

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
ESPECIALIZAÇÃO EM SOCIOLOGIA POLÍTICA**

LEONARDO ANTONIO FIORIN

**UMA PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA SOBRE A EVOLUÇÃO DA PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE NO CONTEXTO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO
BRASILEIRO**

**CURITIBA
2011**

LEONARDO ANTONIO FIORIN

**UMA PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA SOBRE A EVOLUÇÃO DA PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE NO CONTEXTO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Especialista em
Sociologia Política (turma XIII), da Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Nelson Rosário de Souza

**CURITIBA
2011**

SUMÁRIO

RESUMO	5
1 INTRODUÇÃO	6
2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA	8
2.1 HISTÓRIA DA PENA	8
2.1.1 Direito Romano	8
2.1.2 Direito Germânico	9
2.1.3 Direito Canônico	10
2.2.1 As escolas penais	11
2.2.1.1 A escola clássica	12
2.2.1.2 A escola positiva	13
2.2.1.3 Escolas mistas	14
2.2.2 O Brasil e as penas	15
2.2.2.1 Brasil colônia.....	15
2.2.2.2 Código criminal do Império	16
2.2.2.3 A República Velha e o Código de 1890	17
2.2.2.4 O Código atual	18
2.3 FINS ATRIBUÍDOS ÀS PENAS	18
2.3.1 Teoria retributiva	19
2.3.2 Teoria preventiva	20
2.3.2.1 Teoria preventiva geral	21
2.3.2.2 Teoria preventiva especial	21
2.3.3 Teoria unificada	22
2.3.4 A teoria adotada pelo Direito Penal brasileiro	23
2.4 AS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE	23
2.4.1 Origem e sistemas	23
2.4.1.1 Sistema pensilvânico ou celular	24
2.4.1.2 Sistema aburniano	24
2.4.2 Sistemas progressivos	25
2.4.2.1 Sistema progressivo inglês	25
2.4.2.2 Sistema progressivo irlandês	25
2.4.2.3 Sistema progressivo de Montesinos	26
2.4.3 Sistema utilizado no Brasil	26

2.5 O fracasso das penas privativas de liberdade	27
2.6 As críticas trazidas pela criminologia	28
2.7 Funções das alternativas penais.....	31
CONSIDERAÇÕES FINAIS	33
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	36

RESUMO

O presente trabalho apresenta uma perspectiva sociológica sobre a pena privativa de liberdade, tendo como eixo central sua evolução e seu significado frente ao sistema penitenciário brasileiro. A pesquisa bibliográfica relaciona aspectos envolvendo as teorias que tentaram explicar a pena privativa de liberdade até a sua aplicação no atual cenário nacional, demonstrando haver elementos que demonstram haver sua falência, trazendo novas modalidades de sanção penal, substituindo sua aplicação e alcance, diante da nova realidade social.

Palavras-chave: perspectiva sociológica, pena privativa de liberdade, sistema penitenciário brasileiro.

1 INTRODUÇÃO

Ressalta-se que as penas tiveram como objetivo principal, desde a Idade Média, o castigo ao mal praticado pelo infrator.

A pena privativa de liberdade é a espinha dorsal do sistema penal, existente em grande parte dos países, sendo o centro da política penal e a forma principal de punição encontrada no Direito Penal.

Por volta da metade do século XIX, tem-se o início do que se pode chamar de crise do sistema penal, momento que muitos estudiosos começam a questionar se os fins pretendidos com a prisão estavam sendo alcançados. As indagações feitas surgiram devido a várias análises que demonstraram ser, de um lado, a pena de prisão um fracasso e, de outro, os efeitos ocasionados pelos locais de seu cumprimento proporcionavam ao apenado, em vez de prevenir futuras condutas delituosas, vindo a serem verdadeiras carreiras criminosas.

A pena privativa de liberdade, como sanção principal e de aplicação genérica, está falida. Não readapta o delinquente. E é crença errônea, arraigada na consciência do povo brasileiro, a de que somente a prisão configura a resposta penal. A pena privativa de liberdade, quando aplicada genericamente a crimes graves e leves, só intensifica o drama carcerário e não reduz a criminalidade.

Diante de diversos fatores sociais, ocorreu no Brasil, em 1984 com a Lei 7.209, uma reforma penal, onde houve a incorporação de outras modalidades de pena, qual seja a de restrição de direitos, prevendo três possibilidades de substituição nos casos de crimes de menor potencial ofensivo.

Pouco aplicadas pelos magistrados e, com o apelo da política criminal atual, em 1998 com a edição da Lei 9.714, conhecida como Lei das Penas Alternativas, ampliou as possibilidades da adoção das penas restritivas de direitos, não reprisando as contidas na legislação anterior, mas acrescentando ao Código duas outras espécies dessas penas, que tem como preocupação, a humanização e ressocialização do apenado.

Assim, o presente trabalho demonstra de forma sucinta que, as penas alternativas têm maior utilidade como meio de recuperação do criminoso, na medida em que conserva o apenado no meio social.

Será analisada a evolução das penas em geral, bem como, das penas privativas de liberdade, com o fim de pesquisar as finalidades da pena, evoluindo até

as chamadas escolas penais. Ainda demonstrar-se-á a realidade brasileira no tocante a aplicação da pena privativa de liberdade, demonstrando as principais deficiências no cumprimento da pena, que evidenciam a necessidade de sua substituição devido ao fato desta gerar um efeito nefasto no apenado.

Reservou-se um capítulo exclusivo para abordar o tema das alternativas a pena de prisão, demonstrando as modalidades de substituição, que sem dúvidas é o caminho para humanizar e desafogar o sistema penitenciário brasileiro para que a pena possa chegar ao seu fim, qual seja o de reabilitar o apenado.

Para realização do presente projeto utilizar-se-á do método dedutivo, partindo dos enunciados gerais dispostos em ordem, como premissas de um raciocínio para chegar a uma conclusão particular (MEDEIROS, 2005, p.43). Como modelo de pesquisa foi utilizado à bibliográfica, ou seja, levantamento, seleção e documentação de toda bibliografia já publicada sobre o assunto que está sendo pesquisado (LAKATOS, MARCONI, 1993, p.66).

Comporá também de uma pesquisa documental composta por leis, jurisprudências, tratados, convenções e decretos legislativos, que tem como objetivo adquirir maiores informações a respeito do assunto tratado. A pesquisa documental compreende o levantamento de documentos que ainda não foram utilizados como base de uma pesquisa. Os documentos podem ser encontrados em arquivos públicos, ou de empresas particulares, em arquivos de entidades educacionais e/ou científicos, dentre outros (MEDEIROS, 2005, p. 44).

Portanto, as técnicas utilizadas servirão para evidenciar que as Penas e Medidas Alternativas podem mudar a atual realidade do sistema penitenciário brasileiro, tornando a pena mais humana e proporcional ao delito.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 HISTÓRIA DA PENA

A pena segundo Prado (2005, p. 68) divide-se em três épocas diferentes, para a primeira época pena é meio de aplacar a cólera divina; a segunda época pena é vingança de sangue de tribo a tribo; e para a terceira época pena é reação do Estado contra a vontade individual oposta à sua, ou seja, a pena passa-se respectivamente pelo Direito Romano, Germânico e Canônico.

2.1.1 Direito Romano

Roma é tida como referência da sociedade antiga, representando um elo entre o mundo antigo e o moderno. No período da fundação de Roma (753 A.C.), a pena era utilizada com um caráter sacral, confundindo-se a figura do Rei e do Sacerdote, que dispunham de poderes ilimitados, numa verdadeira associação de Direito e religião (BITENCOURT, 2007, p. 30).

Com a criação do primeiro código romano escrito, a Lei XII Tábuas (século V A.C.), resultando na luta entre patrícios e plebeus.

Essa lei inicia o período dos diplomas legais, impondo-se a necessária limitação à vingança privada, adotando a lei do talião, olho por olho, dente por dente, além de outras referentes às penas: "Tábua VII, 11 – Se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acordo", ainda:

Tábua III

Execução no caso de confissão por dívida: após condenado, o devedor tinha 30 dias para pagar. Se não pagasse, era preso e levado à presença do magistrado; se a dívida persistisse (o devedor) seria preso por correias ou com ferro de 15 libras aos pés; se continuasse não pagando, podia ser morto, esquartejado de acordo com o número de escravos ou alienado como escravo. Isto se explica porque nesse período a Realeza vivia situação precária, só depois o erário romano se enriqueceu com os saques (pilhagens de outros povos). Sêrvio Túlio, o sexto rei, institui a estatística: tudo era cadastrado e os censores vasculhavam cada canto do reino à procura de riqueza para pagar impostos e ampliar as receitas.

Tábua IV

Tratava do poder paterno e de outras matérias de direito de família (in jure patrio): o filho monstruoso podia ser morto imediatamente; defendiam a eugenia; o pai tinha sobre o filho direito de vida e morte, ou seja, tinha direito de flagelar, aprisionar, obrigar a trabalhos rústicos, vender e matar;

com o tempo isto se foi amenizando e mais tarde esses casos dariam margem a destituição do pátrio poder (neste aspecto, gregos e romanos diferiam de outros povos da Antiguidade).

Conforme Prado (2005, p.70), de 510 A.C. até 27 A.C., “as questões eram formuladas casuisticamente com o objetivo de julgar os autores de ações consideradas lesivas ao Estado, sem que houvesse uma previsão legal”.

Como afirma GIORDANI (*apud* PRADO, 2005, p. 71) “os romanos não operaram uma sistematização penal”, fazendo seu exame de modo casuístico:

É assim que os juristas falam dos vários tipos de pena, mas não se preocupam em estabelecer-lhes a função. Conhecem o nexo de causalidade, mas não o definem; conhecem o dolo, a culpa, o caso fortuito; os casos de não imputabilidade, como a menoridade e a insanidade mental, e os de não punibilidade, como a legítima defesa, mas não cuidam dos conceitos de não imputabilidade e de não punibilidade; punem a tentativa, mas não a definem; conhecem os vários casos de coparticipação no crime, mas não os enquadram em categorias.

Algumas décadas antes de Cristo desaparecem a vingança privada, sendo substituída pela administração estatal, que passa a exercer o *ius puniendi*, ressaltando o poder conferido ao *pater familiae*, com algumas restrições, sendo característico e essencialmente retributivo e em algumas situações já havia catálogos com as punições (FRAGOSO, 1985, p. 29).

Grandes foram às contribuições do Direito Romano para a evolução do Direito Penal, criando princípios penais sobre o erro, culpa e dolo.

2.1.2 Direito Germânico

O direito germânico era concebido como uma ordem de paz e a sua transgressão como ruptura da paz, pública ou privada, segundo a natureza do crime, privado ou público, assim Bruno (2005, p. 40) explica:

Nos costumes germânicos primitivos, o problema penal resolvia-se pela vingança ou a perda da paz. Formas primárias da reação anticriminal; formas que se encontram ainda bem definidas nas velhas leis germânicas do norte, nas que vigoravam primitivamente na Islândia, como nas da Suécia, Noruega e Dinamarca.

O Direito Penal germânico é resultado das leis bárbaras *Lex Saliva* – 500; *Lex Romana Wisigotorum* – 506, conhecida como Breviário de Alarico; *Lex Romana Burgundiorum* – 517; *Lex Rupiaria* – séc. VI; *Pactus* – séc. VII; *Lex Alarnannorum* – séc. VIII e *Lex Baiutvariorum* – séc. VIII, que se fundiram gradualmente durante o processo de conversão dos germanos ao cristianismo (2005, p. 73).

Os germânicos conheciam a vingança de sangue, que somente em etapas mais avançadas, com o fortalecimento do poder estatal, foi sendo gradativamente substituída pela composição, voluntária, depois obrigatória. A composição segundo Bitencourt (2007, p. 34) era:

[...] um misto de ressarcimento e pena: parte destinava-se à vítima ou seus familiares, como indenização pelo crime, e parte era devida ao tribunal ou ao rei, simbolizando o preço da paz. Aos infratores insolventes, isto é, àqueles que não podiam pagar pelos seus crimes, eram aplicadas, em substituição, penas corporais.

Muitos anos se passaram, até a decadência destes modelos punitivos, onde o Direito Germânico passou a adotar o modelo Romano, ou seja, a pena de talião.

2.1.3 Direito Canônico

Entre a época dos direitos romanos e germânicos, surge então o Direito Penal Canônico, sendo primitivamente a pena como caráter disciplinar.

Tendo o Estado perdido forças frente à Igreja Católica, as penas foram cada vez ganhando um fim reabilitador do delinquente, sendo do Direito Canônico o precursor da ideia de reforma dos que cometiam delitos. A classificação dos delitos era a seguinte: a) *delicta eclesiastica* – ofendiam o direito divino, eram da competência dos tribunais eclesiásticos, e eram punidos com as *poenitentiae*; b) *delicta mere secularia* – lesavam somente a ordem jurídica laica, eram julgados pelos tribunais do Estado e lhes correspondiam às sanções comuns. Eventualmente, sofriam punição eclesiástica com as *poenae medicinales*; c) *delicta mixta* – violavam as duas ordens (religiosa e laica) e eram julgados pelo tribunal que primeiro deles tivesse conhecimento. Pela igreja eram punidos com as *poene vindicativae*.

O Direito Canônico contribuiu consideravelmente para o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras ideias sobre a reforma do

delincente, foi no Direito Canônico que surgiram as palavras: penitenciário e penitenciária.

2.2.1 As escolas penais

Passadas as etapas do direito vingativo, já em meados do século XVIII surge o chamado Período humanitário com o Iluminismo (Século das Luzes), com marco na Revolução Francesa. Alguns autores como MONTESQUIEU e ROUSSEAU, fizeram muitas críticas às legislações penais da época, propondo a individualização da pena, à proporcionalidade, além de necessária diminuição da crueldade (2007, p. 49).

Neste mesmo século, surgem as teorias reformadoras de César BECCARIA, John HOWARD e Jeremias BENTHAM, trazendo um direito penal justo e reabilitador.

É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei (BECCARIA, 2003, p. 107).

As ideias de BECCARIA foram mantidas por HOWARD na Inglaterra, nunca aceitando as condições desumanas que as prisões inglesas se encontravam. HOWARD buscou incessantemente as reformas das penitenciárias de seu país, insistindo na construção de estabelecimentos adequados ao cumprimento da pena privativa de liberdade, devendo constituir de um regime higiênico, alimentar e assistência médica (BITENCOURT, 1993, p. 46).

BENTHAM também contribui muito para a atual estrutura dos sistemas penitenciários, em seu livro *O Panóptico*, sendo o primeiro autor consciente da importância da arquitetura penitenciária.

Assim explicam ZAFFARONI, PIERANGELI (2002, p. 279):

Daí surge a sua invenção do estabelecimento carcerário —panóptico, ou seja, a construção de um estabelecimento radial, com pavilhões a partir de um centro, comum, de onde se consegue o máximo de controle sobre toda a atividade diária do indivíduo, com um mínimo de esforço.

Preocupou-se com a finalidade reabilitadora do réu através do trabalho afirmando que nas palavras de Bentham (*apud* BITENCOURT, 1993, p. 55) é um

absurdo converter o trabalho em algo detestável, já que será o único meio que permitirá o recluso levar uma existência honrada quando recuperar sua liberdade.

Contudo, nota-se que somente a partir do século XVIII que a prisão passa a ser a resposta penal por excelência, prevalecendo sobre as demais modalidades de sanção até então em vigor e alastrando sua natureza a todas as instituições da vida social. O advento da pena de prisão está, portanto, inserido no contexto de tentativa de racionalização das práticas punitivas, fruto do pensamento liberal. É nesse contexto histórico que se dá início as chamadas Escolas Penais, sendo estopim para a moderna dogmática penal (ILANUD, 2006, p. 06).

2.2.1.1 A escola clássica

É com o livro de BECCARIA, dos Delitos e das Penas (1764), que se abre caminho ao movimento da escola clássica. Destaca-se, além de BECCARIA, como grande aplicador deste sistema Francesco CARRARA.

Assim explica Bruno (2005, p. 49) sobre este sistema:

Havia nesse tempo razões de ordem prática e de natureza filosófica a inspirar e estimular esse movimento. Primeiro aquela situação de violência, opressão e iniquidade, a que chegara a justiça penal da Idade Média e séculos seguintes e que fizera, por fim, a consciência comum de a época ansiar por um regime de ordem e segurança, que pusesse termo ao incerto, cruel e arbitrário daquele Direito punitivo.

O entendimento de BECCARIA é de que a pena não tem por fim atormentar e afligir a sensibilidade do condenado, nem desfazer o ato criminoso cometido. O fim da pena tem o objetivo de impedir o réu de fazer novos danos e de remover dos outros cidadãos a ideia de fazer tais danos (BRUNO, 2005, p. 50).

BECCARIA considerava que as penas deviam ser proporcionais ao dano social causado. Rejeitava duramente a crueldade inusitada das penas de sua época e a tortura, que era o meio de prova mais usual. Sustentava que se devia abolir a pena de morte, salvo nos delitos que colocavam em perigo a vida da nação.

A pena, nas palavras de Carrara (*apud* BRUNO, 2005, p. 54):

[...] não é mais do que a sanção do preceito ditado pela lei eterna: a qual sempre visa à conservação da humanidade e à tutela dos seus direitos, sempre procede sobre a norma do justo: sempre corresponde aos sentimentos da consciência universal.

Ou seja, a ciência penal está a serviço da liberdade do homem, o direito é a liberdade. A ciência criminal bem entendida é, pois, o supremo código da liberdade, que tem por objeto subtrair o homem da tirania dos outros e ajudá-lo a livrar-se da tirania de si mesmo e de suas próprias paixões (2002, p. 276).

A escola clássica tem como princípios fundamentais: a) o crime resulta ser, essencialmente, um ente jurídico, segundo a fórmula de CARRARA. Não uma ação, mas uma infração; b) fundamento da responsabilidade penal é a responsabilidade moral, com base no livre-arbítrio, supondo sempre a existência de uma vontade inteligente e livre; e c) pena é retribuição, expiação da culpabilidade contida no fato punível – o mal justo que se contrapõe à injustiça do mal praticado pelo agente (BRUNO, 2005, p. 55).

No entanto, a escola clássica não resistiu aos avanços biológicos e sociológicos da época, ou seja, com o desenvolvimento das ciências sociais o foco da criminalidade passou a ser a sociedade e não mais os interesses individuais, sendo assim superada pelos estudiosos da Escola Positiva.

2.2.1.2 A escola positiva

Com a decadência clássica, alguns estudiosos como, César LOMBROSO (1835-1909), Enrico FERRI (1856-1929) e Rafael GAROFALO (1851-1934), passam a ver o criminoso como um ser vivente, com condições antropológicas e os seus contatos sociais. Esta escola está dividida em três fases, que segue:

1 - a antropológica, tendo como investigador o médico italiano César LOMBROSO que via o criminoso como um ser atávico, partindo da ideia básica da existência de um criminoso nato, cujas anomalias constituiriam um tipo antropológico específico. O criminoso nato seria reconhecido por uma série de estigmas físicos: assimetria do rosto, dentição anormal, orelhas grandes, olhos defeituosos, características sexuais invertidas, tatuagens, irregularidades nos dedos e nos mamilos, mas, contudo, não conseguiu comprovar experimentalmente (BITENCOURT, 2007, p. 56). Mas os estudos de LOMBROSO contribuíram muito para o desenvolvimento da sociologia criminal, como diz Bruno (2005, p. 63-64):

Com isso lançou o ponto de partida para a criação das ciências criminológicas, criando ele mesmo, com as suas numerosas e reiteradas investigações duas delas – a Antropologia criminal e a Psicologia Criminal. Penetrou nos problemas da justiça punitiva e adquiriu, assim, novo apoio

para o título de fundador da escola positiva do Direito Penal, propondo a prevenção e repressão do crime medidas em concordância com aquelas ideias, medidas na direção do que viria a ser a linha de orientação definitiva da escola.

2 - a sociológica, tendo como aplicador o socialista Enrico FERRI, sendo considerado por Bruno (2005, p. 64): um dos mais lúcidos e brilhantes espíritos que já se ocuparam dos problemas do crime [...]. Tendo contestado, desde a sua tese de doutoramento, o livre-arbítrio como fundamento da imputabilidade, substituiu a responsabilidade moral pela responsabilidade social, unicamente porque vive em sociedade (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2002, p. 298). Ou seja, FERRI sustentou a teoria sobre a inexistência do livre-arbítrio, considerando que a pena não se impunha pela capacidade de autodeterminação da pessoa, mas pelo fato de ser um membro da sociedade. A razão e fundamento da reação punitiva é a defesa social, ao qual atuava de forma intimidadora ou preventiva dos fatos criminosos.

Apesar do predomínio na Escola Positiva da ideia de Defesa Social, não deixou de marcar o início da preocupação com a ressocialização do criminoso.

3 - a jurídica, tendo como aplicador o jurista Rafael GAROFALO, que criou a noção do delito natural, ou seja, o crime está sempre no indivíduo (BRUNO, 2005, p. 65). FERRI, através da ideia do delito natural, e, desenvolvendo sua teoria a partir deste dogma, conclui que os homens dele carecedores devem ser expulsos da sociedade (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2002, p. 302). A pena de morte é vista como mais piedosa que a perpétua no caso dos irrecuperáveis.

2.2.1.3 Escolas mistas

A Escola Clássica e a Positiva foram as únicas a criarem posições extremas bem definidas. Posteriormente apareceram outras correntes que buscavam uma junção de ambas.

O pensamento eclético contribuiu em muito para a evolução dos estudos das ciências penais, acolhendo o princípio da responsabilidade moral e a consequente distinção entre imputáveis e imputáveis, mas não aceita que a responsabilidade moral fundamente-se no livre-arbítrio (BITENCOURT, 2007, p. 59).

O crime, para esta escola, é concebido como um fenômeno social e individual, tendo a pena como fim meramente de defesa social, embora sem perder seu caráter aflitivo, e é de natureza absolutamente distinta da medida de segurança.

Mas em meados do século XX, constata-se que todos esses estudos já não cumpriam o papel humanizador do Direito Penal, ficando os direitos dos homens sempre em segundo plano, gerando atos que não condiziam com os estudos propostos, ou seja, necessitava-se de uma maior proteção dos direitos humanos.

2.2.2 O Brasil e as penas

2.2.2.1 Brasil colônia

Antes do domínio português, na primitiva civilização brasileira, adotava-se a vingança privada, sem qualquer uniformidade nas reações penais. No entanto, os silvícolas que habitavam o país não desconheciam o talião, mesmo que de modo experimental, a composição e a expulsão da tribo, ou seja, às formas de punição que predominavam eram as corporais, sem tortura (BITENCOURT, 2007, p. 45).

Assim explica Bitencourt (2007, p. 45):

Na verdade, o primitivismo de nossos silvícolas não autoriza falar em uma verdadeira organização jurídico-social. Havia simplesmente regras consuetudinárias (tabus), comuns ao mínimo convívio social, transmitidas verbalmente e quase sempre dominadas pelo misticismo.

As tribos indígenas não influenciaram na legislação, que somente a partir do descobrimento do Brasil, em 1500, passou a vigorar o Direito lusitano, sendo regido pelas Ordenações Afonsinas, publicadas em Portugal em 1446, sob o reinado de D. Afonso V, considerado o primeiro código europeu completo (BRUNO, 2005, p. 97).

Em 1521, as Ordenações Afonsinas foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, por determinação de D. Manuel I.

Bruno (2005, p. 99) assim esclarece:

As ordenações Afonsinas podem interessar apenas por aquilo com que influíram na elaboração das Manuelinas. Estas é que foram rela e efetivamente a legislação do início do regime colonial no Brasil. A legislação da época das capitanias e dos primeiros tempos dos governadores gerais. Foram elas a lei desse período da vida social dos colonizadores, e mais ainda a fonte que alimentava a maneira tradicional de pensar os problemas penais, e assim, de uma ou outra forma, a ponte de referência constante no modo de considerar o crime e de reprimi-lo.

No entanto, os ordenamentos referidos não chegaram a ser eficazes, em razão das peculiaridades reinantes na imensa colônia (BITENCOURT, 2007, p. 45). O que prevalecia era o arbítrio dos donatários, sendo uma fonte viva de um Direito informal, com o qual se pretende manter a ordem social e jurídica, e como cada um possuía um critério próprio, era desastroso o regime jurídico do Brasil colônia (BRUNO, 2005, p. 99).

2.2.2.2 Código criminal do Império

Proclamada a independência, já em 1823, o Imperador D. Pedro I abriu solenemente os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, que viria a ser dissolvida em 12 de novembro do mesmo ano. Por Carta de Lei de 25/03/1824, o Imperador outorgou a Constituição que viria a se constituir na única do período imperial (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2002, p. 215).

A constituição brasileira de 1824 determinou a urgente necessidade de elaboração de um Código Criminal, que no seu artigo 179, § 18 prescrevia: “um Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade” (BRUNO, 2005, p. 102).

Em 1827, foi quando o Deputado Bernardo Pereira de Vasconcelos apresentou o seu projeto, juntamente com outro Deputado Clemente Pereira. Preferiu-se, no entanto, o de Bernardo Pereira de Vasconcelos.

Siqueira (*apud* BITENCOURT, 2007, p. 46) também entende que o código de Vasconcelos era o mais adequado, por ser aquele que, mais amplo ao desenvolvimento das máximas jurídicas e equitativas, e por mais munido de divisão das penas, cuja prudente variedade muito concorria para o bem regulada distribuição delas [...].

Em 23 de outubro de 1830, o então Imperador D. Pedro I sancionou o Código Criminal.

Assim Bruno (2005, p. 103) destaca:

Foi esse Código obra legislativa realmente honrosa para a cultura jurídica nacional, como expressão avançada do pensamento penalista no seu tempo; legislação liberal, baseada no princípio da utilidade pública, como havia de resultar naturalmente da influência de BENTHAM, que se exerceu sobre o novo Código, como já se fizera sentir no Código francês de 1830.

O Código de 1830 teve grande influência na Europa, como o Código Penal espanhol de 1848 e o português de 1852.

A grande inovação deste Código foi à maneira como regulava a multa, que segundo Zaffaroni, Pierangeli (2002, p. 218) “era estabelecida de acordo com o sistema do dia-multa, com uma grande analogia com aquele que, no presente século, se conhece como sistema nórdico”.

O sentido liberal do código foi neutralizado, numa certa medida, através de leis processuais, como a de 10/06/1835, que cuidava do julgamento dos escravos que tivessem atentado contra a vida e segurança de seu senhor ou de suas famílias.

2.2.2.3 A República Velha e o Código de 1890

Com a Proclamação da República, o então Ministro Campos Sales encomendou a Batista Pereira à missão de elaborar um projeto de Código Penal. O governo tinha pressa, razão pela qual Batista Pereira cumpriu a missão em pouco mais de três meses, ou seja, às pressas. O projeto foi aprovado e publicado em 1890, portanto, antes da Constituição de 1891 (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2002, p. 219).

Bitencourt (2007, p. 47) ensina que o Código Penal de 1890 apresentava graves defeitos de técnica, aparecendo atrasado em relação à ciência de seu tempo, o mesmo autor ainda conclui dizendo: “tudo que se faz apressadamente, este, espera-se, tenha sido o pior Código Penal de nossa história”.

Os defeitos do Código Republicano acabaram gerando um exagero de leis extravagantes que tentaram sanar os defeitos, completá-lo ou ajustá-lo às novas condições práticas ou científicas (BRUNO, 2005, p. 104). Dessas várias leis extravagantes, o então Desembargador Vicente Piragibe, compilou e sistematizou em um único texto, e a denominou de Consolidação das Leis Penais, vindo a ser promulgada em 1932.

Ao longo dos anos de vigência (1890–1932), muitas foram às tentativas de substituí-lo, os projetos de João Vieira, Galdino Siqueira e Virgílio de Sá Pereira, não obtiveram êxito.

Estabelecido o Estado Novo, o Ministro Francisco Campos resolveu incumbir à redação de outro projeto ao Professor Alcântara Machado, da Faculdade de São Paulo. E finalmente em 1940 é sancionado, entrando em vigor somente em 1942, o

Código Penal vigente até os dias de hoje, embora parcialmente reformado pelo Decreto-lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940.

2.2.2.4 O Código atual

Desde 1940, dentre as várias leis que modificaram o código vigente, duas merecem destaque: a Lei n. 6.416/77, que procurou atualizar as sanções penais, encontrados no artigo 32 e seguintes como também a forma de seu cumprimento, que são: penas privativas de liberdade que se divide em pena de reclusão que pode ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto; a de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, restritivas de direitos, a qual a doutrina entende ser alternativa e a pena de multa.

Em 1984, veio à segunda modificação com a Lei n. 7.209/84, que reformulou a Parte Geral do retro código mencionado, vindo para humanizar as sanções penais, em virtude da atual realidade, na época, do sistema penitenciário e do Direito Penal brasileiro, como prescreve a Exposição dos Motivos da lei que se comenta: (Exposição dos Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal – Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984).

2.3 FINS ATRIBUÍDOS ÀS PENAS

É fato que as pena justificam-se por sua necessidade, alguns autores acreditam que sem a pena seria impossível à convivência na sociedade nos dias de hoje. A pena surge como a principal resposta para o crime e a teoria da pena explica quais suas funções desta. Santos (2010, p. 419) apresenta a Política Criminal como sendo: “o programa oficial do crime, da criminalidade e do sistema de normas, que define crimes”.

Santos (2010, p. 419) explica a política criminal:

A Política Criminal constitui o programa oficial de controle social do crime e da criminalidade uma definição comum em textos contemporâneos de Criminologia, enquanto o Direito Penal representa o sistema de normas que define crimes, comina penas e estabelece os princípios de sua aplicação um conceito generalizado em textos de Direito Penal.

Percebe-se que a política penal realizada pelo Direito Penal esta ligada a teoria da pena, construída pelos discursos de retribuição do crime e de prevenção geral e especial da criminalidade (SANTOS, 2010, p. 419).

Portanto, a pena é a mais importante das consequências jurídicas do delito, consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal. Inúmeras são as teorias que buscam justificar seus fins e fundamentos, que se encontram reunidas em três principais grupos.

2.3.1 Teoria retributiva

A pena como retribuição nasce no Estado absolutista, tendo como identidade o soberano e o Estado, a unidade entre a moral e o Direito, entre o Estado e a religião. Na pessoa do rei concentrava-se não só o Estado, mas também o poder legal e de justiça. A ideia que então se tinha da pena era a de ser um castigo com o qual se expiava o mal (pecado) cometido (BITENCOURT, 2007, p. 82). Ou seja, impunha-se uma pena a quem, agindo contra o soberano, rebelava-se também, em sentido mais figurado, contra o próprio Deus.

Com a decadência do Estado absolutista, surge então o Estado burguês, tendo como fundo a teoria do contrato social. O Estado passa a ser uma expressão soberana do povo. A pena passa então a ser concebida como a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis (BITENCOURT, 2007, p. 82).

Para Santos (2010, p. 421): “a pena como retribuição do crime representa a imposição de um mal justo contra um mal injusto do crime, necessário para realizar justiça ou restabelecer o Direito”.

Ou seja, à expiação sucede a retribuição, a razão Divina, é substituída pela razão do Estado, a lei divina pela lei dos homens.

Entre os defensores desta tese está KANT (*apud* PRADO, 2005, p. 554), para ele “a pena é um imperativo categórico, é uma fundamentação de ordem ética, pelo qual todo aquele que mata deve morrer, para que cada um receba o valor de seu fato e a culpa do sangue não recaia sobre o povo que não puniu seus culpados” e, assim comenta:

[...] a pena judicial (poena forensis), distinta da natural (poena naturalis), pelo que o vício pune-se a si mesmo e que o legislador não leva absolutamente em conta, não pode nunca servir simplesmente para fomentar outro bem, seja para o próprio delinquente, seja para a sociedade civil, mas deve ser-lhe imposta tão-somente porque delinquir; porque o homem nunca pode ser utilizado como meio senão para si mesmo [...]. A lei é um imperativo categórico [...].

HEGEL também opinava nesta teoria, pois a pena não é algo de ordem ética, mas sim de ordem jurídica e racional. Pune-se apenas para manter o equilíbrio perdido com a lesão ao ordenamento e considera a justiça retributiva a única digna do ser humano (BITENCOURT, 2007, p. 87).

HEGEL (*apud* PRADO, 2005, p. 554) assim explica:

Como evento que é a violação do direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, mas contém a negação. A manifestação desta negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real, a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito.

A teoria de HEGEL tem em comum com a de KANT, a ideia essencial de retribuição e o reconhecimento de que entre o delito praticado e a sua punição deve haver uma relação de igualdade (PRADO, 2005, p. 491).

Várias são as críticas feitas a esta teoria e vale destacar as palavras de Santos (2010, p. 423) quando afirma que: “a pena como retribuição não é democrática porque no Estado Democrático de Direito, onde o poder é exercido em nome do povo e não em nome de Deus, tendo o Direito Penal o objetivo de proteger bens jurídicos e não realizar vinganças”.

2.3.2 Teoria preventiva

Para esta teoria, a punição não tem um fim retributivo, e sim um fim preventivo, ou seja, a pena é imposta para que o delinquente não volte a delinquir.

Prado (2005, p. 555) assim leciona:

Encontram o fundamento da pena na necessidade de evitar a prática futura de delitos. Não se trata de uma necessidade em si mesma, de servir à realização da justiça, mas de instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos futuros. Isso que dizer que a pena se fundamenta por seus fins preventivos, gerais ou especiais. Justifica-se por razões de utilidade social.

Como citado nas sábias palavras de Prado, essa teoria divide-se em geral e especial, que veremos a seguir.

2.3.2.1 Teoria preventiva geral

Para Santos (2010, p. 426): “a função de prevenção geral atribuída à pena criminal igualmente tem por objetivo evitar crimes futuros mediante uma forma negativa antiga e uma forma positiva pós-moderna”. Em resumo, a prevenção geral tem como destinatária a totalidade dos indivíduos que integram a sociedade, e se orienta para o futuro, com o fim de evitar a prática de delitos.

Esta teoria divide-se em prevenção geral negativa e positiva, a primeira firma-se na forma tradicional de intimidação penal, sendo que o Estado espera que a ameaça da pena desestimule pessoas de praticarem crimes (PRADO, 2005, p. 556).

A prevenção geral positiva, surgida no século XX, segundo Santos (2007, p. 463) seria:

[...] dirigida a todos os seres humanos, como exercício (a) de confiança na norma, necessário para saber o que esperar na interação social, (b) de fidelidade jurídica pelo reconhecimento da pena como efeito da contradição da norma e, finalmente, (c) de aceitação das consequências respectivas, pela conexão do comportamento criminoso com o dever de suportar a pena – na verdade, postulados do contrato social do século XVIII, com aceitação das normas sociais na qualidade de membro da sociedade e aceitação da punição na qualidade de infrator das normas sociais.

Ou seja, considera que a pena, enquanto instrumento destinado à estabilização normativa justifica-se pela produção de efeitos positivos e no fortalecimento geral da confiança normativa.

2.3.2.2 Teoria preventiva especial

A teoria da prevenção especial também procura evitar a prática do delito, no entanto, diferente da prevenção geral, esta se refere ao delinquente em particular, e não a sociedade em geral.

A execução do programa de prevenção especial ocorre, conforme Santos (2010, p. 424), em dois processos simultâneos, pelos quais o Estado espera evitar crimes futuros do condenado: a prevenção negativa de neutralização do condenado,

consistente na incapacitação para praticar novos delitos durante a execução de sua pena; a prevenção especial positiva de correção do condenado, realizada pelo trabalho de equipe técnica como psicólogos, sociólogos, assistentes sociais.

Contudo, esta teoria possui alguns perigos, o primeiro é que não delimita a pena que será fixada, tendo o poder estatal possuir livre arbítrio sobre o apenado; segundo, pode-se entender que a pena é válida até quando se tenha a correção definitiva do delinquente, Roxin (*apud* BITENCOURT, 1993, p. 127) entende que "a teoria da prevenção especial deixa o cidadão ilimitadamente ao arbítrio jurídico-penal do Estado".

2.3.3 Teoria unificada

A teoria unificada da pena criminal conjugam as teorias isoladas com o objetivo de superar as deficiências particulares de cada teoria, fazendo uma união da retribuição e da prevenção geral e especial da pena criminal (SANTOS, 2010, p. 428).

Prado (2005, p. 563) apresenta que:

De acordo com esse direcionamento, assevera-se que a pena justa é provavelmente aquela que assegura melhores condições de prevenção geral e especial, enquanto potencialmente compreendido e aceita pelos cidadãos e pelo autor do delito, que só encontra nela (pena justa) a possibilidade de sua expiação e de reconciliação com a sociedade. Dessa forma, a retribuição jurídica torna-se um instrumento de prevenção, e a prevenção encontra na retribuição uma barreira que impede sua degeneração.

A pena, então, representaria uma retribuição do injusto realizado, mediante compensação ou expiação da culpabilidade, prevenção especial positiva mediante correção do autor pela ação da execução penal, além de prevenção especial negativa como segurança social pela neutralização do autor e, finalmente, prevenção geral negativa através da intimidação de criminosos potenciais pela ameaça penal e prevenção geral positiva como manutenção da confiança na ordem jurídica (SANTOS, 2010, p. 428-429).

Atualmente, as teorias unificadas predominam na legislação, na jurisprudência e na literatura penal, tendo a pena como justificação do delito praticado e a necessidade de evitar a realização de novos delitos. Para tanto, é indispensável que

seja justa, proporcional à gravidade do injusto e à culpabilidade de seu ator, além de necessária à manutenção da ordem social.

As críticas trazidas pela doutrina são várias, destacando-se a de que não há possibilidade de criar-se uma nova teoria simplesmente para sanar as falhas das anteriores.

2.3.4 A teoria adotada pelo Direito Penal brasileiro

No Brasil, o CP consagra as teorias mistas ao determinar a aplicação da pena conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (art. 59, CP) (SANTOS, 2010, p. 429).

Art. 59 do CP - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Portanto, a pena no Código Penal brasileiro adota a reprovação que exprime a ideia de retribuição da culpabilidade; a prevenção do crime abrangendo as modalidades de prevenção especial (correção e neutralização do autor) e de prevenção geral (intimidação e manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica) atribuídas à pena criminal (SANTOS, 2010, p. 429).

2.4 AS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

2.4.1 Origem e sistemas

As primeiras penitenciárias surgiram na Idade Média nos Estados Unidos. Baseadas e inspiradas na religião marcam não só o início dos sistemas como também da pena privativa de liberdade.

A evolução passa-se sob dois sistemas americanos, o pensilvânico na famosa prisão de *Walnut Street* (1790) e auburniano ou Auburn em Nova York (1819), que são considerados os modelos clássicos de prisão (SANTOS, 2010, p. 460-461).

2.4.1.1 Sistema pensilvânico ou celular

A primeira prisão a praticar este sistema foi a *Walnut Street*, na Filadélfia em 1790. Este sistema aplicava o isolamento em uma cela, a obrigação estrita do silêncio, a meditação e a oração. Esse sistema impossibilitava o trabalho industrial dos presos.

Os principais sistemas de trabalho deste modelo eram (SANTOS, 2010, p. 462): a) *state-use*: produção de manufaturas na prisão, que eram consumidas e utilizadas pela própria administração penitenciária e estatal; b) *public work*: em que a força de trabalho é empregada em obras públicas, na construção de estradas, ferrovias, prisões etc; e c) *public account*: o sistema carcerário se converte em empresa pública, ou seja, o Estado compra a matéria-prima, organiza os processos produtivos e vende os produtos e preços competitivos no mercado.

Ainda, como este sistema não permitia o trabalho industrial e com o crescimento de interesses dos empresários, perde credibilidade pela impossibilidade da prática dos trabalhos coletivos.

2.4.1.2 Sistema aburniano

Criado para superar as limitações e defeitos do regime celular, permitia-se de início, o trabalho dos presos em suas celas, posteriormente o trabalho externo, pautava também pelo silêncio absoluto (*silent system*) e havia isolamento celular noturno.

Este sistema introduziu a exploração capitalista da força de trabalho encarregada e organiza o trabalho na prisão igual ao trabalho na fábrica, assim explicado por Santos (2010, p. 464):

Durante o dia, o trabalho coletivo em máquinas na prisão, com a lei do silêncio para garantir a disciplina do trabalho em comum; durante a noite, confinamento celular. A dependência do sistema penitenciário em relação aos processos econômicos do mercado de trabalho social determina novos parâmetros de execução penal, que orientam o modelo de Auburn menos para a correção pessoal e mais para o trabalho produtivo.

Os principais modelos de trabalho eram (SANTOS, 2010, p. 464-465): a) *contract*: considerado o sistema mais adequado submete a força de trabalho a duas

autoridades: o capitalista e o Estado; e b) *leasing*: submete a instituição penitenciária à autoridade exclusiva do capitalista, que dirige a prisão, organiza a produção e garante a disciplina.

Este sistema caiu por terra em virtude de não conseguir, igualmente ao celular, implantar um trabalho que surtisse resultado e com a grande pressão dos sindicatos, visto que a mão-de-obra é de baixo custo na prisão. O sistema auburniano afastadas sua rigorosa disciplina e sua estrita regra do silêncio é base para o sistema progressivo.

2.4.2 Sistemas progressivos

2.4.2.1 Sistema progressivo inglês

Surgiu na Inglaterra, século XIX, conhecido como *mark system* (ou sistema de vales).

Este sistema consistia em medir a duração da pena por uma soma de trabalho e de boa conduta imposta ao condenado, pelo qual este poderia obter vales ou marcas. Poderia o sentenciado ir, pouco a pouco, melhorando sua condição, e reduzir a duração da pena inicial imposta. (BITENCOURT, 2007, p. 131)

A pena era estabelecida em três períodos: período de prova, que constava de isolamento celular absoluto; permissão do trabalho em comum, em silêncio; e o último permitia a liberdade condicional.

2.4.2.2 Sistema progressivo irlandês

Walter Crofton deu início à nova concepção do sistema progressivo, fazendo a introdução na Irlanda. Crofton acrescentou ao inglês uma fase intermediária, de semiliberdade, prévia a liberação do condenado, considerado como um meio de prova da aptidão do apenado para a vida em liberdade. (BITENCOURT, 2007, p. 132)

Pode-se dizer que este sistema é dividido em quatro períodos: recolhimento celular contínuo; isolamento noturno, com trabalho e ensino durante o dia; semiliberdade, em que o condenado trabalha fora do presídio e recolher-se-á; e a liberdade condicional.

2.4.2.3 Sistema progressivo de Montesinos

Criado no século XIX, pelo Coronel Manuel Montessinos e Molina que presidia o presídio de Valência na Espanha, aplicou penas adequadas para alcançar uma eficiente e humanitária direção de um centro penal. Montessinos tinha respeito à dignidade do preso, não aplica sanções corporais e nem que desonrasse o detento.

Montessinos tinha firme convicção que a prisão deveria buscar a recuperação do recluso, ou seja, o fim ressocializador da pena. (BITENCOURT, 1993, p. 89).

2.4.3 Sistema utilizado no Brasil

Os sistemas progressivos contribuíram em muito para a melhoria da execução penal, o artigo 33, § 2º Código Penal brasileiro adotou o sistema progressivo irlandês.

Shecaira (2008, p. 309) assim explica a instituição do regime de cumprimento da pena utilizado no Brasil:

Houve a instituição do regime progressivo de cumprimento da pena privativa e liberdade. Por meio desse mecanismo instituído pelos arts. 33 e seguintes do CP reformado, o condenado que inicia sua pena no regime fechado, ao cumprir 1/6 dela, e desde que preencha determinados requisitos objetivos e subjetivos, poderá progredir para o regime semiaberto em uma primeira etapa e para o regime aberto em uma derradeira fase.

Santos (2010, p. 474) também apresenta suas considerações sobre os regimes das penas privativas de liberdade:

Os regimes de execução da pena privativa de liberdade são estruturas conforme critérios progressivos ou de regressividade, instituídos com o objetivo explícito de —humanizar a pena privativa de liberdade, segundo duas variáveis: o mérito do condenado e o tempo de execução da pena.

Portanto, se percebe segundo a opinião dos autores, que o sistema progressivo de cumprimento de pena foi concebido não só para humanizar a pena, mas no sentido de ressocializar o preso quando este está institucionalizado.

2.5 O fracasso das penas privativas de liberdade

A pena privativa de liberdade pode ser cumprida sob duas formas: a pena de reclusão, cominada em crimes mais graves, é executada nos regimes fechado, semiaberto e aberto; a pena de detenção, cominada em crimes menos graves, é executada nos regimes semiaberto e aberto (SANTOS, 2010, p. 473).

Tem o Estado o direito de executar a pena, e os limites desse direito são traçados pelos termos da sentença condenatória, devendo o sentenciado submeter-se aos seus efeitos até o fim da execução penal, com a devida extinção de punibilidade.

Questiona-se a validade da pena de prisão no campo da teoria, dos princípios, dos fins ideais ou abstratos da privação de liberdade e tem-se deixado de lado a sua execução. Segundo Bitencourt (1993, p. 143): “Dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente, contudo, esse otimismo desapareceu e atualmente predomina um pessimismo que já não tem muitas esperanças com a tradicional forma de punição”, nesta crise inclui-se o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade.

Percebe-se que a pena privativa de liberdade, como sanção principal e de aplicação genérica, está falida há mais de 200 anos, Foucault (2001, p. 196) já tinha esta percepção quando diz:

E se, em pouco mais de um século, o clima de obviedade se transformou, não desapareceu. Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E, entretanto não vemos o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão.

Pode-se dizer que os fatores que levam a pena privativa de liberdade ao descrédito são dois:

a) considera-se que o ambiente carcerário é um meio artificial, que não permite realizar nenhum trabalho reabilitador com o recluso. Bittencourt afirma que não se pode ignorar a dificuldade de fazer sociais aos que, de forma simplista, chamamos de antissociais, se aos dissocia da comunidade livre e, ao mesmo tempo, se os associa a outros antissociais (BITENCOURT, 2007, p. 105);

b) sob outro ponto de vista, menos radical, mas importante, insiste-se que na maior parte das prisões, de todo mundo, as condições materiais e humanas tornam impossível o objetivo reabilitador (BITENCOURT, 2007, p. 105).

O condenado assim que inicia a execução de sua pena, passa-se por dois processos, um de desculturação e outro de aculturação, que assim são explicados por Santos (2010, p. 445):

Enfim, a crise da execução da pena, como realização do projeto técnico-corretivo da prisão, é irreversível. E a explicação da crise é simples: a prisão introduz o condenado em duplo processo de transformação pessoal, de desculturação pelo desaprendizado dos valores e normas de convivência social, e de aculturação pelo aprendizado de valores e normas de sobrevivência na prisão, a violência e a corrupção, ou seja, a prisão só ensina a viver na prisão.

Para Bitencourt (2007, p. 103), “o problema da prisão é a própria prisão”. Para o autor, não é ela que tem que ser discutida, mas sim as sanções, principalmente quanto às penas de curta duração. A reforma tem que iniciar na reação penal diante do crime.

Portanto, a prisão prisionaliza o preso que, depois de aprender a viver encarcerado, retorna para as mesmas condições sociais adversas que determinaram a sua entrada para o crime. No Brasil, a Constituição Federal procura velar pela integridade física e dignidade dos aprisionados, expresso no artigo 5º XLIX - o respeito à integridade física dos presos. Mas a realidade no cumprimento da pena privativa de liberdade é bem diferente.

Marcão (2011, s.p.) assim explica:

A prática executiva brasileira demonstra o reincidente e impune desrespeito às garantias constitucionais incidentes, bem como a constante afronta aos dispositivos da Lei de Execução Penal, sem que inúmeras autoridades incumbidas do dever constitucional de fiscalizar, buscar e dizer o direito adotem as providências que também estão explícitas no ordenamento jurídico vigente e que, portanto, são de conhecimento presumido e exigência imperiosa.

Estes itens de assistência deveriam ser cumpridos, visto que a LEP foi criada para humanizar a pena, mas a realidade mostra o outro lado da atual realidade do sistema prisional.

2.6 As críticas trazidas pela criminologia

Para se entender as principais ideias da criminologia crítica fazem-se necessário tecer breves considerações sobre a teoria do *labelling approach*.

As críticas ao atual sistema penal não são recentes, em meados do século XX os americanos criaram um movimento chamado de *labelling approach*, teoria antecessora à criminologia crítica, que visava estudar a criminalidade como fenômeno social, também conhecida por teoria do etiquetamento. Segundo Santos (2007, p. 697): “o *labelling approach* se define sob dois pontos”: a) comportamento criminoso como qualidade atribuída por agências de controle social a determinadas condutas mediante aplicação de regras e sanções; b) criminoso como sujeito ao qual se aplica com sucesso o rótulo de criminoso. Considera-se que o *labelling* quebrou o paradigma das escolas criminológicas, mas deixou de focar as causas do crime, passando a analisar principalmente a reação social.

O *labelling* foi insuficiente, no entanto, necessário, para uma formação crítica ao sistema penal, pois não analisa a real estrutura social moderna específica.

Baratta (2002) assim explica:

Condição necessária porque mostra o comportamento criminoso como consequência da aplicação de regras e sanções pelo sistema penal e não como qualidade da ação, segundo a etiologia positivista; mas condição insuficiente, porque incapaz de indicar os mecanismos de distribuição social da criminalidade, identificáveis pela inserção do processo de criminalização no contexto das instituições fundamentais das sociedades modernas a relação capital/trabalho assalariado, suscetível de mostrar que o poder de definir crimes e de atribuir a qualidade de criminoso corresponde às desigualdades sociais em propriedade e poder das sociedades contemporâneas.

Para o autor, o sistema penal necessita de uma política criminal alternativa fundada na ampliação da democracia real e na redução do poder penal.

Santos (2007, p. 695), explica que nas sociedades contemporâneas os programas da política criminal assumem fundamentos das teorias da Criminologia etiológica (discurso oficial) ou da Criminologia crítica (discurso crítico), cujos postulados filosóficos são diferentes.

A criminologia pauta-se em uma política criminal alternativa que se dá com o Direito Penal Mínimo, com um discurso crítico sobre o atual discurso oficial, que visa legitimar a repressão seletiva de indivíduos das camadas sociais inferiores e que reconhece o fracasso do atual sistema de punições (SHECAIRA, 2008, p. 308-309).

Para Santos (2007, p. 700-701) o objetivo do direito penal mínimo é:

Reduzir o direito penal e humanizar o sistema penal, como procedimentos táticos necessários ao objetivo estratégico final de abolição do sistema

penal, o que diferencia o discurso crítico de quaisquer outros projetos reformistas e, em especial, do discurso oficial sobre o crime e controle social inspirado na criminologia etiológica tradicional.

A criminologia crítica apresenta duas propostas para redução do sistema de justiça criminal, que segundo Santos (2007, p. 703-704) em primeiro: “a descriminalização nos seguintes casos: a) de crimes punidos com detenção; b) de crimes de ação penal privada; c) de crimes de ação penal pública condicionada à representação; e d) de crimes de perigo abstrato, ainda nos crimes sem vítima e crimes qualificados pelo resultado; em segundo a despenalização nos seguintes casos: a) extinguir o arcaico sistema de penas mínimas; e b) as hipóteses de substitutivos penais ou de extinção da punibilidade devem ser redefinidas na direção da mais ampla despenalização concreta, com o objetivo de evitar os efeitos negativos do cárcere”.

A intervenção do direito penal só deverá ser utilizada se não houver outro tipo de intervenção estatal menos lesiva aos direitos individuais de cada cidadão. E quando intervêm deve aplicar o quanto possível às alternativas à pena privativa de liberdade (GOMES, 1999, p. 31).

Para Bitencourt (2007, p. 116) a criminologia crítica não admite a possibilidade de que se possa conseguir a ressocialização do delinquente numa sociedade capitalista.

A prisão surgiu como necessidade do sistema capitalista, sendo eficaz para o controle e a manutenção desse sistema, como afirma Bitencourt (2007, p. 116) a instituição carcerária, que nasceu junto com a sociedade capitalista, tem servido como instrumento para reproduzir a desigualdade e não para obter a ressocialização do delinquente.

Ainda conforme o autor, “qualquer reforma que possa se fazer no campo penitenciário não terá maiores vantagens, visto que, mantendo-se a mesma estrutura do sistema capitalista, a prisão manterá sua função repressiva e estigmatizadora” (BITENCOURT, 2007, p. 117). A criminologia crítica não propõe o desaparecimento do aparato de controle, pretende apenas democratizá-lo, fazendo desaparecer a estigmatização quase irreversível que sofre o delinquente na sociedade capitalista.

Santos (2007, p. 702) sabiamente conclui dizendo que: [...] “o discurso jurídico-penal fundado na criminologia critica considera indispensável à reintegração social do condenado, não através do cárcere o que é impossível” [...].

Portanto, percebe-se que a falência da prisão é o fator principal para a aplicação das alternativas penais.

2.7 Funções das alternativas penais

A pena alternativa visa a evitar e substituir a aplicação da pena privativa de liberdade nos casos previstos na legislação, sendo uma medida punitiva, de caráter educativo e socialmente útil, imposta ao autor da infração penal. Na verdade, com a pena alternativa não é necessário afastar o indivíduo da sociedade nem excluí-lo do convívio social e familiar e, principalmente, evita-se expor o sentenciado aos males do sistema carcerário (GOMES, 1999, p. 99).

Ainda, possui funções específicas, como desafogar as prisões, diminuir a reincidência e ressocializar o apenado.

Sobre esse assunto, Gomes (1999, p. 30) assim comenta:

A prisão é um produto caro e reconhecidamente não ressocializa. Pelo contrário, dessocializa. Em razão da superlotação, dos seus métodos e da sua própria natureza, é desumana e cruel; corta o vínculo com a comunidade, com a família, com o trabalho, com a educação etc. Há séria dúvida, por tudo isso, sobre se cumpre ou não seu papel de intimidação.

Importante ressaltar que a questão dos menores índices de reincidência entre os condenados a penas alternativas, também bastante propagadas, merece uma reflexão mais aprofundada com fulcro em elementos concretos, pois não existem dados certos sobre a reincidência, sendo apenas utilizados dados aproximados. Por outro lado, o conhecimento desses números se faz relevante essencialmente na medida em que fosse possível confrontá-los com os índices de reincidência entre os condenados a penas privativas de liberdade, também em termos nacionais.

No IX Congresso das Nações Unidas de Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, realizado no Cairo, recomendou-se a utilização da pena detentiva em último caso e somente nas hipóteses de crimes graves e de condenados de alta periculosidade; para outros delitos e criminosos de menor intensidade, medidas e penas alternativas. (JESUS, 1999, p. 13).

No entanto, em 2008 o Brasil tinha cerca de 498.000 pessoas cumprindo penas alternativas, já em 2009 este número cresceu para 550.000, ou seja, houve certo crescimento chegando a ser maior que o número de presos no sistema, mas não o suficiente para que gerasse novas vagas no sistema fechado. Isso mostra que as penas alternativas necessitam de maior atenção, pois demonstra que pode ser o caminho para desafogar o sistema penitenciário, diminuir a reincidência e se chegar ao fim ressocializador da pena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O homem, por sua própria natureza, vive e coexiste em comunidade. O Direito regula o convívio social, assegurando-lhe as condições mínimas de existência, de desenvolvimento e de paz.

Durante de toda a história do Direito Penal, desde a antiguidade até os tempos atuais, diversos tipos de sanções foram adotados. O Direito Penal é o setor ou parcela do ordenamento jurídico público interno que estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas consequências jurídicas.

Ao longo deste trabalho constatou-se que a pena privativa de liberdade não é a única nem a melhor solução no combate e prevenção da criminalidade. Os motivos são vários, desde o custo econômico elevado até o grande índice de reincidência dos submetidos à pena de prisão. Estes problemas só reafirmam a falência desta modalidade de resposta penal ao delito de pequena e média lesividade social do autor do ilícito.

Antes da existência da prisão, apenas havia estabelecimentos de custódia, em que ficavam detidas pessoas acusadas de crimes, à espera da sentença, bem como doentes mentais e pessoas privadas do convívio social por condutas consideradas desviantes ou questões políticas.

Durante décadas foram apresentadas dezenas de teorias, com intuito de explicar e fazer com que a pena de prisão chegasse aos seus fins de retribuição, prevenção, intimidação e, ainda buscando seu fim ressocializador.

Mas, as tentativas foram frustradas, pois pouco, ou até mesmo nada se conseguiu durante estes anos, como se pode constatar em Martins (1999, p. 27):

O século XVIII foi um marco, em razão de a prisão ter se consubstanciado em pena definitiva, em substituição às demais modalidades de reprimenda. Mesmo assim, as condições de encarceramento, o tratamento dispensado aos presos, tudo ainda era primigênio, surgindo aos poucos, a preocupação com suas recuperações, com a perspectiva de reinserção à sociedade.

A todos esses problemas se incluem as injustiças do sistema de execução penal brasileiro, pois a pena de prisão na atualidade, para além do seu fracasso, constitui síntese mais emblemática das punições torturantes, desumanas, degradantes e cruéis.

Uma questão de suma importância refere-se à crise da pena de prisão, pois se sabe que o sistema prisional brasileiro está falido. As cadeias são uma verdadeira fábrica de criminosos, que não ressocializam o condenado para que este possa reingressar na sociedade. A precariedade com que os detentos cumprem suas penas é desumana, a assistência à saúde e material é precária, além de outros fatores que também influenciam para a atual decadência das instituições penais. Os presídios se tornaram verdadeiros depósitos humanos, gerando sérias consequências à saúde e à pessoa do apenado.

O encarceramento não ressocializa, mas corrompe porque estigmatiza e isola o indivíduo da sociedade. A pena privativa de liberdade deve ser a resposta penal reservada à prática de crimes graves e aplicada a indivíduos que demonstram grande periculosidade (JESUS, 1999, p. 12).

Ainda, a prisão é o resultado do crescimento do capitalismo não só no mundo, mas no Brasil, em que apenas certos níveis da sociedade são rotulados de criminosos, deixando claro o objeto atual da pena, qual seja a de reproduzir a desigualdade entre as pessoas, assim como nas palavras de Bitencourt (1993, p. 8): “a instituição carcerária, que nasceu junto com a sociedade capitalista, tem servido como instrumento para reproduzir a desigualdade e não para obter a ressocialização do delinquente”.

O poder público atua conforme um faz de conta diante da realidade criminal, deixando de investir milhões para melhorias e criação de políticas públicas, ou seja, é uma verdadeira falta de vontade política, conforme entende Bitencourt (1993, p. 70) “[...] neste caso, a culpa, mais do que do Poder Judiciário, será do próprio Poder Central, que insiste em tratar, simbolicamente, dos problemas de combate à criminalidade e do caos do sistema penitenciário”.

Diante da inépcia do atual sistema punitivo, o Estado necessita de medidas alternativas para prisão, as quais tornem a pena humana, justa e que não venha a afetar a integridade física e moral do apenado. Portanto, após toda a pesquisa elaborada se entende que as alternativas penais apresentada é comprovadamente a melhor opção para os magistrados, para aplicação de penas aos crimes de menor potencial ofensivo.

Com o advento da Lei 9.714/98, consolidaram-se as bases do sistema alternativo de penas. Surge a expectativa de que as penas alternativas possam contribuir para a imediata diminuição da superlotação carcerária, diminuir os índices

de reincidência ao evitar encarceramentos desnecessários e principalmente favorecer a ressocialização e reeducação do autor do fato ilícito por vias alternativas à pena de prisão, reservada a cumprir a sua função de extrema e *ultima ratio* do sistema penal.

A sociedade precisa compreender que a adoção indiscriminada da pena de prisão, além de economicamente inviável, é ineficaz. Essa nova política em favor das penas alternativas é fruto da constatação empírica, corroborada por outros países, de que mandar pura e simplesmente mais pessoas para a prisão não tem contribuído para a diminuição dos índices de criminalidade.

A falência ou fracasso da pena de prisão é por isso mesmo, o fator preponderante para a difusão das alternativas penais que, no princípio, começaram pretendendo exclusivamente o encurtamento da sua duração (livramento condicional, remissão etc.) ou evitar a sua execução (*sursis*, penas substitutivas etc.), impedindo, desse modo, seus efeitos deletérios (contato pernicioso, estigmatização, prisionização, etc.), para depois apresentarem-se como verdadeiras alternativas, isto é, como penas autônomas e distintas, que contam com a pretensão de ocupar o lugar da prisão (em razão da sua desproporcionalidade, desumanidade, crueldade etc.) (GOMES, 1999, p. 31).

Portanto, é importante ampliar a aplicação das alternativas penais em todos os casos em que a situação se mostre favorável para o apenado, a vítima e a sociedade. Com isso, desafoga-se a Justiça e o sistema penitenciário, podendo aquele tratar com mais cuidado dos delitos mais graves. Desta forma, haverá a efetiva aplicação do princípio da individualização da pena, sendo também extremamente proveitoso reconhecer a importância da sua aplicação e da reinserção do infrator em sociedade, restaurando o valor preventivo da Justiça Penal e da sanção criminal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral - tomo I*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GOMES, Luiz Flávio. *Funções da pena no Direito Penal brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1037, 4 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8334>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

_____. *Penas alternativas como regra. Prisão é exceção*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1782, 18 maio 2008. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/11277>. Acesso em: 12 jun. 2011.

_____. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ILANUD/BRASIL. Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquentes. *Relatório Final do Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas*, 2006. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ87675D02ITEMIDF2A839578ED546609E22E2060BA1D7A0PTBRNN.htm>. Acesso em: 28 abr. 2011.

JESUS, Damásio E. de. *Penas Alternativas: anotações à lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998*. São Paulo: Saraiva, 1999.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

MARCÃO, Renato. *Execução penal: ideal normativo e realidade prática*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2763, 24 jan. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18336>. Acesso em: 7 jul. 2011.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *Penas alternativas: comentários à nova lei 9.714/98 que altera dispositivo do código penal*. 1ª. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

MEDEIROS, João Bosco. *Redação Científica*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. v.1. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumens Juris, 2007.

_____. *Direito Penal: parte geral*. 4. ed. rev., ampl. Florianópolis: ICPC; Conceito Editorial, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.