**A INEFICÁCIA DA FINALIDADE DA PENA NO BRASIL**

 Rhuan Maia Feitosa de brito

Tojney Marcos Sousa

Andréa Rayla dos Santos

**RESUMO**

O presente artigo acomete a finalidade das penas fazendo uma abordagem histórica das penas, analisando desde sua origem, suas teorias, até alcançar a sua finalidade, sobretudo a atual, punitiva e ressocializadora. Ainda tem o objetivo de vislumbrar a evolução sofrida pelas penas, iniciando com aplicações severas sem qualquer preocupação com a pessoa do condenado, caminhando até a imposição de penas mais humanas, chamadas de humanitárias. E que apesar da evolução, estamos aquém do que busca o ordenamento jurídico pátrio, que adotou a teoria mista como objetivo das suas penas.

Palavras chaves: Finalidade da pena. Ineficácia. Sistema prisional.

INTRODUÇÃO

 As teorias sobre a finalidade da pena nasceram a partir do momento em que um crime era praticado e nascia para o Estado o seu direito de punir, cada teoria trazia características e conceitos próprios.

Se olharmos para um resumo histórico, conclui-se que as penas e os castigos que o Estado aplicou aos violadores das normas se moldaram em direção à humanização, isso aconteceu posteriormente a obra de Cesare Beccaria “Dos delitos e das penas”, onde o sistema punitivo que tinha como finalidade as penas desumanas e cruéis submergiu dando lugar a outras com discrição mais humanitária, da qual tem como fim a recuperação do infrator.

Compõem teorias oficiais em relação à pena, as teorias absolutas, atreladas às teses da retribuição; e de outro lado, as teorias relativas, subdivididas dois grupos a prevenção geral e a prevenção especial ou individual,e, por fim, as teorias mistas ou unificadoras.

1. Teoria retributiva da pena (teoria absoluta)

A Teoria Absoluta também chamada de Retributiva considera a pena como uma forma de recompensa ao deliquente pelo ilícito, ou seja, o Estado rebate ao mal praticado no delito com outro mal cominado ao autor da ação. Lecionam HASSEMER e CONDE que a Teoria retributiva considera que a pena deve ser também para o autor do delito uma forma de "expiación", ou seja, uma espécie de penitência que o apenado deve cumprir para purgar (expiar) seu ato injusto e culpabilidade pelo mesmo.

A teoria analisada, não demonstra outra finalidade a não ser a de punir o deliquente, lhe causando um prejuízo, advindo de sua própria ação, uma forma do condenado entender que está sendo penalizado devido ao seu desrespeito com as normas jurídicas e para com seus iguais.

Não se cogita uma ressocialização do condenado, nem a reparação do dano causado pelo delito, não se fala em educação ou de trabalho com a finalidade de dignificar o apenado, mas sim, de punir, castigar e retribuir ao mesmo o desrespeito com os parâmetros legais e com a sociedade.

Por fim, a pena retributiva exaure a sua finalidade no mal que se faz sofrer ao condenado como retribuição do mal do crime, a pena na verdade não tem finalidade, é um fim em si mesmo. Percebe-se que é uma doutrina simplesmente social-negativa por se portar alheia e oposta de qualquer tentativa de socialização do condenado e da reimplantação da segurança jurídica da comunidade afetada pelo crime. Em resumo, contrária a qualquer atuação preventiva, e consequentemente da pretensão de controle e domínio da criminalidade.

**2. TEORIAS PREVENTIVAS DA PENA (TEORIAS RELATIVAS)**

Também conhecidas como teorias relativas, as teorias preventivas da pena são aquelas que incubem a pena a finalidade de não deixar que no futuro o condenado volte a delinquir. São divididas em teoria preventiva especial e teoria preventiva geral.

Nota-se que, tal teoria, presume que o apenado vai cometer novos crimes, se não for punido de imediato, através desta dedução, que tem que se utilizar da pena para se chegar ao objetivo de toda política criminal, a teoria relativa ou preventiva tenta eliminar a prática de novos ilícitos.

Nesse diapasão, Carnelutti (2004, p. 73) menciona que a finalidade do direito penal é a prevenção de novos delitos, diminuindo a proliferação de condutas criminosas:

Para tanto serve, em primeiro lugar, o castigo que, provocando o sofrimento de quem cometeu o delito, cria um contra-estimulo ao cometimento de outros; por isso *puniturnepeccetur*, isto é, a fim de tentar dissuadir o condenado a pôr-se em condições de ter de ser punido novamente. Sob este aspecto, o Direito Penal opera sobre a necessidade, constituindo um *vinculum quo necessitateadstringimuralicuius... rei faciendaevel non faciendade*; a obrigação penal, da qual se ocupa a ciência do Direito Penal material, é a expressão da finalidade preventiva do Direito Penal.

O que vai diferenciar as teorias preventivas da teoria retributiva, é que esta visa simplesmente a retribuição do mal causado com um mal sofrido pelo agente, a pena, enquanto aquela tem na pena um meio para inibição da prática de novos delitos, ou seja, um sentido preventivo que arquiteta seus efeitos para o futuro.

Desta maneira, Bittencourt (2001, p. 84) leciona que para a teoria relativa da pena, a finalidade precípua é a prevenção, inibindo novas ocorrências de infrações criminais:

A formulação mais antiga das teorias relativas costuma ser atribuída a Sêneca, que, se utilizando de Protágoras de Platão, afirmou: "nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar. Para as duas teorias a pena é considerada um mal necessário. No entanto, para as teorias preventivas, essa necessidade da pena não se baseia na idéia de realizar justiça, mas na função, já referida, de inibir, tanto quanto possível, a pratica de novos fatos delitivos.

Existem algumas críticas a esta teoria por se basear na necessidade da aplicação da pena para que exista uma diminuição da violência e da prática de novos crimes. Em razão disto, o Estado atuaria sem limites de poderes, podendo chegar ao “Direito Penal do Terror”. Portanto, a utilização da pena como meio de intimidação levaria a esse direito penal mencionado, punindo tão duramente quanto achasse possível.

**2.1 TEORIA PREVENTIVA GERAL**

A teoria preventiva tomou dois caminhos diferentes, ou seja, a prevenção geral e a prevenção especial, ora analisada e que está ligada à totalidade dos cidadãos, acreditando que a imposição de uma pena, e sua execução, por um lado, sirva para amedrontar aos possíveis infratores (concepção estrita ou negativa da prevenção geral), e, por outro lado, sirva para reforçar a segurança jurídica dos cidadãos e sua confiança e fé no Direito (concepção ampla ou positiva da prevenção geral).

Desta forma, a pena pode ser imaginada como forma resguardada de ameaça as outras pessoas por meio do sofrimento que o criminoso sofre com ela e que, ao final, as dirigirá a não praticarem fatos delituosos (prevenção geral negativa ou de intimidação).

Por outro lado, a pena pode ser compreendida, como meio que o Estado se serve para conservar e reanimar a credibilidade da comunidade na legitimidade e na eficácia das normas de proteção de bens jurídicos e, desta maneira, no ordenamento jurídico-penal, como meio designado a mostrar a comunidade a força eficaz do ordenamento jurídico, ou seja, não deixar que a segurança jurídica seja quebrada, mesmo diante de todas as transgressões que tenham ocorrido (prevenção geral positiva ou de integração).

**2.2 TEORIA PREVENTIVA ESPECIAL**

Essa teoria tem como ideologia a atenção direcionada no criminoso que venha a sofrer uma sanção penal em concreto. Têm por conseqüência semelhante à teoria preventiva geral, a ideia de que a pena tem uma finalidade de prevenção da reincidência.

A teoria supra se diferencia da teoria retributiva pelo fato de não procurar retribuir o fato criminoso praticado pelo agente, e sim justificar a sanção penal aplicada ao apenado com o objetivo de evitar que ele venha praticar novos delitos. Destarte, percebe-se que o que vai diferenciar essencialmente a prevenção especial, da prevenção geral, é em relação de que o fato de se aplicar a pena não se dirige a generalidade, e sim, o fato se direciona a uma pessoa em específico que é o agente delituoso. Ou seja, a finalidade desta teoria é tentar impedir que aquele que praticou crime volte a praticar.

Neste sentido, a teoria da prevenção especial pode se ramificar em duas correntes, a qual se diferencia pelo fato de estar baseada nas diferentes maneiras de operar, de acordo com o tipo de delinqüente. Desta forma, a ramificação ocorre através da prevenção positiva (ou ressocializadora) e prevenção negativa (ou intimidatória).

A corrente da prevenção positiva busca a ressocialização do condenado, por meio da sua correção, ou seja, a imposição da pena. A prevenção positiva defende a aplicação de uma pena direcionada a cura do próprio delinqüente, com o intuito de interferirem sua personalidade, com o fim de evitar a nova prática de delitos.

Já a doutrina da prevenção negativa tem como objetivo paralisar a potencial reincidência delitiva, do agente condenado, através de sua intimidação. Busca evitar o novo cometimento de crimes por meio de técnicas, simultaneamente, eficazes e contestáveis, tais como, a pena de morte, prisão perpétua, o isolamento etc.

**2.3 TEORIAS MISTAS OU UNIFICADORAS**

Essa teoria tenta congregar em um entendimento uno, os fins da pena. Como o próprio nome exprime, essa teoria busca agregar as características mais acentuadas das correntes absolutas e relativas. Foi desenvolvida por Adolf Merkel, sendo a doutrina dominante na atualidade. Desta forma, conforme afirma o autor espanhol MIR PUIG (1999, p. 56): "Entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo complexo fenômeno que é a pena”.

Para esta teoria, a pena é tanto uma retribuição ao apenado pela prática de um crime, como um meio de inibir a reincidência. Ou seja, é uma combinação entre as teorias retributiva e preventiva, sendo a pena uma configuração de castigo ao deliquente, diante a prática desrespeitosa das normas jurídicas. Como também um instrumento de profilaxia ao acontecimento de novos crimes, tanto na prevenção geral como na específica.

Foi a teoria adotada pelo legislador brasileiro, no art. 59, *caput,* do Código Penal, visando a reprovação e a prevenção.

Assim sendo, a teoria mista, mesclou às outras duas teorias, retributiva e preventiva, para esta teoria a pena tem atributo de uma punição, com um objetivo bem mais abrangente do que a própria punição, a de fazer justiça em decorrência do mal causado, prevenindo que o criminoso reincida, e a sociedade em geral tenha tal medo de também praticar crime e, por implicação, ressocializar o condenado, tutelando os bens jurídicos, buscando a paz e a segurança jurídica.

**INEFICÁCIA DAS PENAS**

O Código Penal brasileiro, em seu artigo 59, estabelece que o juiz determinará a fixação da pena conforme seja necessário e suficiente para prevenção e reprovação do crime, a pena aplicável ao caso.

Em decorrência de tal artigo e do todo ordenamento jurídico relacionado ao direito penal, a pena possui um objetivo decorrente do mencionado artigo, além dos expressos punir e previnir, o de readequar o apenado ao seio social.

O que ocorre porém, é que todos sabem que a situação das prisões brasileiras, em geral, vão de encontro com o fundamento constitucional da dignidade humana presente na Constituição Federal de 1988.

Isto se dá, pois, em quase todo o Brasil o que existem são prisões que não possuem a mínima condição de abrigar um ser humano sem ofender a sua esfera de diretos personalíssimos.

Nesse sentido, no Brasil, de acordo com Nunes (2005, p. 145), “um em cada três detentos encontram-se em situação absolutamente irregular, pois muitos deles deveriam estar custodiados em presídios, mas encontram-se confinados em Delegacias de Polícias e em Cadeias Públicas”.

Além de conviver com esta superlotação, os presos ainda sofrem com doenças, maus tratos, ameaças e desumanidade que imperam dentro dos estabelecimentos prisionais.

De tal maneira, percebe-se que a teoria mista adotada pelo legislador em nenhum momento é alcançado pelo atual sistema penitenciário, regredindo a pena no Brasil a sua fase inicial, onde era adotado a teoria retributiva.

Na realidade, como se comenta por ditado popular, a cadeia é universidade do crime, onde serve apenas para qualificar quem cometia um delito pequeno a cometer um maior.

**CONCLUSÃO**

 Portanto, diante o explanado notou-se que toda evolução que as Teorias da pena sofreram, passando inicialmente por fases bastante cruéis e desumanas, até chegar a uma fase onde além de punir, prevenir busca ressocializar o condenado, através de penas mais brandas, garantindo todos os seus direitos fundamentais, evolui apenas teoricamente, já que na prática o que existe é um único objetivo, retrogrado, o de finalidade única de punir, sem preocupação preventiva nem ressocializadora. Destarte, revela-se totalmente ineficaz a finalidade da pena adotada pelo ordenamento jurídico pátrio.

**REFERÊNCIAL BIBLIOGRÁFICO**

ARRUDA, Rejane Alves de. **Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal**, São Paulo, ano VI, nº. 33, p. 35-38, ago./set. 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. de Torrieri Guimarães, 1995.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** 10 ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. 1 ed., Campinas:Bookseller, v. 1, 2004.

MIR PUIG, Santiago. ***El derecho penal enel estado social y democrático*.** Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

MUÑOZ CONDE/ HASSEMER. *Introducción a la Criminologia* . Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2001.