

FACULDADE DE DIREITO - UFPR
INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL - ICPC

AS FUNÇÕES DA PENA NO DISCURSO CRÍTICO

CURITIBA

2007

FERNANDO MÁRIO RAMOS

AS FUNÇÕES DA PENA NO DISCURSO CRÍTICO

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Penal e Criminologia do Curso de Pós-Graduação do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC.

Prof. Orientador: Dr. Juarez Cirino dos Santos

CURITIBA

2007

Dedico este trabalho:

*À minha amada esposa Márcia Diniz,
Aos meus filhos, Eros e Érica.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus por ter me agraciado com o direito de viver, em 07 de novembro de 1977, e por me proporcionar as forças necessárias enquanto me mantém vivo.

Agradeço aos meus pais que tão prontamente se dispuseram a prestar seus auxílios em diversas atividades de minha vida.

Agradeço ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos que compartilhou seus conhecimentos, mostrando a realidade mundana e capitalista; e que, através de seus ensinamentos, instigou-me e conduziu-me à conclusão do presente trabalho.

“O argumento de que a ressocialização do condenado prevalece sobre o princípio constitucional da lei pena mais favorável é moralizador, repressivo e anti-científico: ninguém pode ser ressocializado segundo critérios morais alheios, a prevenção especial negativa (repressão neutralizadora) é incompatível com a prevenção especial positiva (execução ressocializadora) e, por último, a história do sistema penal indica o fracasso irreversível do projeto técnico-corretivo da prisão”.

“Ao contrário, leis de execução penal são leis penais em sentido estrito, porque a execução da pena, como objetivo concreto da cominação e da aplicação da pena, é o centro nuclear do princípio da legalidade e seus incondicionais derivados constitucionais, como a aplicação retroativa da lei penal mais favorável aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Professor Dr. Juarez Cirino dos Santos.

“Nas teorias preventivas unidas, as normas penais protegem a liberdade individual e a ordem social, mas integradas pelo princípio da culpabilidade da teoria da retribuição, como critério limitador da pena”.

Claus Roxin.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 AS FUNÇÕES DA PENA NO DISCURSO CRÍTICO	8
2.1 A FUNÇÃO RETRIBUTIVA DA PENA.....	10
2.2 A FUNÇÃO PREVENTIVA GERAL DA PENA	13
2.3 A FUNÇÃO PREVENTIVA ESPECIAL DA PENA.....	15
3. DA INEXISTÊNCIA DO CARÁTER RESSOCIALIZADOR	17
4 CONCLUSÃO.....	21
REFERÊNCIAS.....	24

1. INTRODUÇÃO

Em tempos remotos a pena era indeterminada, ilimitada e não guardava qualquer proporção com a conduta proibida. Era o período da vingança privada, onde a reação do ofendido ocorria ao seu próprio arbítrio, não se conhecendo qualquer limitação a esta. As cidades eram fundadas como uma religião e constituídas como uma igreja. Daí a sua força, daí também a sua onipotência e o império absoluto que exercia sobre os seus membros. A sociedade era estabelecida sob tais princípios, a liberdade individual não podia existir, o Estado considerava o corpo e a alma de cada cidadão como propriedade sua. O homem primitivo não escolhia suas crenças, apenas obedecia a vontade imposta pelo Estado, como também acreditava que os seres sobrenaturais castigavam ou premiavam a sociedade de acordo com o seu comportamento. Não cabendo a ele a discussão ou até mesmo o direito de auto defender-se, não conhecia, portanto, nem a liberdade da vida privada, nem a liberdade de educação, nem tão pouco conhecia a liberdade religiosa, devia apenas crer e submeter-se à religião da cidade. A pessoa humana tinha muito pouco valor perante a autoridade santa e quase divina que se chamava pátria ou Estado. O homem antigo não tinha, sequer, a mais leve concepção do que fosse liberdade. Ele não se julgava capaz de direitos, em face da cidade e dos deuses. A função da pena era reparatória, buscando fazer com que o infrator ao ser punido, se retratasse frente a divindade. Duas espécies de penas eram conhecidas, a perda da paz e a vingança de sangue. A primeira o banimento e a segunda o pagamento da dívida com os deuses através da pena de morte. Não havia a pena de privação de liberdade e a pena aplicada na maioria dos casos era a de morte, além dos açoites, mutilações e as infamantes.

A partir da evolução das civilizações e a formação primitiva dos Estados deu início ao que se chama da fase da vingança pública. Nesta fase o infrator era simplesmente despojado de sua auto defesa em praça pública diante de clamores dos seus e da alegria de seus adversos. Aos poucos, o castigo deixa de ser generalizado e vai passando a se concentrar na pessoa do infrator. O processo de transformação da vingança privada até a exclusividade do *jus puniendi* transferido ao Estado, o poder de punir não se deu de forma ordenada, nem muito menos determinada. Na sucessão de etapas em que ocorreram mudanças na forma de punir, encontram sempre intercessões, idas e vindas, alternâncias entre o sistema da vingança privada até a eficaz concretização do direito exclusivo do Estado de punir.

A igreja do século V, usava para punir seus membros eclesiásticos a reclusão em celas ou a internação em mosteiros. Com o iluminismo e todas as novas ideologias advindas deste movimento, cresce o liberalismo, surgindo obras humanizantes, passando então a pena a ter um valor literário, abandonando a função teológica, o que segundo Beccaria, um de seus defensores, "a pena só é justa quando necessária". Mais tarde surge a Escola Clássica do Direito Penal que veio a definir a pena como sendo somente um castigo, mas precisamente como retribuição, ignorando a pessoa do infrator, sendo a pena simplesmente proporcional ao delito e não ao infrator. Opondo-se a esta Escola, surge a Escola Positiva que colocou o homem como centro do Direito Penal, considerando a pena mais que um castigo, ou seja, um instrumento da sociedade e de reintegração do criminoso a ela.

A partir de 1984, o legislador do nosso ordenamento jurídico-penal brasileiro se posicionou quanto às funções da pena. No âmbito dogmático teórico, nossos doutrinadores mantiveram-se filiados às teorias ecléticas ou mistas ou de unitárias, que unificam as idéias de retribuição e prevenção, tanto geral que ameaça a todos para que não venham a delinqüir, como especial que procura evitar que o criminoso volte a delinqüir. Com a aplicação da pena proporcional à gravidade objetiva do fato e à

culpabilidade do seu autor, o retribucionismo estabelece seu critério punitivo como sistema de imposição da pena justa e merecida, se acomodando-se também, com a proporcionalidade da reação do delito, sua exigência preventivo geral, como pena mais eficaz na distribuição de justiça de concepção retributiva, encontrando seu limite de intervenção penal na Constituição da República e no Estado Democrático de Direito.

2. AS FUNÇÕES DA PENA NO DISCURSO CRÍTICO

No sistema penal a pena deve cumprir diferentes funções para cada realidade social. Tais diferenciações são explicadas tanto pela Criminologia tanto pela Sociologia aplicadas ao sistema penal, como função primeira de selecionar, mesmo que arbitrariamente, pessoas, geralmente, dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as, e definindo seu espaço social. Com isso, acaba por delimitar e sustentar, genericamente, certa hegemonia de um setor social sobre outros, vez que a sociedade é uma estrutura de poder e de segmentos de poderes que se aproximam ou se excluem, ficando marginalizados do poder social do Estado. Tal estrutura de poder estatal se sustenta através do controle social e de sua parte punitiva, denominada sistema penal¹.

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl – **Manual de Direito Penal**, Parte Geral, 2^a ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999 – Uma das formas mais violentas de sustentação é o sistema penal, na conformidade da comprovação dos resultados que este produz sobre as pessoas que sofrem os seus efeitos e sobre aquelas que participam nos seus segmentos estáveis. Em parte, o sistema penal cumpre esta função, fazendo-o mediante a *criminalização seletiva dos marginalizados*, para conter os demais. E também em parte, quando os outros meios de controle social fracassam, o sistema não tem dúvida em criminalizar pessoas dos próprios setores hegemônicos, para que estes sejam mantidos e reafirmados no seu rol, e não desenvolvam condutas prejudiciais à hegemonia dos grupos a que pertencem, ainda que tal fenômeno seja menos frequente criminalização de pessoas ou de grupos contestadores pertencentes às classes média e alta. Também, em parte, pode-se chegar a casos em que a criminalização de marginalizados ou contestadores não atenda a nenhuma função em relação aos grupos a que pertencem, mas unicamente sirvam para levar uma sensação de tranquilidade aos mesmos setores hegemônicos, que podem sentir-se inseguros por qualquer razão, geralmente, por causa da manipulação dos meios massivos de comunicação.

O sistema penal cumpre uma função substancialmente simbólica frente aos marginalizados ou aos próprios setores hegemônicos, onde a sustentação da estrutura do poder social se dá através da via punitiva e fundamentalmente simbólica.

A norma jurídica é composta de preceito e sanção. Neste sentido o Direito Penal como preceito visa a um comando geral e abstrato, enquanto que a sanção penal, será imposta a todos os indivíduos, e traz como base um ato de soberania do Estado sobre todos, garantindo a harmonia e a convivência do corpo social.

Procura-se sempre buscar *harmonia, tranqüilidade e pacificação social* por meio do sancionamento penal daquele que transgrediu a norma, praticando condutas tipificadas em lei previamente definidas. A pena é a característica principal do Direito Penal, tratando-se de sanção personalíssima, aplicada em conformidade com a lei e proporcional ao delito, imposta pelo Estado a quem praticou o ilícito penal, deixando antever um fim *retributivo e preventivo*. A função e a finalidade da pena, de modo geral, apresentam três grupos com diferentes teses: os *absolutistas* (para os quais a pena teria caráter único e absoluto de retribuição, realizando, assim, a justiça, existindo para restabelecer a ordem, com inspiração em KANT e HEGEL), os *relativistas* (entendendo ter a pena um fim útil que seria a prevenção delitógena, como um instrumento para resultados futuros, subdividindo-se em *prevenção geral e prevenção especial*) e, finalmente, os *ecléticos*, mais difundidos hodiernamente, que, conciliando as demais correntes, enxergam um cunho retributivo, porém buscando, também, a ressocialização, reeducação, do delinquente, aplicando-se a pena *quia peccatum est et ut ne peccetur*. Esta teoria *mista* ou *eclética* pode ser sintetizada na máxima alemã “*prevenção geral mediante retribuição justa*”.

Não se pode negar à pena relevante função intimidatória, afinal trata-se de sanção, porém, é fundamental evidenciar a *finalidade social da pena - rectius*, a *finalidade social do Direito Penal* como um todo, voltando-o de forma eficaz e concreta para a sociedade que lhe incumbe regular e pacificar. A pena e o próprio Direito Penal deve se mostrar eficaz, cumprindo função de pacificação social, adaptada às circunstâncias de modo, tempo e lugar e aos avanços e dificuldades da sociedade.

A crise do sistema penal punitivo é notória e generalizada rebeliões em estabelecimentos penais, reincidência criminal, aumento da criminalidade, marginalização do condenado, etc. Não se pode fechar os olhos para tanto e, ao revés, é preciso afastar a falsa idéia de que a retribuição para o criminoso passa pela restrição da liberdade.

2.1 A FUNÇÃO RETRIBUTIVA DA PENA

A pena é integradora e reintegradora dos valores fundamentais da vida coletiva, somente quando for considerada em função retributiva, ou seja, como correspondente do mal infligido pelo réu à sociedade, deixando antever a ineficácia da retribuição de sanção penal a muitas das hipóteses criminógenas tipificadas na ordem positiva². Impõe-se, então, aguçada sensibilidade para notar que a prevenção geral e a eficácia da norma penal, em muitos casos, passa ao largo da privação de liberdade, que nessas hipóteses, apenas subverte a função social do Direito Penal.

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl - **Função da pena à luz da moderna criminologia**, in *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, vol.3 (ago-set/2000), p.12.

É preciso repensar a *função social* da pena e do Direito Penal, garantindo a sua eficácia e relevância na comunidade que lhe incumbe regular. Inegável que o fim do Direito Penal é a proteção e o equilíbrio da sociedade e, mais precisamente, a defesa dos bens jurídicos básicos, individuais ou coletivos, impõe-se maior *efetividade* e *eficácia* no sancionamento penal, superando o simbolismo da privação de liberdade como solução genérica dos problemas da sociedade. Há de se buscar uma resposta adequada a cada conduta e *efetiva para a sociedade e para o próprio infrator*, que se pretende ver ressocializado.

Para Juarez Cirino dos Santos³, a pena como retribuição do crime, no sentido religioso de *exiação* ou no sentido jurídico de *compensação* da culpabilidade, característica do Direito Penal clássico, representa a imposição de um mal *justo* contra o mal *injusto* do crime, necessária para realizar justiça ou restabelecer o Direito.

Segundo FOUCAULT, o conjunto de dispositivos disciplinares das prisões e de seus “ortopedistas da alma” tem sido continuamente denunciado pelo fato de produzir a criminalidade que supostamente combate, pois está amplamente comprovado que o encarceramento aumenta as taxas de criminalidade, em vez de reduzi-la, provoca a delinqüência, induz à reincidência, transforma o infrator ocasional em delinqüente habitual⁴. Para Juarez Cirino dos Santos, a prisão realiza, de fato, a função de

³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. Curitiba: ICPC, Lumen Júris, 2006. A moderna teorias do fato punível, 2004, p. 209-215 – A pena como retribuição do crime se fundamenta num dado indemonstrável: o *mito de liberdade* pressuposto na culpabilidade do autor. A impossibilidade de demonstrar a *liberdade* pressuposta na culpabilidade determinou uma mudança na função atribuída à culpabilidade no moderno Direito Penal: a culpabilidade perde a antiga função de *fundamento da pena*, que legitima o poder punitivo do Estado em face do indivíduo, para assumir a função atual de *limitação da pena*, que garante o indivíduo contra o poder punitivo do Estado – uma mudança de sinal dotada de óbvio significado político.

⁴ FOUCAULT, Michel – **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões, 8^a ed., Trad. Lígia M. Ponde Vassallo, Petrópolis: Vozes, 1987 – A prisão jamais reabilitou pessoas na prática, provocou, ao contrário, a prisionalização dos internos, encorajando-os a absorver e adotar hábitos típicos do ambiente penitenciário: caracteriza-se por acentuar uma criminalidade que deveria destruir (eficácia inversa) e repetir as mesmas reformas (isoformismo reformista), em cada verificação histórica de seu fracasso. Na realidade, a prisão não se

“produzir a relação de desigualdade” e os “sujeitos submissos” dessa relação pelos seguintes meios: a) subordinação estrutural do trabalho ao capital; e b) disciplina requerida pelo sistema capitalista fundado no binômio cárcere/fábrica. A fábrica é construída sob a forma de cárcere, ou inversamente, o cárcere assume a forma da fábrica, configurando o ideal de exploração capitalista do trabalho humano, os trabalhadores devem ser detidos⁵.

Como assevera Alessandro Baratta⁶, a marginalização criminal é fundamental aos mecanismos econômicos e políticos do parasitismo e da renda e é simplesmente impossível enfrentá-la sem incidir na estrutura da sociedade capitalista, que necessita de desempregados e da marginalização criminal.

desvia de seu objetivo ao aparentemente “fracassar”. O sistema punitivo opera uma gestão diferencial das ilegalidades, cujo efeito indireto é golpear uma ilegalidade visível e útil (das classes subalternas) para encobrir uma oculta (das classes dominantes), e diretamente, alimenta uma zona de marginalizados criminais (produz uma “ilegalidade fechada, separada e útil”), inseridos em um próprio mecanismo econômico (“indústria” do crime) e político (utiliza-se dos criminosos com fins subversivos e repressivos).

⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. Curitiba: ICPC, Lumen Júris, 2006.
A criminologia radical, Rio de Janeiro: Forense, 1981 – Para que surgisse a idéia de retribuição equivalente com a privação de um *quantum* de liberdade, como ensina Pasukanis, foi preciso esperar a redução de todas as formas de “riqueza social” àquela mais abstrata e simples: “o trabalho humano medido em tempo”. Assim, conclui-se que a prisão funciona não apenas como “aparelho disciplinar”, mas também como “aparelho jurídico econômico, que cobra a dívida do crime em tempo de liberdade suprimida”.

⁶ BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal, 2^a ed., Trad., Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

2.2 A FUNÇÃO PREVENTIVA GERAL DA PENA

Na prevenção geral, o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal, visando a impedir que membros da sociedade pratiquem crimes.

A prevenção geral pode ser vista sob dois ângulos. Na prevenção geral negativa, também conhecida como *prevenção por intimidação*, o que se busca é evitar que os indivíduos de uma sociedade, ao verem seu semelhante condenado pela prática de um crime, reflitam e desistam de fazer o mesmo. Podemos perceber esta intenção do Estado narrado por FOUCAULT⁷:

Ao tempo das cerimônias de suplício, o personagem principal era, na verdade, o povo que a tudo assistia. Um suplício, que tivesse sido conhecido, mas cujo desenrolar houvesse sido secreto, não teria sentido. Procurava-se dar o exemplo não só suscitando a consciência de que a menor infração corria sério risco de punição; mas provocando um efeito de terror pelo espetáculo do poder tripudiando sobre o culpado.

Já na prevenção geral positiva, o que se quer não é somente o temor geral da sociedade quanto à punição pela prática de um crime, mas também a conscientização do respeito a valores éticos, morais e de convivência em sociedade. Na *prevenção integradora ou positiva*, a pena presta-se não à prevenção negativa de delitos, demovendo aqueles que já tenha incorrido na prática de delito; seu propósito vai além disso: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social.

Juarez Cirino dos Santos⁸ diz que a crítica jurídica da *prevenção geral negativa* destaca a ineficácia inibidora de comportamentos anti-sociais da *ameaça penal*, como indica a *inutilidade* das cruéis penas corporais medievais e das nocivas penas privativas de liberdade do Direito Penal moderno. E, mais, diz que é comum o argumento de que não seria a gravidade da pena ou o rigor da execução penal, mas a certeza ou a probabilidade, ou o risco da punição que desestimularia o autor de praticar crimes.

Juarez Cirino dos Santos⁹, diz que ROXIN trata a natureza *relativa* da prevenção geral *positiva*, concebida como uma *função* no contexto de outras funções *declaradas* ou *manifestas* atribuídas à pena criminal, cuja legitimação consiste no objetivo de proteção de *bens jurídicos*, de natureza *subsidiária* porque existem outros meios mais efetivos de proteção, e de natureza *fragmentária* porque realiza proteção parcial dos bens jurídicos selecionados. E, nesse sentido, ROXIN define a chamada *integração/prevenção* como demonstração da *inviolabilidade do Direito*, necessária para preservar a *confiança na ordem jurídica* e reforçar *fidelidade jurídica* do povo, destacando uma tríplice superposição de efeitos político-criminais: primeiro, o efeito sócio-pedagógico de exercício em *fidelidade jurídica*, produzido pela atividade da justiça penal; segundo, o efeito de aumento da *confiança do cidadão* no ordenamento jurídico pela percepção da imposição do Direito; terceiro, o efeito de *pacificação social* pela punição da violação do Direito e, portanto, solução do conflito com o autor.

⁷ FOUCAULT, Michel – *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*, 22^a ed., Petrópolis: Vozes, 2000.

⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. Curitiba: ICPC, Lumen Júris, 2006 – Cf. ROXIN, Claus – Strafrecht, 1997, § 3, n. 32, p. 52-53: “Além disso, a crítica jurídica destaca dois obstáculos insuperáveis da prevenção geral *negativa* fundada na ameaça penal: primeiro, a falta de critério *limitador* da pena transforma a prevenção geral *negativa* em verdadeiro terrorismo estatal” – como indica, por exemplo, a *lei de crimes hediondos*, essa frustrada inovação do legislador brasileiro, segundo, a natureza *exemplar* da pena como prevenção geral *negativa* viola a dignidade humana, porque *acusados reais* são punidos de forma *exemplar* para influenciar a conduta de acusados *potenciais*, ou seja, aumenta-se injustamente o sofrimento de acusados reais para desestimular o comportamento criminoso de acusados potenciais.

⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. Curitiba: ICPC, Lumen Júris, 2006 – Cf. ROXIN, Claus – Strafrecht, 1997, § 2, n. 38-39, p. 25: “A”.

2.3 A FUNÇÃO PREVENTIVA ESPECIAL DA PENA

Na prevenção especial, a pena visa o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinquir e procurando corrigi-lo. Também pode ser vista sob dois aspectos. Tem como finalidade retirar do convívio social aquele que praticou o crime, colocando-o em cárcere privado. A retirada desse indivíduo da sociedade impede que o mesmo venha a praticar novos delitos por um determinado período de tempo.

Na prevenção especial positiva, busca-se a intimidação e a ressocialização do indivíduo que cometeu o crime. O intuito é fazer com que o indivíduo desista de praticar novos crimes, onde o fim da pena é evitar a reincidência. A prevenção de novos delitos já não se dirige, portanto, à generalidade das pessoas, mas, ao infrator da norma em particular. O direito penal pretende, assim a conversão do criminoso em homem de bem.

Para Juarez Cirino dos Santos¹⁰, a função de *prevenção especial* da pena criminal, dominante no Direito Penal dos séculos XIX e XX, é atribuição legal dos sujeitos da *aplicação* e da *execução* penal: primeiro, o programa de *prevenção especial* é definido pelo juiz no momento de *aplicação* da pena, através da sentença criminal, individualizada conforme *necessário* e *suficiente* para prevenir o crime (art. 59, CP); segundo, o programa de *prevenção especial* definido na sentença criminal é realizado pelos técnicos da *execução* da pena criminal, os chamados ortopedistas da moral, com o objetivo de promover a *harmônica integração social* do condenado. A execução do programa de *prevenção especial* ocorreria em duas dimensões simultâneas, pelas quais

¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. Curitiba: ICPC, Lumen Júris, 2006 – A crítica da prevenção especial *positiva*, fundada na premissa de que a pena criminal preserva todos os direitos não atingidos pela privação de liberdade, afirma que programas de ressocialização devem respeitar a autonomia do preso e, por isso, deveriam ser limitados a casos individuais *voluntários*, de ajuda à disposição de *auto-ajuda* do encarcerado: afinal, o condenado não pode ser compelido ao tratamento penitenciário, o Estado não tem o direito de *melhorar pessoas* segundo critérios morais próprios e, enfim, prender pessoas fundado na necessidade de melhoria terapêutica é injustificável.

o Estado espera evitar crimes futuros do criminoso: por um lado, a prevenção especial *negativa* de segurança social através da *neutralização* do criminoso, consistente na incapacitação do preso para praticar novos crimes contra a coletividade social durante a execução da pena, por outro lado, a prevenção especial *positiva* de *correção* do criminoso, realizada pelo trabalho de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e outros funcionários da *ortopedia moral* do estabelecimento penitenciário, durante a execução da pena.

3. DA INEXISTÊNCIA DO CARÁTER RESSOCIALIZADOR

Segundo levantamento feito pelo Ministério da Educação, um aluno de 1^a a 8^a série custa aos cofres dos Estados em torno de R\$ 691,00 por ano. Esse valor é muito inferior ao que se gasta em média com um preso em apenas um mês, algo em torno de R\$ 1.500,00. Ou seja, o Estado gasta mais para manter um preso do que com a educação daqueles que um dia, por não terem a devida atenção dos governantes, poderão se tornar os merecedores de um gasto que hoje é mais de quatro vezes um salário mínimo. Mas o problema não é só matemático.

Com certeza o Estado tem a maior parcela de culpa pela atual situação que se encontra o sistema carcerário, na medida em que não faz investimentos na estrutura física dos presídios, onde os presos têm que, além de terem uma condição melhor de sobrevivência, terem lugares apropriados onde possam desenvolver trabalhos remunerados, terem educação de qualidade e atendimento médico digno.

O convívio social também é outro ponto que precisa urgentemente ser revisto. No atual sistema, o preso cumpre sua pena em locais degradantes, e, depois de cumprida a pena, é libertado numa sociedade a qual o mesmo não tem condição de interagir sem que volte a cometer novos crimes. Por esta razão, os índices de reincidência no Brasil são altíssimos¹¹. No sistema atual, os condenados, seja por prática de homicídio, por participação de quadrilhas altamente organizadas, ou por furto simples, são colocados em um mesmo ambiente de convivência. O que podemos perceber é que os presídios brasileiros se tornaram verdadeiras escolas do crime, pois

¹¹ O percentual de reincidência atualmente no Brasil está na faixa dos 70% a 80% segundo pesquisa realizada pelo Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente.

não há a separação daqueles que cometem crimes de pequena relevância para àqueles que cometem crimes de altíssima relevância. Formam-se dentro dos presídios verdadeiras organizações criminosas, como, por exemplo: o caso do PCC – Primeiro Comando da Capital, que atemorizam a sociedade. Por esse motivo, presos com baixo grau de periculosidade devem ser separados daqueles com elevado grau de periculosidade. Essa medida já resolveria parte do problema das organizações criminosas e o convívio do preso sofreria uma sensível melhora, pois esse não aprenderá em como praticar novos crimes, mas sim, como viver novamente em sociedade.

Além do Estado, a própria sociedade precisa ser mais solidária. O que vemos hoje nos grandes centros urbanos é uma grande massa de excluídos vivendo às margens da sociedade. Essas pessoas são as mesmas, que, por não terem certas oportunidades, cometem vários tipos de crimes e superlotam o sistema carcerário. A atenção a essas pessoas por parte do Estado, e da própria sociedade, seja com medidas sócio-educativas, com moradia digna, e com oportunidades de trabalho, diminuiria sensivelmente o cometimento de crimes a consequente superlotação dos presídios. Como se pode constatar, mudanças urgentes precisam ser feitas.

Não podemos mais viver em um país com uma realidade tão cruel batendo à nossa porta. Pessoas são encarceradas em lugares sem a mínima condição de sobrevivência. O caráter ressocializador e preventivo que deveria advir da aplicação da pena, é absurdamente esquecido no momento do cumprimento das mesmas.

Para Alessandro Baratta¹², um dos elementos mais negativos das instituições carcerária, de fato, é o isolamento do microcosmo prisional do macrocosmo social, simbolizado pelos muros e grades. Até que não sejam derrubados, pelo menos simbolicamente, as chances de “ressocialização” do sentenciado continuarão diminutas. Não se pode segregar pessoas e, ao mesmo tempo, pretender a sua reintegração. Todavia, a questão é mais ampla e se relaciona com a concepção de “reintegração social”, conceito que decididamente preferimos aos de “ressocialização” e “tratamento”. “Tratamento” e “ressocialização” pressupõem uma postura passiva do detento e ativa das instituições: são heranças anacrônicas da velha criminologia positivista que tinha o condenado como um indivíduo anormal e inferior que precisava ser (re)adaptado à sociedade, considerando acriticamente esta como “boa” e aquele como “mau”. Já o entendimento da reintegração social requer a abertura de um processo de comunicação e interação entre a prisão e a sociedade, no qual os cidadãos reclusos *se reconheçam* na sociedade e esta, por sua vez, se *reconheça* na prisão. Os muros da prisão representam uma barreira violenta que separa a sociedade de uma parte de seus próprios problemas e conflitos. Reintegração social (do condenado) significa, antes da modificação do seu mundo de isolamento, a transformação da sociedade que necessita reassumir sua parte de responsabilidade dos problemas e conflitos em que se encontra “segregada” na prisão. Se verificarmos a população carcerária, sua composição demográfica, veremos que a marginalização é, para a maior parte dos presos, oriunda de um processo secundário de marginalização que intervém em um processo primário. É fato comprovado que a maior parte dos presos procedem de grupos sociais já marginalizados, excluídos da sociedade ativa por causa dos

¹² BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução a sociología do direito penal, 2^a ed., Rio de Janeiro, 1999 - Também, nesse caso, a reinterpretation necessária dos conceitos tradicionais, é uma consequência do ponto de vista geral que foi definido antes como: reintegração, não “por meio da” prisão, mas “ainda que” de sua existência. Isso significa reconstruir integralmente, como *direitos* do sentenciado, os conteúdos possíveis de toda atividade que pode ser exercida, apesar das condições desfavoráveis da prisão que atuam contra o condenado. Portanto, o conceito de tratamento deve ser redefinido como “benefício”. O sistema prisional deve, portanto, propiciar aos presos uma série de benefícios que vão desde instrução, inclusive profissional, até assistência médica e psicológica para proporcionar-lhes uma oportunidade de reintegração e não mais como um aspecto da disciplina carcerária – compensando, dessa forma, situações de

mecanismos de mercado que regulam o mundo do trabalho. A reintegração na sociedade do sentenciado significa, portanto, antes de tudo, corrigir as condições de exclusão social, desses setores, para que conduzi-los a uma vida pós-penitenciária não signifique, simplesmente, como quase sempre acontece, o regresso à reincidência criminal, ou o à marginalização secundária e, a partir daí, uma vez mais, volta à prisão. A segunda ordem de considerações está relacionada com o entendimento *jurídico* da reintegração social do preso. Não só não existem chances de sucesso, como sequer legitimidade jurídica para um trabalho de tratamento, de ressocialização, se pensada como dominação do preso. Assim, o detento é visto não como sujeito, mas objeto passível de ações externas a ele, a quais é submetido.

É necessário que a sociedade, além de desempenhar algum papel na minimização desse problema, cobre dos governantes medidas efetivas para que se faça cumprir a lei e acabe de uma vez por todos o caos que se encontra o sistema carcerário brasileiro.

Desta forma, direitos e garantias constitucionais serão respeitados e poderemos viver em uma sociedade mais digna.

carência e privação, quase sempre freqüentes na história de vida dos sentenciados, antes de seu ingresso na senda do crime.

4. CONCLUSÃO

A função da pena punitiva é devidamente justificada pelo princípio da retribuição equivalente que tenta forjar a falsa percepção de que a privação de liberdade do delinquente é uma justa retribuição ao mal gerado pelo ilícito por ele cometido, princípio este que também permeia as relações de troca capitalistas, criando a ilusória percepção de que os valores de troca dos bens permutados são correspondentes entre si. O objetivo de constituir esta inadequada percepção é ocultar o excedente extraído por uma das partes nas relações jurídicas capitalistas, onde o cárcere guarda seu caráter classista, posto que serve aos interesses da elite dominante. Entretanto, sua finalidade agora não é mais qualificar a mão-de-obra, adestrando os indivíduos, mas sim segregar, afastando do convívio social todos aqueles que são oriundos da classe subalterna. Quando isto não é possível, através da reclusão, perfaz-se no âmbito social externo, mediante a utilização de mecanismos de controles outros que obrigam o marginalizado a permanecer confinado nos guetos.

É necessário que a sociedade reflita sobre as consequências econômicas, políticas e sociais de adotar, como modo de produção, um sistema baseado na exclusão e marginalização de um grupo expressivo de seres humanos. Consequências funestas que tornam imperativa a adoção de uma decisão que seja capaz de suplantar a estrutura vigente, sob pena de adiar, mais uma vez, para outro século a felicidade coletiva. Portanto, a elucidação das funções do cárcere demonstra que não é mais possível tolerar as condições impostas pelo modo de produção capitalista, sob pena de termos de continuar suportando, calados, o desemprego, a miséria e a injusta distribuição, frutos de um sistema que deve ser, imediatamente, rechaçado de mãos dadas.

A pena de prisão, na atualidade, longe está de cumprir sua missão ou finalidade ressocializadora, porque não tem cumprido bem nem sequer a função de isolamento, visto, com freqüência, há fugas em nosso sistema penitenciário. A pena de prisão do nosso país hoje é cumprida de maneira totalmente inconstitucional, desumana, cruel e infamante, pois os presídios não apresentam condições mínimas para ressocializar o condenado. Pelo contrário, o que se vê é a dessocialização do preso, produzindo efeitos devastador na personalidade da pessoa, em decorrência da superpopulação e da vida sub-humana que o Estado punitivo, na realidade, oferece ao preso. Longe está também o caráter intimidatório, típico da concepção preventivo-geral, diante do desmedido rigor penal com os aumentos de pena e agravamento da execução, de força apelativa simbólica de cominação abstrata.

Claro se vê que a política criminal estatal, em geral, está dissociada da realidade, pois não tem conseguido a ressocialização do condenado, segundo afirma Juarez Cirino dos Santos¹³.

A característica do Estado Social e Democrático de Direito é a de submeter à atuação do Estado aos limites estabelecidos pelo Estado de Direito, respeitando-se as garantias dos indivíduos membros da sociedade, estabelecidas por meio de um ordenamento jurídico. A função da pena não pode se constituir num Estado contra a sociedade. O *jus puniendi* estatal deve se subsumir as garantias do Estado de Direito e ao princípio da legalidade. A pena deve orientar-se pela sua função preventiva, visando

¹³ SANTOS, Juarez Cirino dos – **Trabalho apresentado na XVIII Conferência Nacional dos Advogados**, Salvador, BA, em 13 de novembro de 2002. A discriminização formal é o caminho do direito pena mínimo, especialmente no caso dos delitos de bagatela (furtos em loja, por exemplo), dos delitos punidos com detenção e dos delitos de ação penal privada, reduzindo a inútil flagelação penal da pobreza. Mas enquanto o legislador não se decide pela descriminalização, esse programa pode começar pelo uso político-criminal da dogmática penal, um sistema de conceitos capaz de excluir ou de reduzir o poder punitivo do Estado. Mudar a *clave* da dogmática penal, de tecnologia punitiva para sistema de garantias do indivíduo-contra o poder punitivo do Estado, retomando a idéia de LISZT do direito penal como *Magna Charta* do delinqüente. Afinal, na relação Estado/indivíduo é o indivíduo que precisa do direito penal: o Estado tem o poder – e o direito penal deve ser o limite intransponível desse poder. O sistema de conceitos da dogmática penal constitui um sistema de argumentos do indivíduo contra o Estado – porque o argumento é o único poder capaz de controlar a força.

à proteção exclusiva dos bens jurídicos atendendo ao princípio da legalidade e da culpabilidade do criminoso. Também, a pena deve cumprir a sua função de prevenção integradora, o que vem a ser a moderna teoria de prevenção geral positiva, que vem da idéia da pena como mero instrumento de intimidação estatal. Assim, no modelo Social Democrático de Estado, não se justifica a aplicação de uma pena se não for respeitado o princípio da legalidade, ou se atentar contra a dignidade humana, principalmente se ela não oferecer a possibilidade de ressocialização e de reinserção social do condenado, de caráter exclusivamente retributivo. A pena deve ser entendida como um instrumento de política social exercida em benefício dos cidadãos, voltada para a proteção dos bens jurídicos e da manutenção da ordem social, para garantir a vida em sociedade.

Enfim, crime e castigo, esse binômio que acompanhará por séculos, a história humana, sendo lícito sobre ela opinar mesmo sem autoridade.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução a sociología do direito penal, 2^a ed., Trad. Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

_____ **Ressocialización o control social**: por un concepto crítico de reintegración social del condenado. Sistema Penal para o Terceiro Milênio. Atos do colóquio Marc Ancel. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 251-265

BECCARIA, Cesare – **Dos delitos e das penas**: 2^a ed., Revista dos Tribunais, São Paulo: 1997.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões, 8^a ed., Trad.: Lígia M. Ponde Vassallo, Petrópolis: Vozes, 1987.

_____ **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões, 22^a ed., Petrópolis: Vozes, 2000.

ROXIN, Claus - **Problemas fundamentais de Direito Penal**. 3. ed. Lisboa: Universidade Direito e Ciência Jurídica Veja, 1998.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. Curitiba: ICPC, Lumen Júris, 2006.

_____ **Trabalho apresentado na XVIII Conferência Nacional dos Advogados**, Salvador, BA, em 13 de novembro de 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Direito Penal**: Parte General, 2^a ed., São Paulo, 1999.

_____ **Função da pena à luz da moderna criminologia**, in *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*: Porto Alegre, vol. 3, (ago-set/2000), p. 12.