (SILVA FRANCO apud GRECO, 2009, p. 77).

Verifica-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade deve nascer tanto do poder legislativo, que precisa criar normas proporcionais aos delitos praticados, bem como do bom senso do julgador, ao aplicar a lei, que deve fazê-la de modo proporcional a concreta gravidade do fato.

Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado. (CUNHA, 2018, p. 452).

A proporcionalidade, deste modo, nasce para limitar a atuação do poder estatal, cabendo a este, portanto, atender ao interesse público, de maneira proporcional, ou seja, observando os meios a serem empregados e os fins a serem alcançados.

5.6 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Conforme dispõe a Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVI, a lei deve regular a individualização da pena de acordo com a culpabilidade e os méritos pessoais do acusado.

Deve ser observada em três momentos, conforme ensina Cunha:

A individualização da resposta estatal ao autor de um fato punível deve ser observada em três momentos: a) na definição, pelo legislador, do crime e sua pena; b) na imposição da pena pelo juiz; c) e na fase de execução da pena, momento em que os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal. (CUNHA, 2018, p. 451).

Nucci comentando o princípio, afirma que significa:

[...] a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez. Não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos. Assim, o justo é fixar a pena de maneira individualizada, seguindo-se os parâmetros legais, mas estabelecendo a cada um o que lhe é devido. (NUCCI, 2020, p. 103).

Assim, deve o juiz, portanto, ao aplicar a pena, analisar os elementos colocados a sua disposição, pela lei, de maneira a tornar específica e detalhada a individualização da pena.

Nucci afirma que essa individualização ocorre em três estágios:

[...] a) fixação do quantum da pena; b) estabelecimento do regime de cumprimento da pena; c) opção pelos benefícios legais cabíveis (penas alternativas, sursis). Para a escolha do montante da pena, o magistrado se baseia no sistema trifásico: a.1) elege a pena-base, com fundamento nos elementos do art. 59 do Código Penal; a.2) aplica as agravantes e atenuantes possíveis (arts. 61 a 66 do Código Penal); a.3) finaliza com as causas de aumento e diminuição da pena. (NUCCI, 2020, p.104).

A preocupação do Legislador fica evidente no inciso XLVIII, do art. 5º da CF, quando dispõe que “ a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. (BRASIL, 1988).

Estefam, comentando duas decisões do STF, afirma a relevância do princípio:

Duas importantíssimas decisões do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, mudaram as regras da aplicação da pena aos mais graves delitos previstos em nossa legislação por entender o tribunal que certos dispositivos legais não respeitavam o princípio da individualização da pena. Com efeito, ao julgar o Habeas Corpus 82.959, em 23 de fevereiro de 2006, decidiu a Corte Suprema

ser inconstitucional a redação originária do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que determinava que, para os delitos hediondos, tráfico de drogas, terrorismo e tortura, a pena deveria ser cumprida integralmente em regime fechado. Entenderam os ministros do Supremo Tribunal Federal que a vedação à progressão de regime feria o princípio da individualização da pena e também o da dignidade humana. Além disso, no julgamento do Habeas Corpus 97.256, em setembro de 2010, o Pretório Excelso entendeu serem inconstitucionais os arts. 44, caput, e 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), que proibiam a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos do réu condenado por crime de tráfico (mesmo que a pena aplicada fosse igual ou inferior a 4 anos), uma vez que o art. 44 do Código Penal prevê tal possibilidade de conversão sempre que o crime cometido não envolver violência ou grave ameaça e a pena não superar 4 anos. (ESTEFAM, 2020, p. 714).

A resposta estatal, portanto, deve respeitar o princípio da individualização da pena. Esta por sua vez, deve figurar em três níveis, sendo, a individualização legislativa, constituindo a pena fixada pelo legislador; a individualização judiciária, cabendo ao juiz, em caso de condenação, fixar a pena concreta; e por último, a individualização executória, que se inicia após o trânsito em julgado, perante o juiz da execução.

5.7 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Pelo princípio da dignidade da pessoa humana, é vedada qualquer reprimenda cruel, indigna ou degradante na aplicação da pena. A Constituição elege tal princípio como fundamento da República, ao lado da soberania, cidadania, dos valores sociais do trabalho etc.

Segundo Estefam (2020), os motivos históricos que fizeram o constituinte erigi-la a fundamento da República Federativa do Brasil foi em virtude da experiência passada em que o Estado patrocinou a tortura e o desrespeito ao ser humano.

Estefam citando Canotilho afirma que:

[...] perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos), a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizacionais. (CANOTILHO apud ESTEFAM, 2020, p. 139).

Importante frisar que, não é a pena que fere a dignidade da pessoa humana, mas sim a maneira cruel, degradante e desumana de sua aplicação. Pode-se dizer

que existem dois aspectos ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo um deles voltado ao crime, consistente na proibição de incriminação de condutas socialmente inofensivas e o outro referente a pena, vedando-se tratamento desumano e cruel na aplicação da pena.

Estefam citando o entendimento jurisprudencial afirma que:

O Supremo Tribunal Federal possui diversos julgados em que aplicou o princípio da dignidade da pessoa humana, merecendo destaque o RE 592.581 (julgado em 13 de agosto de 2015), relatado pelo Min. Lewandowski, segundo o qual o Poder Judiciário pode impor ao Executivo o dever de realizar obras emergenciais em estabelecimentos penais com o intuito de assegurar direitos fundamentais dos presos, como sua integridade física e moral. Nesse julgamento, o Pleno da Suprema Corte aprovou a seguinte tese em repercussão geral: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o artigo 5º (inciso XLIX) da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos Poderes”. (ESTEFAM, 2020, p. 140).

Conforme o julgado, o Estado deve velar pelo cumprimento digno da pena, propiciando condições adequadas e estabelecimentos apropriados ao, respeitando assim a integridade física e moral do detento.

Segundo Bitencourt:

Dignidade da pessoa humana é um bem superior aos demais e essencial a todos os direitos fundamentais do Homem, que atrai todos os demais valores constitucionais para si. A Constituição brasileira elevou, para Valério de Oliveira Mazzuoli, a dignidade da pessoa humana a valor fundante da ordem normativa interna, reflexo do movimento expansionista dos direitos humanos iniciado no período pós-Segunda Guerra. O princípio da dignidade da pessoa humana, segundo Artur Cortez Bonifácio, “é um dos princípios de maior grau de indeterminação e também uma das fontes mais recorridas da Constituição, especialmente por: justificar as ações do Estado Democrático de Direito em favor dos direitos fundamentais, consolidando um encadeamento lógico-jurídico de um modelo de democracia voltada para a justiça social [...]” (BITENCOURT, 2020, p. 163).

Assim, conforme o autor, pelo princípio da Dignidade, o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados.

Pode-se afirmar que a essência desse princípio é a abolição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos tanto nos interrogatórios policiais, quanto na fase de cumprimento de pena bem como exigir do Estado uma

infraestrutura carcerária de meios e recursos que possibilitem um tratamento humano ao condenado, impedindo assim, a degradação e a dessocialização dos condenados.

6 FINALIDADE DA PENA

A finalidade da pena é objeto de discussão doutrinária, sobre, justamente, qual finalidade deve ser atribuída a pena. O Código Penal, em seu artigo 59, dispõe que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Do CP, portanto, tem-se duas finalidades: reprovando o mal produzido pela ação delituosa e prevenir futuras infrações penais.

6.1 TEORIA ABSOLUTA

Advoga a tese da retribuição, mediante a imposição de um mal. Notadamente, esta teoria, não encontra, na pena, um fim socialmente útil, senão retribuir ao autor do fato delituoso a culpa, impondo-lhe um mal como consequência.

Greco citando Roxin, afirma que:

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria 'absoluta' porque para ela o fim da pena é independente, 'desvinculado' de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda um sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense. (GRECO, 2009, p. 489).

Como bem aponta o autor, a pena, para esta teoria, é uma espécie de recompensa pelo cometimento do crime. Ressalta-se que a sociedade contenta-se com esta finalidade, porque tende a se satisfazer com essa espécie de 'pagamento' pelo mal cometido.

Neste sentido, Bitencourt afirma que:

A característica essencial das teorias absolutas consiste em conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito, de modo que sua imposição estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado [...]. (BITENCOURT, 2020, p. 311).

Por isso, ficou também conhecida como teoria retributiva, pois é totalmente dissociada de uma finalidade futura, buscando apenas impor, ao autor do delito, uma espécie de pagamento pelo mal cometido.

Complementando o assunto, Bitencourt ainda afirma que:

Entende-se melhor uma ideia de pena em sentido absoluto quando se analisa conjuntamente com o tipo de Estado que lhe dá vida. As características mais significativas do Estado absolutista eram a identidade entre o soberano e o Estado, a unidade entre a moral e o Direito, entre o Estado e a religião, além da metafísica afirmação de que o poder do soberano era-lhe concedido diretamente por Deus. A teoria do Direito divino pertence a um período em que não somente a religião, mas também a teologia e a política confundiam-se entre si, em que “até para fins utilitários era obrigatório encontrar-se um fundamento religioso se se pretendesse ter aceitação”. Na pessoa do rei concentrava-se não só o Estado, mas também todo o poder legal e de justiça. A ideia que então se tinha da pena era a de ser um castigo com o qual se expiava o mal (pecado) cometido. De certa forma, no regime do Estado absolutista, impunha-se uma pena a quem, agindo contra o soberano, rebelava-se também, em sentido mais que figurado, contra o próprio Deus. (BITENCOURT, 2020, p. 311).

Segundo o autor, o ‘sistema’ retribucionista atribui a pena, exclusivamente, a tarefa de realizar a Justiça. A pena, portanto, tem como fim fazer justiça, nada mais. Assim, a pena, constitui a imposição de um mal que compensa a culpa do autor.

Bitencourt (2020) destaca ainda que, entre os defensores das teses absolutistas ou retribucionistas da pena destacaram-se dois dos mais expressivos pensadores do idealismo alemão: Kant e Hegel.

De acordo com as reflexões kantianas, quem não cumpre as disposições legais não é digno do direito de cidadania. Nesses termos, é obrigação do soberano castigar “impiedosamente” aquele que transgrediu a lei. Kant entendia a lei como um imperativo categórico, isto é, como aquele mandamento que “representasse uma ação em si mesma, sem referência a nenhum outro fim, como objetivamente necessária”. (BITENCOURT, 2020, p. 316).

Em síntese, Kant considera que o réu deve ser punido pela única razão de haver delinquido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais integrantes da sociedade. Com esse argumento, Kant nega toda e qualquer função preventiva da pena. Para ele, a aplicação da pena decorre da simples infringência da lei penal, isto é, da simples prática do delito.

Já Hegel possui um ponto de partida diferente de Kant, justificando a pena pela necessidade de se estabelecer a ordem, encontrando sua justificação na necessidade de restabelecer a vigência da “vontade geral”, simbolizada na ordem jurídica e que foi negada pela vontade do delinquente. (BITENCOURT, 2020).

Assim, conforme o autor, a pena não é somente um “mal” que se deve aplicar só porque antes houve outro mal. Assim, a imposição da pena seria o restabelecimento da ordem jurídica quebrada. Aliás, na opinião de Hegel, “somente através da aplicação da pena trata-se o delinquente como um ser ‘racional’ e ‘livre’.

6.2 TEORIA RELATIVA

Para as teorias relativas a pena se justifica, não para retribuir o fato delitivo cometido, mas, sim, para prevenir a sua prática, fundamentando-se, portanto, no critério da prevenção.

Neste sentido, Bitencourt afirma que:

[...] Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, somente porque delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõe para que não volte a delinquir. Ou seja, a pena deixa de ser concebida como um fim em si mesmo, sua justificação deixa de estar baseada no fato passado, e passa a ser concebida como meio para o alcance de fins futuros e a estar justificada pela sua necessidade: a prevenção de delitos. (BITENCOURT, 2020, p. 329).

Por isso, afirma o autor, são conhecidas como teorias utilitárias ou teorias preventivas. Interessante abordar que esse critério preventivo se biparte em prevenção geral e prevenção especial.

A prevenção geral, por sua vez, pode ser analisada em dois aspectos: prevenção geral negativa e prevenção geral positiva. Na prevenção geral negativa, a pena aplicada tende a refletir junto a sociedade, com a finalidade de evitar que as demais pessoas reflitam antes de praticar qualquer infração.

Para Bitencourt (2020), a prevenção geral negativa “assume a função de dissuadir os possíveis delinquentes da prática de delitos futuros através da ameaça de pena, ou predicando com o exemplo do castigo eficaz.”

Por outro lado, a prevenção geral positiva assume a função de reforçar a fidelidade dos cidadãos, infundindo na consciência geral a necessidade de se respeitar determinados valores.

Neste sentido Bitencourt aduz que:

Para a teoria da prevenção geral, a ameaça da pena produz no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer delitos. Ante esta postura encaixa-se muito bem a crítica que se tem feito contra o suposto poder atuar racional do homem, cuja demonstração sabemos ser impossível. Por outro lado, essa

teoria não leva em consideração um aspecto importante da psicologia do delinquente: sua confiança em não ser descoberto. Disso se conclui que o pretendido temor que deveria infundir no delinquente, a ameaça de imposição de pena, não é suficiente para impedi-lo de realizar o ato delitivo. (BITENCOURT, 2020, p. 335).

O autor critica a eficácia da teoria preventiva, afirmando que não é suficiente para impedir a realização de novos atos criminosos.

A teoria da prevenção geral positiva não acredita que a finalidade estaria projetada a reeducar aquele que delinuiu, muito menos intimidar delinquentes potenciais. A finalidade agora seria alcançar, através de uma mensagem direcionada a toda a coletividade de maneira a conscientizar o cidadão.

Nas palavras de Bitencourt (2020), A pena passa, então, a assumir uma finalidade pedagógica e comunicativa de reafirmação do sistema normativo, com o objetivo de oferecer estabilidade ao ordenamento jurídico.

Comentando a prevenção especial, Greco afirma que:

A prevenção especial, a seu turno, também pode ser concebida em seus dois sentidos. Pela prevenção especial negativa existe uma neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização que ocorre com a sua segregação no cárcere. A retirada momentânea do agente do convívio social o impede de praticar novas infrações penais, pelo menos junto à sociedade da qual foi retirado. Quando falamos em neutralização do agente, deve ser frisado que isso somente ocorre quando a ele for aplicada pena privativa de liberdade. Pela prevenção especial positiva, segundo Roxin, “a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos”. Denota-se, aqui, o caráter ressocializador da pena, fazendo com que o agente medite sobre o crime, sopesando suas consequências, inibindo-o ao cometimento de outros. (GRECO, 2009, p. 490).

Interessante apontar que a prevenção especial não busca a retribuição pelo fato praticado ou a intimidação a um grupo social, ao contrário, ela visa apenas aquele indivíduo que delinuiu, objetivando que ele não volte a infringir as regras penais.

6.3 TEORIA MISTA

Para esta teoria, a pena tem duas finalidades, punir e prevenir. Assim, esta teoria seria um misto das teorias anteriores, atribuindo a pena uma dupla funcionalidade: punir o criminoso e prevenir a prática do crime, pela reeducação e pela intimidação coletiva.

Neste sentido, Bitencourt afirma que:

As teorias mistas ou unificadoras tentam agrupar em um conceito único os fins da pena. Esta corrente tenta recolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Merkel foi, no começo do século XX, o iniciador desta teoria eclética na Alemanha, e, desde então, é a opinião mais ou menos dominante. [...] (BITENCOURT, 2020, p. 356).

Evidente, portanto, o caráter punitivo e reeducativo da pena de forma que ela deverá ser justa, adequada e proporcional a gravidade do delito praticado.

Há, portanto, uma reunião das teorias absolutas e preventivas, não sendo possível dissociar uma da outra, já que, para esta teoria, a imposição da sanção penal é sempre um castigo e um meio para prevenir a prática delituosa.

7 FINALIDADE DA PENA NO BRASIL

O Código Penal não expressou qual teoria adotou, mas modernamente a doutrina tem entendido que a pena possui tríplice finalidade, qual seja retributiva, preventiva e reeducativa.

Revela-se o caráter preventivo geral da pena, quando o legislador cria o crime, cominando-lhe a sanção penal. Os parâmetros da pena constituem a prevenção geral positiva, com a finalidade de inibir o cidadão da prática delituosa, residindo aí a prevenção geral negativa.

Neste sentido Cunha aduz que:

Quando o legislador cria o crime, cominando-lhe a sanção penal (pena em abstrato), revela-se o seu caráter preventivo geral. Ao estabelecer os parâmetros mínimo e máximo da pena, afirma-se a validade da norma desafiada pela prática criminosa (prevenção geral positiva), buscando inibir o cidadão de delinquir (prevenção geral negativa). (CUNHA, 2018, p. 445).

Conforme dispõe o CP, em seu artigo 59, “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.” (BRASIL, 1940).

Assim, no momento da sentença, pode-se observar duas finalidades a retributiva e a preventiva especial.

Neste sentido Cunha citando Queiroz, afirma que:

[...] nesta fase [sentença] não se tem a pretensão de fazer da decisão um exemplo para outros possíveis infratores, em nome da prevenção geral de futuros delitos (positiva ou negativa), sob pena de violação do princípio da proporcionalidade. Recorrer à prevenção geral na fase de individualização da pena seria tomar o setenciado como puro instrumento a serviço de outros. (QUEIROZ apud CUNHA, 2018, p. 446).

Por fim, na fase de execução penal, efetiva-se a retribuição e a prevenção especial, especificamente a prevenção especial positiva, que constitui a ressocialização do apenado.

Essa finalidade fica evidente no artigo 1º da lei de execução penal, que dispõe “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão

criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

Verifica-se, portanto, a necessidade de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado, já que este cedo ou tarde retornará ao convívio social.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou apresentar uma reflexão sobre a finalidade da pena, diante de uma prática delituosa cometida. Diante de tudo o que foi exposto, percebe-se que a pena possui uma tríplice função, qual seja retribuir o mal cometido, mediante a imposição de uma sanção, constituindo, conforme defende a teoria absoluta, uma espécie de recompensa pelo cometimento do crime. Ressalta-se que a sociedade contenta-se com esta finalidade, porque tende a se satisfazer com essa espécie de 'pagamento' pelo mal cometido.

A finalidade preventiva é segunda finalidade da pena, pois a imposição de uma consequência funcionaria com uma espécie de exemplo, ou espelho à sociedade e ao próprio condenado, que enxergaria na pena uma imposição soberana do Estado que assim mostraria que as leis devem ser cumpridas.

Defendida pela teoria relativa, a finalidade preventiva entende que a finalidade da pena é alcançar, através de uma mensagem direcionada a toda a coletividade, qual seja a própria pena aplicada ao infrator, de maneira a concientizar os demais cidadãos. Assim, a pena então assumiria uma finalidade pedagógica, oferecendo estabilidade ao ordenamento jurídico e segurança à sociedade.

E a finalidade reeducativa da pena, defendida pela teoria mista, que considera tanto a prevenção quanto a retribuição como finalidades da pena. Assim, a pena teria um caráter punitivo e reeducativo, de forma que ela deverá ser justa, adequada e proporcional a gravidade do delito praticado.

Neste sentido, ressalta-se que a finalidade educativa é de grande relevância à sociedade, pois, apesar de, a sociedade satisfazer-se apenas com a finalidade da retribuição, deve ter em mente que o delinquente, cedo ou tarde retornará à sociedade, eis que no Brasil não possui penas de caráter perpétuo.

Essa relevância fica evidente na Lei de Execução Penal, quando dispõe que um dos objetivos da execução penal é, além de efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal, proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado.

Assim, é dever do Estado, portanto, e essencial a efetividade da pena imposta, que o Estado proporcione condições para a harmônica integração social do condenado, de maneira a possibilitar que a tríplice função da pena seja alcançada, qual seja, prevenir novas práticas delituosas, pelo exemplo da resposta estatal,

retribuir o mal cometido ao delinquente e reeducar aquele que após o cumprimento da pena, retornará ao convívio em sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 03 de Out. de 2020.

BRASIL, **Decreto-Lei 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 22 de Set. 2020.

BRASIL, **Lei 7.210, de 11 de Julho de 1984. Lei de Execução Penal**. Brasília, 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em 01 de out. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 26. ED. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. 6. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

ESTEFAM, André e GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Parte Geral**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal, parte geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, parte geral**. Vol. 1. 37 Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. Atlas: São Paulo, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. Ed São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.