Publicado in: NEVES, Paulo S. da Costa- RIQUE, Célia D. G.-FREITAS, Fábio. F. B. *Política e Democracia: desafios à educação em direitos humanos*. Recife: Bagaço, 2002, pp. 241-258.

POR QUE PUNIR? QUAL PUNIÇÃO? QUE SEGURANÇA PÚBLICA?

Giuseppe Tosi *
*Marlene Helena Oliveira Silva***

1. SEGURANÇA PÚBLICA: QUESTÃO SOCIAL OU QUESTÃO DE POLÍCIA?

Pode-se afirmar, de forma simplificada, que existem duas maneiras de entender a questão da segurança e da pena, que dependem das diversas concepções de homem e de sociedade adotadas. As filosofias políticas que consideram o homem como um ser social e político, desde Aristóteles até Marx, afirmam que o homem não pode existir "fora" da sociedade e "sem" a sociedade. O homem é naturalmente social porque, desde o seu concebimento até a sua morte, precisa de outros para poder "tornar-se homem" e desenvolver as suas potencialidades humanas. Nessa perspectiva, utilizando a linguagem dos direitos humanos, torna-se prioritária a garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais dos cidadãos, porque somente uma boa educação familiar e escolar, uma moradia decente, um bom emprego, um bom serviço de saúde e de previdência poderão garantir a formação de um bom cidadão cumpridor das leis.

Ao contrário, as filosofias políticas que consideram o homem como um indivíduo que existe num hipotético estado de natureza pré-social, e de cuja livre associação nasce o Estado Civil, terão outra concepção da segurança pública. Vejamos, por exemplo, Thomas Hobbes (1983), escritor do século XVII e fundador do direito natural moderno (jusnaturalismo). Para o filósofo inglês, todos os homens nascem livres e iguais e, por isso mesmo, todos os homens têm direitos iguais a todas as coisas. O homem não é um ser naturalmente social e sociável, aliás, é naturalmente insociável, unicamente preocupado em satisfazer os seus desejos e alcançar a sua felicidade contra a felicidade alheia se for o caso. Isso gera inevitavelmente um conflito pela posse dos bens, uma guerra de todos contra todos, *bellum omnium contra omnes,* que acaba pondo

* Professor do Departamento de Filosofia e membro da Comissão de Direitos Humanos da UFPB, Doutor em Filosofia pela Universidade de Pádua, Itália.
** Mestranda em Serviço Social da UFPB e subgerente técnica da Central de Acompanhamento e Fiscalização das Penas e Medidas Alternativas da Secretaria da Justiça e Cidadania da Paraíba.

em perigo a vida dos indivíduos, impedindo, assim, o progresso civil, o gozo da liberdade e dos outros direitos naturais. O homem se torna um lobo para outro homem, *homo homini lupus*; e para se garantirem e se defenderem um dos outros, os homens decidem firmar um pacto ou contrato social, em que cada um renuncia a uma parte de sua liberdade, contanto que todos os outros façam o mesmo, e a entregam a um soberano. Devido ao fato de que, como alerta Hobbes (1983), "os pactos sem a espada são puras palavras", esse soberano será o único que terá o poder de usar a força para fazer respeitar o pacto e garantir a vida dos súditos e os outros direitos fundamentais.[1]

Nessa perspectiva prevalecem os direitos civis e políticos. O Estado tem de garantir fundamentalmente a ordem social, isto é, assegurar a garantia da integridade física de todos os seus membros, especialmente da vida e do patrimônio dos que têm recursos, dinheiro, terras, bens. A questão social torna-se fundamentalmente uma questão de polícia que tem como objetivo defender os cidadãos de bem (que se confundem com os cidadãos de posse) daquelas pessoas que ameaçam a tranqüilidade e a ordem social.

As duas visões da questão da segurança pública devem ser consideradas em conjunto: uma afirma que a questão da segurança é prioritariamente "uma questão social"; a outra, "uma questão de polícia"; no entanto, uma visão não funciona sem a outra.

Como se sabe, o Programa Nacional de Direitos Humanos limita propositalmente sua atuação aos direitos civis, isto é, somente a uma parte do amplo espectro de direitos hoje reconhecidos pelas resoluções das Nações Unidas. Só recentemente foram incluídos no Programa os direitos sociais, econômicos e culturais, inclusão muito mais difícil e complicada, porque implica uma profunda reformulação da política econômica e social do Estado. Ora, se a questão da segurança não é simplesmente uma questão de polícia, mas uma questão social, qualquer programa que se limite somente ao aspecto policial ou judiciário da questão será sempre parcial e falho.

---

[1] Desse modo, desde o início das relações humanas, nas mais diferentes épocas, o respeito às regras comunitárias tornou-se um imperativo, ensejando a preservação do interesse comum. Assim, cada indivíduo passou a ceder parte dos objetivos pessoais para compor as regras de convivência, permitindo, em contrapartida, que fosse punido ao infringir essas normas, prevalecendo o bem geral sobre o individual. Entretanto, essas regras evoluíram com a história da humanidade, visando a atender às necessidades das relações humanas e impulsionaram a adaptação gradativa dos ordenamentos jurídicos e das modalidades punitivas embora tenham permanecido os conflitos em torno da finalidade e eficácia das punições.

Por outro lado, é verdade, também, que nos países onde a questão social não é tão aguda e grave como no Brasil o problema da segurança pública continua existindo e mantém uma especificidade que deve ser considerada. É importante observar que não se trata de países mais "ricos", mas de países mais "justos", isto é, países onde a distribuição de riqueza é mais justa, permitindo à maioria o acesso aos direitos sociais fundamentais. Os Estados Unidos são exemplos de um país rico, mas injusto, e não é por acaso que o tratamento da questão da segurança pública nesse país deixa muito a desejar. O Brasil, como disse o presidente Fernando Henrique Cardoso em um momento de lucidez, não é um país pobre, mas um país "injusto" e, por isso, a questão social assume proporções tão relevantes para a segurança pública.

Não há aqui intenção de polarizar as duas posições de modo a torná-las irreconciliáveis. Apesar das maneiras diferentes e contrastantes de ver a questão da segurança, é óbvio que se trata de uma questão fundamental, crucial para qualquer sociedade: sem a garantia da vida e da integridade física e moral dos cidadãos não se pode assegurar nenhum outro direito fundamental e a sociedade, simplesmente, desmorona. Portanto, é indubitável que cabe aos órgãos de segurança pública o papel crucial de manutenção de um mínimo de convivência civil.

Para melhor compreensão, é preciso observar como funciona o poder na sociedade. Como diziam os antigos físicos, a natureza tem horror ao vazio, *horror vacui,* isto é, não admite o vácuo, mas tende a preenchê-lo imediatamente. Da mesma maneira, pode-se afirmar que a sociedade tem horror ao vazio de poder, não admite as lacunas de poder. A experiência histórica mostra que não pode existir uma sociedade humana sem algum tipo de autoridade, de governo, de mando mais ou menos democrático ou autoritário. Os homens, pelo menos os que se conhecem até hoje, não podem conviver pacificamente sem alguém que os governe, que os comande.[2]

Nas sociedades modernas, somente o Estado, usando a famosa definição de Max Weber, tem o "monopólio legítimo da força". Por isso, todos os cidadãos, num Estado Civil, não andam armados (senão em casos excepcionais e autorizados) e entregam essa prerrogativa aos aparelhos de segurança pública: o Exército para a segurança exterior e a polícia para a segurança interna sob o controle dos Poderes Executivo e Judiciário.

Quando o Estado não consegue manter a ordem e a segurança num determinado território, "outros" vão ocupar esse vazio. Isso ocorre nas favelas das grandes cidades

[2] Nesse sentido, o anarquismo (a falta de poder ou de governo) como teoria política seria uma mera utopia.

brasileiras como o Rio de Janeiro, onde, na ausência do Estado, os traficantes preenchem o vazio do poder, criando, na verdade, uma situação de segurança muito instável e precária próxima ao estado de natureza de Hobbes (1983), isto é, a guerra de todos contra todos.

2. MEDIDAS PREVENTIVAS E PUNITIVAS

Concluindo essas primeiras reflexões, pode-se afirmar que, de qualquer ponto de vista que se olhe a questão da segurança, está claro que todas as sociedades têm de manter certas medidas contra aqueles que ameaçam a ordem e a convivência social, pondo em risco os direitos fundamentais dos cidadãos. A divergência, profunda, entre as duas filosofias está na ênfase que a primeira atribui às medidas **preventivas**, enquanto a segunda, enfatiza as medidas **punitivas**.

Por medidas preventivas, entendem-se todas aquelas que promovem a garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais dos cidadãos, minimizando ou eliminando as situações que constituem o "caldo de cultura", o "húmus" de onde nasce a criminalidade e prolifera a violência. Esse é, sem dúvida, o grande problema do Brasil e, ainda, a grande falha do Programa Nacional de Direitos Humanos, que ameaça colocar em crise toda a sua eficácia, tornando os direitos humanos em mera retórica.

Por outro lado, é verdade, também, que as medidas preventivas são necessárias, mas não suficientes para garantir a segurança pública; elas diminuem os índices de violência, mas não resolvem o problema. Essa, pelo menos, é a experiência das sociedades humanas que conhecemos até o momento. Os filósofos, desde Platão a Thomas Morus humanista inglês, imaginaram sociedades utópicas perfeitas, em que não seria preciso ter polícia, porque a boa educação dos cidadãos e a prática dos princípios de justiça social seriam suficientes para garantir a ordem; no entanto, até o momento, nenhuma sociedade eliminou totalmente a violência e a criminalidade.

Por que isso? – aqui caberia um amplo espaço para um debate filosófico, mas não pode ser feito neste momento. Para algumas filosofias e religiões, isso ocorre porque o mal está (misteriosa e indissociavelmente) radicado na própria natureza humana. Por exemplo, a tradição judaico-cristã justifica a presença do mal no mundo pelo mito do pecado original, que rompeu definitivamente com a harmonia cósmica existente no paraíso terrestre e trouxe a violência ao mundo. O início da história humana, para a Bíblia, é um fratricídio: Caim mata o irmão Abel. Outras filosofias negam que o mal esteja presente na natureza humana, e afirmam, ao contrário, a

bondade natural do homem no estado de natureza (Rousseau), culpando as instituições e a "sociedade" por terem estragado essa bondade natural através da competição, da ganância, da propriedade privada e do espírito capitalista.

Não é pertinente entrar nesse debate de forma mais aprofundada. Para esta discussão, basta reconhecer que, qualquer que seja a origem do mal, a sua contenção ou extirpação exige que se utilizem, além das medidas preventivas, as medidas punitivas. Isso não significa que os órgãos de segurança devam realizar um papel meramente repressivo; ainda que não constitua o seu papel principal, a polícia exercita, e deve exercitar, sempre mais, um papel preventivo. O policiamento ostensivo é uma forma de prevenção ao crime, assim como o trabalho de conscientização da população nos bairros, nas escolas, o próprio trabalho que está sendo realizado nos cursos das Academias de Polícia Civil, nos Centros de Ensino da Polícia Militar e nos cursos de Polícia Comunitária. São ações preventivas em que a polícia e a comunidade exercitam o diálogo e utilizam as armas da crítica deixando de lado, por um momento, a crítica das armas.

É verdade, também, que a sociedade atribui à polícia um papel principalmente repressivo e punitivo e, somente de forma secundária, uma ação preventiva. Dessa maneira, a polícia encontra-se na necessidade de aplicar medidas punitivas, mesmo sabendo que, sem uma melhoria da questão social, tais medidas serão meros paliativos, e no momento em que um "marginal" é preso, outros milhares estão sendo criados pelo sistema social injusto. Esse é o dilema que vive o policial consciente, para o qual, ainda, não se tem solução.

3. LIBERDADE E RESPONSABILIDADE MORAL E PENAL DO SUJEITO

Este trabalho não se ocupará das medidas preventivas necessárias e urgentes no País para uma solução mais efetiva do problema da segurança, mas das medidas punitivas que os aparatos de segurança têm como obrigação adotar.

A necessidade da punição encontra a sua razão fundamental de ser na existência do livre arbítrio humano, isto é, sem o reconhecimento da liberdade humana, não poderia haver responsabilidade moral e penal. Se os seres humanos fossem considerados meros frutos do meio social onde nasceram e determinados por esse meio, não seriam seres livres, e o criminoso seria um doente que deveria ser tratado com medidas terapêuticas, e não punitivas. De fato, algumas correntes de sociologia jurídica, como na União Soviética durante certo período, defendiam o ponto de vista de um

condicionamento sociológico tão grande que retirava a liberdade e, portanto, a responsabilidade penal do sujeito e propunham o encaminhamento dos criminosos para o internamento em manicômios ou casas de recuperação.

Ora, é verdade que há uma imensa influência do ambiente social e as cadeias estão cheias de pobres não somente porque os ricos conseguem fugir da justiça, mas também porque os pobres tiveram menos acesso aos direitos sociais básicos. Por outro lado, é preciso observar, também, que nem todos aqueles que vivem na mesma condição social de miséria ou de carência tornam-se criminosos, aliás, a maioria não adere ao crime, o que aponta para a existência de certo espaço de liberdade dos indivíduos. Portanto, o primeiro pressuposto para responder a questão "por que punir?" é: porque somos seres livres e responsáveis por nossos atos tanto do ponto de vista moral quanto do ponto de vista penal. Moralmente somos responsáveis no íntimo de nossa consciência e – para quem tem fé – diante de Deus e da justiça divina; penalmente somos responsáveis diante dos outros no foro externo, diante dos homens e da justiça humana.

4. DUAS FILOSOFIAS DA PENA: TEORIA "ANTIGA" E "MODERNA" DA PENA

Uma vez afirmada a "necessidade" da pena, pelo menos nas sociedades conhecidas até o momento, a segunda questão que se apresenta diz respeito aos objetivos e às modalidades da pena e remete ao modelo ou à concepção de pena, ou às filosofias da pena. Existem, na tradição penal do Ocidente – isto é, daqueles povos que, como o Brasil, são produtos da expansão da cultura européia sobre o mundo – duas maneiras fundamentais de ver a questão penal: a primeira é de tipo tradicional e religioso; a segunda de tipo mais laico e moderno.

O primeiro modelo de pena permaneceu, no Ocidente, durante toda a Idade Média e durou por um longo período na Idade Moderna. A punição era justificada como o restabelecimento de uma ordem cósmica universal determinada por Deus mediante o direito natural e o direito positivo divino (os dez mandamentos). Infringir as leis, que eram ao mesmo tempo religiosas e civis, significava romper com essa ordem universal e sagrada. A punição era, de certa forma, um sacrifício necessário para o restabelecimento da ordem cósmica e social. A origem das penas é anterior à própria criação da sociedade organizada, remontando aos mais antigos grupamentos de homens, que a elas atribuíam um caráter divino, pois o descumprimento das obrigações devidas aos "seres

sobrenaturais" merecia graves castigos, como a tortura e a morte. Era a repressão ao crime como forma de satisfação aos deuses pela ofensa praticada ao grupo. Assim, num primeiro momento, o soberano agia de forma discricionária e autocrática, desvinculada de um ordenamento jurídico legítimo afeto à idéia de justiça; só num segundo momento, a infração adquiriu uma noção de direito e a pena uma sanção legal, embora com um caráter retributivo mais acentuado. Apoiada em tabus e idéias místicas, a pena veio representar o direito de punir com a característica básica de vingança.

Nessa perspectiva, o sofrimento infligido era, por um lado, uma homenagem à harmoniosa regularidade normativa do mundo e por outro lado, uma expiação coletiva pelas culpas cometidas por um membro da comunidade religiosa. A punição era vista como uma penitência[3] (de onde vem a palavra "penitenciária") para expiar uma culpa que era, ao mesmo tempo, um pecado (como por exemplo, a heresia) que exigia uma confissão plena (daí a prática da tortura) para proporcionar uma purificação total (não era por acaso que, a pena máxima era dada mediante o fogo "purificador").

O primeiro protesto contra esse ordenamento de atrocidades, contra a prática da tortura, a pena de morte e toda sorte de crueldades foi promovido pela corrente iluminista do século XVIII, a mesma que nos deixou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa de 1789. Os iluministas sustentavam a idéia de que a pena devia deixar de se referir à necessidade de restaurar e ressarcir a ordem universal infringida pelo pecador, e a punição tinha por objetivo principal isolar o desviante do grupo social, neutralizar sua periculosidade e admiti-lo de volta ao grupo depois de tê-lo "reeducado à obediência e à disciplina social". Foi um iluminista italiano, Cesare Beccaria, que, em 1764, escreveu um pequeno livro que teve uma grande fortuna e difusão na Europa toda: **Dei delitti e delle pene** (Dos delitos e das penas). Na conclusão do livro, lê-se:

> De tudo isso que vimos até o momento pode-se retirar uma teoria geral muito útil, mas muito pouco utilizada pela legislação ordinária das nações, isto é: *para que uma pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um privado cidadão, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a mínima possível nas circunstâncias*

[3] As definições do dicionário "Aurélio" se referem, na maioria, ao significado religioso: "**Penitência**: expiação, aflição, tormento. Virtude cristã que leva ao arrependimento pelos próprios pecados, na medida em que constituem ofensa aos desígnios divinos. Ato de expiação dos pecados, assumido por iniciativa pessoal, ou por indicação da Igreja ou de seus delegados. O sacramento que consiste na acusação contrita dos próprios pecados, feita a um ministro legítimo da Igreja ou a seus delegados, a fim de obter o perdão divino ou a absolvição; confissão. A absolvição tomada com sinal de perdão."

> *dadas, proporcionada aos delitos, ditada pelas leis* (Beccaria, 1994, p. 104. Grifos nossos).

Beccaria, afirmando a ineficiência e a injustiça das penas praticadas na época, destacava a necessidade da aplicação de sanções que afetassem com menor intensidade a liberdade humana:

> as penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública, são por sua própria natureza, injustas, e tanto mais justas são as penas, quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior é a liberdade que o soberano conserva para seus súditos (Beccaria, 1994, p. 13).

O iluminismo, que marca o período de declínio ou de "secularização" da influência dos princípios religiosos na cultura e na sociedade européia, "ilumina" também a doutrina penal e a revoluciona de forma profunda e duradoura: com os iluministas, nasce a "concepção racionalista e utilitarista da pena". Pela primeira vez**,** é condenada abertamente a prática, naquele tempo corriqueira, da tortura como método de investigação e da pena de morte como punição dos réus, suscitando um longo debate que ainda não acabou.

Beccaria trouxe em sua obra uma inspiração de vital importância para o amadurecimento da reforma penal nos últimos séculos. Sua visão de pena era utilitarista, ou seja, firmava a idéia de que a punição justa deveria estar subordinada à punição útil, garantindo a certeza de que a pena seria um exemplo para o futuro e não uma vingança pelo passado. Assim, suas idéias revolucionaram o sistema punitivo vigente até então: "melhor prevenir delitos que castigá-los". O objetivo da pena era impedir o réu de causar novos danos aos cidadãos e afastar os demais do cometimento de danos iguais.

Segundo essa concepção, a pena tem como principal objetivo não mais expiar uma culpa ou restabelecer uma ordem divina, mas garantir a ordem e a convivência social entre os homens, procurando consertar o dano social provocado pelo delito. De acordo com essa vertente, o sofrimento infringido ao desviante não é mais entendido como expiação, purificação e redenção. Na verdade, esse sofrimento tem uma dupla função: de um lado, ele tem um significado retributivo diante dos valores e interesses sociais violados ou colocados em perigo pelo crime; do outro, busca desenvolver uma função corretiva. Esperava-se com isso que a lembrança do sofrimento vivido servisse de lição ao réu para evitar a repetência de seu comportamento criminoso.

Por isso, a pena devia ser infligida de forma racional, isto é, estritamente necessária e suficiente para alcançar esse objetivo. Ressalta-se, ainda, que as penas sempre tiveram como objetivo principal o castigo ao mal praticado pelo delinqüente; contudo, o senso crítico de juristas, filósofos e pensadores do direito proporcionou a evolução dessa tendência punitiva, diagnosticando a crise de modalidades punitivas e gerando a possibilidade de novas formas de punir. O criminoso é visto pelos iluministas como uma pessoa que deve ser isolada da sociedade, temporariamente, em razão de sua periculosidade e nos casos mais graves, perpetuamente, medida extrema que Beccaria (1994, p.62-70) admite como substitutivo da pena de morte, a que chama de "escravidão perpétua".

A repercussão e o amplo debate provocado pelo citado livro do iluminista italiano, suscitam doutrinas jurídicas e jurisprudências, que enfatizam o caráter disciplinar da pena, isto é, sua função de reeducação do preso, teorias que evoluirão até as mais recentes teses sobre a ressocialização do preso.

No início do século XIX, a pena de prisão mostrou-se como um meio adequado para reformar um delinqüente, constituindo uma evolução para a época, mas nas últimas décadas, sua eficiência não tem proporcionado resultados tão otimistas. Nesse contexto, da mesma forma que a pena de morte e os castigos físicos foram substituídos, pela pena de prisão em um determinado momento histórico, essa, também, começou a ser objeto de questionamentos desde o início do século XX, por se tornar ineficaz na contenção da criminalidade. Aliás, esse panorama negativo já era esperado, pois o cárcere é a antítese da sociedade livre, atua de forma antinatural, conduzindo à criminalidade. Em virtude disso, assim como ocorreu com a pena de morte e outros suplícios, a falência da pena de prisão foi inevitável uma vez que, além de não frear a delinqüência, dá oportunidade a desumanidades e estimula a reincidência delitiva.

Na maioria das vezes, o cárcere acentua o perfil *criminógeno* do condenado, tornando-o mais perigoso à sociedade que antes de sua prisão. Assim, o envio de um cidadão à prisão com o ensejo exclusivo de atender ao desejo de um Estado afoito em punir, acaba por representar temor e falta de compromisso com o futuro do condenado e da própria sociedade. Em consonância com essa preocupação, os ordenamentos jurídicos penais estão sendo motivados a acolherem a aplicação de penas e medidas não privativas de liberdade, seguindo as tendências dos diplomas internacionais, como a

Declaração Universal dos Direitos Humanos e as Regras de Tóquio,[4] que visam a resguardar o respeito à dignidade humana do delinqüente.

Hoje, as teorias dominantes, no âmbito da filosofia da pena, aperfeiçoaram e fizeram progredir as teses de Beccaria. O debate atual está marcado pela reflexão sobre a utilidade, a racionalidade, a humanização, a eficácia social da pena, sendo uma das questões centrais a recuperação e ressocialização do preso. Nos dias atuais, o grande objeto da política criminal tem sido a falência da pena de prisão, e, conseqüentemente, do sistema penitenciário, impulsionando estudos de novas opções viáveis e adequadas para a aplicação da tutela punitiva do Estado mediante penas alternativas. Isso se deve à constatação histórica de que o problema da criminalidade tem de ser tratado em seu conteúdo real, pois a mera tipificação e punição da conduta, esquecendo-se do aspecto humano que envolve o problema, torna o Direito Penal um instrumento ineficaz e impulsionador da criminalidade.

5. **TEORIA ABSOLUTA, RELATIVA E MISTA DA PENA**

Existe, atualmente, um debate no âmbito das teorias racionalistas da pena quanto à sua fundamentação teórica e à sua eficácia. Simplificando as posições, pode-se definir três teorias da pena: a absoluta, a relativa e a mista.

5.1 TEORIA ABSOLUTA

A teoria absoluta da pena enfatiza o "caráter retributivo" da pena, que é vista como uma imposição do mal da pena pelo mal do crime. Obviamente, a pretensão de compensar o mal na mesma proporção é algo impossível, uma vez que a pena haveria de ser aplicada no *quantum* equivalente ao delito cometido, e teríamos, assim, a própria reintrodução da lei de talião: olho por olho, dente por dente. De certa forma, essas teorias podem ser vistas como uma racionalização dessa antiga lei de talião, que nada mais era do que a oficialização e ritualização da vingança coletiva: instituto que aparentemente a nossa sociedade repudia, mas que, de fato, continua muito presente e tem a ver com os obscuros sentimentos de ódio ou com os instintos agressivos da sociedade que persistem até nas sociedades mais "civilizadas" (Zolo, 1999).

[4] As Regras de Tóquio foram elaboradas num congresso realizado em Tóquio, Japão, em 27/8/90 e organizada pelo Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para prevenção do delito e tratamento do delinqüente.

Obviamente a maioria dos filósofos do direito não reconhece essas obscuras origens da teoria e consideram a retribuição como a essência da pena, argumentando que ela não é um produto humano, mas um princípio com validez intrínseca, que o legislador terá de reconhecer. Essa teoria afirma que o criminoso deve ser punido meramente pelo fato de ter infringido a lei penal sem que se leve em consideração a utilidade dessa pena para o delinqüente ou para a sociedade. Apregoa, assim, que a pena é um mal justo que deve ser aplicado a um mal injusto independentemente de seu caráter divino, moral ou jurídico. O núcleo racional da doutrina afirma que deve haver algum tipo de proporção entre a pena e a punição, nem todos os delitos podem ser punidos da mesma maneira, mas haverá uma pena maior para os delitos maiores e uma pena menor para os delitos menores; disso deriva o caráter "retributivo" da teoria.

Essa teoria foi criticada sob o argumento de que é impossível eliminar o mal do delito com o mal da pena, considerando que a retribuição nunca é proporcional ao dano causado pelo delito. Outros argumentos foram articulados, ainda, aduzindo que a teoria retributiva apenas pune o delito praticado, mas não previne para que ele não volte a ocorrer, contrariando o princípio de que nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar.

5.2 TEORIA RELATIVA

A teoria relativa da pena tem como conceito central a "função preventiva" da pena e distingue-se em teoria da "prevenção geral" e teoria da "prevenção especial". A teoria da **prevenção geral** entende a pena como uma coação psicológica sobre todos os cidadãos. O fim da pena para essa teoria consiste na intimidação da generalidade dos cidadãos para que se afastem da prática de crimes. A coação psicológica dá-se num primeiro momento em nível abstrato, alertando o indivíduo pertencente ao grupo social que, se vier a cometer algum delito, estará sujeito a uma pena. Caso esse indivíduo não se tenha intimidado suficientemente, a ponto de praticar o ato delituoso, a prevenção atinge um segundo plano: entra no "mundo concreto", aplicando a pena com o objetivo principal de fazer que o condenado não volte a delinqüir.

A teoria da **prevenção especial**, também pertencente à teoria relativa da pena, considera a finalidade da pena afastar o delinqüente da prática de futuros crimes mediante sua correção e educação, bem como sua custódia. Se a prevenção geral busca prevenir o crime na comunidade, a prevenção especial está direcionada ao condenado

que, com a lição representada pela pena, deve ser afastado de futuros delitos para que possa se adaptar às normas sociais dominantes na sociedade.

A prevenção especial compreende a intimidação e a neutralização da prática do delito, mas também a ressocialização do preso. Nessa perspectiva, a sociedade, mediante o regime penitenciário ressocializador, resgata a sua culpa pela deficiente socialização do delinqüente e promove a sua reinserção na sociedade.

A teoria relativa busca prevenir a prática de novos delitos de modo a intimidar o delinqüente (prevenção especial), bem como os demais integrantes da sociedade (prevenção geral), para não mais cometê-los.

5.3 A TEORIA MISTA

A teoria mista defende uma posição intermediária: parte da idéia de retribuição como base, acrescentando os fins preventivos especiais e gerais. Aqui, retribuição e prevenção são dois pólos opostos, mas complementares, que atuam em cada um dos estágios ou em cada fase da pena, cumprindo funções distintas.

a) No momento da **ameaça** da pena, é decisiva a prevenção geral. Isso significa que nenhuma sociedade pode sobreviver sem um conjunto de regras e de punições para quem as desrespeita, e sem uma "coação geral e preventiva" que age sobre o conjunto dos cidadãos como "pressão psicológica permanente".

b) No momento da **aplicação** penal, predomina a idéia da retribuição. Isso significa uma modificação da teoria preventiva e a introdução do princípio retributivo que estabelece uma proporcionalidade entre a pena e o delito. Numa lógica de raciocínio puramente preventiva, mesmo um crime grave poderia ter uma pena mínima uma vez que fosse provado que o criminoso está arrependido e não constitui mais um perigo para a sociedade. Da mesma maneira, numa lógica puramente utilitarista, se fosse demonstrado que o perdão é mais eficaz do que a condenação, a pena perderia a razão de ser. No entanto, no momento da aplicação da pena, não é esse princípio que prevalece, mas o princípio da retribuição, que afirma que o crime deve ser punido conforme a sua gravidade, sem considerar a eficácia ou utilidade da pena.

c) No momento da **execução** da pena, predomina a prevenção especial, isto é, prevalece o princípio utilitarista da reeducação, socialização e reinserção do preso na sociedade. Nesse caso, a teoria retributiva da pena pode ser amenizada com a

introdução de "descontos" de pena uma vez comprovada a não-periculosidade do preso.

A teoria mista parece a mais adequada a uma moderna teoria racional da pena e, de fato, é a mais apropriada para descrever como atua (ou deveria atuar) o sistema penal moderno se seguisse os ordenamentos jurídicos vigentes. Porém, se o sistema penal brasileiro for visto a partir dessas premissas, verificamos que ele é falho nos três momentos:

- no momento da **ameaça da pena**, porque as condições de grande desigualdade e injustiça social fazem que os mecanismos de "prevenção geral" já não funcionem como mecanismos de inibição psicológica do crime para uma grande parte da população "marginalizada" e "excluída" da sociedade;
- no momento da **aplicação da pena**, porque os aparelhos de segurança estão despreparados, impotentes ou mal direcionados para conter o crescimento da violência sobretudo nas grandes áreas metropolitanas. A Justiça, por sua vez, atua de forma seletiva, elitista, morosa e ineficiente, criando, assim, um clima de impunidade generalizada que faz alimentar, por sua vez, a criminalidade num círculo vicioso;
- no momento da **execução da pena**, em que se nota, de forma mais clara, o fracasso do sistema penitenciário e de segurança do País, devido às péssimas condições em que os presos são detidos, inviabilizando qualquer tentativa de ressocialização. Os motins nas prisões e delegacias quase semanais são o índice mais claro do colapso do sistema penitenciário: se há algo parecido com o inferno de Dante nesta terra são as prisões brasileiras.

Se a finalidade da pena é a ressocialização do infrator, obviamente não se alcança esse objetivo na estrutura atual, com um contingente prisional muito além da capacidade dos estabelecimentos existentes, sem contar que eles, na maioria, estão em situação de precariedade absoluta, não oferecendo, portanto, as mínimas condições necessárias para a ressocialização do infrator.

6 . CONCLUSÃO

O fracasso do nosso sistema de segurança e, em particular, do sistema penitenciário, mostra que estamos bem longe de um sistema "racional" de punições defendido pelas filosofias "modernas" da pena. Isso se deve, também, à persistência do modelo "tradicional" de pena, que continua presente na cultura popular e na cultura dos policiais e agentes de segurança. De fato, não se pode pensar que o modelo racional moderno substituiu o modelo antigo, de tipo religioso, de forma linear. Apesar das transformações ocorridas nos dois séculos que nos separam da publicação do livro de Beccaria, as duas concepções da pena convivem e não podem ser radicalmente separáveis como antes/depois, passado/presente. Permanece, na prática e na nossa cultura penal, a idéia da pena como vingança, punição, expiação, sofrimento, como demonstram os maus-tratos, as torturas, as condições inumanas em que os presos são mantidos, muitas vezes, com o consentimento e a aprovação popular.[5]

É preciso, ainda, sublinhar que a própria sociedade, que marginaliza os indivíduos e gera a desigualdade, não tem o direito de segregá-los indiscriminadamente, pois estaria cultivando pseudo-reabilitados, que saem do cárcere com um perfil *criminógeno* muito maior do que quando entraram, e, certamente, voltar-se-ão contra a sociedade por meio do crime.

Que fazer? Não podemos cair no pessimismo e na inércia pensando que não tem mais jeito e deixando tudo como está. Algo precisa ser feito e está sendo feito para melhorar o sistema de segurança e o sistema penal brasileiro: basta pensar na experiência de penas alternativas, na introdução do trabalho e do estudo, como maneira de recuperar o preso, nas iniciativas de presídios "modelos" e de penitenciárias agrícolas que fogem do inferno da maioria dos presídios brasileiros. Associando a Lei de Penas Alternativas à política criminal moderna, deve-se atentar para que a aplicação da pena de prisão ocorra, somente, como *extrema ratio*, de forma meramente subsidiária. No entanto, para que os objetivos reabilitadores propugnados pela nova legislação não atuem de forma isolada, a política criminal deve encontrar soluções para todo o conjunto do Direito Penal. Assim, quando a pena de prisão se fizer indispensável ao caso concreto, deverá o cárcere ser um ambiente que permita o exercício da cidadania e a vida com dignidade. Daí é de se pensar que, mesmo no cárcere, é possível a reabilitação desde que se modifique o ambiente degradante e antinatural dos estabelecimentos prisionais.

[5] Sobre a tortura no Brasil, cf. Maia (2000).

Apesar de as penas alternativas à prisão representarem um progresso no âmbito jurídico, também poderão mostrar-se falhas e serem superadas em médio ou longo prazo se aparecerem outros problemas provocadores da criminalidade, uma vez que em uma sociedade movida pelo sistema capitalista, que gera desigualdade social, desemprego, fome e analfabetismo, a violência e o crime só podem imperar como uma constante, competindo ao Estado preocupar-se com o trabalho precipuamente preventivo e não somente punitivo.

É indiscutível que as penas alternativas são melhores, mais dignas e eficazes que a prisão; é inegável que podem contribuir para a atenuação do grave problema carcerário brasileiro. De qualquer modo, não podemos esquecer que são "penas", são castigos, que, no fundo, significam "distribuição de dor, de sofrimento, de aflição". Todo nosso esforço em favor dessas alternativas à prisão é certamente válido em razão de seu sentido ético-humanitário e até econômico, mas não é tudo, porque, na verdade, o melhor mesmo é prevenir o delito com programas sérios em nível primário (ir às causas mais profundas, às raízes do crime), secundário (criação de obstáculos ao delito) e terciário (recuperação do delinqüente visando à sua não-reincidência). Defender a construção de presídios só se justifica como medida de última instância e emergencial, porque, na verdade, a solução mais viável está na construção de mais fábricas, escolas, hospitais, centros de saúde e de lazer. No entanto, está acontecendo exatamente o contrário, isto é a passagem do Estado social para o Estado penal, com a diminuição dos gastos sociais que poderiam prevenir o crime e um aumento nos gastos dedicados à repressão do crime. (Santoro, 2002)

Por isso, não devemos ter ilusões de que o sistema penal brasileiro possa aprimorar-se sem a melhoria da sociedade como um todo. O sistema de segurança de uma sociedade pode ser visto como um índice do grau da "civilização" ou de "progresso moral" dessa sociedade: ela pode ser muito rica e poderosa e profundamente injusta, e o sistema de segurança vai expressar isso, como ocorre nos Estados Unidos. Não podemos imaginar que no Brasil possa vigorar um sistema de segurança racional e eficiente quando a sociedade é profundamente injusta e desigual e permanece com forte exclusão social. Como dizia Beccaria (1994, p.104), "doçura das penas", penas mais duras ou mais brandas, dependem do grau de civilização e educação de um povo.

A situação é complexa, o quadro dramático, as soluções difíceis: não se pode solucionar os problemas da segurança pública sem ter resolvidos os problemas da sociedade. Ao mesmo tempo, temos plena consciência de que todos nós que estamos

participando desse curso de direitos humanos, ao se esforçarem para que a polícia atue como protetora dos direitos humanos, promovendo medidas para melhorar o sistema penal brasileiro, com propostas de um sistema mais racional e respeitoso dos direitos humanos, estaremos contribuindo, também, para melhorar a nossa sociedade.

BIBLIOGRAFIA

ALBERGARIA, Jason. **Das penas e da execução penal.** Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1996.

AZEVEDO, David Teixeira. Penas restritivas de direitos: a destruição de um sistema punitivo. In: **Penas restritivas de direitos:** críticas e comentários às penas alternativas. Lei 9.714, de 25.11.1998, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 45-61.

BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene, 1764.** Torino: Einaudi, 1994.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____ . **Juizados especiais criminais e penas alternativas à pena de prisão**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

_____ . **Novas penas alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL, Ministério da Justiça. **Programa Nacional de Direitos Humanos**. Brasília,1996.

COSTA, Tailson Pires. **Penas alternativas**: reeducação adequada ou estímulo à impunidade? São Paulo: Max Limonad, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**: doutrina e jurisprudência. 2 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000. (Temas Atuais de Direito Criminal, l).

HOBBES, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma de poder de um Estado eclesiástico e civil (1651)**. Tradução João Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Col. Os Pensadores).

JESUS, Damásio Evangelista de. **Penas alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAIA, Luciano Mariz. Tortura: a banalidade do mal. In: SEMINÁRIO NACIONAL SOBRE A EFICÁCIA DA LEI DE TORTURA. Brasília: STJ, nov./dez. 2000.

REVISTA CONSULEX. Penas alternativas [s.l.: s.ed.] n. 3, n. 26, 1991.

SANTORO, Emilio. **As políticas penais na era da globalização.** In: DIREITOS HUMANOS, DESAFIOS DO SÉCULO XXI**,** Rubens Pinto Lyra (Org.) Brasília: Brasília Jurídica, 2002 (no prelo).

ZOLO, Danilo. **Filosofia das penas e instituições penitenciárias**. [s.l.: s.n.], 1999.