

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

ANÁLISE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO SISTEMA PUNITIVO

IVI FRAGA DA CUNHA

**RIO DE JANEIRO
2008**

IVI FRAGA DA CUNHA

ANÁLISE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO SISTEMA PUNITIVO

Monografia apresentada à faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

**RIO DE JANEIRO
2008**

SUMÁRIO

Resumo:

A monografia intitulada “Função da Pena Privativa de Liberdade no Sistema Punitivo” tem como objeto de estudo a história na pena de prisão bem como sua problemática na atualidade, afim de pesquisar suas reais finalidades desde o momento do surgimento até os dias de hoje, bem como seus vínculos e ramificações econômico sociais.

Résumé :

La monographie intitulée “Analise de la Peine Privative de Liberté dans le Système Punitif” a comme objet d'étude l'histoire de la peine de prison ainsi que sa problématique dans l'actualité, afin de chercher leurs réelles finalités depuis le moment de son début jusqu'aux jours d'aujourd'hui, ainsi qu'à leurs liens et à ramifications économique sociaux.

Ficha Catalográfica

Autora: Ivi Fraga da Cunha

Título: Análise da Pena Privativa de Liberdade no Sistema Punitivo

Área de Concentração: Direito Penal

Local: Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito.

Data de Defesa: 03/12/2008

Orientador: Nilo Batista

1- Introdução

A função da pena privativa de liberdade no sistema punitivo é questão atual em um momento em que toda a sociedade presencia a dinâmica de profunda crise do sistema penal. Tal crise se ramifica de modo que, partindo de um mesmo fato originário, encontramos-nos diante de toda problemática do sistema carcerário, do aumento dos índices de criminalidade, das altas taxas de reincidência, dentre outros.

Diante desta conjuntura, o presente trabalho objetiva aprofundar o estudo sobre a pena privativa de liberdade abordando suas finalidades, investigando o surgimento da pena através de dados históricos, demonstrando a grave crise do instituto hodiernamente e conjugando a conclusão aos principais dados levantados durante a pesquisa.

É importante frisar que, para o discurso do poder, não é vantajoso salientar as funções reais cumpridas pela pena, pois seria insustentável conceber a pena privativa de liberdade publicamente como um instituto de manutenção de estrutura de classes, como evidenciado pela Criminologia Crítica. De fato, revela-se a oportuna crítica teórica nesta pesquisa, bem como seus defensores.

“A história das transformações do sistema penal, na perspectiva da relação entre base econômica e mecanismos superestruturais de controle, de Rusche a Kirchheimer, representa um avanço real da teoriacriminológica radical: são as

relações do mercado de trabalho, no período capitalista, que explicam a generalização da prisão como método de controle e disciplina das relações de produção (fábrica) e de distribuição (mercado), com o objetivo de formar um novo tipo humano: a força de trabalho necessária e adequada ao aparelho produtivo”¹.

¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. “A Criminologia Radical” ; p. 43

2. Pena Privativa de Liberdade: Aspectos Conceituais

A pena pode ser definida como a reprimenda a uma conduta previamente condenada pelo ordenamento jurídico (art. 5º, XXXIX, CF; art 1º CP) mediante a promessa de restrição de um direito, no entanto a doutrina apresenta diversos conceitos de pena, que enfatizam aspectos diferentes. Assim, Fragoso² define sanção penal como “a perda de bens jurídicos imposta pelo órgão da justiça a quem comete crimes”, conferindo-lhe portanto um caráter retributivo. Por sua vez, Cernicchiaro³, afirma que a pena:

Substancialmente consiste na perda ou privação de um exercício de direito relativo a um objeto jurídico; *formalmente* está vinculada ao princípio da reserva legal , e somente é aplicada pelo poder judiciário, respeitando o contraditório, e *teleologicamente* mostra-se, como castigo e defesa social. (grifos do autor)

Do mesmo modo, para Bitencourt⁴, conceitualmente a pena é um castigo, embora seu fim essencial não seja necessariamente retributivo.

² FRAGOSO, 2003, p.348

³ CHERNICHARIO, Luiz Vicente. Estrutura do Direito Penal. 2ed. São Paulo. José Bushatsky, 1970, p.161.

⁴ BITENCOURT,2004, p.134.

Teorias sobre a função da pena

2.2. Teoria Absoluta ou Retributiva da pena

O surgimento das teorias absolutas ou retributivas da pena no período dos Estados Absolutistas justifica sua própria definição. As características mais representativas desse tipo de Estado eram a unidade entre a moral e o Direito, entre o Estado e a religião, além da metafísica afirmação de que o poder do soberano era-lhe concedido diretamente por Deus. Na *persona* do rei não concentrava-se somente o Estado, mas também todo o poder legal e de justiça.

A idéia de pena portanto, era a de um castigo pelo qual expiava-se o mal (pecado) cometido. De certo modo no regime Absolutista, impunha-se uma pena para quem, agindo contra o soberano, rebelava-se, também, diretamente, contra o próprio Deus.

Historicamente o Estado Absolutista foi um Estado de transição. Ocorreu nesse período o aumento da burguesia e o acúmulo de capital, principais motivos pelos quais o estado Absolutista concentrou ao redor de si tanto poder. Poder este que seria necessário para o desenvolvimento do capitalismo. Afirma Jescheck:

A pena não podia ter senão as mesmas características e constituir um meio a mais para realizar o objetivo capitalista”⁵.

⁵ Jescheck, Tratado de Derecho Penal, trad. Mir Puig e Muñoz conde, Barcelona, Bosch, 1981, v.1, p.96.

Com o surgimento do Mercantilismo e o Estado burguês tendo como base a teoria do contrato social⁶, a pena passa então a ser concebida como a “retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pela lei.

A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida. À expiação sucede a retribuição, a razão Divina é substituída pela razão de estado, a lei divina pela lei dos homens”⁷. O indivíduo que contrariasse esse contrato social era qualificado como traidor, uma vez que com sua ação, não cumpria o compromisso de conservação da organização social.

Através dessa dinâmica retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente a difícil incumbência de realizar a Justiça. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, representado pela pena, e o fundamento da sanção penal está no questionável livre arbítrio, interpretado como a capacidade do homem de distinguir entre o justo e o injusto.

Entre os defensores das teses absolutistas ou retribucionistas da pena destacaram-se Kant, cujas idéias foram expressas na obra “A Metafísica dos Costumes”, e Hegel cujo ideário jurídico-penal extrai de sua obra “Princípios da Filosofia do Direito”.

⁶ O contrato social (ou contratualismo) é um acordo entre os membros de uma sociedade, pelo qual reconhecem a autoridade, igualmente sobre todos, de um conjunto de regras, de um regime político ou de um governante. Parte do pressuposto de que os indivíduos o irão respeitar e está ligado à Teoria da obediência. As teorias sobre o contrato social se difundiram nos séculos XVI e XVII como forma de explicar ou postular a origem legítima dos governos e, portanto, das obrigações políticas dos governados ou súditos.

⁷ BUSTOS Ramirez; HORMAZABAL Malarée, Pena y Estado, in Bases Críticas de un Derecho Penal, cit. p. 120.

Ressalta-se que embora Kant e Hegel destaquem-se tradicionalmente como os principais representantes das teorias absolutas da pena, é notória uma particular diferença entre uma e outra formulação: enquanto em Kant a fundamentação é de ordem ética, em Hegel é de ordem jurídica.

2.1.2 Teoria de Kant

De acordo com as reflexões kantianas, o não cumprimento das disposições legais tornaria o indivíduo abjeto do direito de cidadania. Nesses termos, o soberano deve castigar ‘impiedosamente’ aquele que transgrediu a lei. Kant entendia que a lei era um imperativo categórico, isto é, aquela ordem ou mandamento que “representasse uma ação em si mesma, sem referência a nenhum outro fim, como objetivamente necessária”⁸.

Dentro da estrutura filosófica Kantiana, a pena deve ser aplicada somente porque houve a infringência da lei. Seu objetivo é “realizar a justiça”⁹ porque “quando a justiça é desconhecida, os homens não tem razão de ser sobre a terra”¹⁰.

Em síntese, Kant considera que o réu deve ser punido pela única razão de estar à margem da lei, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para a sociedade. Com esse argumento Kant nega toda e qualquer função

⁸ KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes, cit., p.61. Kant afirma que “todos os imperativos mandam, seja hipoteticamente, seja categoricamente. Os hipotéticos são aqueles que ‘representam a necessidade prática de uma ação possível, como meio de conseguir outra coisa que se queira (ou que seja possível que se queira)’”.

⁹ BITENCOURT, 2003, p.71.

¹⁰ Ibid.

preventiva – especial ou geral – da pena. Na visão kantiana a aplicação da pena decorre da simples prática do delito.

2.1.3 Teoria de Hegel

A fundamentação hegeliana da pena é – ao contrário da kantiana – mais jurídica, na medida em que “para Hegel a pena encontra sua justificação na necessidade de estabelecer a vigência da vontade racional¹¹, expressada na ordem jurídica e que foi negada pela vontade do agente do delito”

“ a pena é a negação da negação do Direito”.

A pena vem assim, retribuir ao agente pelo fato praticado e, na medida do *quantum* da negação do Direito será também a intensidade da nova negação representada pela pena.

Em Hegel, O Direito é concebido como a expressão da vontade racional – vontade geral – uma vez que, sendo uma organização racional, significa uma liberação da necessidade. O delito, entendido como a negação do Direito, representa a

¹¹ Afastando-se do conceito de "vontade individual", ou "vontade de todos", de matriz liberal, Hegel adere ao conceito de "vontade geral" ou "vontade racional", mais sintonizado com os princípios de seu sistema filosófico, conferindo a tal conceito uma base objetiva, e não mais subjetiva, como fazia o jusnaturalismo. Assim, para Hegel, a vontade geral, em seu processo de exteriorização, passa por um processo de determinações históricas que transcende a ação dos indivíduos e seus projetos volitivos singulares. Enquanto componente do mundo ético, a vontade geral não resulta de um postulado moral, mas emerge de uma comunidade objetiva de interesses que o movimento da realidade (que Hegel denomina "Espírito" ou "razão") produz e impõe aos indivíduos, independentemente da consciência e o desejo deles, embora muitas vezes se utilize desses "instrumentos" para sua concretização.

manifestação de uma vontade irracional – vontade particular - configurando assim essa comum contradição entre duas vontades. Ocorrida a vontade irreal ou nula – vontade particular – que é a do agente do delito, “o delito é aniquilado, negado, expiado pelo sofrimento da pena, que desse modo restabelece o direito do lesado.”¹²

Na concepção hegeliana do Direito penal percebe-se a aplicação de seu método dialético¹³, sendo a ‘tese’ está representada pela vontade geral, a antítese resume-se no delito como a negação do ordenamento jurídico e a síntese vem a ser a negação da negação, ou seja, a pena como castigo do delito.

Aceitando que a pena venha a estabelecer a ordem jurídica violada, igualmente se deve aceitar que a pena não é apenas um ‘mal’ que se vê aplicar em virtude da anterior ocorrência de outro mal porque seria, segundo Hegel, “irracional querer um prejuízo simplesmente porque já existia um prejuízo anterior”¹⁴.

A imposição da pena implica, pois, o restabelecimento da ordem jurídica burlada. Segundo Hegel, “somente através da aplicação da pena trata-se o delinqüente como um ser ‘racional’ e ‘livre’. Só assim ele será ‘honrado’ dando-lhe não apenas algo justo em si, mas lhe dando o seu Direito: contrariamente ao inadmissível

¹² HEGEL, Filosofia do Direito, 2005, p.12.

¹³ A dialética hegeliana é desenvolvida da seguinte forma: tese, antítese e síntese. A tese é a afirmação geral sobre o tema. Antítese é a negação da tese, na verdade é a negação que também pode ser negada. É confuso mais muito importante no uso da dialética. Síntese é a própria negação da antítese e é a tese e a antítese reformuladas, refeitas e repensadas. Hegel aproximou a história da filosofia utilizando o pensamento lógico no questionamento e na compreensão dos fatos.

¹⁴ HEGEL, Filosofia do Direito, 2005, p. 27.

modo de proceder dos que defendem princípios preventivos, segundos os quais se ameaça o homem como quando se mostra um pau a um cachorro, e o homem, por sua honra e sua liberdade, não se deve ser tratado como um cachorro.”¹⁵

3. Teorias Preventivas da Pena

Para as teorias preventivas, a pena não visa retribuir o fato punitivo cometido e sim prevenir a sua prática. São aquelas que atribuem à pena a missão e a capacidade de evitar que futuramente se cometam delitos. Podem subdividir-se em prevenção especial e geral.

A formulação mais antiga das teorias relativas é atribuída à Sêneca¹⁶, que se utilizando de Protágoras de Platão, afirmou: “nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não se volte a pecar”

As teorias preventivas reconhecem que essencialmente, a pena se traduz em um mal para quem a sofre.

A crítica dos adeptos das teorias absolutas às teorias relativas é a de que aplicando-se as penas à seres humanos em nome de fins utilitários que pretende-se alcançar no contexto social, ocorreria a transformação da pessoa humana em objeto. Neste sentido, afirma Kant, “O homem não pode ser nunca utilizado

¹⁵ Ibid, p. 29.

¹⁶ Lucius Annaeus Seneca; Corduba, Hispânia, 4 a.C. — Roma, 65 d.C. foi um dos mais célebres escritores e intelectuais do Império Romano. Conhecido também como Séneca (ou Sêneca), o Moço, o Filósofo, ou ainda, o Jovem, sua obra literária e filosófica, tida como modelo do pensador estóico durante o Renascimento, inspirou o desenvolvimento da tragédia na dramaturgia européia renascentista.

meramente como meio para propósitos de outro e ser confundido com objetos de direito das coisas, contra o que o protege a sua personalidade inata.”¹⁷

3.1.Prevenção Geral

A prevenção geral atribui à pena o significado de intimidação aos destinatários da norma jurídica de modo que a ordem jurídica estaria assegurada através da aplicação da sanção. A prevenção geral possui um sentido positivo e negativo. Em seu sentido positivo, a pena busca intimidar os cidadãos a partir da norma penal em tese. Em seu aspecto negativo, a pena confirma a ameaça prometida, por meio da aplicação da pena com a violação em concreto da norma penal. Consoante a lição de Barros:

“[...] A prevenção geral negativa teria por fim prevenir a perpetração de delitos por parte da generalidade. [...] A prevenção geral negativa encontraria sua expressão na intimidação causada pela lei penal ou condenação em si – podendo essa intimidação ser atribuída à gravidade da pena cominada, à quantidade da pena aplicada ou à intensidade da perseguição visando a imposição da pena [...] A prevenção geral positiva, por sua vez, teria por fim perpetrar a eficácia estabilizadora da norma através da aplicação da pena.”¹⁸

¹⁷ KANT, Kant e o Direito. 2004, p.31.

¹⁸ BARROS, Carmen Silva de Araújo. A Individualização da Pena na Execução Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 32

Bentham e Beccaria são autores frequentemente citados como defensores da teoria da prevenção geral. Com efeito, para Beccaria "é preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes procurar impedir o mal que o reparar [...]"¹⁹. Segundo a posição do autor, a pena ganha eficácia em face de sua exemplaridade.

Os ideais do Iluminismo estão presentes nesta concepção da pena, uma vez que, estando a condição humana estritamente relacionada com a liberdade naquele período, o indivíduo que tem livre-arbítrio estaria suscetível a avaliar calculadamente os efeitos de sua ação delitiva. Desse modo, a pena seria um fator de inibição à prática de crimes, porquanto, o indivíduo que teria condições de avaliar e julgar as características do certo e do errado poderia calcular racionalmente os efeitos jurídicos de seu comportamento ilícito, desistindo de seguir adiante.

A pena entendida com a função preventiva é instrumento de incentivo, ou mesmo, coação psicológica para o cumprimento da norma penal por meio da ameaça de imposição de uma pena.

A prevenção geral, no entanto, padece de várias falhas, as quais são apontadas providenciamente por Bitencourt²⁰. Dentre as críticas mais relevantes, destaca-se a constatação de que o homem não é tão racional, a ponto de, na iminência de cometer um crime, ponderar que a pena será uma conseqüência tão negativa de sua conduta que não

¹⁹ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo. Martin Claret, 2002. p.61

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão – causas e alternativas. São Paulo: Saraiva, 2001. p 33

compensaria cometê-la. Além disso, a prevenção geral não inibiria os criminosos habituais, não sendo sequer possível assegurar esse efeito intimidador mesmo sobre o homem médio.

Uma das críticas mais pertinentes que recebe a prevenção geral é a de que a partir desse posicionamento, de que a pena tem a função máxima de intimidação, seria provável que se tentasse reforçar a pena tão mais severamente quanto possível, criando um regime de terror.

Esta teoria assim como a absoluta falha no sentido de que, ao observar a realidade social percebe-se que a pena somente intimidará as classes menos favorecidas, os mais vulneráveis. Esses vulneráveis pessoas sem oportunidades, de baixa escolaridade e renda, as quais o sistema penal pune com maior facilidade, ao contrário das classes mais favorecidas nas quais não há tanto rigor na punição dos crimes cometidos.

Portanto, devido a esta seletividade do sistema penal e consequentemente da função preventiva da pena, a mesma recairia somente sobre os marginalizados. Além do que, ao perceber a ineficácia da pena, o agente do delito não se intimidaria, mas elaboraria formas de burlar o poder de polícia do Estado e cometer outros delitos. Assim explica Zaffaroni e seus parceiros:

“A partir da realidade social, pode-se observar que a criminalização pretensamente exemplarizante que esse discurso persegue, pelo menos quanto ao grosso da delinqüência criminalizada, isto é, quanto aos delitos com finalidade lucrativa, seguiria a regra seletiva da estrutura punitiva: recairia sempre sobre os vulneráveis. Portanto, o argumento dissuasório estaria destinado a cumprir-se sempre sobre algumas pessoas vulneráveis e estar sempre referido aos delitos que elas costumam cometer.

[...] Uma criminalização que seleciona as obras toscas não exemplariza dissuadindo o delito, mas sim da inabilidade em sua execução: estimula o aperfeiçoamento criminal do delinqüente ao estabelecer o maior nível de elaboração delituosa como regra de sobrevivência para quem delinqüe. Não tem efeito dissuasivo, mas propulsor de maior elaboração delituosa”²¹.

Além disso, grande é o risco de que a pena sendo vista dessa maneira ganhe facilmente contornos vingativos e, em um Estado de Direito, a pena jamais poderá assumir esse caráter vingativo, pois transformaria a atuação estatal em irracional e ilimitada. Esse é o posicionamento de Zaffaroni e Pierangeli²¹

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.61.

[...] A afirmação de que a pena cumpre *juridicamente* uma função de prevenção não geral não significa que *socialmente* não cumpra uma função de prevenção geral, ainda que de forma eventual e de maneira alguma necessária.[...] Este é um efeito tangencial da pena, mas é inadmissível que o legislador tenha em conta como seu objetivo principal e menos ainda como único. condições para que o apenado não reincida.

Ao contrário das teorias da prevenção geral que tem como objeto a sociedade, as teorias da prevenção especial possuem como objeto o indivíduo. A pena atua sobre este para prevenir que não se cometa mais delitos. Possui como objetivo principal a ressocialização de quem delinuiu. Estas teorias não possuem caráter retribucionista nem visam dissuadir a sociedade a não praticar delitos, somente se preocupa com a ressocialização do sujeito em isolado. Reale Júnior²² destaca que a prevenção especial tem suas raízes fincadas na Escola Positiva , por influência do cientificismo reinante daquele período. Tratava-se de um momento em que o Estado liberal encontrava-se em crise, de intenso desenvolvimento industrial e crescimento demográfico. Surgida nesse período, quando a miséria criada pelo industrialismo criava um ambiente propício ao crime, a prevenção especial consistiu numa concepção da pena como meio de proteção da sociedade.

Com a criminalidade crescente e em conjunto com os conceitos das ciências naturais, a Escola Positiva atribuiu à pena a função de coibir a criminalidade, por meio de um sistema punitivo que fulminasse o

²² REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.52.

indivíduo que punha a sociedade em risco. Para Zaffaroni e Pierangeli²³, "a pena, que agora está destinada unicamente aos setores marginalizados, à mão-de-obra barata, já não tem outra medida além daquela exigida pelo 'perigo' que o sujeito representa para a 'sociedade'".

Em um primeiro momento, a pena assume o caráter de profilaxia parcial, pois em uma concepção do infrator da norma penal como delinqüente, ele deve ser retirado da sociedade. Bitencourt²⁴ afirma que o delinqüente, como membro doente da sociedade, dela deve ser extirpado.

Em um segundo momento, após o fim da segunda guerra mundial, surgiu no direito penal a Escola da Nova Defesa Social, que atribuiu à pena a finalidade preventiva, no sentido de coibir a reincidência delituosa, por meio da readaptação do preso à sociedade. Conforme registra Bitencourt²⁵ (2003, p. 80), a pena obedeceria a uma idéia de ressocialização e reeducação do delinqüente, à intimidação daqueles que não necessitem se ressocializar e também para neutralizar os incorrigíveis.

Assim, a prevenção especial tem um aspecto negativo, o da inocuidade e um aspecto positivo o da ressocialização. Quanto a este último aspecto, houve grande repercussão no meio jurídico e social,

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.96.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão – causas e alternativas. São Paulo: Saraiva, 2001, p.73.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2003. p.80

imprimindo a utilização de vocábulos como "reeducação" e "reinserção social".

A ressocialização trouxe grandes contribuições à teoria da pena, pois centrou suas atenções no infrator, privilegiando o princípio da individualização da pena, por meio da análise do perfil do condenado. No entanto, a ressocialização produziu perigosos efeitos, como o surgimento da ideologia do tratamento. Com efeito, a prevenção penal especial para Zaffaroni e Pierangeli²⁶:

Tampouco pode consistir em alguma "reeducação", nem um tratamento, que pretenda visualizar o homem como um ser carente em sentido "moral" ou "médico". [...] O criminalizado é uma pessoa com plena capacidade jurídica, à qual não se pode olhar "de cima", e sim em um plano de igualdade frente à dignidade da pessoa, que não pode ser afetada por conceito algum.

A ressocialização também é alvo de sérias críticas, que se resumem à inviabilidade prática de sua proposta, à legitimidade de sua execução. De início, registre-se a não aceitação deste termo largamente utilizado, posto que traz problemas desde a sua conceituação, afinal, o que seria "ressocializar", socializar de novo? Embora se reconheça o uso inapropriado deste termo, seguir-se-á utilizando-o, vez que assim a doutrina a ele se refere.

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.108.

3.2. Finalidade da pena para a doutrina contemporânea

Após a abordagem das finalidades de retribuição e prevenção, é merecedor de destaque a teoria unificadora da pena, que conjugou em um único conceito os fins retributivo e preventivo. Em resumo, para a teoria unificadora o direito penal tem a função principal de proteção da sociedade e o fundamento da pena é o próprio delito.

A teoria unificadora possui dois momentos. Em um primeiro período, propunha apenas a justaposição das finalidades retributiva e preventiva. Em um segundo momento, propôs estabelecer fins preventivos de acordo com o estágio da norma. Esta última concepção é que tem maior alcance na atualidade, sendo, inclusive, adotada pelo Código Penal Brasileiro vigente:

Art.59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e *suficiente para reprovação e prevenção do crime*: [...] (Sem grifos no original)

A despeito da aceitação da teoria unificadora nos manuais de direito penal²⁷, ela é alvo de críticas como a de que a reunião de todas

²⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José. Curso de direito penal – parte geral. São Paulo: Saraiva, 1991. p.161; DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Código penal comentado. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.63; JESUS, Damásio E. Direito penal – parte geral. 23.ed, São Paulo: Saraiva, 1999, p.519.

essas finalidades não suprime as falhas de cada uma, além de se demonstrar uma utopia. Thompson²⁸ critica a teoria unificadora, como se percebe do trecho transcrito adiante:

O conceito da tríplice finalidade é bastante familiar mesmo ao homem comum do nosso tempo, para quem, ao menos no plano racional, o preso é colocado na penitenciária com vistas a ser punido, intimidado e, principalmente, reformado [...]. Punir é castigar, é fazer sofrer. A intimidação, a ser obtida pelo castigo, demanda que este seja apto a causar terror. Ora, tais condições são reconhecidamente impeditivas de levar ao sucesso uma ação pedagógica.

Além da teoria unificadora, destaca-se na doutrina a teoria preventiva positiva, que se desdobra na prevenção geral positiva fundamentadora e na prevenção geral positiva limitadora.

A prevenção geral fundamentadora, denominada por Reale Júnior²⁹ como idéia de reafirmação do ordenamento, cria para o direito penal uma função ético-social de garantia de valores e para a pena a função de reafirmar a ordem violada, reforçando junto aos membros da coletividade a validade das normas. De fato, esta concepção aproxima-se da teoria hegeliana, para a qual a pena é negação da negação do direito.

²⁸ THOMPSON, Augusto. A questão penitenciária. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.05.

²⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.55

Uma das críticas que mais se destaca a respeito da prevenção geral fundamentadora é a realizada por Baratta³⁰, para quem esta finalidade atribuída à pena seria conservadora e legitimadora da intensificação da resposta penal aos problemas sociais.

A prevenção geral positiva limitadora, adotada por Bitencourt³¹ e Barros³², preconiza que a pena deve ser imposta com a finalidade de prevenção geral, porém dentro dos limites estabelecidos pela proporcionalidade e pelo direito penal do fato ao Estado. O direito penal permanece com a função de garantia da juridicidade, de modo que a atuação estatal não pode desrespeitar os direitos individuais do cidadão.

Ainda merecedora de destaque é "a posição axiológica-concreta" de Reale Júnior³³ quanto à pena, segundo a qual seria um castigo que se justifica como reafirmação de um valor consagrado na lei e cuja finalidade é a de retribuir com um mal a ação intentada contra o valor descrito legalmente. Para o autor, embora não considere que a prevenção instrumentaliza o homem, não concorda com a exemplaridade da pena, afirmando apenas que ela pode ser intimidativa. Segundo sua ótica, tanto a idéia de reafirmação do ordenamento, como a finalidade preventiva especial são efeitos colaterais da pena de prisão, podendo a finalidade

³⁰ BARATTA apud BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão – causas e alternativas. São Paulo: Saraiva, 2001. p.147.

³¹ Ibid, p.150.

³² BARROS, Carmen Silva de Araújo. A individualização da pena na execução penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.66.

³³ REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.56

ressocializadora estar presente tão somente na aplicação da pena restritiva de direitos.

Por fim, uma última concepção da pena que convém ser ressaltada é de Zaffaroni e Pierangeli³⁴ que afirmam que usualmente são dadas duas respostas excludentes para o objetivo da sanção penal. A primeira das respostas dá ao direito penal a função de segurança jurídica e à pena o caráter de prevenção geral, através da sanção retributiva. A segunda resposta é que confere ao direito penal a função de proteção da sociedade e à pena o caráter de prevenção especial, através da retribuição e ressocialização.

Para os autores, no entanto, a meta de segurança jurídica não exclui a de defesa social, pois definindo a segurança jurídica como a proteção de bens jurídicos que assegurem a coexistência, esta se aproxima notavelmente da defesa social.

Em resumo, para os autores citados, a pena constitui-se numa afetação de bens jurídicos que se justifica pelo interesse geral de conservar a paz social e a segurança jurídica. Ainda aduzem que na afetação de bens jurídicos o Estado deve reconhecer um âmbito de liberdade moral, de modo que à pena não pode ser dada a função de castigo, consistente em uma função moral e não de garantia de bens jurídicos.

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.89.

Em outra oportunidade, ao expor a crise de legitimidade do sistema penal, Zaffaroni³⁵, afirma que a pena possui um conteúdo inequívoco de irracionalidade, pois não ser capaz de promover a solução de conflitos. A pena é aplicada depois de ocorrido o conflito. Porém, conclui o autor, que por mais irracional que seja a aplicação da pena, esta irracionalidade deve ser sempre mitigada, por meio de princípios como o da lesividade e o do intervenção mínima.

Vislumbra-se, nesse contexto, o sentido de discutir o significado da pena como sendo o de buscar um direito penal menos “deslegitimante”. Ainda que autores como Bitencourt (2001, p.153) afirmem que as discussões sobre as teorias da pena sejam inúteis do ponto de vista prático, por outro lado, existem posições como a de Zaffaroni e Pierangeli (2002, p.91) que confirmam a relevância da discussão dos objetivos da legislação penal, que será a única forma de criticá-la e interpretá-la.

A teoria unitária, como junção das teorias absolutas com as relativas, possui várias facetas. À partir dessa junção pretende-se alcançar um conceito único de pena. Para Roxin, o direito penal deve ser utilizado de forma limitada, ou seja, de forma subsidiária. Só deverá intervir este ramo do direito público se os demais ramos fracassarem. O direito penal somente deverá ser utilizado em casos se situações extremas, não poderá ser utilizado por razões em que o direito civilé perfeitamente aplicável. Por exemplo, em hipóteses de ocorrência de danos patrimoniais, não se deve utilizar a pena privativa de liberdade, mas a indenização

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas. 5. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.91

como sanção. Feriria o princípio da proporcionalidade. A pena possuiria portanto duas finalidades: proteção dos bens jurídicos e prestação dos cidadãos.

3. Investigação Histórica

Situar a pena no contexto histórico é determinar as forças sociais, econômicas e fiscais que alavancaram seu surgimento. Cada forma de punição influencia e é influenciada pelo momento histórico em que se origina, de modo que, uma análise da pena privativa de liberdade, que se perpetua até os dias de hoje mas nasceu no séc. XVII³⁶, seria incompleta sendo baseada somente em dados atuais.

O objetivo de investigar o desenvolvimento histórico da pena é buscar as razões para a escolha de métodos penais específicos em períodos históricos também específicos. Portanto afirma perfeitamente Otto Kirchheimer³⁷:

“A transformação de sistemas penais não pode ser explicada somente pela mudança das demandas da luta contra o crime, embora esta luta faça parte do jogo. Todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção.”

A pena dessa maneira, passa a ser entendida como fenômeno independente, seja de sua concepção jurídica seja de seus fins sociais. Não nega-se que a pena tenha fins sociais específicos, mas sim que ela possa ser entendida e analisada tão somente a partir destes.

³⁶ BUSTOS, Ramirez. HORMAZABAL, Malarée. Pena y Estado in Bases Críticas de um Derecho Penal. cit, p.120

³⁷ KIRCHHEIMER, Otto. Punição e Estrutura Social. Rio de Janeiro. Editora Revan. 2ª Ed. 2004. p.20.

3.3 Idade Média (467 d.c – 1473)

Cada método característico de punição corresponde à determinado momento histórico, nos quais havia dado desenvolvimento econômico. A escravidão como método de punição não poderia existir senão em uma economia escravista; a prisão por trabalho forçado não seria possível sem a indústria e a manufatura; a fiança seria impraticável sem uma sociedade de economia monetária. Quando um sistema de produção entra em colapso a pena utilizada também se torna defasada.

Da mesma maneira, percebe-se que somente um desenvolvimento específico de determinadas unidades produtivas possibilita a introdução de penalidades correspondentes às mesmas. Tal dinâmica ocorre de forma que, se em uma economia escravista há escassez de escravos, será preciso rever a escravidão como forma de punição, e assim por diante.

No caso do feudalismo, deve-se pontuar uma exceção, pois a escravidão como forma de punição não só caiu em desuso, como não se descobriu nenhum outro método para uso da força de trabalho do condenado. À partir disso tornou-se necessário portanto o retorno a antigos métodos como o da pena capital ou corporal, ficando a escolha destes métodos pautadas por interesses fiscais: pena capital ou fiança, conforme se pudesse pagar.

A casa de correção foi o ápice do mercantilismo e possibilitou o fortalecimento de um novo meio de produção, tendo desaparecido mais tarde, com o surgimento do sistema fabril.

3.3.2 Baixa Idade Média - Surgimento do Capitalismo

O sistema de penas com o duplo regime de punição corporal e de fianças permaneceu ativo, no entanto, a lei era aplicada de acordo com a classe social do condenado. Notadamente, a fiança acabou transformando-se de um método de compensação à parte prejudicada em maneira de enriquecimento de juízes e oficiais de justiça.

Na prática, ficou reservada aos ricos, enquanto o castigo corporal foi exclusivamente reservado à método punitivo dos pobres, o que se tornava visível quando o crime crescia entre as massas. A dinâmica de direcionamento de tratamento mais severo aos depossuídos não limitou-se à fiança, bem como estendeu-se aos casos de furto e atos desonestos em acordos privados.

No século XIV houve grande queda populacional na Europa em virtude da peste negra. A população urbana que estava sendo reposta pelo êxodo rural cresceu rapidamente. As cidades, despreparadas para receber tamanho contingente populacional, geraram um sem número de desvalidos, despossuídos e desempregados.

Na ausência de qualquer política social desenvolvida para resolver tal situação, estas pessoas tiveram como único recurso reunir-se à bandos de mercenários, o que alavancou o surgimento de uma onda de crimes.

Até o século XV a pena de morte e a mutilação eram usados somente em casos extremos, para complementar o diferenciado esquema de aplicação de fianças, entretanto, a partir deste momento, essas penas tornaram-se o método mais aplicado, e juízes o utilizavam sempre que convencidos de que o réu era perigoso para a sociedade.

3.4. Idade Moderna. (1473 – 1789)

Ao longo do século XV houve extraordinário crescimento de número de sentenças de pena de morte. Afirma Georg Rusche³⁸:

“ 72 mil larápios foram enforcados durante o reinado de Henrique VIII, e sob Elizabeth vabagundos eram pendurados em fila, mais ou menos de trezentos a quatrocentos de uma vez.”[23]

O sistema penal passou a atuar como meio de destruir aqueles que as classes altas consideravam inadequados para a convivência em sociedade. Havia toda a sorte de métodos de execução, tudo de mais brutal que se pudesse imaginar. As autoridades empenhavam-se em criar maneiras de fazer com que a pena de

³⁸ RUSCHE, Georg. Punição e Estrutura Social. Rio de Janeiro. Editora Revan. 2ª Ed. 2004. p.37

morte fosse cada vez mais dolorosa e pública, o que inclusive originou rotineiros rituais de sadismo como as famosas execuções em praças pública, típicas do momento histórico. Não havia escassez de mão de obra, ao menos nas cidades. E como o preço da mão de obra baixou, a valorização da vida humana tornou-se menor.

A superstição era muito comum e atingiu proporções endêmicas. O crime de bruxaria, como bem define Rusche³⁹,

“poderia ser nada além do que uma atribuição de certos poderes que a aparência pessoal, os hábitos excêntricos ou as blasfêmias confirmavam”[24].

As bruxas eram perseguidas pelas massas, que as responsabilizavam por desgraças que ocorriam, e pelas classes altas, temerosas pelo desconhecido e o sobrenatural. Judeus, ricos ou pobres, também foram vítimas de perseguição pelo povo pois tradicionalmente exerciam atividades relacionadas a empréstimo de dinheiro e foram imediatamente responsabilizados pelo empobrecimento geral.

Mas acima de todos, mais do que bruxas e judeus, criminosos e foras-da-lei, foram as reais presas para satisfazer todos os desejos de sadismo e crueldade da sociedade da época. Vem de Thomas Morus⁴⁰ a principal inagação acerca do sistema penal vigente na época. Diz-se que certa vez ele perguntou:

³⁹ RUSCHE, Georg. Punição e Estrutura Social. Rio de Janeiro. Editora Revan. 2ª Ed. 2004. p.39

⁴⁰ MORUS, Thomas. Utopia o la migliore forma di Replubbica, Bari, 1971 [N. Do T.: edição brasileira A Utopia. São Paulo, Abril Cultural, 1972], pp. 42-43

“ Que coisa fazes além de fabricar ladrões para então puní-los?”

Surgimento da Instituição Prisional

O desenvolvimento econômico e a conseqüente demanda por bens de consumo acarretou profundas transformações nos métodos de punição em fins do século XVI. O crescimento demográfico não acompanhou o nível de possibilidades de emprego⁴¹.; a baixa quantidade de mão de obra disponível tornou-se cara e passou a exigir a garantia de condições de trabalho favoráveis, o que representou um grande golpe para os proprietários dos meios de produção que, naquele momento, objetivavam o acúmulo de capital para a expansão do comércio e da manufatura.

A primeira instituição prisional criada foi Bridewell, em Londres, 1555⁴², cujo objetivo claro era o de “limpeza” urbana, já que eram dirigidos à instituição vagabundos e mendigos.

Apesar de a iniciativa para o sistema prisional ter surgido na Inglaterra, foi na Holanda que ele se desenvolveu em força máxima, já que em fins do século XVI, a Holanda possuía o sistema capitalista mais desenvolvido da Europa. Notadamente, o método de Amsterdã, foi seguido em toda Europa, em especial pelos países de língua alemã.

⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de direito penal. 3º ed., São Paulo: Saraiva, 2003. p.71

⁴² A.J Copeland, Bridewell Royal Hospital, Past and Present (Londres, 1888); F. Doleisch von Dolsperg, Die Entstehung der Freiheitsstrafe unter besonderer Berücksichtigung des Auftretens der modernen Freiheitsstrafe in England (Breslau, 1928); A. Van der Slice; “Elizabeth Houses of Correction”; Journal of American Institute of Criminal Law and Criminology, XVII (1936-37), p.44-67.

Tal dinâmica da casa de correção era uma combinação dos fundamentos da casa de assistência aos pobres (poorhouse), oficinas de trabalho (workhouse) e instituições penais, e seu objetivo era direcionar a força de trabalho dos indivíduos indesejáveis à algo considerado socialmente útil. Por meio do trabalho forçado dentro da instituição, os prisioneiros supostamente adquiririam hábitos industriais recebendo tratamento profissional e, uma vez em liberdade, procurariam o mercado de trabalho voluntariamente. Hallema⁴³, historiador do sistema carcerário holandês, resume: “as casas de correção eram preliminarmente manufaturas, viabilizando a produção de bens a baixos custos, através de mão de obra barata”

O que se sustenta até aqui portanto é a tese de que as casas de correção estivessem ligadas à interesses comerciais, sendo esta uma das intenções de seus fundadores.

Melossi e Pavarini[30], em seu Cárcere e Fábrica, expõem outras possibilidades acerca da função das casas de correção. Destacam que nas workhouses, na Inglaterra, os tetos salariais eram estabelecidos por lei, as jornadas de trabalho eram prolongadas, havia a proibição de livre associação e assim por diante[31].

Portanto, concluem que a função da casa de trabalho era tabelar o salário livre e desse modo, obter o controle de toda a força de trabalho e sua domesticação.

⁴³ São numerosas as contribuições do holandês A. Hallema sobre o tema. Citemos deste autor a obra In em Gevangennis, Van vroeger Gangen in Nederland em Nderlandsch-Indie. Haia, 1936, pp. 174-176. As casas de trabalho holandesas são lembradas, em geral, em todas as pesquisas históricas sobre penologia.

Como exemplo, têm-se as casas de trabalho holandesas – denominadas hasp-huis – onde a temática mercado de trabalho/trabalho forçado não esgota toda a questão. A casa de trabalho holandesa era conhecida em toda parte pelo termo hasp-huis, porque a atividade principal desenvolvida no local era a de raspar um certo tipo de madeira até transformá-lo em pó.

Esse processo de raspagem poderia ser feito basicamente de duas maneiras: com uma serra de várias lâminas, que era o método comumente usado por quem empregava trabalho livre, ou com dois trabalhadores manejando uma serra muito pesada (os quais como consequência dessa atividade literalmente quebravam a espinha dorsal).

O trabalho escolhido pela hasp-huis foi o mais cansativo, pois era considerado particularmente adequado para ociosos e preguiçosos. E é interessante notar que aqueles que compravam o pó de madeira da Rasp-huis reclamavam de sua má qualidade se comparada ao pó produzido no moinho, devido ao método utilizado em sua produção. Notadamente, pode-se verificar que o produto não era um padrão de concorrência no mercado.

Há de se pontuar também quanto a influência católica ou protestante nas instituições. Georg Rusche, embora considere que a justificativa teórica na nova ética do trabalho nas Rasp-Huis era essencialmente calvinista em sua origem,

credita à influência do catolicismo um lugar secundário – em relação às motivações econômicas – enquanto força maior de todo o movimento.

Melossi aponta o Movimento Reformador como transformador do modo de entender a pobreza, que passa a significar punição, maldição divina. Observa Melossi⁴⁴:

“Se o cárcere é o modelo da sociedade, e aqui se trata de uma metáfora, poucos anos depois será a concepção protestante e sobretudo a calvinista da sociedade a forma do futuro cárcere moderno da casa de trabalho”.

Um ponto significativo que deve sempre ser ressaltado, é que na casa de correção eram aceitos todos os indivíduos considerados indesejáveis pela sociedade, sem qualquer tipo de separação. Órfãos, velhos, loucos, condenados, sem nenhum procedimento específico, pois fazia-se pouca diferenciação entre eles.

⁴⁴ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Cárcere e Fábrica. As Origens do Sistema Penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro. Editora Revan. 1ªEd. p.55

A Contribuição do Iluminismo.

O desenvolvimento do direito está também conectado ao desenvolvimento do pensamento racional. É neste contexto de transformações que surge e se desenvolve o movimento chamado Iluminismo. A filosofia iluminista contribuiu imensamente para o desenvolvimento do direito vigente até então. Nesta direção, diversos trabalhos foram desenvolvidos , como destaca René Ariel Dotti:

“Muitos escritores famosos do século XVII, além de Beccaria, se interessaram profundamente pelas questões da justiça criminal. Entre eles podem ser referidos; Jean Jacques Rousseau, (O contrato social, 1762), Montesquieu, (O espírito das leis, 1748), Voltaire, (O preço da justiça e da humanidade, 1777), Jeremias Bentham, (Introdução aos princípios morais na legislação, 1780), Immanuel Kant, (Crítica da razão pura, 1788), e Friedrich Hegel (Filosofia dos Direitos, 1821).”

O iluminismo como movimento intelectual vem fundamentar as bases da teoria do direito penal para a burguesia que ainda não havia obtido a vitória em sua batalha pelo poder político e necessitava de garantias legais para sua própria segurança.

Hobbes não somente constrói a idéia estritamente legal da culpa criminal como aplica o princípio da não retroatividade da lei penal que passa a ser defendido

veementemente por Beccaria⁴⁵. A admiração da época pelos cálculos matemáticos, somado ao desejo burguês por segurança levou à uma aproximação da justiça com o cálculo. Expõe Beccaria:

“Se os cálculos matemáticos pudessem ser aplicados à infinidade e obscura combinação de ações humanas, deveria haver uma escala correspondente de penas”

Beccaria defendia que a pena era consequência automática do delito e por isso acabou adotando o dogma liberal de natureza puramente formal, apesar de reconhecer que esta igualdade das penas não poderia ser meramente externa.

A idéia de proporcionalidade da pena foi efetivada em uma listagem de penas legalmente reconhecidas, de acordo com a gravidade do delito.

⁴⁵ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Editora Martins Fontes. 2005 p.16.

Encarceramento

De fato, o carcere tornou-se a principal forma de punição no mundo ocidental no exato momento em que o fundamento econômico da casa de correção foi destruído pela industrialização.

No que se refere à ideologia que deu surgimento à esse novo tipo de punição, inúmeras idéias que foram se desenvolvendo, desde a simples idéia de recuperação vinda dos movimentos reformistas,

As prisões existentes não encontraram substitutos, e com o número crescente de condenações, em especial em torno de vinte anos, as prisões tornaram-se superlotadas. Não havia interesse na construção de novos edifícios e, mesmo quando a população carcerária crescia, os investimentos totais destinados eram reduzidos. As condições eram portanto deploráveis, e os governos extremamente lentos no desenvolvimento de algum senso de responsabilidade ou até mesmo ausentes.

O crescimento de detenções levou a superlotação das prisões inglesas em toda e Europa. Buxton⁴⁶, no ano de 1918, visitou todas as prisões da Inglaterra e não encontrou uma sequer que não estivesse superlotada, fria, úmida, suja, e malcheirosa. Os prisioneiros adoeciam e não havia quaisquer meios de evitar

⁴⁶ RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. Punição e Estrutura Social. Rio De Janeiro. Editora Revan. Ano 2004. 2º Ed. p.149.

infecções quando alguém estava gravemente doente. Todo o tratamento era profundamente desumano, inadequado.

Diante do padecimento prisional, os reformadores atribuíram as deficiências do sistema carcerário à ausência de dois fatores: falta de uma administração eficaz e competente e ao internamento de homens e mulheres juntos, considerado promíscuo. Entretanto, diante de toda problemática do sistema, a questão crucial permanece: baseado em que princípios e sob que métodos os prisioneiros deveriam ser tratados?

A Crise da Pena Privativa de Liberdade

Notoriamente anunciada por especialistas da área, existe um incrível consenso na doutrina do direito penal quanto ao fracasso da pena privativa de liberdade, havendo alguma divergência tão somente quanto à solução a ser adotada, se a reforma ou sua completa abolição.

A crise na pena privativa de liberdade é retratada por Cezar Roberto Bitencourt⁴⁷ que aponta alguns efeitos negativos neste método punitivo como: problema do autoconceito do recluso; problema sexual na penitenciária; violência carcerária; elevados índices de reincidência, anulação da personalidade do recluso, dentre outros.

Tais abusos consistem também, na não separação dos presos pela idade, pela natureza da infração, condição processual dentre outros infinitos métodos previstos legalmente. Haja vista, os inúmeros problemas relacionados com a Execução Penal no Brasil, vislumbra-se que o melhor caminho a ser seguido não é o da reclusão e sim o da aplicação de penas alternativas, que não retiram o apenado do meio social além de impor-lhe uma responsabilidade habitual.

O movimento abolicionista, que se relaciona diretamente com a crise do sistema penal e suas ramificações, é uma das correntes doutrinárias que surge em

⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão – causas e alternativas. São Paulo: Saraiva, 2001. p 47

contraposição ao modelo tradicional do Direito penal. É dividido em três subcorrentes das quais são expoentes Louk Hulsman, Thomas Mathiesen e Nils Christie, e vêm contestar não só a pena privativa de liberdade bem como, por vezes, o direito penal e sua eficácia.

Como defensor da primeira subcorrente, tem-se Louk Husman, que defende a abolição do sistema penal tendo como base os valores primitivos da sociedade, e não admitindo a intromissão do Estado na resolução dos conflitos. O sistema penal é definido como um problema dentro de si mesmo, um sistema inútil, incapaz de resolver os problemas para os quais foi criado para solucionar, ou seja, é ineficaz, além de não resolver as questões da convivência civil.

Como defensor da segunda subcorrente tem-se Thomas Mathiensen, e sua concepção abolicionista é fundamentada nas idéias marxistas. Mathiensen defende somente a abolição da prisão partindo do pressuposto de que o cárcere é mero instrumento de ação política contra as classes sociais mais pobres, que é ineficaz, gerador de inúmeras dificuldade tanto para a sociedade quanto para o sistema penal.

À frente da terceira subcorrente, tem-se Nils Christie e sua concepção é que toda e qualquer sanção penal que inflija dor ou sofrimento pessoal, deve ser extinta. Nils Christie fundamenta suas idéias em rígidas regras morais, desse modo,

infringir sofrimentos ao indivíduo é comportamento insuportável, mesmo que esse sofrimento decorra da imposição de uma pena.

Zaffaroni⁴⁸ considera o abolicionismo o movimento mais radical dos últimos anos e por isso reconhecido pelos mais rígidos críticos, e assim o aborda:

“O abolicionismo atual constitui um movimento que, nos últimos anos, produziu uma literatura considerável sobretudo entre os autores do norte da Europa – principalmente escandinavos e holandeses –, seus mais notórios representantes.

Uma das características mais comuns entre seus líderes é a de haverem levado adiante movimentos ou organismos com participação de técnicos, presos, liberados, familiares e simpatizantes, isto é, pessoas com alguma experiência prática no campo da marginalização penalizada. O abolicionismo representa a mais original e radical proposta político-criminal dos últimos anos, a ponto de ter seu mérito reconhecido até mesmo por seus mais severos críticos.”

A ideologia do tratamento surgiu diante da constatação dos danos causados pelo cumprimento da pena privativa de liberdade. Suas origens remontam à criminologia da Escola Positiva, que atribuía a causa dos delitos a distúrbios individuais, devendo o condenado ser "tratado" e não "punido". Por essa corrente, o preso deve cooperar com a terapia adotada no encarceramento, por meio do

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

bom comportamento e da disciplina. A execução da pena é o primeiro e o último momento em que se torna possível a “ressocialização” controversa ideologicamente e terminologicamente.

Do mesmo modo, surgindo da dinâmica da crise da pena privativa de liberdade, ou melhor, em reação ao fracasso deste método punitivo, tem-se o movimento da lei e ordem, em confronto com os princípios garantistas do direito penal, e da proteção dos direitos individuais.

Este movimento atribui à pena a função de castigar o infrator, pregando a adoção de penas mais severas para os crimes de alta repercussão social, um regime de extrema rigidez nos estabelecimentos penais, inclusive, com a supressão de garantias como a presunção de inocência e a curta duração da prisão temporária. Zaffaroni e Pierangeli⁴⁹, descrevendo o funcionamento da denominada nova direita, apresentam as características dessa ideologia que muito se aproxima do movimento lei e ordem, uma vez que prega o "posicionamento retributivo, frequentemente denominado de ‘neo-retribucionismo penal’".

Durante a investigação histórica acerca da pena privativa de liberdade, pôde ser observado que esse método punitivo sempre foi um instrumento de separação, da sociedade, de todo indivíduo marginalizado, amoral. Como ‘instrumento’, manteve-se manipulado por uma elite, que detinha o poder/meios de produção de maneira

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.355

que, também o sistema legal, fosse determinante para seu fortalecimento. Do mesmo modo, atualmente, a superpopulação das cadeias formada expressivamente por indivíduos que provém do estrato social excluído, demonstra o caráter seletivo a que se propõe a pena privativa de liberdade. Zaffaroni⁵⁰ afirma:

“O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos assinalados como inimigos da sociedade, [...] um tratamento diferenciado que por sua essência não admite gradações e, portanto, torna-se incompatível com a teoria política do Estado de direito. Com isso introduz-se uma contradição permanente entre a doutrina jurídico-penal que admite e legitima o conceito de *inimigo* e os princípios constitucionais internacionais do Estado de direito, ou seja, com a teoria política deste último.”

Segundo dados divulgados⁵¹ acerca do perfil do preso brasileiro, a imensa maioria deles são jovens oriundos das camadas sociais mais pobres, já marginalizados socialmente, filhos de famílias desestruturadas, que não tiveram e não têm acesso à educação nem a formação profissional.

Em se tratando da situação das mulheres encarceradas, a situação é ainda mais complicada. O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento em seu relatório de desenvolvimento humano de 1977 já afirmava: “Nenhuma sociedade trata suas mulheres tão bem quanto seus homens”.

⁵⁰ ZAFFARONI, Raúl. O Inimigo no Direito Penal. Rio de Janeiro. Editora Revan. 1ªEd.2007. p.11.

⁵¹ Informativo Boletim Jurídico - Boletim Jurídico. Uberaba/MG, a. 3, nº 203. 23 set. 2008.

Importante dizer portanto, que a questão da mulher presa era e ainda é uma grande preocupação internacional. A Assembléia Geral da ONU, na resolução 58/183[29], recomendou que se desse maior atenção às questões referentes à mulher encarcerada, inclusive no tocante à situação de seus filhos, já que, segundo estudos de Florizelle O' Connor⁵²[30], apesar de as mulheres constituírem uma diminuta parcela da população carcerária em todo o mundo, a maior parte delas é mãe e são elas as encarregadas de cuidar dos filhos. Não existem políticas públicas para um tratamento adequado às mulheres e, somado à isso, há um aumento do aprisionamento feminino, não por delitos violentos, mas sim por envolvimento com o tráfico de drogas.

A superlotação das celas, sua precariedade e sua insalubridade tornam as prisões num ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças. De fato, os presos adquirem as mais variadas doenças no interior das prisões. As mais comuns são as doenças do aparelho respiratório, como a tuberculose e a pneumonia. Também é alto o índice da hepatite e de doenças venéreas em geral, a AIDS, em sua maioria.

Conforme pesquisas realizadas nas prisões, estima-se que aproximadamente 20% dos presos brasileiros sejam portadores do HIV, principalmente em decorrência do

⁵² Florizelle O'Connor indica em seus estudos que a) as mulheres constituem um percentual pequeníssimo da população carcerária em todo o mundo; b) alta porcentagem das mulheres presas são mães; c) são elas que se encarregam de cuidar dos filhos; d) não há políticas públicas adequadas no tratamento das presas; e) há um aumento do aprisionamento feminino, que não se circunscreve a delitos violentos, mas a um aumento das taxas de encarceramento de mulheres presas em razão do aparecimento do tráfico de entorpecentes, sendo usadas, de regra, como "mulas" e a maioria por delito de pouca quantidade de entorpecente (documento disponível no site da ONU: <http://www.onu-brasil.org.br/>).

homossexualismo, da violência sexual praticada por parte dos outros presos e do uso de drogas injetáveis. O que acaba ocorrendo é a dupla penalização do condenado: a pena de prisão em função do delito cometido, e o cárcere em função das péssimas condições estruturais.

O Inimigo no Direito Penal

A pena privativa de liberdade é instrumento de controle social que se sustenta através da exclusão e discriminação de determinada parcela da sociedade considerada inadequada, atuando no cenário propício criado para a proliferação de homicídios e encarceramentos, visando garantir os interesses das elites econômicas e sociais.

Os submetidos à pena de prisão, são pessoas vulneráveis a todo esse processo de criminalização vigente por força do sistema penal. São pessoas "deterioradas", já vulneráveis em consequência de um estado de ainda maior deterioração econômica, social e cultural, que os coloca em situação de principais candidatos para a criminalização, à candidatos à inimigos do direito penal. Com o afastamento do "inimigo" do meio social, só e somente se priva este do estritamente necessário para neutralizar o seu perigo, porém deixa-se a porta aberta para seu retorno ou incorporação, mantendo todos os seus outros direitos.

Diz-se do "Direito Penal do Inimigo", rótulo criado por Günther Jakobs a "política criminal pautada pela excessiva antecipação da tutela penal (criminalização de atos preparatórios, adoção de tipos de perigo abstrato, etc), pelo uso indiscriminado da pena privativa de liberdade e pela flexibilização de garantias penais e processuais.

Essa política criminal pautada por novos métodos de investigação (interceptações telefônicas, infiltração de agentes, interceptação ambiental etc) visa combater indivíduos que, de forma contumaz, se portam como ‘inimigos da sociedade’. Para esses, não bastariam as regras clássicas de responsabilização criminal, mas métodos de enfrentamento de uma periculosidade que não se coaduna com quem aceita o pacto social. ⁵³

Como esclarece Raúl Zaffaroni, no decurso histórico do controle penal, a sinalização de determinados sujeitos ou grupos sociais como merecedores de uma punição diferenciada, notadamente mais rigorosa, não constitui relevante novidade, ou seja, o direito penal, desde sempre, aceitou o conceito de inimigo.

Em toda sociedade, em qualquer momento histórico, sempre houve um ente social considerado prejudicial à ser combatido pelo sistema, conforme inúmeras ilustrações feitas na investigação histórica deste trabalho de pesquisa anteriormente.

Por seu caráter seletivo e antidemocrático, a pena privativa de liberdade é incompatível com o estado de Direito, tendo em vista esta determinada parcela social que é punida somente em razão de sua condição de ente perigoso na realidade social.

⁵³ GOMES, Flávio Luís. As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional. Editora RT. p.59.

A clientela do sistema penal é composta regularmente, em todos os lugares do mundo, por pessoas pertencentes aos mais baixos estratos sociais. Isto indica que há um 'processo de seleção' de pessoas dentro da população às quais se qualificam como criminosos.

Desta forma, podemos afirmar que o conjunto de 'agências' que compõem o sistema penal moderno é seletivo, pois só alguns eleitos da sociedade são punidos.

A seletividade do 'instrumento' pena privativa de liberdade é verificada por exemplo em estatísticas⁵⁴ como as liberadas pela Fundação Getúlio Vargas no ano de 2004 acerca do perfil do preso no Estado do Rio de Janeiro. Segundo o resultado dessas pesquisas, 96,7% dos 21 mil presidiários, a maioria, 52,7% são jovens entre 20 e 29 anos, e 66,5% são negros e pardos. Nos 38 estabelecimentos prisionais, 80,3% dos internos não completaram o Ensino Fundamental e 13,5% são analfabetos.].

Naturalmente, pessoas que não apresentam esse perfil são consideradas menos perigosas socialmente, ou tem melhores condições financeiras de dispôr de recursos financeiros para constituir uma boa defesa.

⁵⁴ Fonte pesquisa: RJ TV (Rede Globo); O Globo (8 e 9 de agosto de 2004); Correio Braziliense, 21/07

Vale, ainda, transcrever trecho da lição de Juarez Cirino dos Santos⁵⁵, quando expõe os fins da pena privativa de liberdade:

"1) o controle repressivo dos inimigos de classe do Estado capitalista (as classes dominadas, em geral, e os marginalizados do mercado de trabalho, em especial); 2) a garantia da divisão de classes, mediante a separação força de trabalho/meios de produção, origem das desigualdades sociais, característica das relações de produção capitalista; 3) a produção de um setor de marginalizados/criminalizados (reincidentes e rotulados como criminosos, em geral), marcados pela posição estrutural (fora do mercado de trabalho) e institucional (dentro do sistema de controle), como amostra do que acontece aos que recusam a socialização pelo trabalho assalariado. Em síntese, os objetivos da pena criminal (e do aparelho carcerário) podem ser definidos por uma dupla reprodução: reprodução das desigualdades sociais fundadas na divisão da sociedade em classes sociais antagônicas, e reprodução de um setor de marginalizados/criminalizados (no circuito da reincidência criminal), cuja função é manter a força de trabalho ativa integrada no mercado de trabalho, como força produtiva dócil e útil, intimidados pela 'inferiorização' social resultante da insubordinação à disciplina do trabalho assalariado"

Zaffaroni⁵⁶ propõe uma solução para a dinâmica em crise:

⁵⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal. Editora Forense. p.291.

⁵⁶ ZAFFARONI, Raúl. O Inimigo no Direito Penal. Rio de Janeiro. Editora Revan. 2007.p25.

“Se na realidade o direito penal sempre aceitou o conceito de inimigo, e este é incompatível com o estado de Direito, o que na verdade seria adequado a ele seria uma renovação da doutrina penal corretora dos componentes autoritários que a acompanham ao longo de quase todo seu percurso ou, em outras palavras, um ajuste do direito penal que o compatibilize com a teoria política que corresponde ao Estado consitucional de direito, depurando-o, dos componentes próprios do Estado de polícia, incompatíveis com seus princípios.”

Conclusão

O Direito sempre esteve vinculado ao poder econômico, ao capital, às forças de uma elite que moldaram seus institutos que maneira funcional. No decorrer da história e em função dos avanços sociais foram atribuídas várias finalidades à pena, como expiação de pecados, retribuição, prevenção de delitos, dentre outros.

Foi dito que a pena privativa de liberdade deveria ter vistas a alcançar seus fins, seja por meio da intimidação dos cidadãos em geral, seja por meio do afastamento do próprio condenado, para que este não volte a delinquir, através de sua recuperação, dando-lhe condições de retorno à vida livre do 'ressocializado'.

Entretanto, o que se pôde verificar foi que a pena privativa de liberdade, desde de seu surgimento, apenas serviu como aprofundador de desigualdades sociais, havendo extremo incômodo em aplicá-la aos indivíduos identificados com o poder. Em se tratando de pena privativa de liberdade, não há portanto, como falar em isonomia.

A prisão é incapaz de reinserir o condenado à sociedade. Portanto, caracterizada caracterizada está a falência da intervenção estatal nas relações sociais no que toca a aplicação da pena. Sabiamente o Direito Penal tem avançado

doutrinariamente, no sentido da despenalização, sendo conduzido pela Criminologia Crítica. Em tempo, cabe às autoridades que exercem o poder punitivo do Estado registrar que, conforme discurso de Zaffaroni⁵⁷:

“(a) O direito penal não pode combater a pobreza

(b) o direito penal não apena essa conduta

(c) o direito penal não analisou esse tema” (*numeração do autor*)

⁵⁷ ZAFFARONI, Raúl. O Inimigo No Direito Penal. p.26

