

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ANDRÉ AUGUSTO KAVIATKOVSKI

A PRISÃO COMO INSTITUTO NECESSÁRIO DO DIREITO PENAL
UMA ANÁLISE CRÍTICA

CURITIBA

2013

ANDRÉ AUGUSTO KAVIATKOVSKI

A PRISÃO COMO INSTITUTO NECESSÁRIO DO DIREITO PENAL
UMA ANÁLISE CRÍTICA

Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção de graduação no curso de
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato

CURITIBA

2013

Agradeço ao Professor Paulo César Busato, que se mostrou um grande orientador, com paciência e respeito, me impulsionou para a produção deste trabalho.

Em especial, agradeço também a meus pais, por todo o apoio e suporte que me foi dado durante a produção deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho busca realizar uma análise crítica da pena de prisão como instituto fundamental do processo penal. Para tanto, parte-se de uma análise das teorias da pena, passando-se a estudar a história e evolução da pena de prisão e seus sistemas. Após esta introdução ao tema, se enfrenta à crise pela qual passa o sistema prisional hoje, com suas diversas falhas. Em sequência passam a ser analisados as alternativas propostas as penas privativas de liberdade elaboradas pela doutrina, fazendo-se uma análise dos resultados que a aplicação das mesmas já obteve. Por fim, com as respostas obtidas das observações dos outros pontos, tenta se responder à pergunta de se a pena de prisão realmente é um instituto fundamental do direito penal, ou se seria possível hoje se conceber um direito penal sem prisão.

ABSTRACT

This work seeks to perform a critical analysis of imprisonment as a fundamental institute of Criminal Law. To achieve this, the paper starts with an analysis of punishment theories, going into a study of the history and evolution of imprisonment and its systems. After this brief introduction, the work confronts the crises that the imprisonment system goes through nowadays, with its flaws. Afterwards, the alternatives to imprisonment elaborated by doctrine are analyzed, and an observation of the results that the application of these methods has achieved. At last, with the answers obtained in the earlier sections of this paper, it is questioned if imprisonment is really a fundamental institute of Criminal Law or if it is possible to think in an imprisonment-free Criminal Law nowadays.

SUMÁRIO

Introdução.....	1
1 Teorias da Pena.....	4
1.1 Teorias Absolutas ou Retributivas.....	6
1.2 Teorias Relativas da Pena.....	9
1.2.1 Teoria Preventiva Geral (Negativa).....	10
1.2.2 Teoria Preventiva Especial (Positiva e Negativa).....	12
1.3 Teorias Mistas ou Unificadoras.....	14
1.4 Teoria da Prevenção Geral Positiva.....	16
1.4.1 Prevenção Geral Positiva Fundamentadora.....	17
1.4.2 Prevenção Geral Positiva Limitadora.....	18
1.5 Teorias Criminológicas da Pena.....	19
1.5.1 Teoria Materialista-dialética.....	20
1.5.2 Teoria Negativa-agnóstica.....	21
2 A Prisão.....	23
2.1 História e Evolução das Prisões.....	23
2.2 Os Sistemas Penitenciários.....	28
2.2.1 Sistema Pensilvânico.....	29
2.2.2 Sistema Auburniano.....	30
2.2.3 Sistemas Progressivos.....	32
2.2.3.1 Sistema de Montesinos.....	33
2.2.3.2 Sistema Progressivo Inglês (Mark System).....	34
2.2.3.3 Sistema Progressivo Irlandês.....	35
3 Crise do Sistema Penitenciário.....	36
3.1 O Efeito Criminógeno da Pena de Prisão.....	37
3.2 Efeitos Sociológicos.....	39
3.3 Efeitos Psicológicos.....	42
3.4 Labelling Approach.....	43
4 Alternativas à pena de prisão.....	47

4.1 Suspensão Condicional da Pena.....	49
4.2 Penas Pecuniárias.....	50
4.3 Penas Restritivas de Direitos.....	51
4.4 Alternativas Tecnológicas.....	53
4.5 Mediação Penal e Justiça Restaurativa.....	54
5. O Possível Fim da Pena de Prisão.....	56
5.1 Resultados da Aplicação de Medidas Alternativas.....	56
5.2 Crítica aos Argumentos que Sustentam a Manutenção da pena de Prisão.....	58
5.3 A Necessidade da Pena de Prisão.....	59
5.3.1 A necessidade da pena de prisão na concepção de Hassemer.....	59
5.3.2 A pena de prisão e os crimes de maior potencial ofensivo.....	61
Conclusão.....	63
Referências Bibliográficas.....	64

TERMO DE APROVAÇÃO

ANDRE AUGUSTO KAVIATKOVSKI

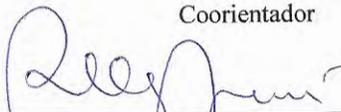
A Prisão como Instituto Necessário do Direito Penal: Uma análise crítica

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

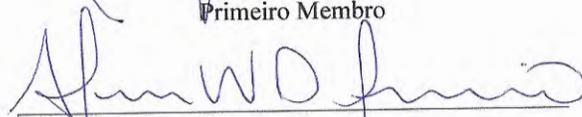


PAULO CÉSAR BUSATO
Orientador

Coorientador



*PRISCILLA PLACHÁ SÁ - Direito Penal e
Processual Penal*
Primeiro Membro



ALEX WILSON DUARTE FERREIRA
Segundo Membro

Introdução

A prisão sempre fez parte da história do Direito Penal, isto porque, desde os tempos mais remotos, se tem conhecimento da existência de prisões. Muito embora em sua concepção original esta figura não tivesse o caráter de sanção penal, sendo utilizada apenas como meio de se garantir a integridade do réu para que se pudesse realizar seu julgamento e sua execução, ela já estava ligada ao Direito Penal¹.

Com o passar do tempo a prisão perde seu caráter meramente de custódia e passa a ser uma forma de castigo, esta situação acaba ganhando força com as alterações que se deram quando do surgimento do sistema capitalista na Idade Moderna², uma vez que as penas capitais passam a ser criticadas por sua completa desconexão com as necessidades do Estado, isto porque começa a surgir um interesse econômico na exploração do trabalho do condenado, tanto que neste momento as punições mais comuns passam a ser a escravidão nas galés, deportação e trabalhos forçados³.

Ato contínuo, com o advento do Iluminismo e o surgimento dos motes da igualdade, liberdade e fraternidade houve uma nova alteração no sistema penal, pois passou-se a se observar a necessidade das penas observarem a dignidade da pessoa humana, deste modo a pena deixa de ser aplicada exclusivamente como castigo sobre o corpo do indivíduo⁴, objetivando alcançar um papel ressocializador, ou seja, a punição deveria servir como meio para uma eventual reaproximação do criminoso com a sociedade, por meio da adequação das condutas destes àquelas impostas pelo convívio social.

Neste plano, a prisão passou a ser a espinha dorsal do Direito Penal, e muito se passou a discutir em relação à pena de prisão, se pretendia encontrar formas de se adequar o cárcere aos fins da pena.

Todavia, a observação empírica da realidade mostrou que a pena de prisão, muito embora tenha passado por várias melhorias, a fim de trazer uma maior

¹ LEAL, César Barros. Prisão: crepúsculo de uma era. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p.31.

² RODRIGUES, Inês de Moura Trindade. Falência da pena de prisão no que respeita à sua aplicação aos crimes económicos. Veritati – Repositório Institucional da Universidade Católica Portuguesa, 2012, p. 5.

³ CHIAVERINI, Tatiana. Origem da pena de prisão. Tese (Mestrado em Filosofia do Direito) – Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, 2009, p. 80.

⁴ RODRIGUES, Inês de Moura Trindade. Falência da pena... 2012, p. 6.

dignidade ao preso, se mostrou completamente ineficiente como instrumento de controle social, uma vez que não era capaz de viabilizar uma reabilitação dos presos.

Todavia, mesmo diante desta situação, a realidade dos sistemas penais não se alterou, a pena de prisão ainda é a principal resposta que o Estado dá aos crimes que são cometidos hoje na sociedade.

Deve-se observar que diante da constatação da ineficiência do sistema prisional a doutrina e a prática penal criaram diversas alternativas à pena de prisão. São as chamadas penas alternativas e os substitutivos penais, casos nos quais se aplicam outras formas de sanção, que não a privação de liberdade, como forma de castigo estatal frente àqueles que cometem delitos penais.

Ocorre que a aplicação destas medidas foram criadas como alternativas para aqueles criminosos de menor “ofensividade”, que cometeram crimes de menor gravidade e, portanto, possuem penas de menor intensidade, todavia para aqueles que são considerados mais perigosos para a sociedade, a resposta apresentada continua sendo a pena privativa de liberdade.

Interessante se observar que em 2011, durante o VII Congresso Nacional de Alternativas Penais, foram apresentados dados que indicavam que a taxa de reentrada⁵ no sistema para aqueles que eram impostas penas alternativas a prisão era de 19% (tal taxa seria ainda menor caso se analisasse a exclusivamente a reincidência)⁶. Ademais, muito embora o Brasil não possua dados oficiais referentes à reincidência criminal, o Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD/Brasil) estimou no relatório final da pesquisa “Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas” que a taxa de reincidência exclusivamente para aqueles presos que eram condenados à prisão giraria em torno de 70%⁷.

⁵ Neste caso se fala especificamente sobre taxa de reentrada e não em reincidência, isto porque a taxa de reentrada analisa o retorno do condenado ao sistema penal, como acusado de novos crimes, mesmo que sem uma condenação definitiva, tal opção se fez necessária para que fosse possível apresentar uma análise preliminar dos resultados obtidos, considerando-se que como o sistema penal brasileiro é lento e a condenação pode levar muitos anos, a análise exclusivamente do índice de reincidência, que considera apenas aqueles crimes com condenações definitivas, o resultado poderia acabar distorcido, de forma a favorecer a pesquisa.

⁶ CONEPA – CONGRESSO NACIONAL DE ALTERNATIVAS PENAL, VII, 2011, Campo Grande. Anais... Brasília: Ministério da Justiça, 2011. p. 144.

⁷ INSTITUTO LATINO AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE - ILANUD. Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas: Relatório Final de Pesquisa. Brasil: 2006, p. 3.

Deste modo, com base nos resultados dos estudos supra referidos, se observa que as alternativas à pena de prisão apresentam um resultado muito melhor que a efetiva inserção dos criminosos no sistema prisional, especificamente quando se analisa a tendência destes em se envolverem novamente com atividades criminosas.

Pois bem, se as alternativas à pena de prisão tem se mostrado mais eficientes que o cárcere como forma de ressocialização dos delinquentes, ao menos em relação à questão da reincidência, devemos nos questionar porque doutrinadores críticos do sistema penal como, por exemplo, Cezar Roberto Bitencourt, insistem em afirmar que a prisão é um instituto necessário do Direito Penal, sendo a prisão um verdadeiro “mal necessário”⁸.

Este questionamento acaba por induzir a uma questão ainda mais interessante: Não seria hoje possível concebermos um Direito Penal sem a pena de prisão? Existem fundamentos reais que justifiquem a necessidade da manutenção da pena de prisão hoje?

Estes são alguns dos questionamentos que se pretende analisar com o presente trabalho.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 11.

1 TEORIAS DA PENA

Inicialmente, uma vez que objeto de estudo do presente trabalho é a pena de prisão, necessário se faz a apresentação de algumas considerações iniciais e gerais sobre o conceito de pena. Nicola Abbagnano, em sua obra *Dicionário da Filosofia* define pena como “privação ou castigo previsto por uma lei positiva para quem se torne culpado de uma infração”⁹.

Neste mesmo sentido podemos observar, como bem aponta Giddens, que a vida social do ser humano é regulada por regras e normas, sendo a punição uma forma de reação à condutas contrárias a estas, tendo o verdadeiro papel de assegurar sua validade¹⁰. A pena neste contexto, seria resposta formal dada pelo Estado àqueles que desrespeitam as normas que são protegidas pelo direito.

Cumprido destacar que nem sempre houve o dever de justificar a pena a ser imposta ao infrator por determinado delito, uma vez que, na Antiguidade as penas eram aplicadas ao livre arbítrio do soberano¹¹, não requisitando qualquer tipo de proporcionalidade, finalidade social ou educativa, ou mesmo igualdade de punições para mesmos crimes, por exemplo.

Oportuno se observar que a ideia da pena como a única forma de resposta possível a ser dada pelo Direito Penal foi determinante no processo de desenvolvimento deste ramo do direito, esta relação foi tão fortalecida que se chegou ao entendimento de que sem pena não há Direito Penal, sendo a recíproca também verdadeira¹².

Neste contexto, a única alternativa que restou foi a discussão e justificação dos fins da pena, como forma de legitimação da sua utilização, haja vista que se tornou consenso entre os ditos juristas penalistas a necessidade da pena como reação ao crime, sendo que neste momento histórico as teorias se dividiram em dois grandes ramos, as teorias absolutas de um lado, que concebem a pena como um fim em si mesmo e do outro lado as teorias relativas, que são doutrinas utilitaristas que

⁹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 749.

¹⁰ GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de Sandra Regina Netz. 4. Ed. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 172-175.

¹¹ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 210.

¹² SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 43.

enxergam a pena como meio para a realização de um fim utilitário de prevenção de delitos futuros¹³.

Estas duas linhas de pensamento são baseadas em uma crença de que a pena é a única resposta possível ao crime e foi consolidada no texto do Projeto Alternativo alemão de 1966 o qual descrevia a pena como “uma amarga necessidade de uma comunidade de seres imperfeitos como são os homens”, observe-se que esta disposição apresenta uma falsa visão de fim da história do Direito Penal uma vez que não existiria outra resposta possível aos crimes¹⁴. Deve-se observar que a modernidade, ao fazer a opção por se entender a pena como o único remédio possível aos crimes, optou por uma atuação baseada na punição e vigilância e não na pacificação social¹⁵.

Todavia, tais teorias sofreram severas críticas da doutrina posterior, tendo em vista que a adoção exclusiva de uma visão absoluta ou relativa da pena não era suficiente, em resposta desenvolvem-se as teorias mistas da pena que buscavam conciliar elementos de ambas as teorias, tentando elaborar um sistema que unisse as funções retributivas e preventivas, todavia tais teorizações também não se firmaram uma vez que ao se tentar mesclar duas teorias opostas criou-se um sistema com inconsistências teóricas¹⁶.

Também surgem na doutrina as teorias da pena baseadas na adoção de uma visão de prevenção geral positiva das penas, na qual a pena teria um verdadeiro papel de preservação e afirmação do próprio sistema social, ela teria uma função simbólica de reafirmar a todos a vigência das normas estatais e fortalecer a confiança das pessoas na vigência deste sistema¹⁷. Ocorre que estas teorias também não ficaram imunes a críticas.

Posteriormente, com os avanços dos estudos da criminologia, especialmente aquela mais radical, a partir da década de 70 do século XX, verifica-se uma verdadeira crise do próprio sistema penal que leva ao surgimento de discursos críticos ao próprio sistema penal, que sustentam a observação da necessidade de sua limitação e

¹³ SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 43-44.

¹⁴ SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 43-44.

¹⁵ SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 44.

¹⁶ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 233.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 121.

redução, sendo que neste contexto surgem as teorias abolicionistas da pena e a teoria agnóstica da pena¹⁸.

Neste capítulo, passasse a fazer uma análise de cada uma destas principais teorias da pena, sendo apresentados seus principais elementos e em seguida uma análise crítica das mesmas.

1.1 TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUTIVAS

A primeira teoria a ser estudada é a chamada teoria retributiva ou absoluta da pena.

Para esta teoria a pena não passava de uma retribuição válida para um mal causado pelo infrator, não havia finalidade social alguma na pena a ser imposta a não ser castigar o infrator pelo cometimento de um crime.

Conforme ensina Paulo César Busato, “a ideia fundamental do retribucionismo é a concepção da pena como um mal. Esse castigo, de algum modo, visa a contraposição a outro mal que é o crime”¹⁹.

Há que se dizer que a origem desta teoria é com a lei de talião uma vez que visa repreender um mal injusto, que seria o crime, com outro mal, porém este justo, que seria a pena imposta, desta forma, a pena neste momento servia para alcançar o ideal de justiça, não tendo a pena qualquer outro fim²⁰.

Como principais ícones e defensores desta teoria podemos citar Kant e Hegel.

O doutrinador alemão Immanuel Kant, em sua obra “*A Metafísica dos Costumes*” afirma que a pena tem sua finalidade na persecução da justiça, sendo que para este pensador, a justiça seria uma retaliação imposta nas exatas medidas do crime (lei de talião), desde que tal punição viesse do Estado, Kant não se preocupava com as consequências da punição ao agente, sendo relevante neste caso tão somente a realização da “justiça pública”²¹.

¹⁸ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 252-253.

¹⁹ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, cit., p. 215.

²⁰ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, cit., p. 215.

²¹ KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Tradução e notas de Adela Cortina Orts e Jesús Cnill Sancho. 3 ed. Madri: TECNOS, 1999, p. 165-174. (Texto Original: *Pero ¿cuál es el tipo y el grado de castigo que la justicia pública adopta como principio y como patrón? Ninguno más que el principio*

Assim ensina o referido filósofo:

Mas qual é o tipo e a grandeza do castigo que corresponde ao princípio e a medida da justiça pública? Nenhum outro que o princípio da igualdade (na posição de fiel da balança e da justiça) não se pendendo mais para um lado que para o outro. (...) Apenas a *lei do talião* (*ius talionis*) pode oferecer com segurança a qualidade e quantidade do castigo, desde que aplicada, obviamente, por um tribunal (não em seu juízo privado).²²

Desta forma, nota-se que para o estudioso alemão o infrator deveria ser punido somente pelo fato de ter cometido um crime, pouco importando se a pena imposta traria algum benefício para infrator ou mesmo para a sociedade²³, ou mesmo com uma finalidade de prevenir outros crimes²⁴.

Por outro lado, Hegel, embora entendesse que o crime cometido seria o mal, a violação da lei e a pena a retribuição deste mal, com ela visava-se o reestabelecimento da ordem jurídica perturbada, que deveria ser proporcional ao crime cometido²⁵.

Bittencourt, analisando as teorizações de Hegel, observa que este doutrinador via o infrator como um ser racional e livre e deveria ser tratado assim, de forma que o crime/ delito era visto como uma negação do Direito que merecia ser punida com a mesma intensidade que foi negada, de modo que acabava por reafirmar o Direito²⁶.

Neste sentido, observe-se os ensinamentos de Hegel:

A pena que afeta o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira de a sua liberdade existir, o seu direito. Necesário ainda acrescentar que, com relação ao próprio criminoso, constitui ela um direito: está já implicada na sua vontade existente, no seu ato. Este ato, porque vem de um ser de razão, implica na universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e à qual se deve sujeitar como ao seu próprio direito.²⁷

de igualdad (em la posición del fiel de la balanza de la justicia): no inclinarse más hacia um lado que hacia outro.(...) Sólo la ley del talión (ius talionis) puede ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo, pero bien entendido que en el seno del tribunal (no en tu juicio privado).

²² KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Tradução e notas de Adela Cortina Orts e Jesús Cnill Sancho. 3 ed. Madri: TECNOS, 1999, p. 167.

²³ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 216.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 105.

²⁵ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução de Norberto de Paula Lima, adaptação e notas Márcio Pugliesi. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2005, p. 101-108.

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. Vol. 1. 7 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 71

²⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução de Norberto de Paula Lima, adaptação e notas Márcio Pugliesi. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2005, p. 105.

Observa-se, portanto, que Hegel entendia que o criminoso, como ser racional, ao cometer um crime possuía o direito a ser punido, como forma de reconhecimento de sua racionalidade, o criminoso sabia que sua atitude era ilícita e, portanto, seria passível de uma punição como forma de reestabilização do Direito que foi afetado pelo crime.

Fazendo um comparativo entre estes dois principais defensores desta teoria, podemos dizer que enquanto para Kant a pena era vista como uma retribuição fundamentada na ética, para Hegel a pena fundamentava-se na ordem jurídica, sendo que ambos concordavam que a pena não precisava prevenir outros crimes ou corrigir o infrator, bastava puni-lo de maneira proporcional ao crime que cometeu.

Há outros defensores da teoria absoluta retribucionista, entre eles observamos: Carrara²⁸, Binding²⁹, Mezger³⁰ e Welzel³¹, os quais adotam uma mesma ideia quanto as penas, estes autores, por entenderem que a pena teria sua finalidade limitada em si mesma, observam que esta seria uma punição justa pelo ilícito realizado, sendo que, para os referidos autores, eventuais efeitos fora deste escopo tratam-se de elementos secundários, não podendo ser utilizados como elementos para justificar a pena.

Em suma, segundo Eugênio Zaffaroni:

As teorias absolutas (cujo modelo é Kant) tendem a a) retribuir b) para garantir externamente a eticidade c) quando uma ação objetivamente a contradiga d) inflingindo um sofrimento equivalente ao injustamente produzido (talião) ³². (destaques no original)

Destaca-se que por estas teorias verem a pena como um fim em si mesmo, não existe qualquer preocupação com os efeitos que a pena teria, tanto sobre o acusado como sobre a sociedade, basta para estas teorias que o sujeito seja punido como forma de obtenção da justiça pública, na visão de Kant, ou para a revalidação do direito violado na concepção de Hegel.

²⁸ CARRARA, Francesco. Programa do curso de direito criminal: parte geral. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 73-79.

²⁹ BINDING, Karl. Compendio di Diritto Penale. Tradução de Adelmo Boretini. Roma: Athenaeum. 1927, p. 392-409.

³⁰ MEZGER, Edmundo; RODRIGUEZ MUÑOZ, Jose Arturo. Tratado de derecho penal. 2 v. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949, p. 381-385.

³¹ WELZEL, Hans. Derecho penal: parte general. Buenos Aires: [s.n.], 1956, p. 235-240.

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. 4. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 115

Não se pode, contudo, desconsiderar a louvável pretensão das teorias retributivas em buscar uma proporção entre a pena e o crime que deu ensejo a esta, em especial na teoria de Hegel, que afasta a aplicação imediata da lei de talião, buscando uma equivalência entre o delito e a pena³³.

Oportuno destacar que existe na construção das ideias retribucionistas uma busca por uma resposta imediata aos crimes, a pena se limita a uma reação à ação ilícita do criminoso, não há, para os defensores desta teoria, como se pensar na pena tendo uma atuação externa a si mesma, pois não pode a punição imposta a um ser humano ter uma justificação que não seja voltada a ele mesmo, sob pena de se utilizar um este como meio de controle social.

Por fim, mas não menos importante, também deve-se observar, como bem aponta Busato, em um Estado social democrático de Direito é inconcebível um discurso que defenda uma pena completamente alheia a qualquer fim social³⁴. Neste contexto, pode-se afirmar que defender hoje uma visão exclusivamente retribucionista da pena seria um verdadeiro anacronismo, completamente desconexo do momento histórico e dos modelos sociais vigentes.

1.2 TEORIAS RELATIVAS DA PENA

Diferentemente do que acontecia nas teorias absolutas da pena, nas quais se buscava apenas retribuir o crime cometido com uma pena a ser imposta proporcional ao delito, as teorias relativas surgem com a intenção de inibir a ocorrência de novas ações criminosas.

Para os pensadores que defendem esta teoria a pena persegue a prevenção de novos delitos, tendo como base a noção de que a sanção é necessária para a preservação do grupo social, de modo que a validação da pena se da *a posteriori*, isto é, a pena deve ser validada pelo resultado que sua aplicação teve³⁵.

Esta teoria subdivide-se em: teoria preventiva geral e teoria preventiva especial.

³³ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, cit., p. 219.

³⁴ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, cit., p. 220.

³⁵ SALIBA, Marcelo Gonçalves. Justiça Restaurativa... cit. p. 47.

1.2.1. Teoria Preventiva Geral (Negativa)

Analisando inicialmente a teoria da prevenção geral, observa-se que esta se baseia na coação psicológica social, de Feuerbach³⁶ a qual tem como fundamento a concepção de que as pessoas se sentiriam intimidadas a cometer crimes em virtude da iminente sanção que poderia lhe ser imposta em decorrência de sua prática delitiva, não apenas pelo sofrimento que lhe seria imputado pela pena, mas também, tendo em vista que a punição penal representa a maior expressão de reprovação imposta pelo Direito, pelo possível demérito social que recai sobre os criminosos³⁷.

Destaca-se que além de ter como base a coação psicológica, as teorias preventivas da pena também partem do pressuposto da efetividade da persecução penal, isto porque as pessoas só se sentiriam efetivamente coagidas se acreditassem na real efetividade do aparato persecutório do Estado. Neste contexto, bem aponta Bittencourt que uma das falhas desta teoria seria o fato de não considerar um elemento essencial do comportamento do criminoso, “sua confiança em não ser descoberto”³⁸.

Paulo César Busato, ao analisar as teorias preventivas gerais da pena, observa que:

A prevenção geral traduz a ideia de que é necessário prevenir-se da ocorrência de novos delitos que podem brotar de qualquer âmbito da sociedade, ou seja, que não possuem fontes definidas. Idealiza-se o castigo como um exemplo. Como algo voltado a dissuadir pela demonstração de desagrado e pela geração de um prejuízo³⁹.

Deste modo, podemos observar que para os defensores desta teoria, em especial Feuerbach, a prevenção se dá pela coação psicológica que é efetivada em dois momentos distintos, em um primeiro momento, este prévio a realização do delito, a prevenção é destinada a generalidade das pessoas com base na criação de uma expectativa de punição a ser imposta sobre aqueles que cometerem crimes; e, em uma segunda etapa, esta posterior a consumação do delito, pela efetiva persecução

³⁶ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. Tratado de Derecho Penal. Tradução de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 52-54.

³⁷ BRUNO, Anibal. Direito Penal: parte geral. 3º tomo. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 20-21.

³⁸ BITTENCOURT, César Roberto. Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 135.

³⁹ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, cit., p. 223.

do criminoso e a imposição de um castigo exemplar, o qual servirá para afetar a psique dos demais membros da sociedade, de forma a dar validade à ameaça inicial⁴⁰.

Oportuno observar, como bem aponta Busato, que é exatamente pelo caráter dissuasor que acaba por levar esta linha de pensamento a ser adjetivada como teoria da prevenção geral negativa, como forma de se diferenciar esta teoria daquela que passou a ser qualificada como positiva uma vez que busca a “afirmação de determinados aspectos coletivos e não a intimidação”⁴¹. A teoria da prevenção geral positiva será melhor analisada posteriormente neste capítulo.

Muito embora seja louvável a pretensão criada por estes doutrinadores de enfatizar o processo educativo da sociedade⁴², não se pode, contudo, deixar de observar as severas críticas que foram elaboradas a estas teorizações pela doutrina. Uma destas críticas já foi exposta anteriormente, que seria o fato de tais teorias não considerarem um elemento fundamental da psicologia dos criminosos, a crença de que a persecução penal não os alcançará.

Ademais, outro aspecto problemático desta teoria que merece ser observado, como bem aponta Shecaira, é o fato de que a adoção desta teoria envolve assumir que o sistema punitivo do Estado é baseado no terror, onde quanto maior a pena, em teoria, mais eficiente esta seria como mecanismo de prevenção⁴³, o que acaba por afastar qualquer proporcionalidade entre o delito e a pena.

Por fim, deve-se observar que em um Estado Democrático de Direito, pautado na defesa dos direitos humanos é extremamente complicado, se não impossível, se justificar que uma pena seja imposta a uma pessoa, com a única e exclusiva finalidade de se manipular a conduta de outros⁴⁴.

⁴⁰ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. Tratado de Derecho Penal. Tradução de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 52-54.

⁴¹ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 224.

⁴² SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.132.

⁴³ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.131.

⁴⁴ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 226.

1.2.2. Teoria Preventiva Especial (Positiva e Negativa)

Oportuno observar que as teorias que defendem a pena como mecanismo de prevenção de realização de novos crimes não se desenvolveram apenas sobre a perspectiva da coação da generalidade, conforme exposto anteriormente, mas também tiveram aqueles que defenderam que esta prevenção seria específica, voltada para a pessoa do criminoso, partindo da crença de que o indivíduo que cometera um delito, seria a origem principal de novos crimes e, portanto, a força dissuasora da pena seria voltada diretamente a este⁴⁵, seria, portanto, a ressocialização do indivíduo a meta a ser alcançada com a imputação da pena.

Neste sentido, bem explica Olga Gaitán Garcia, ao afirmar que para a teoria preventiva especial o Direito Penal é a cura do criminoso, “um Direito de reeducação e tratamento para o infrator penal. Curar em vez de castigar”⁴⁶.

Roxin, ao analisar a teoria da prevenção especial observa que prevenção especial se daria de três formas: “corrigindo o incorrigível, isto é o que chamamos de ressocialização; intimidando o que pelo menos é intimidável; e, finalmente, tornando inofensivo mediante a pena de privação da liberdade os que não são nem corrigíveis nem intimidáveis”⁴⁷.

Destaca-se que modernamente a teoria da prevenção especial foi subdividida em duas vertentes uma qualificada como negativa, a qual tem como ideia central a eliminação ou neutralização do criminoso por meio do seu afastamento da sociedade (prisão), e a outra definida como positiva, na qual o objetivo primordial da pena seria a ressocialização do indivíduo⁴⁸.

Desenvolvendo melhor a distinção entre as teorias da prevenção especial positiva e negativa, deve-se observar que a negativa visa, por meio da pena, neutralizar os impulsos criminosos do agente infrator através da execução da pena imposta⁴⁹, de forma que esta deveria ser imposta de maneira a minimizar, ao ponto

⁴⁵ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 227.

⁴⁶ GARCIA, Olga Lúcia Gaitán. Direito Penal Contemporâneo: da tutela penal a uma lesão à proteção de riscos. *In* Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Revan, 2002, n. 12, p. 43.

⁴⁷ ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais de Direito Penal. 3. ed. Lisboa: Veja, 1998, p. 20.

⁴⁸ SALIBA, Marcelo Gonçalves. Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo. Curitiba: Juruá, 2009, p. 53.

⁴⁹ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 228.

de tornar nulo, o perigo existente de reincidência criminal⁵⁰, sustentando a aplicação de penas restritivas de liberdade.

Por outro lado, a prevenção geral positiva tem por escopo a ideia de corrigir o agente infrator por meio da análise das suas características individuais⁵¹, sustentando o discurso da busca pela ressocialização do agente a fim de evitar sua reincidência⁵², por meio de uma suposta reflexão que seria realizada por este durante o cumprimento da pena.

Zaffaroni observa, com autoridade, que:

No plano teórico este discurso parte do pressuposto de que a pena é um bem para quem a sofre, de caráter moral ou psicofísico. Em qualquer um dos casos oculta a natureza dolorosa da pena e chega mesmo a negar-lhe o próprio nome, substituído por sanções ou medidas⁵³.

Tais teorizações merecem créditos uma vez que possuem um caráter humanista, mesmo que limitado, haja vista que buscam analisar o indivíduo que comete os crimes, observando suas particularidades e buscando uma melhor individualização da pena⁵⁴.

Não obstante, tais teorias foram criticadas pela doutrina por várias razões, entre elas destacamos o fato de a criminologia penal já ter demonstrado que a privação de liberdade é, na realidade, um fator de produção de criminalidade, e não um local de ressocialização, ocorrendo verdadeira dessocialização do indivíduo no cárcere⁵⁵. Ademais, estas teorias poderiam embasar o surgimento de um Estado sem limites quando da punição dos infratores, pois este poderia justificar a aplicação de penas cada vez mais severas sob o discurso da necessidade de ressocializar, reeducar ou mesmo reestabelecer a organização social ou evitar o cometimento de novos delitos, conforme bem demonstrou Paulo César Busato em sua obra

Quando se propõe reconduzir alguém a se comportar de acordo com os postulados de uma sociedade determinada, o Direito penal passa a servir de instrumento de recondução a um pensamento único e, em outros casos à manutenção do *status quo* de determinados Estados totalitários. Visto assim,

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. 4. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 116.

⁵¹ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 228.

⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual...cit, p.81.

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Direito...cit,p. 125.

⁵⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. Teoria da Pena:finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.133-134.

⁵⁵ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 231.

é possível orientar as consequências do delito ao subjetivo, o que pode levar a que as penas sirvam de arma para a submissão de inimigos políticos.

(...)

Tudo isso implica a instrumentalização do homem aos fins do Estado, com o que se lhe *coisifica* e se perde o direito à sua dignidade como pessoa, o que é inconcebível dentro de um Estado de Direito⁵⁶.

Ademais, outra crítica elaborada diante da teoria da prevenção especial é o fato de que esta teorização é incapaz de justificar a punição no caso de um criminoso que não precise ser ressocializado, porque o mesmo não seria um possível foco de novos crimes, como no caso daquele indivíduo que comete um delito em situações excepcionais, cujas chances de se repetirem sejam ínfimas, neste caso, não seria possível com base nesta teoria justificar a punição.⁵⁷

1.3 TEORIAS MISTAS OU UNIFICADORAS

Diante do fracasso das teorias retributivas e preventivas vistas de forma individual, surgem alguns pensadores que constroem uma teorização mista entre estas, selecionando de forma a unir os pontos positivos de cada uma delas, observando a importância de uma visão que considerasse tanto o aspecto retributivo da pena como também seu caráter preventivo⁵⁸.

Adolf Merkel⁵⁹, ao analisar a pena afirma ser ilusória a criação de uma dicotomia completa entre estas características da pena (retribuição e prevenção), uma vez que seriam estes elementos naturais da pena, tanto que para este autor, medidas de prevenção só terão o caráter de pena se manifestadas, ao menos até certo ponto, como punição, sendo a recíproca também verdadeira uma vez que “toda retribuição carrega uma tendência preventiva. Assim, a vingança se propõem, sem dúvida, a impedir tanto a persistência como a repetição de certas sensações desagradáveis”⁶⁰.

⁵⁶ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 232.

⁵⁷ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 231-232.

⁵⁸ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 233.

⁵⁹ MERKEL, Adolf. Derecho Penal: parte general. Tradução de Pedro Dorado Montero. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 193-199.

⁶⁰ MERKEL, Adolf. Derecho Penal: parte general. Tradução de Pedro Dorado Montero. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 194. (Texto original: “*toda retribución anida una tendencia preventiva. Así, la venganza se propone, sin duda, impedir, tanto la persistencia como la reproducción de determinadas sensaciones desagradables.*”)

Entre as teorias mistas da pena, uma das de maior expressão é a “teoria dialética da união” elaborada pelo ilustre jurista Claus Roxin, segundo este doutrinador o único aspecto a ser observado da teorização absoluta da pena seria a limitação da punição na medida da culpabilidade. Efetivamente o referido autor afirma que “apesar da renúncia a toda retribuição, um elemento decisivo da teoria retributiva deve passar a formar parte, também, da teoria preventiva mista: o princípio da culpabilidade como meio de limitação da pena”⁶¹. Isto porque, na concepção do autor o princípio da culpabilidade não possuía qualquer vínculo com a retribuição.

Portanto, Roxin desenvolve uma teoria que busca conciliar as concepções preventivas gerais e especiais da pena, Shecaira é preciso ao analisar este ponto da teoria proposta por Roxin, afirmando que para este autor a função da pena “é a proteção subsidiária de bens jurídicos, mediante prevenção geral negativa na cominação da pena; prevenção geral e especial na aplicação da pena, limitada pela medida da culpa; e prevenção especial na execução da pena”⁶².

O referido autor entende ainda que a principal função a ser perseguida pela pena seria a de efetiva ressocialização do criminoso (prevenção especial), todavia também observa que mesmo necessária a ressocialização, uma pena ainda deve ser aplicada, como forma de proteção da ordem social que lhe sustenta e legitima⁶³.

Contudo, tais teorias também foram fortemente criticadas, isto porque, no plano das teorias mistas que pretendiam unificar a prevenção geral com a especial, estas não são capazes de se sustentar como teoria geral, haja vista que quando da aplicação efetiva da pena, deve o julgador optar por priorizar o viés retributivo da pena, no qual esta deveria estar limitada dentro de um parâmetro legal máximo e mínimo baseado na culpabilidade, ou se optara por valorizar mais o caráter preventivo da pena, baseado na necessidade de prevenção de novos delitos⁶⁴.

⁶¹ ROXIN, Claus. Derecho Penal: parte general. Fundamentos. La estructura Del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. t. I. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 99. (Texto original: “a pesar de la renuncia a toda retribución, un elemento decisivo de la teoría de la retribución debe pasar a formar parte también de la teoría preventiva mixta: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena.”)

⁶² SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, cit., p. 134.

⁶³ ROXIN, Claus. Derecho Penal: parte general. Fundamentos. La estructura Del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. t. I. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 95.

⁶⁴ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Retribución y Prevención General. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007, p. 241.

Ademais, também a teoria dialética da união, de Roxin, é criticada pela doutrina, sendo um dos principais argumentos neste sentido o fato de que a total separação entre o princípio da culpabilidade e a função retributiva da pena é completamente ilusória, haja vista que, como bem afirma Busato, é impossível se conceber qualquer critério, exclusivamente como limite, pois tudo que limita, também serve como fundamento, sendo a recíproca também verdadeira⁶⁵. Continuando seu raciocínio, o referido autor afirma que “ninguém em sã consciência, desde que afastemos a responsabilidade objetiva, aplica punição por mero castigo, senão em razão da culpabilidade”⁶⁶.

Deste modo, ao trazer para sua teoria o princípio da culpabilidade, Roxin acaba por, efetivamente, adotar também, em certa medida, a retribuição como elemento da pena, razão pela qual observa-se que a teoria dialética da união, em suma, não se afasta das antigas teorias da união⁶⁷, podendo ser remetida àquela as mesmas críticas que são feitas a estas.

1.4 TEORIAS DA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA

Diante da evidente ineficácia dos modelos preventivos anteriormente apresentados (especial, geral e misto), surgem, no âmbito da criminologia e da sociologia criminal, alguns pensadores que chegam à desanimadora conclusão de que nenhum modelo punitivo era capaz de apresentar resultados satisfatórios, teorias estas que poderiam ser simplificadas na clássica expressão *nothing works*⁶⁸.

A doutrina passa então a buscar uma análise externa do sistema punitivo, sendo que uma destas linhas de pensamento se desenvolve em conjunto com as teorizações sociológica-funcionalistas, de modo que para os defensores desta teoria o direito penal, e conseqüentemente a própria pena, não podem ser vistos de forma dissociada do todo psicológico, “razão pela qual é a preservação desse todo

⁶⁵ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 239.

⁶⁶ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 239.

⁶⁷ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 240.

⁶⁸ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 241.

sociológico, desta estrutura complexa, que deve ser a função do sistema punitivo”⁶⁹, trata-se de uma nova forma de se ver a pena, diferente das visões anteriores, de modo que a pena é aplicada como forma de reafirmação, para toda a sociedade, da vigência das normas e das regulamentações daquela sociedade, reforçando para todos os indivíduos a vigência daquele sistema.

Dentro das teorias da prevenção geral positiva da pena baseadas nesta visão sociológico-funcionalista, duas são as principais vertentes que se desenvolvem, as quais são denominadas de fundamentadora e limitadora, sendo que estas teorias, embora compartilhem diversos elementos comuns, devem ser devidamente diferenciadas, haja vista que divergem quanto as “diretrizes fundamentais” da pena⁷⁰.

1.4.1. Prevenção Geral Positiva Fundamentadora

A prevenção geral positiva, tem em Günther Jakobs⁷¹ um de seus maiores representantes, o referido autor, baseando sua concepção na construção dos sistemas sociais de Luhmann⁷², entende que o Direito se legitima a partir de sua aceitação pelo sistema social, isto porque o próprio direito seria um sistema.

Mir Puig, analisando as teses de Jakobs, observa que “a única meta que corresponde (...) ao Direito penal é garantir a função orientadora das normas jurídicas”⁷³. E a partir desta visão Jakobs afirma que tendo ocorrido um delito, é uma obrigação estatal a imputação de uma pena, mesmo inexistindo razões preventivas que justifiquem tal comportamento, apenas pelo fato de ter ocorrido uma violação do direito, sendo a pena vista como a contradição a este rompimento, servindo para reafirmar a validade da norma violada para toda a sociedade.

⁶⁹ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 243.

⁷⁰ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 244.

⁷¹ JAKOBS, Günther. Derecho penal: parte general. Fundamentos e teoria de la imputación. 2. ed. Corrigida. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 9 e ss.

⁷² BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 244.

⁷³ MIR PUIG, Santiago. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. *In* Anuario de derecho penal y ciencias penales. t. 39. Espanha: BOE. 1986, p. 49-58. Disponível em <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46280>>. Acesso em 01/12/2013. (Texto original: “La única meta que corresponde (...) al Derecho penal es garantizar la función *orientadora* de las normas jurídicas.”)

Pelo exposto, fica evidente que Jakobs “vem defendendo um verdadeiro direito penal de autor, traduzido na funesta expressão “*direito penal do inimigo*”⁷⁴, uma vez que em sua concepção a função do direito deveria ser vista exclusivamente em relação as pessoas que são fiéis a este, de modo que a pena não teria qualquer função em relação ao criminoso, uma vez que este seria um inimigo da sociedade e, portanto, não estariam inseridos no Sistema penal.

As teorizações de Jakobs sofreram grande crítica da doutrina, em especial por sua característica de, progressivamente, realizar a exclusão do criminoso do Sistema Penal, uma vez que cria uma verdadeira distinção entre o que ele denomina de “cidadãos” e “inimigos”⁷⁵. Ademais, a teoria de Jakobs se afasta da busca por um critério de justiça, defendendo a punibilidade em razão de um quesito de “merecimento da pena”⁷⁶, de modo que sua teoria acaba por justificar a aplicação expansiva do direito penal, sendo que este deveria ser aplicado sempre que houvesse o desrespeito a norma penal, como forma de reafirmar esta.

1.4.2 Prevenção Geral Positiva Limitadora

A outra vertente da prevenção geral positiva, defendida por Hassemer⁷⁷, diferenciada daquela defendida por Jakobs por adotar uma visão limitadora da atuação do Direito Penal.

Hassemer entende que é necessário a existência de uma ordem social e que para esta se manter devem existir mecanismos de controle, capazes de sustentar esta ordem, o sistema penal, portanto, seria um sistema de controle, o qual tem a responsabilidade de manter a ordem social frente as normas, estas que, na concepção de Hassemer, tem sua validação pela sua aceitação pelas pessoas, como uma norma idônea e que tem uma função de melhorar a convivência dentro da sociedade⁷⁸.

⁷⁴ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 246.

⁷⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual. Disponível em < <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em 01/12/2013.

⁷⁶ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 246.

⁷⁷ HASSEMER, Winfried. Fundamentos del Derecho penal. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero, Barcelona: Bosch, 1984, p. 393.

⁷⁸ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 247.

Portanto, verifica-se que Hassemer parte da mesma premissa que sustenta a prevenção geral positiva fundamentadora, o fato de que uma sanção é necessária quando da existência de uma violação, caso se pretenda que tal norma mantenha sua vigência, todavia, estas mesmas normas seriam o limite para sua própria aplicação, sendo aplicável também àqueles que a impõem, de modo que caso durante a imputação de uma sanção alguma norma for violada, a pessoa responsável pela violação se põem em uma situação de punição. Trata-se de uma visão que supõe que o controle deve ser aplicado, também, em face deste mesmo sistema de controle social⁷⁹.

Não obstante, tais teorizações também não ficaram isentas de críticas, isto porque, como bem aponta Busato, estas justificam a pena com base exclusivamente em um de seus efeitos, qual seja, o estímulo a atuação conforme as normas, ignorando os demais efeitos da pena, o que demonstra um verdadeiro reducionismo de tais teorias. Ademais, observa-se também que esta teoria se baseia exclusivamente nos efeitos da pena para sua justificação, não se verificando uma real inovação neste sentido em relação às teorias anteriormente apresentadas⁸⁰. Interessante se observar que esta crítica é, também, passível de ser aplicada as teorizações de Jakobs e sua visão fundamentadora da prevenção geral positiva.

1.5 TEORIAS CRIMINOLÓGICAS DA PENA

Diante de inúmeras críticas às correntes anteriores, bem como ao desenvolvimento do discurso criminológico, especialmente aquele mais radical, surgem discursos que colocam em cheque a validade do sistema⁸¹.

Um dos principais elementos que levaram ao questionamento da validade do Sistema Penal, é a sua ineficiência como instrumento de controle social, uma vez observado que, efetivamente, o sistema penal era a principal fonte de criminalidade,

⁷⁹ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 248.

⁸⁰ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 250.

⁸¹ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 253.

razão pela qual se desenvolvem os discursos que defendem a minimização da utilização do direito penal e, em alguns casos, até mesmo sua abolição⁸².

No presente trabalho, dedicaremos nossa atenção a dois modelos específicos de teorias criminológicas da pena.

1.5.1 Teoria Materialista-dialética

Inicialmente, faremos a análise da teoria materialista-dialética, conforme proposta pelo professor Juarez Cirino dos Santos⁸³, o referido professor defende que esta teoria teria como objetivo demonstrar as funções reais da pena, a qual seria, garantir a reprodução da organização social do modo de produção capitalista dentro do sistema penal, por meio da aplicação de uma “retribuição equivalente” da pena.

Trata-se, na verdade, da utilização do Sistema Penal como forma de reafirmação e manutenção do modelo de produção capitalista, de modo que a punição teria uma verdadeira função de garantir a criação de uma mão de obra dócil e adaptada às condições de produção no modelo fabril⁸⁴. De modo que a criminalização seria voltada contra estes indivíduos que precisam ser “adaptados” ao modelo de produção vigente e ao modelo de estruturação social⁸⁵.

Ainda, segundo os defensores da teoria materialista-dialética, seria uma das funções reais do sistema penal a manutenção do *establishment*, o que, na interpretação de Busato, seria “a garantia da opressão de classes menos favorecidas mediante um discurso penal”⁸⁶, o qual se basearia na correção individual e na intimidação coletiva, sendo que o criminoso passaria pela prisão, seria “prisionalizado” e após ser formatado nos moldes desejados, seria devolvido à sociedade para viver nas mesmas situações adversas de antes, não aprimorando sua condição social⁸⁷.

⁸² BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 253.

⁸³ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 3. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC: Lumen Juris, 2008, p. 477.

⁸⁴ Sobre a prisão como mecanismo de formatação de indivíduos ao modelo de produção capitalista, verificar a obra “Cárcere e Fábrica”, de Dário Melossi e Massimo Pavarini. (MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Cárcere e Fábrica. Trad. De Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.)

⁸⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 3. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC: Lumen Juris, 2008, p. 479.

⁸⁶ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, cit., p. 255.

⁸⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 3. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC: Lumen Juris, 2008, p. 487.

1.5.2 Teoria negativa-agnóstica da pena

A teoria negativa-agnóstica da pena tem suas bases propostas por Zaffaroni e Nilo Batista⁸⁸, os quais, em sua obra, afirmam que o Estado de Direito e o Estado de Polícia representam extremos que convivem no plano da realidade por meio da interação desarmoniosa de suas agências⁸⁹.

A partir deste entendimento, os autores passam a identificar quais as características da pena, partindo de uma distinção entre funções manifestas e funções latentes. Sendo que estes autores chegam à conclusão de que a pena teria como sua função real excluir do conflito a vítima, com a esperança de que o tempo seria capaz de o encerrar⁹⁰.

Neste contexto, Zaffaroni e Batista entendem que as teorizações que buscam justificar a pena, não passam de um falso discurso para ocultar a verdadeira função da pena, tentando transpassar um elemento positivo da pena, que na verdade não está lá⁹¹.

Para estes doutrinadores a pena seria “uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes”⁹², ao analisar estas afirmações, Salo de Carvalho observa que “Zaffaroni entende ser absolutamente dispensável qualquer teoria da pena, visualizando a possibilidade de (re)construir o direito penal com a precípua finalidade de redução da violência do exercício do poder”⁹³ sendo portanto, por esta concepção alheia a qualquer teoria da pena que se entende que os autores adotam uma perspectiva *negativa* das funções da pena.

⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. 4. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 87 e ss.

⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. 4. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 93-95.

⁹⁰ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 256.

⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. 4. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 96.

⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. 4. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 99.

⁹³ CARVALHO, Salo de. Teoria Agnóstica da Pena: Entre os supérfluos fins e a limitação do Poder Punitivo. In Crítica a execução penal (Coord. de Salo de Carvalho). 2. ed. rev., ampl. e atualizada de acordo com a Lei 10.792/03, que instituiu o regime disciplinar diferenciado (RDD). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 22.

Ademais, estes mesmos autores defendem uma posição *agnóstica* em relação à pena, se diferenciando da teoria materialista-dialética, posto que admitem a inutilidade de se pretender conhecer como é instrumentalizada a função latente da pena⁹⁴.

Neste sentido, Busato observa, com sua lucidez, que os defensores da teoria negativa-agnóstica da pena apresentam como resposta aos problemas relatados a reinserção da vítima no processo de resolução de conflitos, por meio da aplicação da via reparadora, cabendo ao Direito Penal atuar apenas nos momentos que tal via se mostrar insuficiente, sendo necessária a efetiva formalização do conflito. Trata-se de uma redução do espaço de atuação do Estado de Polícia e uma maior atuação do Estado de Direito, por meio das decisões das agências jurídicas, de modo a trazer a vítima, sempre que possível, para a resolução do conflito, limitando na medida do possível o poder punitivo do Estado⁹⁵.

⁹⁴ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, cit., p. 257.

⁹⁵ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 257.

2 A PRISÃO

Uma vez apresentada uma breve introdução às teorias da pena, passamos agora ao objeto do presente trabalho que é as penas de prisão.

2.1 HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DAS PRISÕES

A história das prisões se confunde, muitas vezes, com a história do Direito Penal, isto porque se tem relatos da existência da prisão desde tempos imemoráveis, sendo que em seus primórdios a prisão era completamente diferente em sua finalidade e estruturas do que em sua concepção atual⁹⁶.

Em razão dessa proximidade intrínseca entre estes institutos Bitencourt afirma que a história da prisão não pode ser entendida como “a de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma”⁹⁷, na busca por uma prisão que se adequasse às finalidades do Direito Penal e, conseqüentemente, aos anseios populares, no sentido de se buscar uma progressiva humanização e liberalização interior.⁹⁸ Neste sentido, cabe destacar que o *Projeto Alternativo Alemão* foi um marco deste entendimento ao afirmar que “a pena é uma amarga necessidade de uma comunidade de seres imperfeitos como são os homens”⁹⁹.

Neste sentido, o que se propõe é um progressivo aperfeiçoamento da pena de prisão de modo que esta venha a se adequar à suposta finalidade da punição defendida por um determinado sistema penal, seja esta retributiva e/ou preventiva. Ocorre que diante das modificações realizadas nos sistemas prisionais, verificou-se que esta forma de castigo não era capaz de alcançar as pretensões supra referidas, de modo que hoje se entende que o problema da pena de prisão é a própria prisão¹⁰⁰.

⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 13.

⁹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 11.

⁹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 11.

⁹⁹ Projeto Alternativo Alemão, de 1966 *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 11.

¹⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 12.

Portanto, atualmente, existe uma tendência pela redução da aplicação da pena privativa de liberdade¹⁰¹, haja vista a ineficácia evidente desta forma de punição.

Não obstante, para uma melhor compressão da atual situação que se encontra a pena de prisão e para onde esta irá, necessário se faz uma análise da evolução histórica deste instituto.

Conforme anteriormente já comentado, o encarceramento dos criminosos existe a muito tempo, muito embora na antiguidade a privação da liberdade não fosse compreendida como sanção penal, sendo que a prisão no direito penal servia apenas como custódia para garantir a integridade física do acusado até que estes viessem a ser julgados ou executados¹⁰².

Deste modo, o cárcere, na época, poderia ser considerado, nas palavras de Bitencourt, uma “antessala de suplícios”¹⁰³, haja vista que o acusado ficaria preso aguardando seu julgamento, o qual, nesta época, se utilizava da tortura na busca por uma confissão, prova por excelência do cometimento do crime e uma vez obtida esta confissão, seria aplicada a sanção penal que fosse considerada adequada àquele crime, sendo que nesta época, Idade Antiga, as penas se resumiam à pena de morte, penas corporais e penas infamantes.

Cumprir destacar, ainda, quanto a este período, que nos casos em que se utilizava da prisão como penalidade, como no caso da prisão de devedores na Grécia, tratava-se de verdadeira penalidade civil e não penal¹⁰⁴, razão pela qual podemos afirmar que neste período a prisão, no âmbito penal, servia como instrumento para efetivação de uma posterior execução, fala-se aqui em prisão-custódia.

Durante toda a Idade Média, esta concepção se mantém, de forma geral, inalterada, não aparecendo neste período a noção da pena privativa de liberdade sendo mantida a concepção da prisão-custódia.

César Barros Leal afirma que

¹⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 12.

¹⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 14.

¹⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 14.

¹⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 263.

A pena de prisão se aplicava de modo excepcional àqueles cujo delito não fosse grave o bastante para merecer sanções mutiladoras exemplarizantes ou a pena de morte¹⁰⁵.

Neste momento histórico a privação da liberdade do indivíduo tinha natureza processual, não sendo considerada uma pena, pois se pretendia preservar o corpo do réu para uma posterior punição física¹⁰⁶. Destaca-se que por esta concepção de que o destino do delinquente seria o sofrimento Rogério Greco afirma que “nunca houve uma preocupação quanto à sua liberdade cautelar, ou seja, os acusados ficavam normalmente presos em lugares fétidos, em masmorras, sem alimentação adequada, privados, muitas vezes do sol e do próprio ar”¹⁰⁷.

Fundamental se lembrar que no entendimento medieval, tudo era derivado de Deus, inclusive o direito de punir, razão pela qual a pena, para o Direito Canônico, sempre foi um mal, mas que se justificava como um bem, uma vez que servia para expiar o pecado cometido e reaproximar o pecador de Deus¹⁰⁸.

Posteriormente, já durante a Idade Moderna, a Europa passa por um processo que altera de forma definitiva as concepções do Direito Penal, a pobreza se estende pela Europa durante os séculos XVI e XVII, de modo que a delinquência se espalha pela sociedade, sendo cometidos crimes diariamente por pessoas que buscam uma forma de subsistência¹⁰⁹.

Várias foram as tentativas de resposta a esta crescente criminalidade, todavia, o que se pode verificar foi uma total ineficiência dos métodos de expiação tradicional, não sendo estes capazes de conter este aumento, assim uma vez que se mostravam insuficiente as sanções físicas impostas aos criminosos para inibir a delinquência, necessário se fez buscar por uma nova resposta a estes crimes¹¹⁰.

¹⁰⁵ LEAL, César Barros. Execução Penal na América Latina à luz dos Direitos Humanos: Viagem pelos caminhos da dor. Curitiba: Juruá, 2010, p. 69.

¹⁰⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 17-18.

¹⁰⁷ GRECO, Rogério. Direitos Humanos, Sistemas Prisionais e alternativas à privação da liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146.

¹⁰⁸ SICA, Leonardo. Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002, p. 37.

¹⁰⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 23.

¹¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, cit., p. 23.

Deste modo, ganharam importância as penas que utilizavam a força de trabalho dos condenados, tendo em vista a escassez de mão-de-obra naquela época, e de que necessitava a burguesia¹¹¹.

Ainda, deve-se observar, como bem coloca César Leal, que nesta época houve um grande movimento no sentido da construção de estabelecimentos penais para que fossem acolhidos os jovens, delinquentes, vagabundos e prostitutas¹¹². Assim, neste momento surgem, com base nas ideias iluministas, novos modelos de sistema penitenciários, os quais afastam os suplícios desnecessários que eram infligidos contra aqueles que eram aprisionados.

Quanto ao surgimento das instituições prisionais, oportuno uma breve análise do trabalho de Dário Melossi e Massimo Pavarini¹¹³, os referidos autores fazem um exímio trabalho ao estudarem esta passagem histórica, posto que traçam um paralelo entre o surgimento da pena de prisão como pena e o desenvolvimento que ocorria no âmbito dos meios de produção.

Trata-se de uma passagem histórica que estava em plena ascensão o modelo fabril de produção, isto porque, segundo estes autores, teria a prisão um papel de formatar aqueles que não se adaptavam ao sistema de produção nos moldes deste.

Tais autores enxergam na prisão não a busca por uma ressocialização do indivíduo, longe disso, a função primordial da prisão é criar novos trabalhadores, os impondo a um regime de trabalho nas *workhouses*, se estaria preparando estes para poderem ser utilizados como mão de obra produtiva.

No fundo, verifica-se do discurso de Dario Melossi e Massimo Pavarini, o seu verdadeiro caráter marxista, sendo que tais autores enxergam na pena de prisão um dos institutos mais influentes para que a classe dominante imponha suas vontades e desejos sobre as classes subalternas, de forma que a prisão serve para punir aqueles que não se adequam ao sistema vigente.

Esta tendência de reforma do sistema penitenciário teve como grandes precursores três pensadores, Beccaria, Howard e Bentham. Beccaria teve fundamental importância nas reformas do sistema penitenciário posto que afirmava

¹¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 24-25.

¹¹² LEAL, César Barros. Execução Penal na América Latina à luz dos Direitos Humanos: Viagem pelos caminhos da dor. Curitiba: Juruá, 2010, p. 71.

¹¹³ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Cárcere e Fábrica. Trad. De Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

que a eficácia da pena estaria na sua capacidade de evitar que novos delitos viessem a ser cometidos, adotando uma visão preventiva da pena, e que para esta finalidade não era necessariamente o terror da punição que compelia os homens a não cometerem crimes, mas sim a certeza do castigo, razão pela qual não via a necessidade da adoção de um caráter aflitivo às penas¹¹⁴.

Já a contribuição de Howard é muito mais vinculada ao desenvolvimento específico da pena de prisão, isto porque, em suas pesquisas o referido pensador teve contato direto com os sistemas penitenciários existentes à época, buscando construir um sistema penitenciário que fosse justo não apenas para a sociedade, mas também, e aqui sua grande percepção, aos acusados e condenados, os quais poderiam passar grande parte de suas vidas dentro das penitenciárias¹¹⁵.

Deste modo, em sua busca por viabilizar que as prisões atendessem a uma finalidade não apenas punitiva, mas também ressocializadora dos apenados, Howard fixou bases para que o cumprimento da pena de prisão pudesse ser realizada sem se violar a dignidade dos condenados¹¹⁶, de modo que, muito embora diversos dos problemas apontados por ele à sua época ainda sejam atuais, suas ideias se espalharam pela Europa, melhorando a condição dos presos em várias prisões¹¹⁷.

Por fim, deve ser realizada uma breve análise da contribuição de Bentham para a evolução da pena de prisão, Rogério Greco analisando a construção filosófica utilitarista de Bentham observa que este autor teve importância relevante ao afastar a ideia de que a obediência ao Estado deveria ocorrer pela existência de um Contrato Social mas sim em razão do benefício que esta obediência traria a todos¹¹⁸, no contexto da evolução da pena de prisão sua principal contribuição foi a elaboração do

¹¹⁴ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Tradução de Néelson Jahr Garcia. Brasil: Fonte Digital. Versão para e-Book. Disponível em < http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf>. Acesso em 31/11/2013. p. 9-10.

¹¹⁵ HOWARD, John. The State of the Prisons in England and Wales, with preliminar observations, and an account of some Foreign Prisons. Warrington: William Eyres, 1777. Obra digitalizada pela "Internet Archive" em 2011. Disponível em <<http://www.archive.org/details/stateofprisonsin00howa>>. Acesso em 31/11/2013. p. 7 e ss.

¹¹⁶ HOWARD, John. The State of the Prisons in England and Wales, with preliminar observations, and an account of some Foreign Prisons. Warrington: William Eyres, 1777. Obra digitalizada pela "Internet Archive" em 2011. Disponível em <<http://www.archive.org/details/stateofprisonsin00howa>>. Acesso em 31/11/2013. p. 38 e ss.

¹¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 43-45.

¹¹⁸ GRECO, Rogério. Direitos Humanos, Sistemas Prisionais e alternativas à privação da liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 170.

projeto do panóptico¹¹⁹, que seria um modelo de prisão concebido por Bentham, no qual seria possível uma fácil e rápida verificação de todos os presos¹²⁰. Facilitando-se assim o trabalho de vigilância sobre os presos, bem como a aplicação de punições individuais. Cabe ressaltar ainda que na concepção do referido pensador, a prisão seria capaz de reformar o delinquente, por meio do trabalho e da educação que eram partes essenciais de seu projeto penitenciário¹²¹.

2.2 OS SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

Os primeiros sistemas penitenciários surgem nos Estados Unidos, por influência dos pensadores anglo-saxões, como resposta às situações degradantes que existiam nas prisões da época¹²². Quanto a esta questão, deve-se sempre tomar o cuidado para não se cair na ilusão, que alguns doutrinadores acabam por incorrer, de afirmar que a prisão é um invento norte-americano¹²³, pois como se demonstrou anteriormente, a prisão já era conhecida nas civilizações da Idade Antiga.

Neste ponto, oportuno destacar a distinção entre prisão e sistemas penitenciários, a prisão é o local onde o indivíduo é mantido tendo seu direito a liberdade restrito, é um instituto que, conforme já anteriormente exposto, pode ser verificado mesmo na Idade Antiga. Já o Sistema Penitenciário é uma invenção moderna, o qual tem como pressuposto a efetiva construção de um verdadeiro sistema, constituído por uma rede integrada de instituições, órgãos, comandos e ações, sendo que esta rede deverá ser internamente consistente, de modo que haja

¹¹⁹ BENTHAM, Jeremy. O Panóptico ou a casa de inspeção. In O Panóptico: Jeremy Bentham. Organizador Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008, p. 17-84.

¹²⁰ BENTHAM, Jeremy. O Panóptico ou a casa de inspeção. In O Panóptico: Jeremy Bentham. Organizador Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008, p. 31.

¹²¹ BENTHAM, Jeremy. O Panóptico ou a casa de inspeção. In O Panóptico: Jeremy Bentham. Organizador Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008, p. 40-49.

¹²² BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 59.

¹²³ Observe-se neste ponto que Norval Morris em sua obra *The Future of Imprisonment*, afirma que a prisão seria um invento norte-americano na última década do século XVIII. (Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 59).

coerências em seus comandos e ação, tanto nos planos verticais como horizontais¹²⁴. Deste modo, deve-se entender que a prisão é apenas um dos institutos que compõem o sistema prisional, sendo este formado por muito mais elementos, formando um verdadeiro Projeto Penitenciário.

Neste trabalho, passaremos a fazer uma breve análise de alguns modelos penitenciários, que deram sustento ao sistema penal atual.

2.2.1 Sistema Pensilvânico

O primeiro dos sistemas penitenciários a ser analisado é o Sistema Pensilvânico, ou celular, o qual tinha como base fundamental o recolhimento do preso à sua cela de forma individual, completamente isolado do contato com qualquer outro detento ou mesmo com o mundo exterior, sendo permitido a estes apenas a leitura da Bíblia, sob o suposto fundamento de que a pena de prisão nestas condições estimularia o arrependimento, isto porque uma vez verificados sinais de arrependimento no detento, este teria atingido uma “salvação do espírito”, e conseqüentemente, poderia ser entendido que a prisão alcançara seu objetivo e o preso estava reformado¹²⁵.

Destaca-se que neste sistema o preso, originalmente, não poderia realizar nenhum tipo de atividade devendo o preso utilizar o seu tempo recluso para refletir sobre suas ações e buscar uma conscientização sobre porque suas ações não eram aceitáveis¹²⁶. Todavia, logo ficou demonstrado que um isolamento absoluto nestes termos era impraticável, tanto pelo fato de um isolamento celular absoluto representar uma verdadeira tortura refinada, levando muitos apenados à insanidade¹²⁷. Assim, houve um abrandamento do isolamento absoluto, sendo permitido ao detento realizar trabalhos individuais em suas celas, desde que em silêncio, mas ainda sem contato

¹²⁴ SÁ, Alvino Augusto de. Sugestão de um esboço de bases conceituais para um sistema penitenciário. Disponível em < http://www.sap.sp.gov.br/download_files/reint_social/apresentacao/sugestao_esboco.doc>. Acesso em 01/12/2012.

¹²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 63.

¹²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 63.

¹²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 64-66.

com outros indivíduos, sendo este o modelo que ficou consagrado como o Sistema Pensilvânico¹²⁸.

Foucault¹²⁹ afirma que o que se pretende com um isolamento absoluto não é a requalificação do criminoso para se adequar as leis comuns, mas sim uma aproximação do indivíduo com sua própria consciência.

Reitera-se que este sistema sofreu severas críticas dos pensadores¹³⁰, isto porque, além dos pontos já apresentados como a tortura refinada que era o isolamento total e as taxas de transtornos psicológicos que afetavam os sujeitos submetidos a este sistema, deve-se ainda observar que este isolamento afetava a própria construção social do indivíduo, de modo que existe, nas palavras de Enrico Ferri, uma verdadeira “atrofia do instinto social”¹³¹.

Uma questão primordial é evidente ao se analisar este sistema penitenciário, como pode se pretender a ressocialização do preso ao afastar este integralmente do convívio social e, posteriormente, uma vez transcorrida a pena, apenas o soltar para o convívio social, sem qualquer acompanhamento ou auxílio e esperar que este homem que vive isolado por anos possa imediatamente se adaptar ao convívio social? Obviamente que tal pretensão é inexistente, sendo mais esta uma razão para o fracasso do referido sistema.

2.2.2 Sistema Auburniano

Em 1816 foi autorizada a construção da prisão de Auburn¹³² sendo que, pelas insuficiências do Sistema Pensilvânico, foi adotado um regime de funcionamento

¹²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 62.

¹²⁹ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. 40. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 224.

¹³⁰ Entre os principais críticos do sistema de isolamento celular podemos apontar Von Hentig, em sua obra “La Pena” e Ferri em “Sociologia Criminal”. (Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 64-70.)

¹³¹ FERRI, Enrico. Sociología Criminal. Traduzido por Antonio Soto y Hernández. t. 2. México, D.F.: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2004, p. 317.

¹³² BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 70.

diferenciado, no qual os prisioneiros seriam divididos, conforme aponta Bitencourt¹³³, em três categorias, a primeira referente aos condenados reincidentes e que se viam com poucas chances de recuperação, a estes era destinado um isolamento contínuo nos modelos pensilvânicos; a segunda categoria seria composta pelos menos incorrigíveis, que poderiam trabalhar durante o dia e iriam para as celas de isolamento apenas três dias por semana; e por fim a terceira categoria eram enquadrados aqueles apenados que mostravam maiores chances de recuperação, os quais podiam trabalhar durante o dia e passariam apenas um dia por semana nas células individuais.

Destaca-se que o que se buscava com o sistema auburniano era ensinar os detentos a questão da obediência, e esta obediência seria passada aos detentos por meio da imposição do silêncio e do trabalho, aplicando-se um rigoroso regime disciplinar¹³⁴. César Leal¹³⁵ destaca ainda que não era permitido aos detentos desfrutarem de entretenimento ou exercícios físicos, o ensino era de caráter elementar e o produto do trabalho dos presos era vendido abaixo do preço de mercado.

Neste sistema os detentos não podiam se comunicar entre si, sendo permitido apenas a comunicação direta com os guardas e em voz baixa¹³⁶. Nesta situação do silêncio total imposto, Foucault identifica a primeira condição para se impor uma dominação total sobre o apenado¹³⁷.

Oportuno destacar que o trabalho nas prisões, no sistema penitenciário auburniano, sofreu intensas críticas das associações sindicais, críticas estas que ainda podem ser encontradas na atualidade, sob o suposto fundamento de que a utilização do trabalho do preso era muito barata e criava uma situação na qual os produtores particulares, que contratavam empregados livres não teria como competir com os preços praticados quando se tratava de produtos produzidos por presos¹³⁸. Também cumpre observar que nesta época os trabalhadores também não se

¹³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993,, p. 70.

¹³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993,, p. 73-76.

¹³⁵LEAL, César Barros. Execução Penal na América Latina à luz dos Direitos Humanos: Viagem pelos caminhos da dor. Curitiba: Juruá, 2010, p. 75.

¹³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 73.

¹³⁷ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. 40. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 223.

¹³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, cit., p. 74.

conformavam com a utilização do trabalho do preso, uma vez que entendiam que a realização de determinada atividade por um preso, desvalorizaria a mesma¹³⁹.

Não foram poucas as críticas impostas ao Sistema Penitenciário Auburniano, uma das principais críticas impostas é aquela expressa por Dario Melossi e Massimo Pavarini, ao analisarem que o trabalho neste sistema servia como modo de dominação da classe opressora sobre a classe oprimida, de modo a fornecer mão de obra útil, necessária ao capitalismo¹⁴⁰.

Deve-se observar também, como bem aponta Bitencourt¹⁴¹, a crítica possível de ser feita ao sistema ora analisado em razão de sua excessiva busca pela disciplina, que muitas vezes era buscada por meio da imposição de penas corporais, em sua maioria cruéis e excessivas.

Cumprir destacar também que embora o sistema auburniano se afastasse do misticismo e da crença que seria por meio da religião que o detento seria reformado, em alguns presídios, como o de Sing-Sing, o ensino da Religião fazia parte do Sistema, sendo determinado que os presos deveriam decorar os livros inteiros da Bíblia¹⁴².

Ademais, não obstante toda a disciplina e as tentativas de reabilitação dos presos, o sistema auburniano foi comprovado como ineficiente, uma vez que a criminalidade continuava aumentando, mesmo com sua aplicação.

2.2.3 Sistemas Progressivos

Deve-se observar que uma vez verificada a ineficácia dos Sistemas Pensilvânico e Auburniano, surgem os Sistemas Progressivos, sob uma perspectiva de que seria necessário o desenvolvimento de um sistema que, efetivamente, possibilitasse a reabilitação dos presos.

¹³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 74-75.

¹⁴⁰ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 75.

¹⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 76-77.

¹⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 78.

A ideia geral que orienta estes sistemas é a noção de que a pena de prisão deve ser dividida em períodos, sendo que com a progressão do tempo e sob uma análise do comportamento do indivíduo, a este deveriam ser concedidas melhorias na forma com que era cumprida sua pena, através da concessão de privilégios os quais, eventualmente, possibilitariam a reinserção do apenado na sociedade antes mesmo do término de sua pena¹⁴³.

Em relação aos sistemas progressivos de pena iremos analisar, especificamente, três sistemas, os quais deram a base para a construção do sistema penal atual, serão analisados o Sistema Progressivo de Montesinos, o Sistema Progressivo Inglês (*Mark System*) e o Sistema Progressivo Holandês.

2.2.3.1 Sistema de Montesinos

O Coronel Manuel Montesinos e Molina, ao ser nomeado diretor do presídio de San Agustín, localizado em Valencia, no ano de 1834, colocou em prática suas idéias humanitárias, completamente opostas àquelas que embasavam o sistema auburniano. Para tanto, afastou a aplicação dos castigos corporais, e criou uma forma de remuneração ao trabalho do preso, com base na concepção de que cabia a prisão não apenas modificar o apenado, mas sim criar uma forma de se devolver à sociedade um cidadão honrado e trabalhador¹⁴⁴.

Uma de suas mais importantes criações foi a implementação de um sistema de concessão de licenças de saída, isto porque, até seu tempo, não se concebia a ideia de permissões para saídas temporárias dos presos e muito embora sem qualquer previsão legal, ele concedeu licenças de saídas em diversas oportunidades, e com base nos mais variados motivos, sendo que esta atuação possibilitava uma constante aproximação dos presos com a vida que o aguardava quando terminasse de cumprir sua pena¹⁴⁵.

¹⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.81.

¹⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 91.

¹⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 93.

2.2.3.2 Sistema Progressivo Inglês (*Mark System*)

Outro sistema progressivo que merece destaque é o Sistema inglês progressivo, também conhecido como Mark System, este sistema foi implementado pelo Capitão Alexander Maconochie, no ano de 1840, na Ilha de Norfolk, na Austrália. Destaca-se que nessa ilha eram colocados os criminosos mais perversos da Inglaterra¹⁴⁶.

Maconochie tem o mérito de ter transformado completamente as prisões desumanas da época em um local onde os presos receberiam prêmios pelo bom comportamento, ao contrário de castigos quando se portassem de forma incorreta.

Diariamente, segundo a quantidade de trabalho produzido, creditava-se-lhe uma ou várias marcas, deduzidos os suplementos de alimentação ou de outros fatores. Em caso de má conduta impunha-se-lhe uma multa. Somente o excesso dessas marcas, o remanescente desses 'débitos – créditos', seria a pena a ser cumprida. A duração da condenação determinava-se pela gravidade do delito, pelo aproveitamento no trabalho e pela boa conduta de cada apenado¹⁴⁷.

Bitencourt¹⁴⁸ bem observa que este sistema dividia o cumprimento da pena em três períodos: o primeiro seria o de um isolamento celular diurno e noturno nos modelos do Sistema Pensilvânico (para supostamente o presidiário refletir sobre seu delito); o segundo momento seria realizado nas *public workhouse*, momento no qual o apenado deveria trabalhar durante o dia e isolar-se à noite, neste momento o apenado seria “pago” com vales, ou marcas, pelo trabalho realizado e estes seriam deduzidos quando do cometimento de atos ilícitos, sendo que pelo acúmulo destas marcas seriam concedidas progressões de classes até que o apenado atingisse a Classe mais alta, momento no qual receberia o *ticket for leave*; de posse deste ticket se iniciava a terceira fase a qual seria a liberdade condicional, momento no qual o

¹⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 83.

¹⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, cit. p. 83

¹⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 83-85.

apenado era liberado para o convívio social, e se este não viesse a cometer nenhum ato ilícito, seria concedida sua liberdade de forma definitiva.

2.2.3.3 Sistema Progressivo Irlandês

Outro sistema progressivo que merece análise é o irlandês, este sistema é um aperfeiçoamento do sistema inglês e foi concebido por Walter Crofton, que verificou que era necessário a criação de um período intermediário entre as prisões (2ª fase do sistema inglês) e a liberdade condicional (3ª fase no sistema inglês), assim ele criou as denominadas “prisões intermediárias”, que possibilitavam um contato do detento com o mundo exterior, antes de sua efetiva liberação, tratavam-se de prisões especiais, nas quais inexistiam muros, grades ou castigos, e os presos deveriam realizar trabalhos agrícolas¹⁴⁹.

Esta passagem intermediária se mostrou altamente eficaz uma vez que ficava claro para o detento que a sociedade estava disposta a lhe receber novamente, desde que sua atuação indicasse uma efetiva recuperação, não sendo mais o apenado uma ameaça às demais pessoas¹⁵⁰.

¹⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 86-89.

¹⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 86-89.

3. CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Até aqui, o presente trabalho se atentou a apresentar uma análise das teorias e da forma como se desenvolveu a punição estatal e, especificamente, a pena de prisão. Neste plano o discurso foi sempre o de que a prisão deveria visar à reforma do delinquente, justificando-se a utilização do cárcere com base nos fins da pena.

Todavia, a realidade nos mostrou que essa esperança de adequação da prisão como medida para reformar os delinquentes é totalmente infundada, tendo em vista as condições subumanas impostas aos delinquentes, as quais tem a consequência direta de propiciar a proliferação da violência dentro dos presídios, sendo que a Anistia Internacional ao estudar as prisões brasileiras chegou à conclusão de que a principal razão para isto seria o fato de que o sistema penitenciário não mais dá conta de trabalhar com o total de pessoas que encontram-se sob a custódia do Estado¹⁵¹.

Destaca-se que a referida instituição, a qual é um braço do Comitê da ONU contra Tortura especificamente aponta que

A superlotação extrema, causada pela presença de detidos aguardando julgamento e também pela aplicação de sentenças excessivamente punitivas a delitos menores, exauriu o sistema penitenciário, que já não tem mais condições de lidar com o número de presos que mantém. Os presos são apinhados em celas escuras e sem ventilação, onde permanecem expostos a doenças potencialmente mortais, como AIDS e tuberculose, para as quais recebem pouco ou nenhum tratamento. Sem contar que ainda não são separados conforme seu delito nem pena¹⁵².

A situação fica ainda pior quando se analisa a situação daqueles que trabalham nas prisões, os quais tem uma atividade extremamente desgastante, em um ambiente insalubre, são muito mal pagos e não recebem qualquer assistência do Estado seja psicológica ou social, para poderem enfrentar as situações do dia a dia, o que deixa a situação dos presídios ainda mais crítica¹⁵³.

¹⁵¹ ANISTIA INTERNACIONAL. Tortura e Maus-tratos no Brasil: desumanização e impunidade no sistema de justiça criminal. Brasil, 2001, p. 26-27.

¹⁵² ANISTIA INTERNACIONAL. Tortura e Maus-tratos no Brasil: desumanização e impunidade no sistema de justiça criminal. Brasil, 2001, p. 21.

¹⁵³ ANISTIA INTERNACIONAL. Tortura e Maus-tratos no Brasil: desumanização e impunidade no sistema de justiça criminal. Brasil, 2001, p. 34.

Ora, os dados suprarreferidos já nos dão uma ideia de que efetivamente a pena de prisão hoje passa por uma grande crise, sendo que esta crise foi muito bem analisada pela doutrina, de modo que o fracasso deste sistema pode ser observado em três grandes planos; a reincidência, os efeitos sociológicos e os efeitos psicológicos que derivam da pena, ainda neste trabalho também será analisada a crise do sistema penitenciário pela perspectiva do *labeling approach*.

3.1. O EFEITO CRIMINÓGENO DA PENA DE PRISÃO

O primeiro fator que chama a atenção quando se analisa a pena de prisão e especificamente a crise pela qual passa o referido sistema é o seu verdadeiro efeito dessocializador e, portanto, criminógeno¹⁵⁴. A existência deste fenômeno demonstra a completa incongruência entre os resultados efetivamente obtidos pela aplicação da pena de prisão e os fins estatais declarados da pena, especificamente a busca pela ressocialização do apenado.

Francisco Muñoz Conde e Winfried Hassemer afirmam que esta situação fica ainda mais evidente quando confrontada frente à aplicação das penas de prisão de curta duração, isto porque,

As penas privativas de liberdade de até seis meses de duração não são, em geral, suficientemente duradouras para permitir um tratamento com êxito, mas sim, ao contrário, para introduzir o recluso na subcultura da prisão, quer dizer, em um sistema diferenciado de controle social e hierarquia estruturado por normas, e para iniciá-lo nas atitudes e técnicas criminosas ou confirmá-las¹⁵⁵.

Oportuno destacar que o caráter criminógeno da prisão pode ser analisado sob a ótica de três diferentes fatores que atuam conjuntamente sobre o preso e criam um sistema que dessocializa completamente o indivíduo colocado neste sistema¹⁵⁶.

¹⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 149.

¹⁵⁵ CONDE, Francisco Muñoz Conde; HASSEMER, Winfried. Introdução à Criminologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 204.

¹⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 146-148.

Inicialmente analisaremos os fatores materiais, os quais se relacionam diretamente com a condição das prisões de prover um ambiente adequado para o cumprimento da pena¹⁵⁷, isto porque quando não bem estruturada a prisão, o que se verifica são condições subumanas impostas aos apenados, este é um dos grandes problemas da pena de prisão no Brasil¹⁵⁸.

Tal situação, somada com a incapacidade de se dividir adequadamente o tempo do preso entre o ócio, o trabalho, o lazer e o exercício físico afetam diretamente o preso e apenas acabam por dessocializar este indivíduo.

Também devem ser analisados os fatores psicológicos, este ponto é bem observado por Cezar Roberto Bitencourt ao afirmar que “A aprendizagem do crime, a formação de associações delitivas, são tristes consequências do ambiente penitenciário”¹⁵⁹. A realidade é que a prisão é um ambiente envolto em mentiras e dissimulações o que propicia o desenvolvimento de novas características nos indivíduos inseridos no sistema prisional que não são adequadas ao convívio social, mas que são fundamentais para a realização de certas práticas delitivas, assim durante o seu tempo na prisão estaria se aprendendo não a conviver socialmente mas a se preparar para o cometimento de outros tipos penais.

Por fim, existem também os fatores sociais que fortalecem o caráter criminógeno da pena de prisão, isto porque a separação de uma pessoa de seu meio social ocasiona uma desadaptação à este que dificulta o retorno do egresso à vida social, e esta situação é amplificada quanto mais longa for a estadia do recluso no sistema penitenciário, este afastamento da sociedade evidentemente cria possibilidades para uma aproximação deste com o mundo da criminalidade.

Muito embora Bitencourt, apresente em seu trabalho efeito criminógeno da pena¹⁶⁰, o autor lembra que tal situação deve ainda ser observada com cautela, isto porque, indivíduos diferentes podem apresentar respostas diversas aos mesmos estímulos, ou seja, os efeitos que a prisão tem sobre cada indivíduo são únicos não podendo ser generalizados.

¹⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 146.

¹⁵⁸ ANISTIA INTERNACIONAL. Tortura e Maus-tratos no Brasil: desumanização e impunidade no sistema de justiça criminal. Brasil, 2001. 21.

¹⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 147.

¹⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, 148.

Não obstante, deve-se destacar que embora sejam reais os resultados apontados anteriormente, não foi possível a elaboração de estudos científicos que chegassem a uma conclusão sobre o real alcance que a prisão tem sobre os indivíduos como um fator criminógeno, isto porque “não existe evidência científica sobre o valor específico que pode ter a experiência carcerária como fator criminógeno.”¹⁶¹

E esta imprecisão obriga aqueles que estudam o problema das prisões em não poderem pular em conclusões precipitadas, uma vez que a falta de certeza científica leva os pesquisadores a, necessariamente, enfrentarem seu problema com cautela.

Neste sentido, os elevados índices que são observados para as taxas de reincidência dos egressos devem ser também analisados de forma ponderada, uma vez que estas podem não ser vinculadas única e exclusivamente ao sistema prisional, mas sim ser um indicativo das mudanças que ocorrem pelo apenado quando do cumprimento da pena. Deve-se analisar, além dos índices de reincidência, as injustas situações que são impostas àqueles que saem do cárcere, pois esta injustiça pela qual passa o cidadão é também responsável por agravar esta situação.

3.2 EFEITOS SOCIOLÓGICOS

Quando o apenado é inserido no sistema penitenciário, a prisão passa a ser a integridade da realidade do indivíduo, seriam classificadas como instituições totais posto que, conforme aponta Bitencourt são:

organizadas para proteger a comunidade contra aqueles que constituem intencionalmente um perigo para ela e não apresentam como finalidade imediata, o bem estar dos internos.¹⁶²

¹⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 148.

¹⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 152.

Neste contexto surgem as concepções de que os detentos são bandidos, cruéis e que não precisam ser tratados de forma digna, desenvolve-se assim uma contraposição entre a sociedade e os internos¹⁶³.

Uma das principais características do sistema prisional é a sua extrema rigidez com a qual é implementada, de forma que o apenado é encarcerado não apenas fisicamente, mas também socialmente, uma vez que tem seus comportamentos e relações sociais limitadas¹⁶⁴. Deste modo, uma vez que este encarceramento é feito em vários âmbitos, é necessário que o preso se adapte as condições a que será submetido enquanto cumpre sua pena, e é neste momento que surge nas prisões um sistema social próprio, conhecido como a subcultura carcerária, à qual os apenados acabam se submetendo para poder conviver em paz com os demais detentos, não sofrendo castigos e rejeição por parte dos demais detentos¹⁶⁵.

Tal fenômeno é tratado como a prisionalização do indivíduo, movimento pelo qual é assimilada a realidade carcerária pelo apenado, o que resulta em um abandono da cultura do mundo externo para que se adapte às demandas da prisão¹⁶⁶.

Interessante se observar que as subculturas, em um primeiro momento, adotam vários aspectos da cultura dominante, e de acordo com as experiências individuais de seus membros vão se diferenciando e se distanciando da cultura original¹⁶⁷, no caso das prisões, o principal elemento que é associado pela subcultura carcerária e que não existe na cultura dominante é a agressividade do meio, ao qual é necessária a apresentação de uma resposta. Neste ponto Sérgio Shecaira observa que

A constituição das subculturas criminais representa a reação necessária de algumas minorias altamente desfavorecidas diante da exigência de sobreviver, de orientar-se dentro de uma estrutura social, apesar das limitadíssimas possibilidades legítimas de se atuar.¹⁶⁸

¹⁶³ GOFFMAN, Erving. Manicômios, Prisões e Conventos. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1974, p. 105-106.

¹⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 152.

¹⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 155-156.

¹⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 170-175.

¹⁶⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 2.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 218-219.

¹⁶⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 4ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 218.

O mesmo autor continua

Para mostrar esse mundo específico, com características próprias, não é demais lembrar o pensamento de Manoel Pedro Pimental, ao assinalar a vida do detento: “o preso aprende desde logo a mistificar, assumindo uma posição comparável à esquizofrenia: finge acatar, assimilar, aprender e respeitar tudo o que lhe for transmitido pela Administração. Na verdade, porém, vive outra vida inteiramente diversa, acatando, assimilando, aprendendo e respeitando realmente tudo aquilo que é passado pelos seus companheiros de prisão(...)”.¹⁶⁹

Deve-se observar que a opção do preso de se adequar à subcultura do presídio muitas vezes se mostra como uma verdadeira escolha entre vida e morte para os novos detentos, isto porque a subcultura criminal tem como base a dominação, existe uma grande discrepância entre os grupos na prisão, baseado em hierarquias, que definem quem tem privilégios e quem serão explorados¹⁷⁰.

A divisão hierárquica existente no sistema carcerário, conforme Bittencourt¹⁷¹, é constituída no topo por alguns detentos que possuem uma reputação muito alta e estão acima do próprio subsistema, podendo fazer suas escolhas e estas deverão ser observadas, em um segundo plano encontram-se os detentos que embora de forma mais limitada ainda possuem certo grau de independência em suas escolhas. Ainda abaixo encontra-se o grupo daqueles que buscam escalar dentro desta hierarquia e, em último lugar, encontram-se aqueles que não se enquadram ao sistema prisional e são completamente oprimidos pela subcultura e seus membros de alta hierarquia. Nesta divisão, claramente se observa que aquele detento que não se junta a algum grupo tem dificuldades em sobreviver dentro da prisão, uma vez que será oprimido.

Ora, se o apenado é forçado pelo sistema carcerário a absorver a cultura da prisão e a se juntar a um grupo para sobreviver, como se pode esperar que a prisão possua efeitos ressocializadores? Obviamente que esta situação fortalece ainda mais o caráter dessocializador do cárcere.

¹⁶⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 4ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 233.

¹⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.158-159.

¹⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 159- 159-165.

3.3 EFEITOS PSICOLÓGICOS

Outra questão que deve ser observada para se constatar a ineficácia da pena de prisão como forma de ressocializar o apenado são os efeitos psicológicos que o cárcere tem sobre este.¹⁷²

Neste sentido, destaca-se que conforme já brevemente comentado no capítulo anterior, a preocupação com os efeitos psicológicos da pena de prisão se inicia no século XIX, ainda quando da aplicação do sistema de prisão celular, tendo em vista o surgimento de doenças mentais que afetavam os detentos inseridos naquele modelo prisional. Enrico Ferri¹⁷³, em suas críticas ao referido modelo celular afirma a existência de uma “loucura penitenciária”, isto é, uma forma de psicose própria do cárcere.

Bitencourt¹⁷⁴, ao analisar os problemas dos transtornos psíquicos que afetam os detentos, bem observa que não se pode atribuir exclusivamente estes aos efeitos negativos do cárcere, todavia não se deve cair no erro de simplesmente ignorar tais aspectos.

Neste sentido o autor observa que

A elevada taxa de suicídio nas prisões é um problema universal comprovado por estatísticas confiáveis de países tão diferentes como França e Japão. A grande ocorrência de suicídios nas prisões é um bom indicador sobre os graves prejuízos psíquicos que a prisão ocasiona, e autoriza a dúvida fundada sobre a possibilidade de obtenção de algum resultado positivo em termos de efeito ressocializador, especialmente quando se trata da prisão tradicional, cuja característica principal é a segregação total.¹⁷⁵

Deve-se observar contudo que muitos delinquentes quando chegam à prisão já possuem graves transtornos em sua personalidade, sendo que estes se agravam diante da pena de prisão e o ambiente em que esta é cumprida¹⁷⁶.

¹⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 175.

¹⁷³ FERRI, Enrico. Sociología Criminal. Traduzido por Antonio Soto y Hernández. t. 2. México, D.F.: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2004, p. 317.

¹⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.180.

¹⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 180.

¹⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 180-181.

Neste ponto, oportuna a observação de Alvino Augusto Sá, o qual destaca que

O espaço prisional é maciço, sufocante, uniforme, não respeita as individualidades, não respeita a privacidade, uniformiza e publiciza as pessoas, tendo sobre elas um efeito profundamente deletério, no sentido de paulatinamente desconfigurar ou desfigurar o seu corpo (dando-lhes uma configuração diferente, uma configuração de preso) e, quiçá, desconfigurá-las por dentro.¹⁷⁷

Ora, sendo a prisão um ambiente tão degradante para aqueles que lá são inseridos, ainda mais evidente o completo descompasso entre a pena de prisão e o discurso da ressocialização que seria buscada por aquela.

3.4 “LABELLING APPROACH”

Os pesquisadores que adotam a teoria do *labelling approach* entendem que a sociedade não pode ser considerada um conjunto pacífico, mas sim um conjunto de relações conflitivas e crises de valores. Esta teoria surge nos Estados Unidos, durante a década de 60¹⁷⁸.

Para entendermos como funciona a teoria do *labelling approach* necessárias são algumas definições amplamente utilizadas em criminologia, a primeira destas definições é a da conduta desviante, ou seja, aquela conduta que difere da média das pessoas, que não se atenta às regras de seu grupo, nas palavras de Sérgio Shecaira, a conduta desviante pode ser definida “como aquela que um grupo considera perigosa ou constrangedora a ponto de serem impostas sanções especiais para coibir as pessoas que apresentem tal conduta”¹⁷⁹.

A criminologia clássica buscava entender e explicar porque e de onde surgiam os indivíduos que mantinham condutas desviantes e que, portanto, eram objetos do Direito Penal, todavia com a observação da realidade, se constatou que, muito embora

¹⁷⁷ SÁ, Alvino Augusto. Criminologia Clínica e Execução Penal: proposta de um modelo de terceira geração. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 423.

¹⁷⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 4ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 250.

¹⁷⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 4ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 233.p. 252.

a conduta delitativa fosse verificada em todas as camadas sociais, o que se observava era que a definição de criminoso e, conseqüentemente, de desviante, atingia apenas aqueles que, eventualmente, passavam pelo sistema do direito penal, enquanto aqueles outros que cometiam crimes e mesmo que se tivesse conhecimento disto, mas não eram aprisionados, não ficavam com este mesmo estigma. Assim surge uma nova perspectiva que busca entender porque algumas pessoas passam a carregar esta “etiqueta” de criminoso enquanto outras não¹⁸⁰.

Alessandro Baratta bem apresenta esta questão afirmando que

Os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo “quem é criminoso?”, “como se torna desviante?”, “em quais condições um condenado se torna reincidente?”, “com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?”. Ao contrário, os interacionistas, como em geral os autores que se inspiram no *labelling approach*, se perguntam: “quem é definido como desviante?”, “que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e, enfim, “quem define quem?”¹⁸¹

O *labelling approach* busca justificar as razões pela qual apenas alguns indivíduos vem a ser rotulados como criminosos, e quais as conseqüências desta marca que é imposta sobre o sujeito.

Deve-se observar que aqueles que são marcados pelo sistema prisional e, portanto, passam a carregar a marca de criminosos, acabam sendo forçados a construir uma carreira desviante, de modo que a sociedade passa a esperar dele atitudes desviantes e a olhá-lo com cautela quando está em liberdade, pois na visão destas pessoas ele continua sendo um criminoso¹⁸².

Os teóricos que defendem a *labelling approach*, argumentam que o desvio primário, isto é, o cometimento do primeiro crime pelo indivíduo, pode ser ocasionado pelas mais diversas razões, já os desvios secundários seriam uma resposta à reação social obtida pelo seu desvio primário, isto porque ele passaria a ser visto como alguém de fora do convívio social, uma vez marcado como criminoso, ele estaria condenado a ser excluído socialmente e, portanto, acabaria sendo induzido a cometer novos crimes.

¹⁸⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 4ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 250.

¹⁸¹ BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 88.

¹⁸² SÁ, Alvinio Augusto. Criminologia Crítica... cit. p. 425-426.

Deste modo, para aqueles que adotam a teoria do *labelling approach* a pena só é capaz de atingir um único objetivo, que é o aumento da criminalidade, por conta da resposta que a sociedade dá àqueles que passam pelo sistema penal.

Como resposta a esta situação, seria adequado uma aproximação maior entre o egresso e a sociedade, todavia, tal alteração não é fácil, uma vez que aqueles que passaram pelo sistema prisional acabam sofrendo reduções de oportunidade, em vários âmbitos de sua vida, em especial quando procuram trabalhos¹⁸³. Seria necessário para solucionar este problema uma forma efetiva de se eliminar todas as marcas que são impostas sobre os sujeitos que passam pelo sistema carcerário, bem como uma maior aproximação do indivíduo recluso da sua vida em liberdade, podendo retomar o controle de sua vida antes de sair do presídio.

Todavia, tais pretensões são bastante audaciosas e se mostram muitas vezes impossíveis, uma vez que as pessoas buscam conhecer o passado das pessoas antes de se envolver com elas, e quando o estigma de criminoso aparece, elas acabam sendo excluídas.

Deste modo, Sérgio Shecaira afirma que

Para acabar com a institucionalização decorrente do recolhimento prisional só mesmo com o seu fim. A solução seria, pois, diminuir o encarceramento proveniente de um processo penal, por meio de medidas alternativas à prisão, ou ainda com a eliminação de alguns crimes do rol previsto no Código Penal.¹⁸⁴

E neste ponto o referido autor é muito oportuno, pois observa que a única forma efetiva de se acabar com o estigma de criminoso daqueles que passam pelo sistema prisional, seria, efetivamente, reduzir ao mínimo a aplicação da pena privativa de liberdade, e propõe a utilização de medidas alternativas, as quais serão analisadas no próximo capítulo.

Deste modo, por todos os pontos expostos no capítulo ora em comento, podemos afirmar que a prisão não se mostra uma forma viável de se buscar a ressocialização do indivíduo e sendo este um dos objetivos declarados pelo estado sua aplicação se torna bastante questionável, razão pela qual se passa agora a

¹⁸³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 2.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 303.

¹⁸⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 4ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 265.

analisar as medidas alternativas à pena de prisão, bem como as medidas para sua aplicação.

4 ALTERNATIVAS À PENA DE PRISÃO

Como bem evidenciado nos capítulos anteriores, a prisão é a resposta atual que o Direito apresenta à criminalidade. Em sua origem um instrumento de castigo que punia o corpo dos apenados, é hoje uma instituição superlotada, sem qualquer respeito aos direitos humanos do preso, temos que a prisionalização obsta qualquer pretensão de se obter a ressocialização dos apenados, tendo em vista as transformações a que estes se submetem para poderem sobreviver nas prisões.

Assim, uma vez reconhecendo que o sistema prisional falha em todos os seus objetivos, a doutrina passa a buscar propostas de alternativas à pena privativa de liberdade¹⁸⁵.

A primeira resposta observada é o surgimento de teorias abolicionistas e minimalistas em face do próprio direito penal, estas teorias surgem em meados das décadas de 60 e 70, estes pensadores alegavam que o sistema penal era responsável única e exclusivamente pelo sofrimento desnecessário dos apenados, não possuindo qualquer elemento positivo¹⁸⁶. Os abolicionistas alegavam que a opção adequada a ser adotada seria a da substituição do “sistema penal por instâncias intermediárias ou individualizadas de solução de conflitos, que atendem às necessidades reais das pessoas envolvidas”¹⁸⁷. Estes pensadores acreditavam que a alternativa adequada a ser adotada em face da ineficiência do sistema prisional, seria uma completa abolição do mesmo, haja vista que não existia qualquer expectativa de se ressocializar os indivíduos inseridos neste sistema ou diminuir a criminalidade providenciada pelo mesmo.

Já os minimalistas, entre os quais poderíamos elencar a teoria negativa-agnóstica da pena apresentada no primeiro capítulo, propunham uma resposta menos

¹⁸⁵ Neste sentido são as concepções de: BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 944; DOTTE, Rene Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 369 e BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Novas Penas Alternativas*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 4.

¹⁸⁶ Sérgio Shecaira assim se manifesta sobre o assunto: “o abolicionismo faz uma crítica arrasadora ao sistema punitivo. Abolicionistas afirmam que o sistema penal só tem servido para legitimar e reproduzir desigualdades e injustiças sociais. O direito penal é considerado uma instância seletiva e elitista, daí por que é necessário desmistificar o papel das instituições penais (Magistratura, Ministério Público, Polícia, etc). SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 341.

¹⁸⁷ LEAL, César Barros. *Execução Penal na América Latina à luz dos Direitos Humanos: Viagem pelos caminhos da dor*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 341.

radical, não defendendo uma completa aniquilação das prisões, mas sim uma menor intervenção do estado, alegando que a resposta adequada seria o Estado diminuir o rol dos crimes que determinam sua intervenção¹⁸⁸, sob o fundamento de que nem todos os crimes demandam uma intervenção estatal. Tal teoria é aceita amplamente pela doutrina penal moderna, por ser menos radical que as teorias abolicionistas. Todavia, deve-se observar que o poder legislativo dos Estados, e em especial o brasileiro, tem se visto obrigado a atuar em sentido contrário a esta tendência, provocando uma verdadeira inflação legislativa, uma vez que existe pela influência da mídia, uma demanda popular por um aumento do rol de crimes e das punições, sobre os casos que acontecem regularmente e são noticiados¹⁸⁹.

Os minimalistas defendem que deveria haver uma progressiva modificação da sociedade, tanto social como institucionalmente, de forma que os casos em que o Direito Penal fosse aplicado fossem reduzidos, estes pensadores adotam o caráter de *ultima ratio* para o Direito Penal, isto é, este ramo do direito só deveria ser aplicado em última instância, quando nenhum dos outros ramos do direito se mostrassem suficientes para resolver os problemas¹⁹⁰.

Neste contexto é que se desenvolvem as medidas alternativas à pena de prisão, as quais buscam afastar os nefastos efeitos do direito penal clássico que eram impostos sobre aqueles indivíduos que eram alcançados pelo Direito Penal, buscando manter uma maior interação do apenado com a sociedade ao contrário de sua segregação. Neste ponto, bem explica Rene Ariel Dotti

Projetos e códigos penais da atualidade já estão consagrando as melhores experiências do cumprimento das penas em meio livre além de outras formas de reação que, desprendendo-se das ideias de confinamento e infâmia, revelam-se capazes de garantir os interesses comunitários sem perder de vista os valores do condenado e a perspectiva de sua participação mais efetiva nas estruturas do diálogo dos sistemas sociais.¹⁹¹

Portanto, uma vez verificada a importância do desenvolvimento das alternativas penais à prisão, passa-se agora a fazer uma análise individual de algumas

¹⁸⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 2.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 338.

¹⁸⁹ GRECO, Rogerio. Direitos Humanos, sistema prisionais e alternativas à privação de liberdade. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 335.

¹⁹⁰ GRECO, Rogerio. Direitos Humanos, sistema prisionais e alternativas à privação de liberdade. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 350.

¹⁹¹ DOTTI, Rene Ariel. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 477.

destas alternativas, sendo que inicialmente será realizada a análise de alguns institutos que já são aplicados no Brasil e, ao final, serão apresentadas propostas ainda não adotadas.

4.1 SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

Cezar Bitencourt, ao citar o doutrinador Ruperto Nuñez Barbero afirma que a suspensão condicional da pena seria “uma instituição destinada, além de outros objetivos, a substituir as penas curtas privativas de liberdade, ao mesmo tempo individualizadora, em sentido primordialmente subjetivo, baseada fundamentalmente na suposta falta de periculosidade do delinquente primário e ocasional”¹⁹². Paulo César Busato complementa adequadamente esta definição ao afirmar que trata-se de “uma medida de política criminal que visa evitar a pena de curta duração e, com isso, os malefícios do processo de dessocialização”¹⁹³ e, portanto, é um instituto que serve exclusivamente para as condenações à pena de prisão.

Ora, a presente obra já tratou especificamente da questão relativa a ineficácia das prisões em cumprir seus objetivos, de ressocialização e controle da criminalidade, deste modo a substituição da pena de prisão pela suspensão da mesma se mostra como uma alternativa possivelmente eficiente.

Cabe observar que a substituição condicional da pena não se trata da não condenação do indivíduo, mas sim como um mecanismo que impede a execução da pena, haja vista os danos que esta pode causar¹⁹⁴.

No direito penal brasileiro a suspensão condicional da pena está prevista nos artigos 77 e ss. do Código Penal, estando sua utilização limitada para as penas privativas de liberdade que não ultrapassem o limite de dois anos.

Deste modo, pode-se concluir que no ordenamento jurídico brasileiro, tendo este adotado a suspensão condicional da pena, o que se pretendeu foi uma efetiva limitação da aplicação da pena de prisão apenas àqueles criminosos que

¹⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 216.

¹⁹³ BUSATO, Paulo César. Direito Penal: Parte Geral. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 949.

¹⁹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. 3ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 618-619.

representassem um maior potencial ofensivo, ou ao menos, que cometessem crimes de maior gravidade.

4.2 PENAS PECUNIÁRIAS

Outra opção vislumbrada pela doutrina como alternativa à pena de prisão é a aplicação da pena de multa para determinados tipos legais, isto porque, como bem observa Rogério Greco, a pena de multa “atende às necessidades atuais de descarcerização”¹⁹⁵. Deve-se observar que a pena pecuniária, exatamente por ser uma punição penal, possui um caráter personalíssimo, não sendo transmitida aos herdeiros ou sucessores.

A pena pecuniária deve ser incentivada pois, como bem observa Paulo César Busato, seu efeito dessocializante é bastante reduzido¹⁹⁶. Todavia, o mesmo autor ressalta que uma aplicação eficiente desta forma de punição só é viável em sociedades que não apresentam grandes discrepâncias na distribuição de renda, o que não é o caso da sociedade brasileira e, portanto, ainda há um caminho longo a ser trilhado quanto a políticas de distribuição de renda antes que estas penas possam ocupar o lugar que antes era reservado às sanções mais graves¹⁹⁷.

Por fim, oportuno se destacar a crítica feita por Leonardo Sica à ampliação da utilização da pena de prisão, segundo o referido autor, a disseminação de sanções pecuniárias favoreceria o fenômeno da inflação penal, uma vez que impediria que comportamentos penalmente irrelevantes fossem removidos do âmbito do Direito Penal¹⁹⁸. Todavia, tal argumentação merece críticas uma vez que o que se propõem é que as penas pecuniárias tomem o lugar de algumas sanções mais graves aplicadas a certos tipos de crime, diminuindo o fenômeno de dessocialização dos apenados, e não a sua ampliação ou utilização para novos tipos penais.

¹⁹⁵ GRECO, Rogério. Direitos Humanos, sistema prisionais e alternativas à privação de liberdade. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 431.

¹⁹⁶ BUSATO, Paulo César. Direito Penal: Parte Geral. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 840.

¹⁹⁷ BUSATO, Paulo César. Direito Penal: Parte Geral. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 840-841.

¹⁹⁸ SICA, Leonardo. Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002, p. 184.

4.3 PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Outra forma de punição alternativa à pena de prisão são as penas restritivas de direito, as quais têm por objetivo aproximar o direito penal do princípio da humanidade, uma vez que em geral, possibilitam uma aproximação do apenado com a sociedade e, conseqüentemente, sua ressocialização.

Deve-se observar, como bem ressalta Paulo César Busato, que a pena restritiva de direitos na legislação brasileira, muito embora em geral apresente caráter de pena substitutiva à prisão, existem casos na legislação esparsa que aplicam cumulativamente penas restritivas de direito com a pena privativa de liberdade, como em alguns crimes previstos no Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), que em seus arts 302 e 303 prevê em conjunto a perda ou suspensão de habilitação, esta uma pena restritiva de direitos, cumulativamente com penas privativas de liberdade¹⁹⁹.

Na concepção original do Código Penal a pena restritiva de direito surge como substitutivo à pena de prisão, tanto que existia uma previsão legal impedindo a cumulação de penas, todavia, tal situação se alterou com o advento da Lei nº 9.714/98 que modificou a parte geral do Código Penal e colocou a possibilidade de cumulação das diferentes penas no art. 44, §2º²⁰⁰.

No Brasil, são adotadas, principalmente, as seguintes penas restritivas de direito: limitação de fim de semana; prestação de serviços à comunidade e a interdição temporária de direitos, as quais serão brevemente analisadas individualmente²⁰¹. A limitação de fins de semana consiste no dever do apenado permanecer aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou estabelecimento adequado. Todavia, como são poucas as comarcas do Brasil que dispõem destes estabelecimentos, muitas vezes os juízes se veem obrigados a aplicarem outras formas de sanção²⁰².

¹⁹⁹ BUSATO, Paulo César. Direito Penal: Parte Geral. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 836.

²⁰⁰ Art. 44 [...] §2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

²⁰¹ BUSATO, Paulo César. Direito Penal: Parte Geral. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 837-840.

²⁰² BUSATO, Paulo César. Direito Penal: Parte Geral. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 840.

A prestação de serviços à comunidade está prevista no art. 46 do Código Penal e trata-se de uma pena que reflete a confiança do legislador no caráter ressocializador da prestação de serviços à comunidade, posto que, até certa medida, recompõe a desestabilização social gerada pelo conflito²⁰³.

Conforme disciplina o § 2º, do art. 46, do Código Penal²⁰⁴, à prestação de serviços à comunidade pode ser realizada em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

Ademais, a prestação de serviços à comunidade deve ser realizada em horário diferente da jornada de trabalho do condenado, na proporção de uma hora de trabalho prestado para cada dia de pena, sendo autorizado para aqueles que foram condenados a penas superiores a um ano realizarem mais de 8 horas de atividade semanal, desde que seja respeitado o limite de redução da duração da pena restritiva de direitos à metade do tempo de prisão que o apenado fora originalmente condenado²⁰⁵.

Por fim, passamos a analisar a interdição temporária de direitos, prevista no art. 47 do Código Penal, esta medida é prevista para determinados crimes, posto que, como bem observa Busato²⁰⁶, em geral, esta limitação está vinculada à origem criminológica do fato, buscando impedir que o apenado se envolva em situações que podem induzir a reincidência, como seria o caso da proibição da realização de exercício profissional que exige habilitação especial, quando o crime possui relação com a atividade suspensa.

As limitações previstas pelo Código Penal são a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como mandato eletivo; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do Poder Público, a suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo e a proibição de frequentar determinados lugares, como estádios de futebol ou bares.

²⁰³ BUSATO, Paulo César. Direito Penal: Parte Geral. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 839.

²⁰⁴ Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.

(...)

§ 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

²⁰⁵ BUSATO, Paulo César. Direito Penal: Parte Geral. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 839.

²⁰⁶ BUSATO, Paulo César. Direito Penal: Parte Geral. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 839-840.

Deste modo, verifica-se que as penas restritivas de direito se mostram uma importante alternativa à aplicação das penas privativas de liberdade uma vez que evitam a segregação do apenado com a sociedade, ainda viabilizando uma maior aproximação destes, sem se afastar das características de um direito penal e demonstrar seu poder coercitivo sobre o criminoso. E a ampliação de sua utilização se mostra um verdadeiro caminho para a utilização de penas mais humanitárias, uma vez que este tipo de pena deixa menos estigmas no apenado do que sua passagem pelo sistema prisional, ao mesmo tempo que fortalece sua consciência da necessidade de observação das normas impostas pela sociedade.

4.4 ALTERNATIVAS TECNOLÓGICAS

Atualmente, a sociedade em que vivemos se destaca pelo constante progresso na criação e inovação de tecnologias, sendo desenvolvidos sistemas computacionais cada vez mais modernos e com mais alternativas.

Neste contexto de inovações tecnológicas, um dos temas que tem chamado a atenção dos doutrinadores é quanto a questão do monitoramento eletrônico, o qual se realiza por meio de um sistema de GPS, que permite acompanharmos a posição exata de objetos no globo terrestre.

No Brasil, o sistema de monitoramento eletrônico foi inserido no ordenamento jurídico por meio das Leis nº 12.258/2010 e 12.403/2011, sendo que a primeira destas legislações permitiu sua utilização para acompanhamento de presos em regime semi-aberto quando de sua saída temporária bem como para acompanhamento dos detentos em regime de prisão domiciliar; já a segunda lei trouxe a previsão de utilização do monitoramento eletrônico como medida cautelar cabível durante o trâmite do procedimento penal.

Logo, podemos concluir que no Brasil sua utilização como alternativa à pena de prisão ainda não foi concebida, mas seria uma opção viável como resposta a várias formas de crime que estão vinculadas a certos locais. Todavia, a implementação deste sistema demandaria um grande investimento estatal, haja vista que seriam

necessários investimentos para a aquisição tanto de equipamentos emissores de sinais, como a construção de centrais capazes de receber e processar estes dados²⁰⁷.

Ocorre que este sistema não é impune a críticas, entre elas a da inexistência de estudos que comprovem a eficiência deste sistema como forma de controle social, ou da violação que esta pena pode ocasionar na privacidade do indivíduo, sendo a resposta de seus defensores a de que a finalidade de tal sistema é evitar o encarceramento de indivíduos, sendo que se existirem danos colaterais da aplicação do monitoramento, estas ainda seriam ínfimas quando confrontados os danos ocasionados pela prisão.

Rogério Greco, citando Rodriguez-Magariños, afirma que a vigilância eletrônica certamente não é uma fórmula mágica para o combate da criminalidade ou satisfaz todas as necessidades de uma pena como vislumbrada pelos estudiosos, mas é um passo no sentido de se colocar um fim ao sistema penitenciário e de sua falha teoria de dessocializar um indivíduo para ensiná-lo a viver em sociedade²⁰⁸.

4.5 MEDIAÇÃO PENAL E JUSTIÇA RESTAURATIVA

Outra forma que alguns doutrinadores defendem como forma de se afastar a utilização da pena de prisão, seria a aplicação da mediação penal, que consiste não mais em manter a vítima fora do processo, mas trazer esta para dentro da relação processual, buscando possibilitar a celebração de um acordo entre as partes²⁰⁹.

Isto porque atualmente, devido a morosidade do sistema judiciário, não apenas o réu sofre, mas a vítima também, uma vez que se sente violada por ter tido seu direito violado e o sistema judiciário não dar uma resposta satisfatória dentro de um prazo razoável. Deste modo a mediação penal se mostra uma forma razoável de solução de conflitos, haja vista que o autor do delito deverá reconhecer seu erro e estar disposto a ressarcir a vítima dos prejuízos causados, enquanto esta deverá observar o arrependimento e a vontade de reparação como uma tentativa de se

²⁰⁷ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares no Processo Penal: as reformas introduzidas pela Lei nº 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. Leme: J.H. Mizuno, 2012. p. 137-138.

²⁰⁸ GRECO, Rogério. Direitos Humanos, Sistemas Prisionais e alternativas à privação da liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 402.

²⁰⁹ SALIBA, Marcelo Gonçalves. Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo. Curitiba: Juruá, 2009, p. 143 e ss.

retornar a um estado anterior ao da violação ao seu direito²¹⁰. Logo, o que se tem é uma situação favorável a ambos os lados, que resolve o problema sem a necessidade de intervenção do Estado. No Brasil, pode-se verificar um sistema com bases nestes conceitos na Lei dos Juizados Especiais Criminais, que possibilita, para penas não superiores a dois anos, a transação penal ou a suspensão condicional do processo, desde que o dano sofrido pela vítima seja reparado pelo autor do delito.

A Justiça Restaurativa é uma opção similar à mediação, sendo a diferença entre estes o fato de que a Justiça Restaurativa é uma Justiça feita por leigos para uma comunidade de leigos²¹¹. A Justiça Restaurativa propicia um “encontro” entre a vítima e o criminoso, buscando determinar quem sofreu o dano, suas necessidades e qual seria a melhor forma de se restaurar um equilíbrio entre os envolvidos no delito, por meio de uma verdadeira aproximação da vítima do processo de resolução do conflito²¹².

Rogério Greco argumenta que a reparação da vítima é uma terceira via para o Direito Penal, sendo que se adequa muito melhor que as punições aos fins declarados da pena, uma vez que soluciona o conflito por meio da reconstrução do estado anterior, satisfazendo a consciência jurídica coletiva e possibilitando que o infrator entenda o valor do bem jurídico que ele violou com seu ilícito, podendo ser facilmente reintegrado à sociedade²¹³.

Deste modo, a mediação penal e a justiça restaurativa se mostram verdadeiras ferramentas que podem mudar a estrutura do sistema criminal, e mais a vida dos envolvidos nos crimes, observe-se que esta alternativa não serve para acabar com as punições, mas sim garantir que estas fiquem limitadas a um mínimo e que alcancem seus verdadeiros objetivos e ao próprio ilícito, conciliando com as tendências que indicam que o Direito Penal não deve possuir apenas um caráter punitivo, mas também uma função social.

²¹⁰ SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 151-152.

²¹¹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 57-58.

²¹² PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 59.

²¹³ GRECO, Rogério. *Direitos Humanos, Sistemas Prisionais e alternativas à privação da liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 370.

5 O POSSÍVEL FIM DA PENA DE PRISÃO

Analisando-se todos os elementos apresentados até agora no presente trabalho, resta demonstrado que a pena de prisão está passando por uma evidente crise, posto que não é capaz de alcançar seus objetivos declarados e, na realidade, apenas afasta os detentos de uma possível reinserção social²¹⁴.

Como opção, são propostas alternativas à pena de prisão as quais substituiriam a aplicação desta pena que causa tantos danos à sociedade e especialmente àqueles indivíduos selecionados que são inseridos em seu Sistema.

Todavia, mesmo doutrinadores críticos da pena de prisão muitas vezes acabam por afirmar que a pena de prisão é um instituto imprescindível do Direito Penal, não sendo possível ao direito penal abrir mão completamente da pena de prisão²¹⁵.

Deste modo, neste capítulo será realizada uma análise dos resultados da aplicação das medidas alternativas à pena de prisão, bem como serão enfrentados os principais argumentos que justificam a necessidade de se manter a existência da pena de prisão, para que se possa compreender se, efetivamente seria possível a concepção de um direito penal sem prisão.

5.1 RESULTADOS DA APLICAÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS

A doutrina ainda é muito escassa quando se trata de estudos que demonstrem os resultados que a utilização de medidas alternativas à pena de prisão efetivamente tem sobre a ressocialização de indivíduos e o controle da criminalidade, contudo alguns estudos realizados recentemente dão boas esperanças com relação a sua aplicação.

²¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 142 e ss.

²¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 11.

No ano de 2006, o Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – ILANUD publicou o relatório final da pesquisa “Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas”²¹⁶, no qual, eram indicados alguns benefícios que a aplicação das penas alternativas estavam demonstrando nas áreas em que estavam sendo aplicadas.

Entre estes benefícios, deve-se observar que o referido estudo, trouxe uma estimativa de que a reincidência para criminosos que são inseridos no sistema penitenciário se aproxima dos 70%.

De outro lado, segundo dados apresentados no VII CONEPA – Congresso Nacional de Alternativas Penais²¹⁷ foi passada a informação de que a taxa de reentrada no sistema penal para aqueles que passavam pelas penas alternativas girava em torno de 19%. Destaca-se que taxa de reentrada no sistema penal se refere àqueles indivíduos que voltaram ao Sistema Penal, independentemente de se tiveram ou não nova condenação definitiva, sendo este o diferencial entre esta taxa e a taxa de reincidência, a qual considera apenas aqueles crimes com condenação definitiva.

Portanto, do confronto destes dados, é possível se observar indícios de que as medidas alternativas à pena de prisão apresentam resultados bastante satisfatórios, se confrontados com os índices de reincidência apresentados pelo sistema prisional.

Deste modo, resta demonstrado que, em uma primeira análise, as penas alternativas à prisão são mais eficientes que a pena de prisão para alcançar os objetivos declarados do Direito Penal, razão pela qual, deve-se analisar alguns argumentos que sustentam a manutenção da pena de prisão para alguns casos, e a ampla limitação que se faz do uso dos meios alternativos propostos.

²¹⁶ INSTITUTO LATINO AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE - ILANUD. Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas: Relatório Final de Pesquisa. Brasil: 2006.

²¹⁷ CONEPA – CONGRESSO NACIONAL DE ALTERNATIVAS PENAS, VII, Campo Grande, MS. Sistema nacional de alternativas penais e a questão federativa: modelos institucionais de cooperação e a relação entre o poder Executivo e o Judiciário. Brasília – DF: Ministério da Justiça, 2011.

5.2 CRÍTICA AOS ARGUMENTOS QUE SUSTENTAM A MANUTENÇÃO DA PENA DE PRISÃO

Busato²¹⁸ aponta que alguns doutrinadores veem com ceticismo o incremento da utilização das alternativas prisionais e para tanto são utilizados os mais variados argumentos que serão confrontados no presente capítulo.

Doutrinadores mais críticos, defendem que a utilização de substitutivos penais seria apenas uma manobra dos setores dominantes para que pudessem continuar a se utilizar do sistema punitivo como forma de controle social, eles observam nestas alternativas uma forma de validação da pena alternativa à pena de prisão, uma vez que, em sua argumentação, serviria apenas como válvula de escape ao problema da superlotação da prisão e possibilitando a manutenção desta instituição²¹⁹.

Ademais, estes autores alegam que a utilização de alternativas penais resultaria em uma redução do custo do sistema punitivo, posto que o sistema punitivo passa por uma crise fiscal com o aumento dos gastos pela quantidade de indivíduos encarcerados²²⁰.

Outro argumento seria o de que estas penas possibilitam uma redução no tempo que os apenados passam no sistema penal, possibilitando que mais pessoas fossem inseridas no sistema, expandindo o número de pessoas afetadas pelos estigmas do Direito Penal²²¹.

Estes argumentos, em conjunto com outras alegações realizadas contra as alternativas penais certamente possuem sua validade e devem ser consideradas, contudo é certo que em nenhum momento a aplicação destas alternativas de forma racional e reducionista não terá caráter deletério, o que se deve ter cuidado é com o uso abusivo destes institutos.

Efetivamente, a utilização das penas alternativas como válvula de escape não é um mal em seu todo, posto que se tal medida impedir o envio de pessoas à prisão já possui um certo benefício, diminuindo as aflições que este indivíduo sofrerá.

²¹⁸ BUSATO, Paulo César. Direito Penal: Parte Geral. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 944 e ss.

²¹⁹ BUSATO, Paulo César. Direito Penal: Parte Geral. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 945.

²²⁰ BUSATO, Paulo César. Direito Penal: Parte Geral. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 946.

²²¹ BUSATO, Paulo César. Direito Penal: Parte Geral. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 946.

Também não há como se alegar um caráter negativo na redução de gastos, uma vez que tal redução será benéfica à sociedade, na medida que os recursos antes gastos com a prisão seriam redirecionados para outros setores, o que seria um benefício social²²².

E por fim, a questão do aumento de pessoas controladas também merece crítica, pois esta situação só se mostraria realmente um problema, se a utilização das medidas alternativas fosse feita de forma indevida e não como forma substitutiva. Bem como um discurso alegando que existe um problema na redução do tempo que o apenado passa sobre os efeitos do sistema penal é contraditória com todo o discurso moderno, que busca uma efetiva ressocialização, e a manutenção na prisão apenas dessocializa o indivíduo.

Deste modo, resta demonstrado que as críticas dirigidas às alternativas à pena de prisão não se sustentam e não afastam a real aplicabilidade destas medidas, de modo que sua aplicação deve ser ampliada, atingindo os mais variados tipos penais.

5.3 A NECESSIDADE DA PENA DE PRISÃO

Neste tópico será enfrentada a necessidade da existência da pena de prisão frente a duas concepções, a primeira partindo da concepção de Hassemer sobre os limites da atuação da pena, e um segundo a partir de uma análise sobre a necessidade desta pena frente aos crimes de maior potencial ofensivo.

5.3.1 A necessidade da pena de prisão na concepção de Hassemer

O doutrinador Winfried Hassemer, em sua obra, “Porque não se deve suprimir o Direito Penal”²²³, apresenta sua concepção para um limite da atuação das sanções, incluindo aquelas no âmbito do Direito Penal.

²²² BUSATO, Paulo César. Direito Penal: Parte Geral. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 947.

²²³ HASSEMER, Winfried. Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal. D.F., México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

Segundo o referido doutrinador, a sanção deve atuar, nos moldes da concepção de prevenção geral positiva limitadora, como forma de garantir a validade da norma infringida para os demais membros da sociedade.

Assim, quando uma norma é violada pelo criminoso existe uma violação deste a qual tem sua eficácia questionada pelo comportamento do indivíduo, assim, o Estado deve agir apresentando como resposta a essa atuação uma pena, de forma que todas as demais pessoas se entendam que aquela lei violada tem sua vigência garantida e que sua violação não é aceita pelo ordenamento jurídico, se assim não o fizer, o que se entende é que o Estado não considera importante garantir a validade da referida norma, de modo que esta perde sua eficácia sendo, posteriormente, extirpada do ordenamento jurídico.

Da mesma forma acontece no Direito Penal, o qual tem a função de proteção de bens jurídicos, assim quando um bem é violado, a sanção vem como resposta ao criminoso para garantir as pessoas que aquele bem jurídico ainda é protegido.

Observe-se que na concepção de Hassemer, esta força de demonstração da validade da norma é o próprio limite para atuação do Estado, devendo a punição ser orientada para se adequar de modo que seja capaz de garantir a efetiva proteção de bens jurídicos, isto é, o direito penal deve atuar no limiar mínimo para que seja capaz atuar na proteção daqueles bens jurídicos.

Portanto na concepção de Hassemer a pergunta que deve ser feita é no sentido de que, se excluída a pena de prisão, o sistema ainda seria capaz de garantir a proteção dos bens jurídicos, isto é, seria capaz de atuar de forma a fortalecer nas pessoas a noção de que a proteção aos bens como a vida e a dignidade ainda são garantidos de forma suficiente a evitar uma eventual autotutela.

Neste sentido me parece que a resposta é afirmativa, existem mecanismo suficientes de penas alternativas que sejam capaz de limitar os direitos do criminoso, mesmo fora da prisão, de tal forma que esta punição seja suficiente para manter a convicção das pessoas na validade do sistema.

Deste modo, adotando uma visão limitadora da atuação penal, seria possível a construção de uma ideia de que a pena de prisão não precisa existir como forma de garantir a validade do sistema penal, razão pela qual é possível a sustentação de um discurso que vise o fim da pena de prisão.

5.3.2 A pena de prisão e os crimes de maior potencial ofensivo

Pois bem, após o confronto das teorias que se opõem a utilização da pena privativa de liberdade, oportuno se faz um questionamento sobre em que casos a utilização das penas alternativas à prisão não seria uma alternativa viável, e um dos casos que evidentemente seria questionável sua utilização seria nos crimes contra a vida.

Observe-se que em casos de crimes de alto potencial ofensivo, como no caso dos crimes contra a vida, a argumentação elaborada pelos defensores da utilização da pena de prisão é muitas vezes no sentido de que as penas alternativas não são suficientes como forma de punição a estes crimes, todavia, devemos lembrar que o Direito Penal hoje, não é mais visto como uma retribuição pelo mal cometido, mas sim uma busca por uma menor intervenção estatal, baseada na persecução de uma eventual ressocialização do indivíduo.

Deste modo, resta lembrar que no presente trabalho já restou demonstrado que não é a intensidade da pena que é capaz de evitar o cometimento de certos delitos, razão pela qual um discurso baseado na necessidade de uma punição maior contra os indivíduos que cometem crimes contra a vida se mostra infundada.

Outro argumento elaborado é o de que pessoas que cometem estes delitos são perigosas para a sociedade e, portanto, precisam ser segregadas. Este discurso é ainda mais fraco em sua sustentação, isto porque não é a função da prisão segregar o indivíduo, este é o lado negativo da prisão e que tanto é combatido, em um estado que se busca a ressocialização dos presos, não se pode justificar uma punição pela necessidade de dessocialização²²⁴. Logo este argumento também não se sustenta.

Desta forma, uma vez rebatidos os principais argumentos que justificam a aplicação da pena de prisão para os crimes de homicídio, nos vemos diante de um problema, se a pena de prisão não se sustenta como resposta adequada ao delito não teríamos uma justificativa teórica suficiente para impedir que estes crimes fossem respondidos com penas alternativas à prisão, se não apenas as limitações legais do tamanho da pena e o arbítrio dos juízes e sendo estas afastadas, seria plenamente aplicável aos crimes contra a vida as penas alternativas à prisão.

²²⁴ Aqui podemos aplicar as mesmas críticas que são sustentadas contra as teorias da prevenção geral negativa da pena. Sobre o assunto consultar BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.231-233.

Ora, se para os crimes mais ofensivos do ordenamento jurídico é concebível a utilização, em teoria, de penas alternativas, necessariamente todos os demais crimes também poderiam ter esta resposta. Logo, parece que a pena de prisão não é, como muitos alegam, um instituto fundamental do Direito Penal, mas sim um instituto que devido a sua vinculação histórica, dificilmente é concebido como fora deste. Não obstante, deve-se observar que existe uma real possibilidade de que, com as corretas modificações legais, sociais e estruturais poderia a pena de prisão ter sua aplicação progressivamente reduzida, ao ponto de se encerrar sua utilização, uma vez que, ao menos no Brasil, a pena privativa de liberdade se mostra degradante à dignidade da pessoa humana, situação inconcebível de ser mantida sem a devida busca por soluções ou alternativas.

CONCLUSÃO

No presente trabalho foi demonstrado que o sistema prisional encontra-se em uma crise estrutural, esta forma de punição não mais se justifica nos ordenamentos jurídicos modernos, uma vez que não atinge os fins declarados para as penas e de fato, apresenta um caráter criminógeno e dessocializante, razão pela qual sua aplicação deve ser minimizada.

Em seguida também demonstramos que a doutrina já desenvolveu formas alternativas de responder aos crimes, sendo estas formas mais eficientes e com melhores respostas, tanto para o próprio apenado, como para a sociedade na busca pelos efeitos de ressocialização e redução da criminalidade.

Ato contínuo, analisou-se também quais seriam os fundamentos que deslegitimariam a aplicação das penas alternativas de forma mais generalizada do que é hoje e restou demonstrado que estes discursos não possuem fundamentos legítimos e podem facilmente ser confrontados.

Ainda, demonstrou-se também que mesmo para os crimes de maior potencial ofensivo, os discursos que justificam a necessidade de aplicação da pena de prisão também não se sustentam, uma vez que se utilizam de premissas falsas ou vão em sentido contrário à direção que o Direito Penal tem buscado, sendo portanto verificada que, em teoria, afastados os limites legais, estes crimes também poderiam ser respondidos com penas alternativas à prisão.

Deste modo, restou demonstrado que um discurso no sentido de que as penas de prisão são um mal necessário, ou que estas não podem ser encerradas, não mais se sustenta, a doutrina desenvolveu ferramentas e alternativas muito interessantes à prisão e, com o auxílio dos desenvolvimentos tecnológicos, é possível sim, hoje, se pensar na existência de um direito penal sem prisão.

Referências Bibliográficas

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares no Processo Penal: as reformas introduzidas pela Lei nº 12.403/2011 comentadas artigo por artigo**. Leme: J.H. Mizuno, 2012.
- ANISTIA INTERNACIONAL. **Tortura e Maus-tratos no Brasil: desumanização e impunidade no sistema de justiça criminal**. Brasil, 2001. Disponível em <<http://www.amnesty.org/pt-br/library/info/AMR19/022/2001/pt>>. Acesso em 30 de outubro de 2013.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Néelson Jahr Garcia. Brasil: Fonte Digital. Versão para e-Book. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf>. Acesso em 31/11/2013.
- BENTHAM, Jeremy. **O Panóptico ou a casa de inspeção**. In *O Panóptico*: Jeremy Bentham. Organizador Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008, p. 13-84.
- BITENCOURT, César Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. _____. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **Manual de Direito Penal**. Vol. 1. 7 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **Novas Penas Alternativas**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006
- BRUNO, Anibal. **Direito Penal: parte geral**. 3º tomo. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003
- BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. **Direito Penal: Parte Geral**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1956-57
- CARVALHO, Salo de. **Teoria Agnóstica da Pena: Entre os supérfluos fins e a limitação do Poder Punitivo**. In *Crítica a execução penal* (Coord. de Salo de Carvalho). 2. ed. rev., ampl. e atualizada de acordo com a Lei 10.792/03, que

instituiu o regime disciplinar diferenciado (RDD). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 3-28.

CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) – Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, 2009. Disponível em: < <http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Origem%20da%20pena%20de%20pris%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 11/11/2013.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CONEPA – CONGRESSO NACIONAL DE ALTERNATIVAS PENAL, VII, 2011, Campo Grande. **Anais...**, 1ª ed., Brasília: Ministério da Justiça, 2011. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team={7F434E10-A4D3-4A2D-9EA9-5CEA7FE34F1C}>>. Acesso em 11/11/2013.

DOTTI, Rene Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Retribución y Prevención General**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhete. 40. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Tradução de Sandra Regina Netz. 4. Ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. Tradução de Dante Moreira Leite. São Pauki: Perspectiva, 1974

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, sistemas prisionais e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero, Barcelona: Bosch, 1984.

_____. **Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal**. D.F., México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução de Norberto de Paula Lima, adaptação e notas Márcio Pugliesi. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2005.

HOWARD, John. **The State of the Prisons in England and Wales, with preliminar observations, and an account of some Foreign Prisons**. Warrington: William

- Eyres, 1777. Obra digitalizada pela “Internet Archive” em 2011. Disponível em <<http://www.archive.org/details/stateofprisonsin00howa>>. Acesso em 31/11/2013.
- INSTITUTO LATINO AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE - ILANUD. **Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas: Relatório Final de Pesquisa.** Brasil: 2006. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team={7F434E10-A4D3-4A2D-9EA9-5CEA7FE34F1C}>>. Acesso em 11/11/2013.
- JAKOBS, Günther. **Derecho penal:** parte general. Fundamentos e teoria de la imputación. 2. ed. Corrigida. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997
- KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes.** Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. 1 ed. Bauru: EDIPRO, 2003.
- LEAL, César Barros. **Prisão: crepúsculo de uma era.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- _____. **Execução Penal na América Latina à luz dos Direitos Humanos: Viagem pelos caminhos da dor.** Curitiba: Juruá, 2010.
- LEONARDO, Sica. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão.** São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.
- MEZGER, Edmundo; RODRIGUEZ MUÑOZ, Jose Arturo. **Tratado de derecho penal.** 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1946-1949.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica.** Trad. De Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- MIR PUIG, Santiago. **Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva.** In Anuario de derecho penal y ciencias penales. t. 39. Espanha: BOE. 1986, p. 49-58. Disponível em <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46280>>. Acesso em 01/12/2013.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática.** 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 57-58.
- RODRIGUES, Inês de Moura Trindade. **Falência de pena de prisão no que respeita à sua aplicação aos crimes económicos.** Veritati – Repositório Institucional da Universidade Católica Portuguesa, 2012. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10400.14/9011>>. Acessado em 11/11/2013,
- ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal.** 3. ed. Lisboa: Veja, 1998.

- _____. **Derecho Penal: parte general.** Fundamentos. La estructura Del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. t. I. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- SÁ, Alvino Augusto. **Criminologia Clínica e Execução Penal: proposta de um modelo de terceira geração.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo.** Curitiba: Juruá, 2009.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral.** 3ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.
- _____. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual.** Disponível em < <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em 01/12/2013.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da Pena:** finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002
- _____. **Criminologia.** 2.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. _____. 4ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão.** São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.
- WELZEL, Hans. **Derecho penal:** parte general. Buenos Aires: [s.n.], 1956.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro:** primeiro volume. 4. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- _____. **Manual de Direito Penal.** 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002