FINALIDADES DA PENA SOB A PERSPECTIVA SISTÊMICA: NÍVEIS DE EFICIÊNCIA E EFICÁCIA E POSSIBILIDADE DE EVOLUÇÃO

PURPOSES OF THE PENALTY UNDER THE SYSTEMIC PERSPECTIVE: LEVELS OF EFFICIENCY AND EFFECTIVENESS AND POSSIBILITY OF EVOLUTION

Douglas Lingiardi Strachicini[1]

RESUMO: A pena, modalidade de sanção penal e consequência jurídica do crime, está inserida dentro de um sistema que tem por objetivos a retribuição e prevenção. Este sistema está fundado em balizas normativas constitucionais, legais e principiológicas que necessitam funcionar de forma equilibrada nos vários momentos em que se faz necessária a realização das finalidades da pena. O desequilíbrio ou desarmonia em qualquer das etapas produz um sistema falho, que acarreta prejuízos não só à pessoa condenada como a toda a sociedade, fazendo com que a pena não alcance sua finalidade e os índices de criminalidade e violência aumentem. A elevação da finalidade da pena à categoria de princípio é uma alternativa encontrada dentro do próprio sistema para que possa haver a correção dos desequilíbrios que se evidenciaram na realidade brasileira, especialmente no descumprimento da função de prevenção especial positiva (ressocialização). Neste contexto, tem-se como imprescindível a observância do princípio da finalidade da pena por parte de todos os agentes que estejam envolvidos no Sistema de Justiça Criminal e de Execução Penal brasileiro, sob pena de o comportamento contrário acarretar o aumento da criminalidade, violência e impunidade.

Palavras-chave: Direito penal. Execução penal. Pena. Finalidades da pena. Eficiência e eficácia da pena.

ABSTRACT: The penalty, a type of criminal sanction and legal consequence of the crime, is part of a system that aims at retribution and prevention. This system is founded on normative constitutional, legal and principiological guidelines that need to function in a balanced way at the various times when it is necessary to carry out the purposes of the sentence. The imbalance or disharmony in any of the stages produces a flawed system that causes harm not only to the convicted person but to the whole of society, making the penalty

1 Promotor de Justiça do Ministério Público do estado de Mato Grosso. Pós-graduando em Ciências Criminais pela FDRP/USP. E-mail: douglasstrachicini@usp.br; douglas.strachicini@mpmt.mp.br.

not reach its purpose and the crime and violence rates increase. Raising the purpose of the sentence to the category of principle is an alternative found within the system itself so that there can be a correction of the imbalances that have become evident in the Brazilian reality, especially in non-compliance with the function of positive special prevention (resocialization). In this context, it is essential that all agents involved in the Brazilian Criminal Justice and Criminal Enforcement System observe the principle of the purpose of the penalty, under penalty of the opposite behavior leading to an increase in crime, violence and impunity.

Keywords: Criminal law. Penal execution. Feather. Purpose of the penalty. Efficiency and effectiveness of the penalty.

INTRODUÇÃO

A pena é a retribuição imposta pelo Estado em razão da prática de um ilícito penal, e consiste na privação ou restrição de bens jurídicos da pessoa determinada pela lei, seja o patrimônio, seja a liberdade.

No sistema jurídico brasileiro, a pena é uma das espécies de sanção penal, posto que coexiste com as medidas de segurança. Todavia, para os fins deste estudo, trataremos somente da pena, uma das consequências jurídicas do crime, enfatizada a privativa de liberdade.

Não há dúvidas de que a pena é meio de controle social do Estado que para alguns se justificaria para a manutenção da harmonia social e para outros, seria apenas uma retribuição pelo mal causado (infração da norma incriminadora) (AZEVEDO; FURLAN, 2013, p. 138).

Tal divisão acerca da finalidade da pena foi objeto intenso debate entre as várias escolas penais, que passaram a estudar o criminoso e as consequências de seus atos desde a Idade Média para estabelecer as razões de existência do sistema penal.

A evolução desses estudos fez com que a pena, que era prevalentemente um castigo corporal (teoria absoluta ou da retribuição), passasse a ser compreendida por sua utilidade, sendo estudada e aplicada considerando suas possíveis finalidades (teoria relativa ou da prevenção) até se firmar a corrente eclética da finalidade da pena, isto é, retribuição e prevenção (teoria eclética, mista ou unificada).

O ordenamento jurídico-penal brasileiro não é expresso sobre a teoria adotada[2], mas sua análise sistemática revela ter seguido os ditames da teoria eclética[3].

É por este motivo que a maioria da doutrina pátria, ao tratar dos fundamentos da pena, elenca a retribuição e a prevenção, que se subdivide em prevenção geral (dirigida a todos) e prevenção especial (dirigida ao infrator).

A prevenção geral também se divide em *prevenção geral negativa*, consistente na intimidação da sociedade pela ameaça penal e *prevenção geral positiva*, que visa demonstrar a vigência da norma penal nos planos de

2 Embora a lição de Damásio de Jesus sustente que a pena passou a ter natureza mista de retribuição e prevenção a partir da reforma de 1984, conforme disposto no art. 59, caput, do CP. JESUS, Damásio de. **Direito penal**. Vol. 1, 37. ed., São Paulo: Saraiva, 2020, p. 542.

3 Rogério Sanches Cunha assere que modernamente entende-se que a pena tem tripla finalidade, acrescentando, além da retribuição e prevenção, a finalidade educativa. CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 7. ed., Salvador: JusPodivm, 2019, p. 455.

existência, validade e eficácia, reforçando a confiança na ordem jurídica.

Já a *prevenção especial* pode ser *negativa,* quando se refere ao efeito desestimulante que a pena tem sobre quem a ela é submetido (ou, nas palavras de Juarez Cirino dos Santos (2020, p. 437-438), *a segurança social pela neutralização do autor*), e *prevenção geral positiva,* que diz respeito à ressocialização do criminoso (ou, novamente segundo Juarez Cirino dos Santos (2020, p. 438), *a correção do autor pela ação pedagógica da execução penal*).

É necessário justificar que aqui usaremos o termo *ressocialização*, apesar das críticas que essa expressão sofre, como de resto sofrem as finalidades conhecidas como ideais re. Não ignoramos tais críticas[4]. Todavia, não podemos abrir mão de seu emprego, sob pena de esvaziar qualquer sentido da execução da pena, abrindo-se espaço para teorias meramente retributivas.

Todo esse panorama sobre a pena e suas finalidades (ou funções) não traz nenhuma novidade para o leitor e não é objetivo deste modesto estudo. Em verdade, o que se pretende no presente artigo é descrever as finalidades da pena por meio de seus balizamentos constitucional e legal, verificar os momentos em que incidem, asserir se estão conseguindo alcançar seus objetivos com eficiência e eficácia, traçar as consequências de um possível desequilíbrio e sugerir a observância de um princípio por parte de todos os agentes que estejam envolvidos no Sistema de Justiça Criminal e de Execução Penal brasileiro.

Isso porque a dinâmica social deste mundo de tempos líquidos (BAUMAN, 2007) e de síndrome do pensamento acelerado (CURY, 2014) faz surgir novos entendimentos sobre a eficácia e efetividade da reação penal do Estado frente aos casos concretos.

A teoria da pena e seu processo de execução mantém sua importância e induz estudos constantes, sendo o presente artigo nossa sugestão para sua reflexão e, em especial, para uma autoavaliação dos operadores do Sistema de Execução Penal sobre a realidade das funções da pena em seu cotidiano.

4 Tais críticas podem ser encontradas em CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2015 e ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR, Salah H. **Direito penal mofado**: a lenda conveniente da ressocialização. Disponível em: <http://www.justificando.com/2014/07/17/direito-penal-mofado-lenda-conveniente-da-ressocializacao/> Acesso em 23 mar. 2021.

1 BALIZAMENTO CONSTITUCIONAL: ESPÉCIES DE PENAS ADMITIDAS, VEDADAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PENA

Antes de aprofundarmos o estudo sobre as finalidades da pena, é necessário destacar seu balizamento constitucional, eis que nenhuma pessoa que atuar em sua consecução poderá deixar de observar os preceitos previstos na Carta Magna de 1988.

É dizer, o hermeneuta deve aplicar o princípio da força normativa da Constituição para conferir à norma força suficiente para impor suas determinações ou que conduzam a uma eficácia máxima (FERNANDES, p. 197).

Assim, todo aquele que for lidar com as finalidades da pena no Brasil não pode tirar de seu retrovisor os preceitos sobre penas que foram estabelecidos na Constituição da República.

Sinteticamente, pode-se dizer que a Carta Maior trata (a) das espécies de pena admitidas no Brasil, (b) das espécies de pena vedadas em nosso país e (c) dos princípios que orientam a aplicação e a execução das penas.

Em relação às penas admitidas no Brasil, o art. 5º, inc. XLVI, da Constituição estabelece que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (i) privação ou restrição da liberdade; (ii) perda de bens; (iii) multa; (iv) prestação social alternativa; e (v) suspensão ou interdição de direitos.

Já as penas vedadas no Brasil estão previstas no art. 5º, inc. XLVII, da Constituição, que informa que não haverá (i) penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; (ii) de caráter perpétuo; (iii) de trabalhos forçados; (iv) de banimento; e (iv) cruéis[5].

Além disso, mas não menos importantes, também temos expressos na Constituição Federal os princípios relacionados às penas, destacando-se: (i) o princípio da legalidade (art. 5º, inc. XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal), (ii) o princípio da personalidade, intranscendência ou transcendência mínima (art. 5º, inc. XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação

5 André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves alocam a soma das penas vedadas pela Constituição (art. 5º, inc. XLVII) como princípio da humanização. STEFAM, André RIOS GONÇALVES, Victor Eduardo. **Direito penal: parte geral**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 494. Norberto Avena, além do inciso que trata das penas vedadas, menciona o inc. XLIX do mesmo art. 5º, que trata do asseguramento do respeito à integridade física e moral, como integrante do princípio da humanização. AVENA, Norberto. **Execução penal**. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 10.

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), (iii) o princípio da individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI – a lei regulará a individualização da pena) e (iv) princípio da dignidade da pessoa (art. 1º, inc. III – A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana).

Este balizamento, constitucionalmente estabelecido, sempre deve servir de parâmetro de compatibilidade aos agentes do Sistema de Justiça Criminal e de Execução Penal quando lidam com as finalidades da pena.

Assim, não é possível a aceitação de inobservâncias ou violações – diretas ou indiretas – às espécies de penas admitidas, vedadas e princípios constitucionais da pena, situação que somente reforçaria as contradições de um sistema de privação de liberdade oficialmente já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como inconstitucional por sua desumanidade e ineficiência em relação aos objetivos declarados da pena criminal[6].

Pelas mesmas razões, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já proferiu decisões em desfavor ao Brasil sobre as precárias situações dos Complexos Penitenciários de Curado (CIDH, 2018), em Pernambuco; Pedrinhas (CIDH, 2019), no Maranhão, e do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (CIDH, 2018), no Rio de Janeiro.

2 BALIZAMENTO INFRACONSTITUCIONAL: PRINCÍPIOS RELACIONADOS ÀS PENAS

Além dos princípios de ordem Constitucional relacionados à pena, a doutrina também destaca outros princípios informadores da sanção privativa de liberdade, que deverão ser observados tanto quanto os princípios constitucionais.

Segundo a maioria da doutrina nacional, seriam eles: (i) o princípio da humanização, (ii) o princípio da proporcionalidade, (iii) o princípio da inderrogabilidade ou inevitabilidade e (iv) o princípio da vedação do *bis in idem*.

É certo, entretanto, que alguns autores também fazem referência a vários outros princípios aplicáveis à etapa de execução da pena, como Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, p. 17-54), que elenca os princípios da não marginalização (ou não discriminação) das pessoas presas, da intervenção

6 Medida Cautelar na ADPF nº 347/DF.

mínima, da culpabilidade, da lesividade, da presunção de inocência, da proporcionalidade, da celeridade (ou razoável duração) do processo de execução penal e do numerus clausus.

A estes princípios é que ousamos elevar a estatura das finalidades da pena e nivelá-la como *princípio da finalidade da pena*. Assim, deixaríamos de considerar as finalidades da pena previstas no art. 1º da Lei de Execuções Penais[7] e no art. 5º, § 6º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH – Pacto de São José da Costa Rica)[8] tão somente como regras e passaríamos a utilizá-las como princípios[9], podendo ser aplicado positivamente, como orientação a ser seguida, ou, negativamente, para anular uma regra que os contradiga.

Dessa forma, considerando ou não a finalidade da pena como princípio, é fato que além dos princípios estabelecidos em nossa Carta Cidadã, ainda temos outros inseridos em nossa legislação penal e de execução penal que sempre servirão como norte para o cumprimento das funções da pena.

E sua importância principal está diretamente relacionada com o fato de que não são, como usualmente se costuma pensar, utilizados somente no momento em que o Estado-Juiz vai proferir um édito condenatório[10].

Sobre isso, Cláudio do Prado Amaral (2016, p. 54) já destacou que:

> a começar pelos esforços feitos pela dogmática, que se orientaram fortemente para o estudo dos fins da pena até o momento de sua imposição e, em menor intensidade, para a investigação do que se objetiva na fase executiva. O interesse da doutrina ocorreu preponderantemente relativamente aos contornos de uma pena considerada estaticamente, em detrimento de estudos sobre a pena em movimento, isto é, da pena em seu momento dinâmico, quando é executada.

Em verdade, este é apenas um dos vários momentos em que as funções da pena fazem parte do dia a dia dos envolvidos no Sistema de

7 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.

8 As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

9 Rogério Sanches Cunha bem destaca que na etapa de execução penal o caráter reeducativo (ou educativo), assume importância máxima, conforme disposto no art. 1o da LEP. CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral.** 7. ed., Salvador: JusPodivm, 2019, p. 456

10 Alexis Couto de Brito observa com argúcia esta distinção em sua obra ao distinguir os *fins da pena dos fins da execução penal*. BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p. 48-52.

Justiça Criminal e de Execução Penal brasileiro, como se demonstrará no item subsequente.

3 MOMENTOS DE INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E RELACIONADOS ÀS PENAS E SEU NECESSÁRIO EQUILÍBRIO

Como já destacado, as finalidades da pena devem estar presentes em vários momentos, e não somente quando da prolação de uma sentença penal condenatória.

O primeiro momento é o da criação de um tipo penal, oportunidade em que o legislador cria o crime e comina-lhe a sanção penal (pena em abstrato).

Nessa oportunidade, o legislador deve ter em mente o princípio da finalidade das penas, pois revela-se o seu caráter preventivo geral.

Ao estabelecer os parâmetros mínimo e máximo da pena afirma-se a validade da norma violada pela prática criminosa (prevenção geral positiva) e busca-se inibir o cidadão de delinquir (prevenção geral negativa), cientificando a população de que procure evitar ser também atingida pela pena aplicada ao criminoso.

O segundo momento em que o princípio da finalidade deve estar presente é o momento da sentença (aplicação da pena). Como se sabe, a imposição da pena ocorre após o devido processo legal, por meio do qual fica constatada a autoria e a materialidade de um comportamento típico, ilícito e culpável não atingido por causa excludente da punibilidade (CUNHA, 2019, p. 453).

Nesse momento, o Estado-Juiz, através do magistrado competente, deve observar outras duas finalidades da pena: a retributiva (ao mal que foi causado) e a preventiva especial negativa (visa evitar que o próprio criminoso volte a delinquir, haja vista estar na prisão).

Por fim, o terceiro momento em que o princípio da finalidade deve ser observado é a etapa da execução penal, na qual se concretiza a retribuição e prevenção especial (disposições da sentença), ganhando relevo a prevenção especial positiva (ressocialização).

Desse modo, nota-se que o princípio da finalidade da pena deve incidir sobre todos os momentos, desde a criação do tipo penal incriminador até a efetiva ressocialização da pessoa apenada. Só assim teremos um sistema harmônico e coeso, capaz de cumprir todas as funções a que o instituto da

pena se destina.

Por outro lado, como veremos, se ocorrer o desequilíbrio em alguma (ou algumas) dessas etapas, corre-se o risco de se comprometer todo o sistema relacionado às finalidades da pena, fato tendente a ocasionar sérias consequências para a sociedade.

E é neste ponto que reside a importância de se perquirirem os níveis de eficiência e eficácia das finalidades da pena em nosso país, especialmente levando-se em conta a finalidade preventiva especial positiva, ou seja, se nosso sistema vem obtendo êxito em ressocializar as pessoas presas.

4 EFICIÊNCIA E EFICÁCIA DA FINALIDADE DA PENA NO BRASIL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

São raros os estudos científicos sobre o grau de eficiência e eficácia da pena privativa de liberdade no Brasil, em especial sob seu aspecto de prevenção especial (dirigida ao infrator).

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), sobre os dados do sistema carcerário nacional, atualizados até dezembro de 2019 (BRASIL, 2020), o Brasil possuía um total de 748.009 presos, sendo 362.547 cumprindo condenações em regime fechado (48%), e 222.558 presos provisoriamente (30%), também submetidos à disciplina carcerária do regime fechado. Ou seja, 78% da população carcerária já estava submetida à privação de liberdade pelo regime mais gravoso.

De outro lado, segundo os dados do Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça e do IPEA (CNJ, 2020), a taxa de reincidência penitenciária no Brasil totaliza 42,5% das pessoas com mais de 18 anos que tinham processos registrados em 2015 e retornaram ao sistema prisional até dezembro de 2019.

Ainda, segundo os dados consolidados da última edição do *World Prison Brief*, do Instituto de Pesquisa de Política Criminal (*Institute for Crime & Justice Policy Reserch – ICPR*) da Universidade de Londres, considerando o número absoluto de pessoas presas, o Brasil ocupa a 3ª posição, atrás apenas de Estados Unidos e China (WPB, 2018).

Há, ainda, outro recorte: os dados de pessoas encarceradas coletados pelo Monitor da Violência, uma parceria com o G1, o Núcleo de Estudos da Violência da USP e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, apontam que o Brasil continua sendo um dos países que mais prendem no mundo, com uma