

A (in)transcendência da pena

Sérgio de Moraes Antunes*

Especialista em Direito Público pela UNIG Campus V – Itaperuna; Professor Universitário de Direito Processual Civil da UNIG Campus V-Itaperuna; Instrutor da ESAJ – Escola da Administração Judiciária – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Marcelo Fróes Padilha*

Doutorando em Direito Público pela Universidade Nacional de La Plata – Nação Argentina; Mestre em Direito pela Universidade Iguazu – UNIG; Pós Graduação em Direito Tributário e Legislação de Imposto pela Universidade Estácio de Sá – UNESA; MBA em Gestão de Negócios de Petróleo e Gás pela Fundação Getúlio Vargas – FGV; Coordenador do Escritório modelo – ESAJUR da UNIG Campus V-Itaperuna; professor universitário de Direito Tributário da UNIG Campus V – Itaperuna; Advogado.

Manoel Faria de Souza Júnior*

Mestre em Políticas Públicas e Processo.

Resumo

Entre as diversas questões que permeiam a aplicabilidade da pena, está aquela que dispõe que a sanção deve ficar adstrita ao condenado, não podendo atingir quem não cometeu ou não contribuiu para o cometimento do ato criminoso. Apesar da disposição constitucional, o que se observa é o núcleo de convivência do preso sendo estigmatizado pela sociedade, sofrendo a intromissão do Estado com a argumentação da segurança e, dessa forma, mesmo sem ter contribuído para o ato criminoso, pagando a pena junto com o condenado. O presente artigo se propõe a demonstrar que o Princípio da Pessoaalidade na aplicação da sanção penal não é respeitado em sua plenitude e que a proteção constitucional não encontra amparo na realidade.

Palavras chave: sanção penal; Princípio da Pessoaalidade; preso; família.

Abstract

Among the various issues that permeate the applicability of the sentence is one which provides that the penalty must be enrolled to the convict may not reach those who did not commit or has not contributed to the commission of the criminal act. Despite the constitutional provision, what is observed is the prisoner's living core being stigmatized by society, suffering the intrusion of the state with the security argument and thus without even having contributed to the criminal act, paying the penalty with the convict. This article aims to demonstrate that the Personhood principle in the application of criminal sanctions is not respected in its entirety and that the constitutional protection does not find support in reality.

Keywords: criminal penalty; Principle of Personhood; arrested; family.

1 Introdução

O artigo 5º, inciso XLV da Constituição Federal de 1988, estabelece 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.”

Também conhecido como Princípio da Responsabilidade Pessoal, ou, até mesmo, Princípio da Personalização da Pena, o Princípio da Pessoaalidade na aplicação da sanção penal é contemplado em nosso país desde sempre, a começar pela Constituição Política

do Império do Brasil, de 25 de Março de 1824, no seu artigo 179, passando pelas Constituições de 1891, de 1937, de 1967, até chegar a Constituição Federal de 1988, todas elas contaram com a inclusão, em seu texto, de tal princípio que estabelece estar a pena adstrita ao ofensor, um verdadeiro postulado limitativo do *jus puniendi* do Estado.

De inspiração iluminista, tal princípio encontra-se consagrado não só pela legislação pátria, mas também é contemplado por toda comunidade internacional como uma conquista do Direito Penal no sentido de promover a justiça com dignidade, sem punir aqueles que não cometeram o ato lesivo a outrem. Tal pensamento é relevante e importante, conclusão que se chega ao se lembrar, por exemplo, do julgamento de Joaquim da Silva Xavier – o Tiradentes, que redundou numa sentença que além de lhe aplicar a pena capital, confiscou todos os seus bens e declarou os descendentes infames, penalizando-os por algo que não cometeram. Por isso, a proteção constitucional mais do que justificável, reveste-se de ética e moralidade uma que, sendo a pena o efeito de uma causa determinada, consistente na ação repreensível de um ofensor do direito alheio, somente contra este deve recair a reprimenda. Zaffaroni e Pierangeli (2006) lecionam que essa regra está justificada no fato de que a pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado, de caráter pessoal, portanto.

2 Sanção Penal e a Teoria da Rotulação

Basicamente, a pena pode ser explicada através de três teorias. Uma que traz a ideia de castigo a ser aplicado a quem transgrediu a lei penal – punitiva. Outra teoria leva em conta a prevenção, sendo certo que o ofensor deve ser retirado do convívio social para evitar o perigo de sua presença junto a sociedade. Por fim, a terceira teoria enfoca a reeducação do ofensor, com a perspectiva de ressocializá-lo, vemos, então, que para bem ou para mal, a pena é sempre pessoal.

Em que pese a previsão constitucional e os esforços do Direito Penal moderno, fundado em perspectivas garantistas, o fato é que, não raro, o estigma da persecução penal e das sanções dela advindas são, invariavelmente, transferidos a terceiros alheios ao fato, mas que convivem com o condenado, mormente seus familiares.

Ainda que positivada, a personalidade da pena pode ser vista sob dois prismas: restritivamente, a pena funciona como resposta estatal ao ato subjetivo, não podendo atingir àqueles que não o cometeram ou não contribuíram para o seu cometimento; amplamente, verifica-se a possibilidade da pena gerar efeitos que não se limitam ao

condenado, gerando malefícios a terceiros. Esse último enfoque acontece porque a sociedade, de uma forma geral, não consegue desvincular terceiros da pessoa do condenado, e acaba por estabelecer uma relação discriminatória com essas pessoas, comportamento que pode ser explicado, em parte, pela Teoria da Rotulação.

Concebida a partir da Escola de Chicago que era formada por pesquisadores e professores que, entre outras vertentes, contribuíram para o estudo da criminologia e através de seus membros, entre eles Erving Goffman, trouxe contribuições fundamentais acerca dos efeitos da prisão e a natureza dos estigmas, a Teoria da Rotulação nasceu por volta dos anos 70, nos Estados Unidos e ficou conhecida, também, como *Teoria do Etiquetamento* ou *labelling approach*, possuindo como tese central a ideia de que a criminalidade é resultado de um processo de imputação, a criminalidade seria uma etiqueta a qual é aplicada pela polícia, Ministério Público, Tribunal Penal, e instâncias formais de controle social. Esse etiquetamento pode incidir sobre a família do condenado e pessoas próximas ao mesmo.

A Teoria da Rotulação desenvolve o pensamento de que quanto mais estigmas as pessoas carregam, mais propícias ficam sujeitas à novas rotulações, e ao observarmos o contexto do recluso verificamos não ser difícil encontrar toda uma família suportando o estigma de uma condenação: a esposa que sozinha sustenta uma família não estampa esse adjetivo mas sim o de “mulher de bandido”; o filho é do bandido e poderá se tornar um no futuro. O Estado de Direito que pretensamente o Brasil vive, na realidade é um estado de polícia que estende a responsabilidade a todos que cercam o condenado, a uma porque não denunciaram suas atitudes criminosas, a duas porque consideram a família do condenado como perigosa e perniciososa à sociedade, tal concepção torna real a inaplicabilidade do Princípio da Pessoaalidade.

Para essa situação não se vislumbra solução visto que o tema é invisível para o Estado, tampouco há implantação de políticas públicas que possam proteger e ao mesmo tempo reeducar a sociedade com a finalidade de quebrar preconceitos com relação ao assunto em discussão.

Em sua grande maioria, as pessoas próximas ao condenado compõem parcela mais pobre da sociedade, o que nos autoriza cogitar, pela não proteção ofertada e pela inaplicabilidade do princípio em comento, que o Estado não possui real interesse nesse grupo social, invisíveis que são para os detentores do poder.

3 Casa de Custódia de Itaperuna

O escritor Ingo Wolfgang Sarlet, a respeito da dignidade da pessoa humana preleciona ser a mesma “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”

Ao analisarmos o artigo 5º, inc. XLV, CF/88, verificamos que o mesmo visa garantir a aplicabilidade da sanção penal, sem que sua execução recaia sobre quem não cometeu qualquer delito. A legislação infraconstitucional, consubstanciada na Lei 7.210/84 – Lei de Execuções Penais, em seu artigo 41, inc. X preconiza que “ao preso dever ser concedido o direito à visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados”, dando ênfase à participação da família no ambiente carcerário.

A junção dos dispositivos legais traduz um pensamento teórico totalmente contrário a prática, já que a realidade das instituições prisionais desse nosso país desencoraja essa participação familiar.

A Casa de Custódia de Itaperuna conta com hoje com aproximadamente 800 presos, que possuem o direito de visita em três dias da semana, sendo que cada dia é reservado para determinadas celas, de forma que o preso poderá receber sua visita uma vez por semana, desde que esse seu direito não lhe tenha sido retirado em virtude de alguma falta cometida.

Nos dias de visita estabelece-se um nível acentuado de tensão entre visitantes e agentes que trabalham na instituição prisional, uma vez que os procedimentos de segurança devem ser efetuados, sob pena de responsabilidade disciplinar, ainda que por vezes sejam vexatórios para quem é alvo dos mesmos.

A entrada na instituição prisional já se mostra complexa, os visitantes, previamente cadastrados e contando com uma carteira de visita, se postam em fila indiana e esperam por longo tempo para adentrarem ao presídio, alguns desses visitantes amanhecem na porta da instituição, pois quanto antes adentram a unidade, mais tempo permanecem com o preso, esse tempo de espera para poderem entrar no presídio as vezes é acompanhado da presença de crianças e, num município como o de Itaperuna, que possui médias elevadas de temperatura, a situação se mostra minimamente

desconfortável. O acesso é limitado a determinado número de visitantes por ordem de chegada com a finalidade de que não se estabeleça nenhum tumulto.

Após o acesso, os visitantes têm seus pertences revistados, as embalagens com gêneros alimentícios são abertas e os agentes, utilizando facas e outros objetos, revolvem os alimentos com o intuito de verificarem se não há algo escondido no meio daquilo tudo e que não poderia entrar no presídio. Aqueles que são liberados após essa primeira triagem irão passar por um detector de metais vertical/portal. Atualmente, numa grande evolução, existe um banco detector, onde os visitantes, principalmente mulheres, se sentam a fim de verificar se trazem escondidos, no próprio corpo, algum tipo de tecnologia, como aparelhos de celulares e até mesmo drogas, e que não podem entrar no cárcere; a melhoria reside no fato de que anteriormente esse tipo de averiguação era feita diretamente pelo agente penitenciário que fazia com que a visitante, nua, se agachasse diversas vezes sob seu olhar atento. O ato é invasivo, mas diante da profusão de notícias veiculadas pela mídia dando conta de inúmeras prisões de visitantes que tentaram levar drogas e outros objetos não permitidos, dentro da própria genitália, para o preso ou para outrem, dentro do presídio, acaba por justificá-lo. O ideal talvez fosse às visitas acontecerem no parlatório e a revista ser realizada no preso após a visitação, evitando o desconforto moral dos visitantes.

Visitas íntimas são autorizadas, no entanto, a privacidade do casal se restringe aos cobertores, é comum mais de um par utilizar o mesmo espaço para tais encontros.

Esse estado de coisas talvez perdue porque existe uma invisibilidade do cidadão encarcerado perante a sociedade, até os estabelecimentos prisionais, normalmente, estão localizados longe dos “olhares sociais”. Por mais que não haja incidência direta da sanção sobre terceiros, percebe-se que alguns de seus efeitos transcendem ao condenado.

4 A família do preso

A personalidade da pena, quando analisada a partir das relações familiares do preso, resta enfraquecida no seu objetivo. Num primeiro momento, verifica-se que os laços matrimoniais se fragilizam pelo distanciamento dos cônjuges, assim como é prejudicial nas relações de paternidade/maternidade e filiação. É certo que os familiares acabem sendo alcançados pelo preconceito que atinge o condenado, e isso abala suas relações sociais.

O distanciamento do preso de seus familiares gera danos que passam da pessoa do condenado. A forma de visitação e suas restrições, além do preconceito que cerca quem

possui algum tipo de relação com um condenado, traz uma punição social sobre quem não fez para ser apenado.

Erving Goffman define estigma com “marca que caracteriza o indivíduo de modo à, simultaneamente, deturpar a imagem que detém de si mesmo e deformar a maneira pela qual é observada pela sociedade”, ou seja, estigmatizar é um atalho para uma visão preconceituosa, que uma vez instalada, faz com que a sociedade observe o cidadão através e apenas pelo fato negativo a ele imputado, e, pior, percebe-se que o estigma não se limita a quem diretamente o recebe, mas alcança também aqueles que convivem com os estigmatizados - Goffman chama esse fenômeno de “estigma de cortesia.” Na sociedade em que vivemos, a extensão do preconceito aos familiares do preso é evidente, claro está pelo tratamento recebido quando da visitação do condenado, mais ainda, não têm suas qualidades reconhecidas, sua receptividade na comunidade é obstada e suas possibilidades de inclusão social são drasticamente diminuídas de forma paulatina.

Por todo o exposto, claro fica que o Brasil ainda tem um longo caminho a trilhar na busca da efetividade do Princípio da Pessoalidade na aplicação da sanção penal.

5 Considerações Finais

O conformismo não pode nortear a postura que deva ser tomada para que o prejuízo da condenação atinja também os familiares do preso, sendo necessário buscar alternativas para atenuar o problema.

A atuação de todos os segmentos da sociedade e Estado deve ser proativa no sentido de implementação de medidas de acompanhamento dos familiares do encarcerado, esclarecendo-os e promovendo sua inclusão, passando pela promoção do reatamento de laços afetivos entre condenados e familiares.

A entidade familiar ocupa posição de centralidade na vida no indivíduo e deve ser encarada e valorizada como fator preponderante na superação do cárcere, ultrapassando o simples punitivismo para perseguir, efetivamente, a personalidade da pena, que é princípio fundamental de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BEGALLI, Ana Silvia Marcatto. **Dignidade da pessoa humana e Direito Penal**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2465, 1 abr. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14624>>

_____BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Colaboração de Antonio L. de Toledo Pinto, Márcia V. dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 33. ed. atual, e ampl. São Paulo: Saraiva 2004.

_____BRASIL. Código Penal. Colaboração de Antonio L. de Toledo Pinto, Márcia V. dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Código Penal Comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4ª ed. Rio de Janeiro. LTC Editora, 1988

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.