



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

EDUARDO BELARMINO CUNHA DE AZEVÊDO

**FUNDAMENTOS E LIMITES PARA
IMPOSIÇÃO DA SANÇÃO PENAL**

**FORTALEZA
2007**

EDUARDO BELARMINO CUNHA DE AZEVÊDO

**FUNDAMENTOS E LIMITES PARA
IMPOSIÇÃO DA SANÇÃO PENAL**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC/CE), como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda

FORTALEZA
2007

EDUARDO BELARMINO CUNHA DE AZEVÊDO

**FUNDAMENTOS E LIMITES PARA
IMPOSIÇÃO DA SANÇÃO PENAL**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda

Aprovada em: 17 de dezembro de 2007.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda (Orientador)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Msc. Lino Edmar de Menezes
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof^a. Esc. Marília Uchoa de Albuquerque
Universidade Federal do Ceará - UFC

*A uma lei maior
que rege a vida
e todo o Universo*

AGRADECIMENTOS

Ao Prof, Samuel Arruda, pelo apoio e compreensão dispensados para que eu pudesse concluir com êxito esta importante etapa.

Aos amigos Samuel, Felipe e Flávio, pela amizade sincera que para sempre será lembrada.

Aos meus irmãos, tios e primos sempre presentes nos principais momentos da minha vida, pelas alegrias e pelo arrimo inestimável.

A Maria Fidélis do Céu, pelo dom da vida e por mostrar que nunca é tarde para recomeçar.

A Carmem Azevedo, pelo carinho de mãe e bondade d'alma que me fazem crer nas pessoas de bem.

A Belarmino Filho, por ser a figura forte do pai-educador e do amigo fraterno.

A Juliana Moraes, companheira de todas as horas que a vida me presenteou para podermos juntos construir nossa história.

A Margarida Cunha e Francisco Belarmino, pelas suas crescentes demonstrações de amor, dedicação e coragem ao enfrentar os percalços da vida, desde o início de minha existência.

“Para punir um homem retributivamente é preciso injuriá-lo.
Para reformá-lo, é preciso melhorá-lo.
E os homens não são melhoráveis através de injúrias.”

Bernard Shaw

RESUMO

Defende a superação de uma concepção essencialmente dogmática da ciência penal para considerar a sanção penal como instrumento, ainda que subsidiário, de prevenção e repressão ao crime. Demonstra que só assim o Direito Penal pode cumprir sua missão de tutela dos bens jurídicos fundamentais. Analisa as finalidades da pena tendo em vista a sua utilidade. Ressalta os fundamentos e limites para a imposição de uma sanção penal, notadamente quando se visa à retribuição e à intimidação. Expõe e refuta os argumentos utilizados pela corrente que pretende o recrudescimento do Direito Penal. Retrata a crise da pena de prisão e propõe sua utilização em última hipótese, somente nos casos em que não forem viáveis sanções alternativas. Reconhece que o Direito Penal deve intervir de forma mínima, somente quando os demais ramos do ordenamento jurídico não apresentarem reações adequadas à violação dos valores sociais.

Palavras-chave: Direito Penal. Política Criminal. Finalidades da pena. Severidade das reações criminais. Crise da pena privativa de liberdade. Não dessocialização. Despenalização. Intervenção mínima.

ABSTRACT

Defends the overcome of a purely dogmatic conception of the penal science to consider the penal law as, although subsidiary, an instrument of crime prevention and its containment. Shows that only in this way the criminal law can fulfill its duty to protect the fundamental legal goods. Analyzes the purposes of the penalties considering its usefulness. Points out the reasons and limits for the imposition of a punishment, especially when it seeks retribution and intimidation. Explains and refutes the arguments used by those who want the exacerbation of the criminal law. Reflects the crisis of the penalty of imprisonment and proposes its use in the last resort, only in cases in which alternative sanctions are not viable. Recognizes that the criminal law must intervene in a minimal way, only when the other branches of the legal system does not provide appropriate responses to violations of social values.

Keywords: Penal law. Criminal Policy. Purposes of the penalties. Severity of criminal reactions. Crisis of the penalty of deprivation of liberty. Non desocialization. Depenalization. Minimal intervention.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DA SUPERAÇÃO DO CARÁTER PURAMENTE DOGMÁTICO DO DIREITO PENAL	11
3 FUNDAMENTOS E LIMITES À RETRIBUIÇÃO E À INTIMIDAÇÃO COLETIVA	18
4 ALTERNATIVAS PARA A CRISE DA PENA DE PRISÃO.....	27
4.1 O regime de alocação de presos	27
4.2 A crise do sistema carcerário	29
4.3 O papel da pena privativa de liberdade	32
4.3.1 Evolução histórica da prisão	32
4.3.2 Prevenção especial e os novos rumos do sistema de penas	34
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

1 INTRODUÇÃO

A crescente criminalidade é hoje tema bastante recorrente em quase todos os meios, e a ciência do direito penal não pode tornar-se indiferente a esta realidade social. A sensação de insegurança e impunidade passam despercebidas por um Direito Penal essencialmente dogmático, acrítico, que olvida, portanto, a sua missão de proteger os valores fundamentais da sociedade.

Quando se incrimina uma conduta e se estabelece uma sanção correspondente, o legislador tipifica um fato social relevante, que passa a ter a proteção da ordem jurídica penal. Há, portanto, uma função político-crimal assinalada à norma neste processo. Diante do incremento das cifras criminais, reacende-se o debate acerca do papel da sanção penal na prevenção e repressão ao crime.

As finalidades da pena seguem caminhos antagônicos, por vezes conflitantes, mas a aparente contradição que possa de seu conjunto resultar não mais persiste a partir do momento em que se delimita a atuação de cada função. Enquanto não se tiver em mente a fixação desses limites, o Estado continuará incorrendo em erro, seja porque houve carência na tutela de bens jurídicos fundamentais, seja porque a intervenção punitiva estatal se deu de maneira excessiva.

No primeiro caso, o Estado revela à coletividade a pouca ou nenhuma importância que atribui à conduta transgressora dos valores da sociedade. As instituições perdem credibilidade porque não houve uma efetiva reação estatal face ao delito.

No segundo, a norma penal é tão protecionista para a conduta prevista como crime que lhe imputa uma punição excessivamente severa. O Estado, visando a uma proteção extrema de um bem jurídico, acaba por se tornar violador dos direitos fundamentais do apenado.

Nesse contexto, torna-se necessária a demarcação do campo de atuação do Direito Penal, de forma que o Estado possa desempenhar com fidedignidade sua missão de tutelar os bens jurídicos fundamentais. Para que se utilize a norma penal como instrumento de

prevenção e repressão ao crime, deve-se ter em perspectiva o papel que a intervenção punitiva estatal exerce tanto para a coletividade, quanto para o indivíduo delinqüente.

2 DA SUPERAÇÃO DO CARÁTER PURAMENTE DOGMÁTICO DO DIREITO PENAL

O Direito Penal, como ramo da ciência jurídica, reveste-se de caráter dogmático, já que tem como base o direito positivo vigente. A dogmática jurídico-penal aceita a norma posta como incontestável e indiscutível, partindo desse pressuposto para estudar o direito em vigor de modo sistematizado e dedutivo.

Entretanto, a concepção de uma ciência do Direito Penal essencialmente dogmática tende a suprimir da esfera jurídica as dimensões do social e do político. A ciência penal passa a assentar suas bases em conceitos e classificações de caráter eminentemente teóricos, e os investigadores do direito aprofundam cada vez mais seus estudos em temas de escassa ou quase nenhuma relevância prática.

O isolamento da dogmática em torno de si mesma e a dedicação exclusiva somente às elaborações abstratas, ignorando a realidade social e as particularidades do caso concreto, geram um progressivo distanciamento entre o Direito Penal e as demais ciências humanas. René Ariel Dotti salienta que “para esta marginalização ideológica certamente colaborou o fetichismo em torno de princípios e regras que determinaram a exaustão sob o ângulo meramente conceitual”, mas que, como consequência, abre um fosso profundo entre o jurista e o Homem.¹ Para o autor, “a exegese da lei até a sua exaustão, o empenho em atomizar conceitos e a distância cada vez mais acentuada do Homem, da vida e do mundo, constituíram fenômenos comprometedores do aperfeiçoamento técnico e humano da ciência penal.”²

Num sistema penal aberto, as demais ciências contribuem para a oxigenação da estrutura e reformulação do sistema e evitam a atrofia das investigações jurídicas. Uma dogmática hermética, que se mostra cega ou indiferente para com as novas possibilidades de se alcançar uma justiça penal humana e eficiente, funda precariamente as suas bases sobre a superstição da infalibilidade de certos meios e métodos.³

¹ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 146.

² *Idem, ibidem.*, p. 109.

³ *Idem, ibidem.*, p. 146-147.

Vários outros autores estiveram atentos a este afastamento da dogmática jurídico-penal. Mirabete diz que o estudioso do Direito Penal deve “[...] evitar o excesso de dogmatismo, já que a lei e sua aplicação, pelo íntimo contato com o indivíduo e a sociedade, exigem que se observe a realidade da vida, suas manifestações e exigências sociais e a evolução dos costumes”.⁴ Nelson Hungria afirmava que “a ciência que estuda e sistematiza o direito penal não pode fazer-se cega à realidade, sob pena de degradar-se num formalismo vazio [...]”⁵. Heleno Cláudio Fragoso, “pelas discrepâncias entre a ciência a experiência”, identificou uma situação de crise no Direito Penal de seu tempo, e indagava pela serventia e efetividade do “belo sistema de direito penal” que se elaborou.⁶ Opera-se, desta forma, um progressivo “divórcio entre o mundo ideal do Direito e a realidade concreta”.⁷

O aplicador do Direito deve ter em mente que o crime, antes de ser uma abstrata noção jurídica, é um fenômeno do mundo sensível, sujeito a variáveis que compõem a mais complexa das realidades: a realidade humana. A evolução das instituições e dos costumes humanos são fonte permanente para a elaboração do Direito.

São profundos e complexos os substratos que originam os princípios e as regras que compõem a norma. Para sua melhor compreensão, deve-se ter em perspectiva uma “[...] visão cósmica do Homem, da vida e do mundo na medida dos valores que os iluminam”⁸. Todo um vasto conhecimento, proveniente da Filosofia, da Moral, da Lógica, da Criminologia, da Ciência Penitenciária, da Ética Social, da Sociologia, da Antropologia, da Biologia, da Psicologia, da Psiquiatria, da Endocrinologia, da Caracterologia, da Genética criminais, bem como da Estatística, da História, da Medicina Legal, da Psicopatologia, da Psiquiatria Forense, da Vitimologia, da Penologia, da Criminalística, da Polícia Científica etc., estão envolvidos na elaboração de uma norma penal, seja para a formação do preceito primário seja para a instituição das penas. Além de várias já citadas, Dotti considera que a própria Religião, a Arte e a Literatura, além de integrarem o patrimônio cultural do homem, são imprescindíveis para os trabalhos de legislação, interpretação e aplicação do Direito.”⁹

⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 25.

⁵ HUNGRIA, Nelson. **Comentário ao código penal**. Vol. I, 1949, p.592.

⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 10. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 464.

⁷ DOTTI, Rene Ariel. **Execução penal no Brasil: aspectos constitucionais e legais**. In: ARAUJO JUNIOR, Joao Marcello de (Org.). **Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel**. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 99.

⁸ DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 192.

⁹ *Idem, ibidem.*, p. 194.

Jorge Figueiredo Dias entende que

Os conhecimentos provenientes de todas estas ciências não podem hoje deixar de ser tomados em conta pela ciência estrita do direito penal ou dogmática jurídico-penal. Para a compreensão científica da tarefa de aplicação do direito penal não basta o conhecimento das normas jurídico-penais, antes se torna sempre indispensável o domínio das contribuições que a gama das ciências criminais pode validamente fornecer.¹⁰

Entretanto,

A doutrina ortodoxa dedica atenção muita restrita às chamadas *relações* do Direito Penal com outras disciplinas jurídicas e do conhecimento em geral. E o fazem de maneira nominalista, sem avançar muito na análise do fenómeno e particularmente na influência que exercem as ciências ditas *auxiliares*.¹¹

Há casos, ainda, de verdadeiros litígios em que penalistas travam uma luta por uma *independência* do Direito Penal, num movimento puramente teórico de auto-afirmação que procura acentuar eventual autonomia que lhe possa ser atribuída. A oposição funesta que manteve em mundos aparentemente irreconciliáveis o Direito Penal e a criminologia, por exemplo, “[...] foi responsável em grande medida pela atrofia das investigações jurídicas, posto renegar durante meio século o objeto sensível e dinâmico da ciência, representado pelo binômio delinquente-vítima, além de ignorar sistematicamente as causas e as circunstâncias da criminalidade.”¹²

Diante das incongruências entre a elaboração teórica e prática e a partir da análise crítica do próprio sistema foi que se sensibilizou o jurista para uma visão mais humilde de sua atividade, fazendo-o refletir acerca das “[...] graves dúvidas sobre as virtualidades do magistério punitivo do Estado.”¹³

Os neoclássicos juristas italianos já propagavam no início do século passado que a técnica jurídica se decompõe em três momentos: a exegese, a dogmática e a crítica.¹⁴ Assim, mesmo reconhecendo o dogmatismo jurídico, não se pode olvidar um cunho crítico que lhe é necessário, tendo em vista à superação de um formalismo exacerbado a ponto de o tornar estéril, desprovido de qualquer contato com a realidade.

¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 21-22.

¹¹ DOTTL, René Ariel. **Bases (...)**, p. 192.

¹² *Idem, ibidem.*, p. 146.

¹³ FRAGOSO, *op. cit.*, p. 464.

¹⁴ DOTTL, René Ariel. **Bases (...)**, p. 182.

A visão global da realidade torna-se indispensável para uma dogmática crítica, que somente com a perspectiva integral do Homem (como fim) e do sistema (como meio), poderá reformular as estruturas e o ordenamento jurídico que compõem o sistema.¹⁵ Assim é que o Direito Penal, através da exegese e da ordenação do direito em vigor, estabelece uma relação entre o presente e o futuro, em busca da evolução ou do aperfeiçoamento das normas de direito vigentes.

Tais postulados valorativos fazem com que a dogmática jurídico-penal cumpra uma função político-criminal. A política criminal, considerada como “[...] conjunto de princípios, produtos da investigação científica e da experiência, sobre os quais o Estado deve basear-se para prevenir e reprimir a criminalidade”¹⁶, “[...] não se trata de disciplina independente, com seu objeto próprio, mas é a ciência mesmo do Direito Penal ao promover a crítica das questões criminais e o seu aprimoramento visando o futuro.”¹⁷

Mesmo autores que atribuem autonomia à disciplina reconhecem uma íntima interdependência existente entre ambas. Assim é que, para Aníbal Bruno, a política criminal, “[...] embora distinta do Direito Penal, penetra nele intimamente através da crítica, fornecendo a ele os mais importantes subsídios”.¹⁸ Tal engajamento não descaracteriza o método técnico-jurídico que é próprio ao Direito Penal, posto que a política criminal concilia o rigor da técnica com o sentido das forças empíricas que movem o fenômeno do crime, sem deformar o Direito como ele realmente existe.¹⁹

No mesmo sentido, na analogia de Claus Roxin,

Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que o Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética: uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material, e tampouco pode utilizar-se da denominação Estado Social um Estado planejador e providencialista que não acolha as garantias de liberdade do Estado de Direito.²⁰

A acessoriedade do ponto de vista político-criminal, por vezes relegado por um Direito Penal excessivamente auto-centrado, a ponto de tornar “[...] dogmaticamente certo

¹⁵ DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 191.

¹⁶ MIRABETE, *op. cit.* p. 33.

¹⁷ DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 179.

¹⁸ BRUNO, Aníbal *apud* DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 183.

¹⁹ DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 183-184.

²⁰ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 20.

aquilo que é errado sob o ângulo político-criminal; e vice-versa [...]”²¹, hoje têm papel preponderante na função de auxiliar a ciência do Direito Penal na consecução de sua missão de “[...] proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social”²², pois que, pelo seu caráter finalista, o Direito Penal “[...] atua em defesa da sociedade na proteção de bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal dos cidadãos, a honra, o patrimônio etc.”²³ Distinguindo-se da moral, embora recebendo sua influência, o Direito Penal regula a convivência humana. E, como setor do ordenamento jurídico, protege as principais esferas particulares da vida comunitária com a defesa dos bens especialmente importantes (valores e interesses juridicamente considerados).²⁴

Para a realização de seu propósito ético-social, a norma penal “[...] exerce uma função valorativa ao qualificar como contrárias aos objetivos do Homem, da comunidade e do Estado, as mais variadas formas de conduta.”²⁵ Só com o reconhecimento de um sentido valorativo inserido no campo jurídico penal é que se fundamenta a sua própria razão de ser. Para Anabela Miranda Rodrigues, a questão de legitimação do Direito Penal só é respondida com “[...] esta intencionalidade teleológica – que tem na realidade social e na proteção de bens jurídicos o seu ponto de referência [...]”.²⁶

Assim é que, para Jorge de Figueiredo Dias, “a extensão, o sentido e, enfim, a aplicação do direito penal ficam em última análise dependentes da teleologia, das valorações e das proposições político-criminais inerentes ao sistema”.²⁷

Entretanto, no entender de Mir Puig, para que

Os princípios axiológicos e as necessidades práticas tenham específico sentido político-criminal, é preciso algo mais que tanto a valoração como a consideração da realidade se apoiem em bases científico-empíricas. Isto é: que os postulados valorativos que inspiram o direito positivo e a dogmática e as necessidades do caso,

²¹ NOVOA MONREAL, Eduardo *apud* DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 112.

²² CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**, vol 1, 8. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), 10763/2003, 10.826/2003 e 10.886/2004. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1.

²³ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: parte geral**, vol .1. 22. ed. rev. e atual. De acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 6.

²⁴ DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 176.

²⁵ *Idem, ibidem.*, p. 176.

²⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 30.

²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 44.

tendam a fugir de uma origem puramente intuitiva e a procurar apoio na investigação do delito como fenômeno empírico, individual e social.²⁸

Desta forma se evita “[...] o perigo maior do tecnicismo, que é fazer perder ao jurista o sentido histórico, cerrando o Direito vigente como coisa acabada e entorpecendo-lhe o movimento para sua evolução e transformações oportunas, o que nos levaria, por fim, por caminhos diversos, à idéia de um código ideal, perpetuamente válido.”²⁹

Como ciência prática de fins e de meios, a política criminal enuncia os fins almejados pelo Estado face à problemática do crime e formula os meios necessários para realizá-lo.³⁰ A esta ciência incumbe “[...] dar-nos o critério que vigora, e revelar-nos o direito que deve vigorar; cabe-lhe ensinar-nos também a entender o direito à luz de considerações tiradas dos fins a que ele dirige e aplicá-los em casos singulares de conformidade com esses fins.”³¹

Conclui-se, pois, pela necessidade de construção de uma dogmática crítica, através de uma abordagem político-criminal que abranja todo o conhecimento necessário para uma visão completa do fenômeno criminal. Considerando o crime como uma conduta complexa, decorrente de várias causas e com conseqüências as mais diversas, põe-se o Direito Penal a par de uma realidade humana, cuja representação de seus bens jurídicos mais importantes estão esculpidos na norma penal.

Para Beleza dos Santos, duas atribuições são assinaladas à política criminal: primeiramente, cumpre-lhe determinar quais fatos deverão ser qualificados como crime e a via mais segura para estabelecer tal qualificação, analisando, sob estes pontos de vista, o direito vigente, procurando definir o sentido que pode vir a ser modificado; por fim, cabe-lhe avaliar a eficiência do direito e do processo penal em vigor, como meios de combate à criminalidade. Assim, verifica quais alterações normativas são imprescindíveis para uma eficaz luta contra o crime e estabelece as medidas de que o Estado, diante do crime, deve se valer para a defesa social, não como função normativa estatal, mas como sugestão de aperfeiçoamento dos meios para prevenir e reprimir as infrações penais.³²

²⁸ MIR PUIG *apud* DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 191.

²⁹ DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 183-184.

³⁰ BRUNO, Aníbal *apud* DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 180-181.

³¹ VON LISZT *apud* DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 179.

³² BELEZA DOS SANTOS, José *apud* DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 186.

O autor português revela a importância da política criminal para a elaboração da norma penal, seja no seu preceito primário, ao definir quais condutas serão classificadas como crime, seja no seu preceito secundário, pois a pena, como “complemento necessário da norma, para assegurar-lhe toda a sua força coativa”³³, se apresenta ao Direito Penal como seu principal meio de prevenir e reprimir a prática de atos delituosos.

Considerando-se a prevenção e a repressão da criminalidade como um projeto integral que deva movimentar expressivas forças comunitárias, tem-se que a Política Criminal é a ciência e a técnica a serviço destes fins, e que precisa trabalhar integrada ao sistema como um todo, envolvendo as ciências penais e as demais disciplinas da conduta. O seu objeto, portanto, ancora na interpretação crítica dos métodos e meios para a luta contra o crime e o tratamento do delinquente.³⁴

Na visão de Anabela Miranda Rodrigues, “falar de finalidade, funcionalidade ou, em linguagem vulgar, de luta contra o crime significa sempre imputar uma finalidade ao direito penal, designadamente à pena.”³⁵ A sanção penal se apresenta, pois, como “carro-chefe” para a realização do Direito Penal. Consiste numa sanção de caráter aflictivo, imposta pelo Estado ao culpado pela prática de uma infração penal, acarretando-lhe a restrição ou privação de um bem jurídico.

Von Liszt, citado por Dotti, afirma que “o reconhecimento de que a pena é um dos meios à disposição do Estado na luta contra o crime nos leva além dos limites do direito vigente, e suscita a questão do fundamento jurídico e dos fins do poder de punir que ao Estado pertence.”³⁶

A imposição da privação ou restrição de direitos fundamentais, como a liberdade e o patrimônio, a um indivíduo, como forma de cumprimento da função da lei penal, só se legitima quando se tem em mente a proteção de bens maiores, que, pela sua sublime importância, supera eventuais males que lhe possam ser infligidos. Assim é que existe toda uma teoria que encontra a justificativa para a pena pelo estudo das finalidades a que ela se destina.

³³ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral, tomo 3º: pena e medida de segurança. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 28.

³⁴ DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 186.

³⁵ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 33.

³⁶ VON LISZT *apud* DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 179.

3 FUNDAMENTOS E LIMITES À RETRIBUIÇÃO E À INTIMIDAÇÃO COLETIVA

A doutrina tradicionalmente classifica os fins ou as finalidades da pena pelo seu aspecto retributivo e/ou preventivo.

A teoria absoluta atribui à pena um caráter retributivo, expiatório, com a imposição de um mal como forma de restaurar a ordem jurídica violada. A retribuição é a idéia central do Direito Penal. No dizer de Marx Ernst Mayer “[...] é a alma de todas as penas e do direito penal em todos os tempos”.³⁷

É considerada por Bettiol uma das idéias-força de qualquer civilização que não despreza os valores supremos e se conforma com as exigências espirituais da natureza humana. Para o autor português, como os valores comunitários fornecem um conteúdo, um sentido, uma legitimação ao Direito Penal, a sanção penal retira a sua força moral e a sua justificação do fato de ser expressão daquela exigência natural, viva no coração de todo homem, operante em todos os setores da vida moral, pela qual ao bem se deve seguir e ao mal deve seguir-se o mal.³⁸

Com raízes em concepções religiosas, “[...] que faziam dos rituais punitivos uma oportunidade para aplacar a ira da divindade agredida pelo gesto ofensor”³⁹, a punição é tida como um mal justo para a transgressão do preceito religioso (*punitur, quia peccatum est*), posto que, pelo sofrimento e na solidão, “[...] a alma do homem se depura e purga o pecado”⁴⁰.

A partir de um ideal de justiça é que a pena se exaure no seu caráter retributivo. Na concepção dialética de Hegel, a pena é a negação da negação do Direito, o que faz restabelecer o Direito lesado (retribuição jurídica).⁴¹ Para Kant, a pena fecha-se no seu destino

³⁷ MAYER, Max Ernst *apud* DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 212.

³⁸ BETTIOL *apud* DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 215.

³⁹ DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 226.

⁴⁰ RUIZ FUNES, Mariano *apud* DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 33.

⁴¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 130

de exigência de justiça, sendo necessário cumpri-la mesmo que não haja razão prática que a justifique.⁴²

Jorge Figueiredo Dias recusa *in limine* a doutrina da retribuição como teoria dos fins da pena, pois a considera como entidade independente de fins. Para ele,

O Estado democrático, pluralista e laico dos nossos dias não se pode arvorar em entidade sancionadora do pecado e do vício, tal como uma qualquer instância os define, mas tem de se limitar a proteger bens jurídicos; e para tanto não se pode servir de uma pena conscientemente dissociada de fins, tal como é apresentada pela teoria absoluta (do latim, *ab-soluta*, terminologicamente: des-ligada).⁴³

Associar a idéia de justiça somente a um sentimento de vingança é institucionalizar a revolta da coletividade face ao crime, em que a retribuição do mal se transpõe da esfera privada e passa a ser aplicada pelas mãos do Estado. Entretanto, “como ciência de caráter cultural, não pode o Direito fazer da sanção um meio de vingança contra o mal do delito [...]. Sustentar a tese de que a pena se exaure na compensação do mal pelo mal é olvidar que o sofrimento por ela imposto visa um bem”.⁴⁴

De fato, não pode um fim puramente retributivo legitimar todo o aparato estatal existente para a repressão ao crime. É injustificável dispor o Estado de uma série de recursos, tanto humanos (como policiais, juízes, desembargadores, promotores de justiça, defensores públicos, serventuários da justiça, agentes penitenciários etc.) quanto financeiros (como pagamento dos agentes públicos, compra e manutenção de viaturas policiais, construção e conservação de repartições públicas e estabelecimentos para o cumprimento da pena etc.), tudo em vista à aplicação de meros castigos.

Em que pese às críticas apresentadas à teoria absoluta, reconhece-se que foi a partir da evolução da idéia de compensação existente entre o mal do ilícito e o mal devido ao infrator que se chegou à conclusão de que somente dentro das fronteiras de uma justa retribuição é justificada a sanção penal. Com isto, a doutrina retribucionista ainda subsiste pela preocupação com um limite para o mal a ser imposto, o que em muito contribuiu na busca de critérios para aferição da quantidade e qualidade da pena justa.

⁴² BRUNO, op. cit., p. 28.

⁴³ DIAS, op. cit., p. 94.

⁴⁴ DOTTE, René Ariel. **Bases (...)**, p. 226.

Na lição de Zaffaroni, a exigência da segurança jurídica impõe um limite para a reação penal, limite este que deve ser procurado através da racional proporção entre “la cuantía del injusto y de la culpabilidad com la cuantía de la pena”.⁴⁵

Para Dotti, “a retribuição, de imemoriais fontes, é uma exigência jurídica que para cumprir os objetivos propostos pelo Direito Penal deve tender a compensar adequadamente a ofensa. Se assim não fosse, haveria injustiça para mais ou para menos da medida da culpa e do crime.”⁴⁶

Com efeito, a principal virtude da concepção retributiva decorreu do enfoque dado à medição da pena, donde erigiu princípios basilares do Direito Penal moderno, como o da *nulla poena sine culpa*, o da individualização da pena e o da proporcionalidade entre a sanção e o ilícito.

Assim é que “a pena deve retribuir juridicamente a culpabilidade do agente. Em última instância ela é o efeito de uma causa e deve guardar a relação de proporcionalidade entre o mal do ilícito e o mal devido ao infrator.”⁴⁷ Como imposição fundamental de um Direito Penal realmente democrático, a proporcionalidade da pena revela um duplo aspecto: “por um lado, a força do interesse da defesa social e, por outro, o direito do condenado em não sofrer uma punição que exceda o limite do mal causado pelo ilícito.”⁴⁸

Jorge Figueiredo Dias admite que

A concepção retributiva teve – histórica e materialmente – o mérito irrecusável de ter erigido o princípio da culpabilidade em princípio absoluto de toda a aplicação da pena, e, deste modo, ter levantado um veto incondicional à aplicação de uma pena criminal que viole a eminente dignidade da pessoa humana.⁴⁹

Entretanto, “a culpabilidade é pressuposto e limite, mas não fundamento único da pena”.⁵⁰ Na verdade, para o autor, a pena só pode ter natureza preventiva, justificando sua concepção ao afirmar que

O direito penal e o seu exercício pelo Estado fundamentam-se na necessidade estatal de subtrair à disponibilidade (e à ‘autonomia’) de cada pessoa o *mínimo* dos seus direitos, liberdades e garantias indispensável ao funcionamento, tanto quanto

⁴⁵ ZAFFARONI *apud* DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 213.

⁴⁶ DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 215.

⁴⁷ *Idem, ibidem.*, p. 212.

⁴⁸ *Idem, ibidem.*, p. 213.

⁴⁹ DIAS, *op. cit.* p. 93.

⁵⁰ *Idem, ibidem.*, p. 95.

possível sem entraves, da sociedade, à preservação dos seus bens jurídicos essenciais; e a permitir por aqui, em último termo, a realização mais livre possível da personalidade de cada um enquanto pessoa e enquanto membro da comunidade. Se assim é, então também a pena – na sua ameaça, na sua aplicação concreta e na sua execução efetiva – só pode perseguir a realização daquela finalidade, *prevenindo a prática de futuros crimes*.⁵¹

Aníbal Bruno traça um paralelo interessante para diferenciar as teorias retributiva e preventiva:

Para toda teoria absoluta, a razão de ser da sanção penal está no passado, no crime cometido pelo agente, que uma exigência de ordem religiosa, moral ou jurídica força a castigar. Para as teorias relativas, aquela razão de ser está no futuro, na prática de novos crimes, que o Estado tem o dever de prevenir.⁵²

Para os adeptos da concepção retribucionista, a idéia de prevenção geral ou especial relacionada à pena é acessória. O único conteúdo que se extrai da natureza da sanção penal é o sentimento de justiça. Outros resultados que possam dela decorrer não guardam qualquer relação com a sua essência.

Mesmo que tal relação não seja admitida, há de se reconhecer que a pena, mesmo quando concebida como instrumento de vingança, tem efeito intimidatório sobre a generalidade das pessoas. Quando o Estado prescreve e castiga qualquer lesão aos deveres ético-sociais, acaba por exercer uma função de formação do juízo ético dos cidadãos, que passam a ter bem delineados quais são os valores essenciais para o convívio do homem em sociedade.

No espírito de potenciais criminosos, a imposição de um mal a terceiro cria um contra-motivo suficientemente forte para afastá-los da prática do crime. Muitas pessoas só são capazes de dominar as suas tendências criminosas quando reconhecem que aquele que se envereda pela via do crime acaba por sofrer mais danos pessoais do que vantagens.

Devido a esse efeito que tem a pena sobre os membros da coletividade, a doutrina atribui-lhe um caráter preventivo geral. A teoria da prevenção admite que a pena, na sua essência, traduz-se num mal para quem a sofre. Entretanto, como instrumento político-criminal a ser aplicado com sentido social-positivo, deve a pena estar ligada a uma efetiva finalidade: a prevenção do cometimento de outros delitos. Assim, o fim colimado com a

⁵¹ *Idem, ibidem.*, p. 129.

⁵² BRUNO, *op. cit.*, p. 28.

imposição (cominação, aplicação e execução) da sanção penal é prevenir a prática de futuros crimes, pois só assim se legitima, à luz da necessidade, a intervenção punitiva estatal.

Fala-se em prevenção geral positiva ou de integração quando o Estado se serve da pena para manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos, relevando à coletividade o valor que dedica ao interesse violado. Os compromissos éticos assumidos entre o Estado e o indivíduo são ressaltados pela afirmação de valores como o respeito à vida alheia, à saúde, à liberdade, à propriedade etc. Desta forma, consegue-se o respeito às normas pela convicção de sua necessidade e justiça.

Por outro lado, a prevenção geral é negativa ou de intimidação quando a sanção penal atua como difusora do medo e da coerção, de maneira inibitória, o que acontece desde o momento da sua abstrata ameaça, como também no da sua concreta aplicação, e no da sua efetiva execução. A intimidação coletiva exerce o papel de prevenção da prática delituosa pela propagação do temor a possíveis infratores do risco da sanção penal, atuando psicologicamente como contra-impulso.

O receio da punição como prevenção do cometimento de futuros delitos é amplamente reconhecido pela doutrina, além de ter grande aceitação social. Para Dotti, “quando o legislador, através da ameaça penal, que essencialmente deve ser aflitiva, procura coagir psicologicamente todas as pessoas que vivem sob o império da lei, revela o empenho de inibir as tendências para o delito.”⁵³

Heleno Cláudio Fragoso alerta, entretanto, que “a idéia de prevenção geral levou o legislador, e continua a levá-lo, a certa exacerbação punitiva, na ingênua suposição de que o aumento das penas tem o efeito de diminuir a criminalidade.”⁵⁴

Conferir ao efeito intimidativo extrema relevância tem como consequência a difusão do pensamento de que a solução para a questão do crime é encontrada na elaboração de leis com maior rigor, em que são impostas penas exorbitantes de forma desmedida, numa imediatez que condena meros suspeitos da infração penal. Este exagero atribui à prevenção

⁵³ DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 226.

⁵⁴ FRAGOSO, *op. cit.*, p. 457.

geral demasiado valor, o que produz verdadeiros excessos, conduzindo, por vezes, a um “autêntico direito penal terrorista, de inspiração medieval.”⁵⁵

É verdade que quando se impõe de pronto um mal em seguida a um crime, mais se atende aos anseios humanos de retribuição, de efetividade da lei penal e de intimidação coletiva. O próprio Beccaria, defensor do humanismo, salientou a utilidade de uma maior rapidez na resposta estatal ao delito para a consecução do fim intimidatório:

A prontidão das penas é mais útil porque quanto menor é a distância do tempo que passa entre a pena e o crime, tanto mais forte e duradoura é no espírito humano a associação destas duas idéias, delito e pena, de tal forma que, insensivelmente, considera-se um como a causa e a outra como o efeito necessário e inelutável.⁵⁶

Vê-se que o lapso temporal compreendido entre o ilícito e a aplicação da sanção influi como fator propiciador para incutir na mente humana a relação direta de consequência existente entre ambos. Um curto espaço de tempo entre o fato criminoso e a intervenção punitiva estatal passa a ter, portanto, uma função inibitória que ajuda a coibir a infração penal. Em outras palavras, Cesare Bonesana reaviva-nos esta correlação:

É pois de extrema importância a proximidade entre o delito e a pena, se se quer que, nos espíritos grosseiros e vulgares, à pintura sedutora de um delito vantajoso, imediatamente ressalte a idéia associada da pena. A longa demora não produz outro efeito senão o de cada vez mais dissociar estas duas idéias, e ainda que cause impressão o castigo de um delito, fá-lo menos como castigo do que como espetáculo, e não o faz senão depois de enfraquecido nos espíritos dos espectadores o horror de um delito particular, que serviria para reforçar o sentimento da pena.⁵⁷

Tal pensamento, exposto há mais de dois séculos atrás, ainda hoje pode (não só pode, como deve) ser considerado válido por um Estado democrático de Direito. Os princípios da celeridade e da razoável duração do processo exercem importância cada vez maior nos ordenamentos jurídicos, bem como a doutrina têm erigido, além destes, outros princípios basilares ao processo, como os princípios da oralidade, da instrumentalidade das formas, da economia processual, da concentração dos atos processuais, da audiência una, do impulso oficial etc.

Com a criação dos Juizados Especiais Criminais, a legislação brasileira deu importante passo para desburocratizar os procedimentos na esfera penal, pois autoriza que o

⁵⁵ *Idem, ibidem.*, p. 457.

⁵⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 103.

⁵⁷ *Idem, ibidem.*, p. 104.

julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo seja informado pelos princípios citados, além de permitir o acordo entre as partes e a reparação amigável do dano e procurar evitar a instauração do processo.

Com uma tramitação mais ágil, o processo penal garante mais eficácia e eficiência para todos: ao Estado, que otimiza o tempo e os recursos empregados na consecução da função jurisdicional; ao réu, pois mais brevemente faz afastar da sua pessoa a dúvida que pairava acerca da sua inocência; e ao(s) sujeito(s) passivo(s) do crime, posto que a vítima, seus parentes e a sociedade vêem mais rapidamente a resposta estatal à violação de um bem jurídico fundamental protegido pela lei penal.

Entretanto, a importância de uma pronta reação estatal ao delito vem sofrendo graves distorções a ponto de se utilizá-la para justificar a expansão dos casos de prisão preventiva e a sua decretação de forma cada vez mais célere. Analisaremos, mais adiante, os perigos de tal concepção. Antes, cabe-nos analisar outra passagem do clássico *Dei Delitti e Delle Pene* quanto à duração da pena, idéia que, como veremos, foi e ainda é bastante recorrente para motivar uma maior intensidade na imposição da sanção penal.

O ilustre marquês italiano, embora condenando uma punição severa, e assim repele a pena de morte, explica o efeito do prazo de execução da pena para a função de prevenção geral:

Não é a dureza da pena que tem o maior efeito sobre a alma humana, mas a sua duração; porque a nossa sensibilidade é mais facilmente e mais longamente tocada por impressões mínimas mas repetidas do que por um forte mas passageiro movimento. O império do hábito é universal sobre todo o ser sensível, [...] assim as idéias morais não se gravam na mente senão quando a percutem longa e reiteradamente. Não é o terrível mas passageiro espetáculo da morte de um criminoso, mas o longo e penoso exemplo de um homem privado de liberdade que, tornado animal de carga, recompensa com as suas fadigas a sociedade que ofendeu, que é o freio mais forte contra os delitos. Aquele retorno a nós próprios, eficaz, porque tantas vezes repetido: *eu próprio serei reduzido a uma tão longa e mísera condição se cometer semelhantes crimes* é bem mais poderoso do que a idéia da morte, que os homens vêem sempre a uma distância obscura.⁵⁸

As idéias defendidas por Beccaria influenciaram sobremaneira as disposições penais de diversos países, principalmente quanto à transição operada da pena de morte para a pena privativa de liberdade como sanção principal do sistema de penas, posto que o tormento

⁵⁸ *Idem, ibidem.*, p. 119-120.

ao longo do cárcere permite que os efeitos intimidatórios se reitem por todo o tempo de cumprimento da pena.

Desta feita, reconheceu-se que um breve espaço de tempo entre a constatação da infração penal e a punição, bem como a duração do sofrimento para aqueles que cometeram o delito, reflete-se sobre a coletividade de modo intimidativo. Alerta-se, entretanto, que estes não devem ser os únicos nem os principais fatores a ser considerado para a prevenção de novos delitos.

Hoje, afirma-se que quanto menos se pune, menor será o resultado intimidativo sobre a sociedade. Assim é que alguns grupos sociais, com influência da mídia, utilizam-no como argumento para que se ampliem sobremaneira as hipóteses e os prazos das prisões, incluindo as cautelares. Intitulado como Movimento da Lei e da Ordem, seus defensores pregam que a sensação de insegurança e os elevados índices de criminalidade são consequência do tratamento benigno dispensado pela lei aos criminosos e da falta de uma efetiva resposta estatal para o crime. Para eles, o Estado deve adotar a ideologia da repressão, com o controle da violência através de leis severas que estendam os casos e a duração das penas privativas de liberdade, quando não com a adoção da pena capital.

Sabe-se que, por estar em jogo a restrição de direitos fundamentais, a aplicação e a execução de uma pena devem ser precedidas por um processo em que, ao final, o julgador tenha a convicção da existência ou não do crime reconhecida em sentença. Por isso, o processo penal deve se cercar dos cuidados indispensáveis para evitar que a intervenção estatal, através do seu *jus puniendi*, não dê ensejo ao cometimento de um crime contra um indivíduo, pois ao tolher de um inocente garantias básicas que lhe são asseguradas por um Estado Democrático de Direito, assume o Estado o papel de violador e não de defensor da ordem jurídica. Daí porque o processo penal rege-se pelo princípio *in dubio pro reo*, como forma de evitar que o próprio Estado, na dúvida, venha a cometer injustiça contra um cidadão a que ele procura defender.

Via de regra, a imposição de uma pena privativa de liberdade deve ser precedida, pois, da decisão final do processo. A prisão anterior à sentença se torna legítima somente quando necessária para uma eficiente prestação jurisdicional. Como medida de extrema exceção, só se justifica em casos excepcionais, onde a segregação preventiva, embora um mal, seja indispensável.

Quanto à prisão, Evandro Lins e Silva entende que “estendê-la, exacerbá-la, especialmente nos casos de prisão preventiva, é retroceder a uma período de fanatismo repressivo, de reações instintivas, de um direito autoritário e desumano, que fica a um passo de outras formas violentas de castigo.”⁵⁹ O autor cita Pietro Nuvolone, que destaca a posição de Beccaria em tema de prisão preventiva:

A privação da liberdade, sendo uma pena, não pode preceder a sentença, senão quando a necessidade o requer. A prisão é pois a simples custódia de um cidadão até que seja julgado culpado; e esta custódia, essencialmente dolorosa, deve durar o menor tempo possível, e deve ser também o menos severa possível. A aflição da prisão deve ser a necessária para impedir a fuga ou para evitar a ocultação da prova dos delitos. O processo mesmo deve estar terminado no mais breve espaço de tempo possível.⁶⁰

Podemos afirmar, então, que num Estado Democrático de Direito, que busca com o Direito Penal a proteção dos bens jurídicos fundamentais, a aplicação da pena deve se revelar o quão mais próxima do delito o quanto não acarrete a supressão de garantias fundamentais estendidas ao acusado. Uma intervenção estatal célere com vistas à consecução das finalidades atribuídas à pena somente se justifica após o transcurso de um devido processo legal, que, presumindo inocente o réu, tenha lhe garantido a ampla defesa, o contraditório e o duplo grau de jurisdição, e que, ao final, se tenha concluído fundamentadamente pela sua condenação. Por isso, as teses defendidas pelos que integram o Movimento da Lei e da Ordem se esbarram nestes direitos fundamentais já validamente assentados na doutrina.

Além de condenar o uso abusivo das prisões provisórias, com a extensão dos seus casos e da dilatação dos prazos, em que são presos acusados considerados meros suspeitos, vários são os autores que criticam esta onda que pretende o recrudescimento do Direito Penal, pois não é com a severidade das sanções que se combate ou se extingue a criminalidade.⁶¹

A admissão dessas idéias atinge inocentes e serve de pretexto para a prática de constantes abusos de poder. Cria-se, ainda, uma atmosfera de pânico através da exploração da reação instintiva da opinião pública contra crimes espetaculares.⁶²

Para Francisco Assis de Toledo,

⁵⁹ LINS E SILVA, Evandro. De Beccaria a Filippo Gramatica. In: ARAUJO JUNIOR, Joao Marcello de (Org.). **Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel**. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p.33

⁶⁰ NUVOLONE, Pietro *apud* LINS E SILVA, *op. cit.*, p.21

⁶¹ LINS E SILVA, *op. cit.*, p.33

⁶² *Idem, ibidem.*, p. 43

Em grave equívoco incorrem, freqüentemente, a opinião pública, os responsáveis pela Administração e o próprio legislador, quando supõem que, com a edição de novas leis penais, mais abrangentes ou mais severas, será possível resolver-se o problema da criminalidade crescente. Essa concepção do direito penal é falsa porque o toma com uma espécie de panacéia que logo se revela inútil diante do incremento desconcertante das cifras da estatística criminal, apesar do delírio legiferante de nossos dias.⁶³

O fato é que “consciente ou inconscientemente estão contribuindo para incutir na população a falsa noção de que a cadeia, quanto mais tenebrosa, mais eficiente para o combate à criminalidade”⁶⁴, quando, na verdade, revela-se capaz de conseguir exatamente o contrário. A prevalência dos aspectos coletivos de retribuição e intimidação subestima os efeitos da prisão sobre o delinqüente, sujeito que já foi capaz de violar um bem jurídico fundamental. Sendo o cumprimento da pena o requisito indispensável para o seu regresso ao meio livre, deve-se ter em mente que a sanção penal deverá cumprir uma função não só sobre a coletividade, mas principalmente sobre o apenado, para que este, uma vez em liberdade, não venha a praticar novos crimes. A execução da pena privativa de liberdade não cumpre a finalidade de prevenção de novos delitos exatamente por ter perdido de vista a dimensão do reincidente.

⁶³ TOLEDO, Francisco Assis de *apud* LINS E SILVA, *op. cit.*, p.34

⁶⁴ LINS E SILVA, *op. cit.*, p.43

4 ALTERNATIVAS PARA A CRISE DA PENA DE PRISÃO

4.1 O REGIME DE ALOCAÇÃO DE PRESOS

No Brasil, todas as pessoas recém-capturadas devem ser dirigidas primeiramente a uma dependência da Secretaria de Segurança Pública, que é representada por estabelecimentos como os xadrezes das delegacias, as cadeias públicas, as cadeias de comarca, as cadeias municipais, as cadeias locais ou os depósitos de presos.

Denomina-se prisão comum todos estes estabelecimentos penais a que são transportados todos os indivíduos assim que presos, seja os presos em virtude de mandado judicial, seja os presos em flagrante. Normalmente é a polícia que, após lhe dar voz de prisão, conduz o indivíduo até uma prisão comum, que deve ser próxima ao local da apreensão, para minimizar os riscos que envolve o transporte daqueles que vão ser recolhidos ao cárcere. Enquanto se procede à coleta de esclarecimentos e à feitura dos expedientes de praxe, devem tais estabelecimentos oferecer a segurança necessária para impedir a sua fuga, por isso é conveniente que se pertença à administração policial.

Na prática, não se exigem quaisquer condições especiais quanto às acomodações ou aos regimes de operação da prisão comum, visto que lá os presos deverão permanecer durante algumas horas ou, no máximo, breves dias, para, logo em seguida, serem transferidos para os estabelecimentos devidos.

Em presídio deverão ser recolhidos os indivíduos sujeitos à prisão provisória, ou seja, aqueles que foram recolhidos de forma transitória e cautelar durante o curso do processo, ou mesmo antes dele (como nos casos de prisão em flagrante e da prisão temporária prevista na Lei nº. 7.960, de 1989). Por terem sido recolhidos ao cárcere antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos presídios devem se encontrar indivíduos presumivelmente inocentes, sobre os quais ainda há dúvida quanto à sua condenação, e para garantir a eventual aplicação e execução de uma pena, tais prisões, por seu caráter provisório, têm natureza meramente custodial. Para Dotti, no entanto, “sem olvidar o sentido de cautela

que é característico das formas de prisão provisória, não se pode negar que, ao fundo, as mesmas constituem expressões atípicas da pena privativa de liberdade”.⁶⁵

De fato, a sociedade encara a prisão provisória como verdadeira pena a que deve ser submetido o suspeito da prática do crime, e, mesmo sem ainda ter sido condenado, entende que deve lhe ser negado qualquer tratamento que possa ser considerado maleável ou benéfico. Por isso, na visão do autor, as modalidades de prisão em flagrante, preventiva ou resultante de pronúncia são hipóteses em que a perda da liberdade se apresenta como verdadeira imposição penal prévia. Para ele,

Não se poderá averbar nenhuma destas situações como de mera prisão *cautelar*. Com efeito, na base de tais reações criminais estão as exigências de retribuição e prevenção geral. Prende-se em flagrante aquele que é objeto de “fundada suspeita” da prática de uma infração criminal; a prisão preventiva ou de pronúncia deve ter, entre outros requisitos, a prova da materialidade do delito e os indícios suficientes de autoria.⁶⁶

Quanto aos definitivamente condenados, não há dúvida: cumprirão efetivamente pena privativa de liberdade, devendo ser recolhidos ao cárcere tendo em vista a consecução das finalidades retributiva e/ou preventiva. Da prisão comum, deverão ser encaminhados para outro estabelecimento previamente determinado, conforme seja hipótese de reclusão, detenção ou prisão simples: os reclusos deverão cumprir pena nas penitenciárias; os sujeitos à pena de detenção devem ser encaminhados para penitenciárias ou para seção especial de prisão comum; por fim, os condenados pela prática de contravenção penal sujeitam-se à prisão simples, que deve ser cumprida em seção especial da prisão comum ou em estabelecimento especial.

Augusto Thompson expõe de maneira simplificada o processo de alocação dos presos:

A entrada do sistema prisional se faz pela prisão comum, incumbida que é, com já vimos, de receber a carga inicial. Com uma pequena perda (réus que obtêm relaxamento do flagrante ou revogação da prisão preventiva) deve a carga transitar para o presídio e a penitenciária, sendo que a saída do presídio, com perda (réus que são absolvidos), alimenta, também, a penitenciária. A esta cabe o papel de saída do sistema, abrindo para a liberdade (completa, pelo término da pena, ou condicional, no caso de livramento). Com frequência, o produto final despejado retorna ao sistema (no caso de reincidência), cumprindo-lhe, em tal hipótese, repetir o mesmo circuito, desde o início.⁶⁷

⁶⁵ DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 368.

⁶⁶ *Idem ibidem*, p. 368.

⁶⁷ THOMPSON, Augusto F. G.. **A questão penitenciária**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 100.

4.2 A CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO

O que foi dito até agora é que os presos *devem* ser dirigidos a tais estabelecimentos. A legislação penal, em consonância com o princípio da individualização da pena, prevê estabelecimentos distintos seja pela possível provisoriedade de sua prisão, seja pela gravidade da infração cometida. Ocorre que tais normas estão em descrédito exatamente porque o que se espera do regime de alocação de presos se encontra bem distante do que realmente acontece.

Em sua obra *A Questão Penitenciária*, o autor bem retrata essa realidade. Explica ele que “a carência de disponibilidade carcerária não pode opor restrições à atividade dos Tribunais e da Polícia, no que diz respeito ao aprisionamento de pessoas”.⁶⁸ Assim, toda a carga inicial tem de ser recebida pelos estabelecimentos de entrada (as prisões comuns), para os quais não se exigem quaisquer requisitos mínimos, sendo comum “elastecer-lhes a capacidade a limites absurdos e desumanos, muitas e muitas vezes superiores à lotação ideal.”⁶⁹ Thompson, com a experiência da Direção-Geral do Sistema Penitenciário do Rio de Janeiro e da Presidência do Conselho Penitenciário, ilustra tal flexibilização com casos concretos:

Assim, em um alojamento onde caberiam cinco camas, com razoável distância entre elas, de sorte a permitir a colocação de um pequeno armário, podem ser acomodados doze presos, desde que usem beliches e se suprima o móvel; ou vinte e seis, se todo o mobiliário for eliminado e se fizer com que os hóspedes durmam, num estrado inteiriço, a cobrir toda a extensão da cela (sistema usado, v. g., no Presídio de Água Santa, no Rio). Ou, se a área pode suportar cinquenta alojamentos, com dez presos em cada um, torna-se viável nela recolher uma população de mil e quinhentas ou duas mil pessoas, se, em vez de dividi-la em compartimentos, a autoridade se limita a cercá-la com arame farpado, deixando que os residentes se amontoem no interior, dormindo no chão puro (como ocorria no antigo Galpão, no Rio – hoje instituto Presídio Evaristo de Moraes (*sic*) – até 1967). Se o número de guardas, por diminuto, pode manobrar, apenas, uma população prisional de cem presos, basta adotar o expediente de manter os internos trancados nos cubículos dia e noite, privados completamente de sol, para habilitar aquela quantidade de funcionários a custodiar mil e quinhentos. Se a verba da alimentação é suficiente para sustentar quinhentos internos, com duas refeições ao dia, pode-se destiná-la ao dobro, se se fornece uma única refeição diária. E assim por diante.⁷⁰

Há quem possa argumentar que tais soluções poderiam até ser toleradas, face ao curto lapso temporal em que os presos devem permanecer na prisão comum até serem transferidos para os devidos estabelecimentos seguintes. Entretanto, estes últimos “carecem

⁶⁸ *Idem, ibidem.*, p. 101.

⁶⁹ *Idem, ibidem.*, p. 102.

⁷⁰ *Idem, ibidem.*, p. 102.

de capacidade bastante para permitir a continuidade do fluxo”.⁷¹ Não se pode distribuir equitativamente os presos para os demais estabelecimentos visto que estes necessitam de requisitos mínimos para serem classificados como tal, como é o caso das penitenciárias, que precisam ser providas de cubículos individuais com pelo menos seis metros quadrados para propiciar aos internos isolamento durante o repouso noturno, além de terem de oferecer trabalho remunerado aos presidiários, o que requer um mínimo de circulação dentro da prisão, impedindo-os de ficarem trancados durante todo o tempo.⁷²

Assim, as prisões comuns são obrigadas a permanecer com os presos durante mais tempo que o originariamente previsto. Em vez de durar horas ou poucos dias, estende-se o encarceramento por meses e até vários anos. Em muitos casos, deixa de ter caráter transitório, e passa a abrigar o condenado durante todo o tempo da execução da pena privativa de liberdade.

Em decorrência da carência de vagas nos estabelecimentos penais para os condenados e presos provisórios, excede-se a capacidade máxima das cadeias, mantendo-se milhares de presos em um mesmo espaço, sem condições mínimas de dignidade. Em caso de progressão de regimes, na falta de Colônias Agrícolas, Industriais e similares bem como de Casas de Albergados e outros estabelecimentos adequados, suprimem-se, respectivamente, os regimes semi-aberto e aberto, cuja solução, contrariando frontalmente os fins a que a norma prevê, converge em direção a pólos diametralmente opostos: “[...] ou o preso continua em regime fechado, apesar de ter direito à progressão, ou então é dispensado de cumprir o restante da pena após ter satisfeito o tempo de prisão fechada (um sexto, no mínimo, da pena aplicada) e o requisito do merecimento.”⁷³

Em qualquer destas hipóteses, o procedimento executório resta desfigurado. O flagrante desrespeito à lei penal afeta a credibilidade das instituições estatais responsáveis pelo acompanhamento da fase executória. A preocupação com a questão penitenciária é reiteradamente postergada pelo Poder Público, cujo descaso só é atenuado em situações de crise, quando se adotam medidas meramente paliativas. Mesmo quando se consegue um avanço na legislação, o esmorecimento político dificulta a sua concretização. A lei penal,

⁷¹ *Idem, ibidem.*, p., p. 102.

⁷² *Idem, ibidem.*, p. 103.

⁷³ DOTTI, Rene Ariel. **Execução penal (...)**, p. 97.

mais uma vez, não se efetiva, e a realidade social anda em descompasso com a evolução das normas.

Uma das poucas tentativas de se procurar resolver o problema da superlotação das prisões foi com a edição da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977. A exposição de motivos da Mensagem que introduziu o Projeto 2/77 demonstrou-se preocupada não com a construção de novos estabelecimentos prisionais ou com a redução da prática do crime, mas com a necessidade de um verdadeiro esvaziamento das prisões.⁷⁴ Na visão de René Ariel Dotti,

Muito embora ressalvasse que com tal linha de pensamento não se pretendia deixar os delinquentes impunes, a verdade é que o legislador nacional atentou à proposta de esvaziar as cadeias antes que a revolta dos esquecidos e a persuasão de seus guias levassem a cabo a declaração de guerra civil, clamando pelo extermínio da prisão como espécie de pena.⁷⁵

Diante da dificuldade, para não falar em impossibilidade, financeira em se construir penitenciárias suficientes para alojar todos os atuais presos em condições satisfatórias, cabe-nos rever o papel da pena de prisão no sistema de penas, uma vez que se constatou a insuficiência dos meios postos pelo Estado para a prevenção e repressão ao crime, inclusive os penais.

Dotti faz referência a um texto oficial de mais de trinta anos que bem retrata o quanto perdura a crise da principal sanção do sistema de penas brasileiro:

A Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a proceder o levantamento da situação penitenciária nacional, instituída na Câmara dos Deputados em 1975, colheu um vasto material que caracteriza o retrato fiel do antagonismo marcante entre os ideais desenhados pela lei e as violências do cotidiano. O relatório daquela investigação reconheceu que ‘grande parte da população carcerária está confinada em cadeias públicas, presídios, casas de detenção e estabelecimentos análogos, onde prisioneiros de alta periculosidade convivem em celas superlotadas com criminosos ocasionais, de escassa ou nenhuma periculosidade, e pacientes de imposição penal prévia (presos provisórios ou aguardando julgamento), para quem é um mito, no caso, a presunção de inocência.’ E mais incisivamente foi dito que em tais ambientes de estufa, a ociosidade é a regra; a intimidade, inevitável e profunda. ‘A deterioração do caráter, resultante da influência corruptora da subcultura criminal, o hábito da ociosidade, a alienação mental, a perda paulatina da aptidão para o trabalho, o comprometimento da saúde, são conseqüências desse tipo de confinamento promíscuo, já definido alhures como *sementeiras de reincidência*, dados os seus efeitos criminógenos.’⁷⁶

⁷⁴ DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 114.

⁷⁵ DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 114.

⁷⁶ DCN, supl. ao n. 61 de 04.06.1976 *apud* DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 110-111.

Surge, pois, a necessidade de se refazer uma análise dos propósitos e das formas como se executam as reações criminais, particularmente a que continua a constituir a sanção clássica: a prisão.⁷⁷

4.3 O PAPEL DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

4.3.1 Evolução histórica da prisão

O encarceramento foi inicialmente concebido não como sanção penal autônoma, mas como meio de custódia de infratores, o meio pelo qual se assegurava a execução de penas corporais. Na Antiguidade, o castigo e o sofrimento visavam precipuamente o corpo do condenado, que, como objeto da pena que era, deveria ser mantido até o momento da execução.

Àquela época, a pena aplicada à maioria dos delitos era a de morte, além dos açoites, mutilações (penas corporais) e aquelas denominadas infamantes. Inexistia essa concepção de privar alguém de sua liberdade como uma punição resultante de um crime.⁷⁸

Durante a Idade Média, a privação da liberdade manteve eminente o seu caráter de custódia, funcionando como “sala de espera dos mais terríveis tipos de tormentos e castigos.”⁷⁹ É dessa época, entretanto, que se têm os primeiros registros de prisão como instrumento espiritual de castigo, consistindo as prisões eclesiásticas em verdadeira pena privativa de liberdade. Hereges e sacerdotes infratores eram recolhidos a mosteiros para que através da meditação e da reflexão, pudessem se arrepender dos males cometidos. Para o Direito Canônico, através do sofrimento e da solidão, o homem poderia se livrar do pecado purgando sua alma.⁸⁰

É na Idade Moderna, porém, que se acentua o uso da pena privativa de liberdade. Vários fatores são apontados pela doutrina para a adoção gradativa da pena de prisão, como: a difusão dos ideais liberais e humanizantes, em detrimento da adoção da pena capital; a difusão dos pensamentos de Beccaria, ressaltando o efeito intimidativo da prisão sobre a morte; a

⁷⁷ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33.

⁷⁹ *Idem, ibidem.*, p. 33.

⁸⁰ DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 33.

atribuição à pena de um fim utilitário, que atendia aos interesses da classe burguesa ao explorar gratuitamente a mão-de-obra carcerária etc.

O legislador brasileiro, reconhecendo a imprestabilidade da pena capital para atender aos objetivos de prevenção e avaliando o sentimento popular, viu na prisão uma forma de reação penal condizente com os estágios de desenvolvimento cultural e político do próprio sistema⁸¹. Seguiu o mesmo rumo dos países latino-americanos em geral, acompanhando os modelos europeus que faziam da pena privativa de liberdade um meio supostamente eficaz de combate à criminalidade.⁸²

Para os juristas, a prisão tem se apresentado nos últimos séculos como a esperança das estruturas formais do Direito para prevenir e reprimir a crescente criminalidade. A sanção privativa de liberdade constitui o eixo dos sistemas penais de feição clássica.

Quanto à adoção da pena carcerária, Dotti salienta que

É tão marcante a sua influência em todos os setores das reações criminais que passou a funcionar como centro de gravidade dos programas destinados a prevenir e a reprimir os atentados mais ou menos graves aos direitos da personalidade e aos interesses da comunidade e do Estado.⁸³

Na verdade, como se disse, é apenas ilusória a solução que se possa obter ao se instituir o encarceramento como principal reação estatal ao crime, ainda mais quando se executa perdendo de vista a dimensão daquele que foi capaz de violar um valor fundamental à sociedade.

De fato, no recolhimento dos indivíduos aos estabelecimentos prisionais, deve-se ter em perspectiva não só os seus efeitos sobre a generalidade das pessoas, através da retribuição e da intimidação coletiva, mas, principalmente, sobre aquele que foi capaz de cometer uma conduta criminoso e que, após o cumprimento da pena, será novamente posto em liberdade.

Cabe-nos, agora, estudar como a intervenção punitiva estatal atua e deve atuar sobre o indivíduo delinqüente, de forma a evitar que este venha a reincidir na prática de novos

⁸¹ *Idem, ibidem.*, p. 109.

⁸² *Idem, ibidem.*, p. 107.

⁸³ *Idem, ibidem.*, p. 105.

crimes. A todo o conjunto de idéias que contribuem para que a pena cumpra esta finalidade dá-se o nome de doutrina da prevenção especial.

4.3.2 A prevenção especial e os novos rumos do sistema de penas

Uma das formas de prevenção especial é através do caráter inocuizador da pena. Neste caso, a prisão cumpre a função do que a doutrina chama de prevenção especial negativa ou de inocuização. Com este fim, a pena manteria o seu caráter intimidatório, agora focado a nível individual, fazendo com que o delinquente se sinta intimidado a repetir a prática de ilícitos no futuro, dado o resultado negativo que lhe é conseqüente. Para os adeptos da Defesa Social, com a privação da liberdade também se permite a separação ou segregação do infrator da sociedade, e só assim se conseguiria a necessária neutralização de sua periculosidade.⁸⁴

Encarar o isolamento e o sofrimento impostos pela cadeia como suficientes para inibir a prática de novos crimes é olvidar os efeitos nefastos sobre o indivíduo apenado decorrentes dessa exclusão social, cujas conseqüências negativas só serão sentidas pela sociedade após o cumprimento da pena. A pena segregadora vem de encontro com as teses dos que pretendem atribuir à pena uma função ressocializadora, com o intuito de promover a recuperação, readaptação, reinserção ou reeducação social do apenado.

O ambiente prisional conduz o preso a duas reações extremas: ou o “[...] leva à submissão passiva ou, ao contrário, a um estado de revolta que se traduz por uma agressividade crescente e pelo recurso à violência, de que as sublevações penitenciárias são a expressão.”⁸⁵

Dado o transtorno gerado pelas fugas, brigas e rebeliões, os detentos são submetidos a uma rigorosa disciplina. A administração prisional passa a ter como meta prioritária o evitamento de fugas.⁸⁶ Institui-se uma rotina diária com excessivas restrições, privando os presidiários de atividades indispensáveis a uma melhor adaptação à vida em sociedade. O objetivo de readaptação para a vida em sociedade é transmutado para adaptação do interno à vida carcerária. O bom comportamento carcerário é estimulado inclusive pela lei brasileira, posto constar como requisito para a concessão do livramento condicional.

⁸⁴ DIAS, *op. cit.*, p. 103.

⁸⁵ ANCEL, Marc *apud* LINS E SILVA, *op. cit.*, p.36

⁸⁶ BERISTAIN, Antonio *apud* DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 115.

Além da manutenção da ordem e segurança interna, “é difícil encontrar outra justificativa para a admissão pacífica de tão formidável paralogismo: julgar que o criminoso, por submisso às regras intramuros, comportar-se-á como não criminoso, no mundo livre.”⁸⁷

Dennis Chapman atenta aos aspectos que distanciam a realidade carcerária da vida em liberdade:

Na vida civil, um cidadão é, geralmente, membro de uma família, de um grupo laboral, de um grupo de vizinhança, de uma comunidade local, que apresentam grande variação de interesses grupais, uma variação completa de idade e uma variedade infinita de ligações sociais. A maioria dos adultos tem relações sócio-sexuais de um padrão permanente, contínuo e, usualmente, heterossexuais. Na prisão, em contraste, as relações sociais são temporárias (pela duração da sentença) e compulsórias (geralmente baseadas na residência numa cela, bloco de celas ou pátio e no local de trabalho, embora em algumas prisões os interesses grupais possam desenvolver-se). A variação de idade é estreita e as relações sócio-sexuais são, exclusivamente, homossexuais. [...] O sistema-padrão da sociedade civil é baseado no lucro, ocupação, educação e participação nos assuntos comunitários. Muito pouco disso existe no sistema prisional.⁸⁸

Quanto à prisão, Anabela Miranda Rodrigues assevera que “os fenômenos da subcultura prisional e do seu severo código” produzem “efeitos devastadores sobre a personalidade humana”. Os processos de mortificação ou de prisionização operam de tal forma modificações nos reclusos, que os fazem afastar dos padrões normais de comportamento do mundo livre.⁸⁹

Num ambiente carcerário, a violação da intimidade e privacidade do preso atingem a sua integridade física e moral. A autora alerta para o quanto

[...] um regime penitenciário que regula de modo minucioso todos os momentos da vida do recluso o pode despersonalizar e converter num autômato, movido pela complexa engrenagem que constituem as múltiplas regras a que obedece a organização de um estabelecimento prisional.⁹⁰

Pela multiplicidade de fins a que se propõe (confinamento, ordem interna, punição, intimidação particular e geral, regeneração), tudo dentro de uma estrutura severamente limitada pela lei, pela opinião pública e pelos próprios custodiadores⁹¹, a pena privativa de liberdade tem se mostrado em decadência. A prisão, pelos objetivos conflitantes a ela

⁸⁷ THOMPSON, *op.cit.*, p. 11

⁸⁸ CHAPMAN, Dennis *apud* THOMPSON, *op. cit.*, p. 12

⁸⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito**. São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 34.

⁹⁰ *Idem, ibidem.*, p. 32-33.

⁹¹ THOMPSON, *op. cit.*, p. 22

depositados e pelos meios utilizados para alcançar esses fins, tornou-se uma “monstruosa opção”⁹² para os Estados democráticos de Direito.

Na visão de Heleno Cláudio Fragoso, a prisão, considerada a pena *par excellence*, que deveria ser executada de modo a propiciar a recuperação social do condenado, já se encontrava em crise posto que necessariamente conduzia à deformação da personalidade e ao favorecimento da marginalização. Àquela época, já se assinalava “[...] os efeitos nocivos da reunião de pessoas do mesmo sexo, em ambiente autoritário, a que se ajusta o preso, privando-se de uma individualidade e afastando-se dos padrões do mundo livre (prisonização).” Neste ambiente corrompido, os presos são submetidos ao código opressivo dos delinquentes. Para o autor, “Os efeitos psíquicos agravam-se com o processo de estigmatização, a separação angustiosa dos entes queridos, o parentesco interrompido, circunstâncias devastadoras para o espírito humano.” No Brasil, esta situação geral é acrescida de ociosidade, superpopulação e promiscuidade, bem como da deficiência generalizada no pessoal encarregado da custódia, elementos adicionais de corrupção, comuns em muitas prisões. E, descrente dos resultados positivos que possam advir do encarceramento, finaliza: “Podemos, assim, declarar, com absoluta tranquilidade que, se mandarmos, o delinquente para a prisão, a possibilidade de que com isso ele se torne um delinquente pior é incomparavelmente maior do que se o deixarmos em liberdade.”⁹³

Evandro Lins e Silva demonstra indignação com a manutenção de tal situação:

O cativo das cadeias perpetua-se ante a insensibilidade da maioria, como uma forma ancestral de castigo. Para recuperar, para ressocializar, como sonharam os nossos antepassados? Positivamente, jamais se viu alguém sair de um cárcere melhor do que quando entrou. E o estigma da prisão? Quem dá trabalho ao indivíduo que cumpriu pena por crime considerado grave?⁹⁴

Assim, mesmo após terem cumprido a pena, os egressos da cárcere estão sujeitos a uma outra terrível condenação: o desemprego. A exclusão decorrente do isolamento na prisão perdura para além das grades da cadeia e os persegue no âmago da sociedade livre. Para o autor, “A sociedade que os enclausurou, sob o pretexto hipócrita de reinseri-los depois em seu seio, repudia-os, repele-os, rejeita-os.” Passam, portanto, à marginalidade, pois “legalmente, dentro dos padrões convencionais, não podem viver ou sobreviver.” Conclui, pois, que, na

⁹² LINS E SILVA, *op. cit.*, p.40

⁹³ FRAGOSO, *op. cit.*, p. 462-463.

⁹⁴ LINS E SILVA, *op. cit.*, p.40

escassez de alternativas, a única solução que resta ao ex-condenado é integrar-se ao crime organizado.⁹⁵ Em seu entender:

Hoje não se ignora que a prisão não regenera nem ressocializa ninguém; perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece, é uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas onde se diploma o profissional do crime.⁹⁶

Com um *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, Anabela Miranda Rodrigues afirma que a prisão tem operado como fator dessocializador. Para ela, a execução da pena de prisão antes de ser socializadora, deve ser *não-dessocializadora*, com isto revelando um duplo sentido: “por um lado, que não ampute o recluso dos direitos que a sua qualidade de cidadão lhe assegura; por outro lado, que reduza ao mínimo a marginalização de facto que a reclusão implica e os efeitos criminógenos que lhe estão associados.”⁹⁷

A ênfase na ordem e na segurança, para evitar que ocorram fugas, acaba por regular de forma contínua a vida do preso, convertendo a prisão, “em si mesmo dessocializadora como *instituição total*, num *habitat* que expõe o recluso a uma *grande violência*.”⁹⁸ Como consequência, agrava-se ainda mais a situação do apenado:

De facto, a criminologia tem revelado que a prisão, a pena em torno da qual gira o sistema punitivo, não só produz efeitos de dessocialização como também cria problemas e dificuldades ulteriores, quando se perspectiva o regresso do recluso à comunidade.⁹⁹

Por esta perspectiva, para que o Estado possa promover a ressocialização do detento, é mister afastar os obstáculos ofensivos à sua integridade física e moral, ou seja, retirar da pena privativa de liberdade os efeitos nocivos ao indivíduo que atrapalham no seu processo de reinserção social.

Um dos pontos a se transpor é da antiga concepção que encara a ressocialização como tratamento imposto ao apenado. Por muito tempo se concebeu, e ainda hoje persiste, um pensamento que procura endireitar o condenado com uma pena-emenda na suposição de que desta forma se poderia corrigi-lo para que não voltasse a cometer novos crimes. Segundo um modelo médico ou clínico, o condenado seria obrigatoriamente submetido a um tratamento

⁹⁵ *Idem, ibidem.*, p. 40.

⁹⁶ *Idem, ibidem.*, p. 33

⁹⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar (...)**, p. 52.

⁹⁸ *Idem, ibidem.*, p. 46.

⁹⁹ *Idem, ibidem.*, p. 45.

com vistas à sua reforma interior. Somente após a emenda moral estaria o indivíduo apto para o retorno à vida em sociedade.

Dotti indaga se “tem o Estado o direito de oprimir a liberdade ética do preso, impondo-lhe autoritariamente uma concepção de vida e um estilo de comportamento através de um programa de ‘reeducação’ que não seja condizente com a sua formação e convicções?”¹⁰⁰

O Poder Público, por vezes, sob a capa da reeducação, invade esferas totalmente alheias à sua competência, encarando as pessoas como objeto, quando, na verdade, estas se constituem em verdadeiros sujeitos de direito.¹⁰¹ “É assim imperioso que o movimento de renovação que incide sobre o regime de execução da prisão – em que se faz assentar a chamada tese ‘reformista’ – vise preservar no recluso a característica de ser ‘social’.”¹⁰² Para a autora portuguesa,

O Estado contemporâneo, de natureza laica e secular, não se encontra legitimado para impor aos cidadãos códigos morais. Por isso, a pena de prisão não pode ter por fim transformar o ‘homem-criminoso’ num ‘bom pai de família’. A liberdade de consciência não sofre qualquer restrição por via da sujeição a uma pena de prisão.¹⁰³

Num ambiente em que a ordem e a segurança prepondera sobre a função de reintegração do indivíduo na sociedade, a limitação de direitos passa a atuar como fator dessocializador, portanto em contraposição aos fins colimados pela ressocialização.

O que se tornou problemático foi o fato, indiscutível durante muito tempo, de que era possível realizar com êxito um tratamento no meio fechado que é a instituição penitenciária. Conhecem-se hoje amplamente os defeitos e aspetos negativos desse mundo artificial e, na maioria dos casos, bem pouco apropriado para realizar um tratamento ressocializador.¹⁰⁴

Para Anabela, as críticas à socialização deixam de ter fundamento quando a socialização reinterpreta os seus limites.

De fato, quando o campo de interação num estabelecimento penitenciário deixa de ser (in)definido como um ‘espaço vazio’ no sentido de conformar uma especial relação de poder e passa a ser entendido como um ‘campo de tratamento’, no sentido ativo e positivo que lhe imprimem as exigências de um Estado de direito social, a ordem e a segurança só secundariamente devem ser prosseguidas através

¹⁰⁰ DOTTI, René Ariel. **Bases** (...), p. 113.

¹⁰¹ BERISTAIN, Antonio *apud* DOTTI, René Ariel. **Bases** (...), p. 114.

¹⁰² RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica do recluso**(...), p. 34.

¹⁰³ *Idem*, **Novo olhar** (...), p. 165.

¹⁰⁴ *Idem*, **A posição jurídica do recluso** (...), p. 146.

da aplicação de medidas que conlevam um significado necessariamente repressivo.¹⁰⁵

Além de uma estrutura fisicamente adequada aos locais de cumprimento da pena, a envolver não somente os institutos penais, como também os locais de efetiva reintegração no meio livre, posto que a socialização intra-muros só ganha sentido quando é conduzida visando à transição para a liberdade, deve-se ter em primordial consideração os “*sujeitos de tratamento*, ou seja, as pessoas interessadas que são os próprios delinquentes e todos os que devem ajudá-los no processo de ressocialização (funcionários, diretores, guardas e indivíduos da comunidade).”¹⁰⁶

Só se pode conceber uma ressocialização eficaz com o reconhecimento de que o principal agente interessado na ressocialização é um sujeito de direito, cuja participação no tratamento dever-se-á dar de forma voluntária.¹⁰⁷ Para a autora portuguesa, “a ausência de participação tem como consequência, entre outras, a falta de desenvolvimento do sentido de responsabilidade que irá dificultar a preparação e posterior adaptação à vida livre.”¹⁰⁸

Não se pode admitir que o recluso seja “transformado em mero objeto de medidas de execução com sentido coercitivo”.¹⁰⁹ Mesmo após condenado, o indivíduo não perde a sua condição de cidadão, conservando os direitos fundamentais que lhe são inerentes.

A decisão de participar de um tratamento, esteja o cidadão em liberdade ou não, é sempre um direito que lhe assiste, e não um dever que lhe possa ser imposto coativamente, como forma da manipulação de sua personalidade, em flagrante confronto à dignidade de sua pessoa. Só assim se pode admitir a ideologia do tratamento, como uma faculdade do condenado, perfazendo o seu *direito a não ser tratado*, parte integrante do *direito de ser diferente*. Como emanação do princípio da dignidade da pessoa humana, erigiu-se na doutrina o *princípio da livre decisão do recluso de aceitar, cooperar ou recusar o tratamento*¹¹⁰, também conhecido como *princípio do tratamento voluntário*.¹¹¹

Neste contexto, podem ser adotadas técnicas de ressocialização, como os casos de terapia de grupo, em que detidos especialmente reunidos ensaiam compreender e se possível

¹⁰⁵ *Idem, ibidem.*, p. 179.

¹⁰⁶ DOTTI, René Ariel. **Bases** (...), p. 230-231.

¹⁰⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar** (...), p. 59.

¹⁰⁸ *Idem, ibidem.*, p. 165.

¹⁰⁹ *Idem, A posição jurídica do recluso* (...), p. 126.

¹¹⁰ *Idem, ibidem.*, p. 127.

¹¹¹ *Idem, Novo olhar* (...), p. 59.

resolver seus próprios problemas através de uma livre discussão com a ajuda de um especialista qualificado; as conversas em comum com o esforço de dar aos participantes uma consciência mais exata dos valores sociais (técnica conhecida como *group counseling*); bem como a orientação de grupo, que consiste em fornecer ou em trocar informações práticas sobre o trabalho (e a formação profissional) ou sobre a vida corrente no estabelecimento, melhorando assim as relações mútuas dos detidos entre si e com o pessoal penitenciário.¹¹² O leque de possibilidades que se abre para o desenvolvimento de novas e eficazes técnicas devem encontrar apoio estatal para a sua efetiva concretização.

Ao Estado, portanto, incumbe o papel de oferecer os meios necessários para auxiliar o recluso em seu déficit de socialização, do qual o crime é consequência, criando condições para que o indivíduo possa conduzir a sua vida sem a violação dos preceitos jurídicos. Tal “[...] idéia de auxílio é compatível com as expressões de liberdade do ser humano e com o direito de participação nos sistemas sociais e no conseqüente processo de ressocialização¹¹³”

Para Mir Puig, a função social da pena consiste na *criação de possibilidades de participação nos sistemas sociais*, oferecendo alternativas ao comportamento criminal, sendo este o significado sociológico da função de ressocialização atribuída pelo direito positivo à execução das penas privativas de liberdade, o que se dá através de um real processo de interação contínua entre o criminoso e o Estado:

Aquél no debe ser tratado como puro objeto de un proceso de ‘condición’ del Estado social, sino como sujeto de un proceso de ‘regulación’ y de aprendizaje, proceso que debe tender no solo a la adaptación a las normas dominantes, sino a elaborar, en un proceso de interacción, alternativas as la conducta criminal, y, con ello, a la participación en las relaciones de vida social.¹¹⁴

Com a gradativa aproximação do recluso à sociedade, permite-se que este melhor se adapte à vida livre, e ao mesmo tempo o insere dentro de uma comunidade que, através da reconciliação, coopera nas atividades de execução de pena, passando a atuar ativamente no processo de reinserção social do apenado. Assim é que:

A lei penal, como de resto qualquer outra lei, deve ser a expressão legítima da vontade da maioria comunitária. Em tal sentido, a luta pela ressocialização do infrator representa uma tomada de posição em nome da maioria social que reprovou a sua conduta e aceita a volta do condenado ao seu convívio mediante o

¹¹² ANCEL, Marc apud LINS E SILVA, *op. cit.*, p.42

¹¹³ DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 165.

¹¹⁴ MIR PUIG, Santiago apud DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 138.

implemento de uma condição: a de se revelar um sujeito prestante e, como tal, infenso ao perigo da reiteração.¹¹⁵

Tal pensamento coloca indivíduo, Estado e sociedade do mesmo lado, num esforço mútuo para que o tratamento institucional não seja voltado ao fracasso:¹¹⁶

A participação da comunidade no processo de execução penal, em forma militante (diagnosticando, propondo e ofertando soluções) e não como testemunha das violências e rebeliões é uma das exigências da democracia fundada em princípios e regras que dignificam o ser humano, cujo extrato revela a história pessoal em meio à essência e à contingência.¹¹⁷

Diante dos distorcidos resultados até agora apresentados pela prisão, urge a necessidade imperiosa de humanizá-la, aproximando cada vez mais a vida carcerária da vida livre, colocando pessoal habilitado para a ressocialização do condenado, favorecendo os contatos com a família, tratando o preso como criatura humana, propiciando-lhe condições de trabalho útil e de estudo, de modo a torná-lo apto e preparado para a sua reintegração social.¹¹⁸

Quando se fala que o processo penal deve privilegiar a eficácia e concorrer para a rentabilidade da justiça, somente se pode esperar que a execução contribua para a consecução desses objetivos, procurando, ao mesmo tempo, evitar ou atenuar a estigmatização dos reclusos.¹¹⁹

Impedindo a dessocialização e promovendo a não dessocialização, a sanção penal poderá cumprir a finalidade de prevenção de novos crimes aos sujeitos egressos do cárcere, que passam a ter mais oportunidades de escolha de meios de vida no meio social livre em que foram reinseridos.

Só reconhecendo essa finalidade ressocializadora à pena se poderá atenuar os males da “*pena de rejeição*, atípica nos ordenamentos positivos mas de dramática realidade nos costumes do povo quando ainda considera a sanção criminal com espectro de maldição e confinamento.”¹²⁰

¹¹⁵ DOTTI, René Ariel. **Bases** (...), p. 233.

¹¹⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica** (...), p. 145.

¹¹⁷ DOTTI, René Ariel. **Bases** (...), p. 144.

¹¹⁸ LINS E SILVA, *op. cit.*, p. 41-42

¹¹⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar** (...), p. 9.

¹²⁰ DOTTI, René Ariel. **Bases** (...), p. 145.

Hoje, deve-se conceber a pena como um processo de diálogo, através do incremento das possibilidades de aproximação do delinquente com a comunidade e o Estado, de forma a permitir a abertura dos meios que propiciam uma constante interação entre os sujeitos envolvidos na recuperação social. Nas palavras de René Ariel Dotti, só assim se:

“[...] poderá refundir no condenado a dimensão capaz de apresentá-lo à comunidade como um ser importante e convivente em harmonia com os padrões de honestidade e segurança e os valores que iluminam a personalidade. Mas o prisioneiro sofre diversos e atípicos castigos durante a provação da pena.”¹²¹

Para o autor,

O sacrifício da liberdade tem sido, na sua ameaça ou imposição concreta, o exclusivo e deficiente meio de comunicação proposto para tal diálogo pois que as demais formas de reação penal consistentes na multa e nas chamadas penas acessórias não aparecem aos olhos e à sensibilidade de todos como providências capazes de retribuir a culpa, reparar o dano e satisfazer os fins preventivos.¹²²

Entretanto, o próprio professor paranaense identifica uma tendência nos projetos e códigos da atualidade com a adoção de penas e outras medidas a serem exercidas em meio livre. Com tal substituição, reage-se à inércia conseqüente da indiferença e superstição do legislador clássico, “que faz do encarceramento o ‘caminho’ punitivo central dos dramas e das tragédias nascidos do delito”.¹²³ Atualmente,

Muitas formas de reação despontam como substitutivos idôneos que, desprendendo-se das idéias de confinamento e infâmia, mostram-se capazes de garantir os interesses comunitários sem perder de vista os valores da personalidade humana do condenado e a esperança de sua participação mais efetiva nas estruturas de diálogo dos sistemas sociais.¹²⁴

O que hoje se procura efetivar é “[...] a transição da pena privativa de liberdade para outras espécies de sanções, que possam atender os objetivos inerentes às reações criminais”.¹²⁵

Para Anabela, “a sanção mais útil é a sanção aceite pelo condenado, porque, ao mesmo tempo que estimula a sua participação no atingir dos objectivos pretendidos, desenvolve o seu sentido de responsabilidade.”¹²⁶ Desta forma, a autora defende a abertura da justiça à *contratualização*, em que as partes envolvidas, procurando “a composição dos seus

¹²¹ *Idem, ibidem.*, p. 143.

¹²² *Idem, ibidem.*, p. 26.

¹²³ *Idem, ibidem.*, p. 26.

¹²⁴ *Idem, ibidem.*, p. 26.

¹²⁵ *Idem, ibidem.*, p. 133.

¹²⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar (...)**, p. 146.

interesses utilizando uma racionalidade dialéctica”¹²⁷, reconhecem a necessidade de aquiescência do infrator para, de forma negociada, poderem não mais impor, mais consentir a execução da pena com a participação do condenado num programa de tratamento. Conclui, aduzindo que:

Neste espaço de consensualismo que os ordenamentos jurídicos da actualidade procuram levar tão longe quanto possível, a prisão constitui a *ultima ratio* da política criminal, a previsão de penas de substituição é generosa e a pena reconforma-se em sentido positivo, perspectivo e socializador. Este sentido socializador é fiel aos direitos do homem e respeita a vontade do condenado.¹²⁸

Tal pensamento não visa desnaturar a punição de seu sentido retributivo, pois “retribuir não significa, necessariamente, aplicar a pena privativa de liberdade de tipo institucional.”¹²⁹

Para a autora portuguesa,

O cumprimento de uma pena privativa de liberdade ocupa cada vez mais – como *ultima ratio* – um segundo plano entre os instrumentos que o direito penal tem a seu dispor, sendo aquela pena unicamente a espinha dorsal de um sistema de reações para a delinquência mais grave. Do lugar central que ainda ocupa, como panacéia generalizada face à criminalidade, deve passar a uma posição marginal deixando amplo campo à discussão centrada em saber qual a melhor política alternativa e substitutiva.¹³⁰

Neste sentido, Dotti sugere a flexibilização da pena de prisão em todo o itinerário da execução. Propõe, pois “alternativas *para* a pena de prisão (ou *da* pena de prisão) bem como de alternativas *na* pena de prisão.” A primeira hipótese constitui o que a doutrina chama de despenalização, que é a substituição da perda da liberdade por outra espécie de sanção; a segunda cuida da escolha de novos meios e métodos para a aplicação da pena de prisão”.¹³¹

Urge, portanto, a necessidade de reforma da legislação penal, no sentido de oferecer ao intérprete alternativas à prisão, não só através de uma renovada concepção da execução da pena privativa de liberdade, como também pela substituição do encarceramento por outras formas de reação.

¹²⁷ *Idem, ibidem.*, p. 143.

¹²⁸ *Idem, ibidem.*, p. 146.

¹²⁹ CORREIA, Eduardo *apud* DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 227-228.

¹³⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica (...)**, p. 146-147.

¹³¹ DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 96.

São crescentes os movimentos de despenalização, desjudicialização e descriminalização que surgem de uma “política criminal inteligente e criativa”.¹³²

A despenalização, como já vimos, consiste na aplicação de sanções penais outras que não a pena de prisão, para condutas que, embora ainda devam estar contempladas na legislação penal, não apresentam maior gravidade ou ofensa às regras de manutenção do convívio social.¹³³ Evandro Lins e Silva defende a sua adoção e ampliação, pois “[...] são formas de condenação sem o labéu da prisão, sem a marca da cadeia, sem o ferrete do cárcere, enfim, sem o estigma que dificulta ou mesmo impede a sua reinserção na comunidade.”¹³⁴

Desta forma, a pena de privativa de liberdade restaria para ser aplicada em última hipótese, para os casos em que se mostrasse extremamente necessária a sua imposição e não fosse viável a substituição por uma pena alternativa. Deve-se restringir a sua aplicação ao máximo, de modo a excetuar somente os condenados capazes de cometer os delitos mais graves. A despenalização seria um dos aspectos a se considerar para efetivação de uma política carcerária deflacionária.

Anabela ressalta os benefícios da despenalização e da redução da população prisional, posto que assim se permitirá

[...] associar a diversificação de penas de substituição à criação de novos estabelecimentos penitenciários, com outras dimensões, estruturados segundo modelos organizatórios diferenciados e dispondo de secções adequadas para tornar viáveis formas específicas de tratamento; a obtenção de uma outra relação numérica entre operadores penitenciários e reclusos; a melhor selecção e formação do pessoal; a participação regular de técnicos especializados provenientes do exterior; e, finalmente, a organização racional do trabalho penitenciário que, como é sabido, em grande número de casos nem sequer é oferecido.¹³⁵

O que prepondera, pois, não é o carácter segregador do cárcere, mas o ressocializador. Afinal, a prisão deve ser o menos nociva possível, e o encarceramento se faz necessário somente para permitir uma melhor gradação no processo de reinserção social do delinquentes. A autora portuguesa brevemente explica como deve se operar esse processo:

A configuração concreta da prisão não deve reforçar a carga de estigmatização social traduzida pelo julgamento e pela pena; as limitações de direito não podem autorizar-se, a não ser na medida em que sejam impostas por razões de força maior, urgentes e em função do recluso (e não de necessidades de funcionamento do

¹³² LINS E SILVA, Evandro, *op. cit.*, p. 43.

¹³³ *Idem, ibidem.*, p. 41.

¹³⁴ *Idem, ibidem.*, p. 43.

¹³⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar (...)**, p. 49.

estabelecimento); as condições gerais de vida do recluso devem aproximar-se das que caracterizam a vida em liberdade; deve favorecer-se as relações do recluso com o mundo exterior.¹³⁶

Outra tendência político-criminal é a desjudiciarização. Dotti afirma que “diversos países vêm reconhecendo a necessidade de depurar o organismo jurídico repressivo daquelas entidades típicas que podem ser melhor combatidas por outros setores do direito ou ainda de outras disciplinas, sem os inconvenientes da pena criminal.”¹³⁷

Concebe-se, hoje, um Direito Penal com intervenção mínima. Desta forma, procura-se restringir ou impedir o arbítrio do legislador, no sentido de evitar a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas, desumanas ou cruéis. A criação de tipos delituosos deve obedecer, pois, à imprescindibilidade, só devendo intervir o Estado, no seu *jus puniendi*, quando os demais ramos jurídicos não conseguirem prevenir a conduta ilícita.¹³⁸ Daí decorre como corolário da intervenção mínima a característica da subsidiariedade do Direito Penal, posto que este ramo só deve atuar em último caso (*ultima ratio*).

Para Capez, o princípio da intervenção mínima tem dois destinatários principais. Primeiramente, dirige-se ao legislador, ao exigir-lhe cautela no momento de eleger as condutas que merecem punição criminal. Logo, deve incriminar somente aqueles comportamentos que, comprovados por experiência anterior, não puderam ser convenientemente contidos pela aplicação de outros ramos do direito. Em segundo lugar, deve servir de comando ao operador do Direito, recomendando-lhe não proceder ao enquadramento típico quando constatar que aquela pendência pode ser satisfatoriamente resolvida com a atuação de outros ramos menos agressivos do ordenamento jurídico.¹³⁹

Assim é que se faz necessária a retirada da competência do juízo penal de ações cuja solução melhor ficaria situada na esfera civil ou administrativa.¹⁴⁰ Segundo Dotti, é inadmissível “[...] o tratamento pela justiça criminal de condutas que não têm o caráter de

¹³⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar** (...), p. 146.

¹³⁷ DOTTI, René Ariel. **Bases** (...), p. 251.

¹³⁸ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral, vol. 1, 22. ed. rev. e atual de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 10.

¹³⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral, vol 1, 8. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), 10763/2003, 10.826/2003 e 10.886/2004. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 21.

¹⁴⁰ LINS E SILVA, Evandro, *op. cit.*, p. 41.

ofensa insuscetível de ser neutralizada e reprimida por outros ramos do ordenamento jurídico e até mesmo abandonadas do repertório de ilicitudes.”¹⁴¹

O referido autor salienta ainda que o fenômeno da hipertrofia do Direito Criminal é conseqüente do recurso excessivo às leis criminais como instrumento de proteção de todo e qualquer interesse do Estado.¹⁴² A lei penal, contudo, “não é a panacéia nem o arsenal onde se vão buscar os remédios ou as armas para os males da sociedade. Não adianta atulhá-la de fatos típicos, senão a violação da ordem jurídica, da mais banal, acaba de desmoralizá-la.”¹⁴³

Se não houver a declaração da irrelevância penal de muitas condutas, nenhuma iniciativa para desburocratizar a justiça criminal poderá ter bons resultados.¹⁴⁴ Torna-se preciso, pois, “limitar o arbítrio legislativo; principalmente no campo penal, onde o Estado atinge de forma mais contundente os valores fundamentais do homem ou dos valores instrumentais indispensáveis ao homem enquanto ser convivente”.¹⁴⁵ Tal se concretiza quando se abandona a incriminação de certas condutas¹⁴⁶ ou quando se faz com que uma infração perca o seu caráter criminal¹⁴⁷. Opera-se, nesses casos, um processo de descriminalização, que busca retirar das leis penais as infrações que não mais devem ser catalogadas como crimes, de acordo com os costumes da época.¹⁴⁸ Neste diapasão, Evandro Lins e Silva aduz que:

Não percebem os que pretendem combater o crime com a só edição de leis que desconsideram o fenômeno criminal como efeito de muitas causas e penetram em um círculo vicioso invencível, no qual a própria lei penal passa, freqüentemente, a operar ou como fator criminógeno, ou como intolerável meio de opressão.¹⁴⁹

Fragoso já identificava que o legislador, diante do aumento da criminalidade, hesitava “em aceitar a recomendação dos que pedem menos direito penal”, posto que “está habituado a trabalhar com o instrumental punitivo, supondo, ingenuamente, que, aumentando a severidade das penas, resolverá o problema da violência.”¹⁵⁰

¹⁴¹ DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 264.

¹⁴² *Idem, ibidem.*, p. 243.

¹⁴³ FILHO, Acciolly *apud* DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 246.

¹⁴⁴ DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 254.

¹⁴⁵ LUISI, Luiz *apud* DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 96.

¹⁴⁶ DIAS, Jorge Figueiredo *apud* DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 251.

¹⁴⁷ CANESTRI, Francisco *apud* DOTTI, René Ariel. **Bases (...)**, p. 251.

¹⁴⁸ LINS E SILVA, *op. cit.*, p. 41.

¹⁴⁹ *Idem, ibidem.*, p. 34.

¹⁵⁰ FRAGOSO, *op. cit.*, p. 466

Beccaria, em lições difundidas desde o século XVIII, já afirmava que “um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas a sua infalibilidade”, pois:

A certeza de um castigo, se bem que moderado, causará sempre uma maior impressão do que o temor de um outro mais terrível, unido com a esperança da impunidade; porque os males, mesmo os mínimos, quando são certos, atemorizam sempre os espíritos humanos, e a esperança, dádiva celeste, que frequentemente é tudo para nós, afasta sempre a idéia de males maiores, acima de tudo quando a impunidade, que a avareza e a fraqueza não raro põem de acordo, aumenta a sua força.¹⁵¹

De fato, já àquela época, o marquês italiano alertava para os perigos que a impunidade associada a outros fatores representaria para o Direito Penal. Capez corrobora do mesmo pensamento ao afirmar que:

Na medida em que o Estado se torna vagaroso ou omissor, ou mesmo injusto, dando tratamento díspar a situações assemelhadas, acaba por incutir na consciência coletiva a pouca importância que dedica aos valores éticos e sociais, afetando a crença na justiça penal e propiciando que a sociedade deixe de respeitar tais valores, pois ele próprio se incumbiu de demonstrar sua pouca ou nenhuma vontade no acatamento a tais deveres, através de sua morosidade, ineficiência e omissão.

Nesse instante, de pouco adianta o recrudescimento e a draconização de leis penais, porque o indivíduo tenderá sempre ao seu descumprimento, adotando postura individualista e canalizando sua força intelectual para subtrair-se aos mecanismos de coerção. O que era um dever ético absoluto passa a ser relativo em cada caso concreto, de onde se conclui que uma administração da justiça penal insegura em si mesma torna vacilante a vigência dos deveres sociais elementares, sacudindo todo o mundo do valor ético.¹⁵²

Concebe-se, então, que, para o Estado cumprir sua missão de prevenção e repressão ao crime através da norma penal, deve-se ter em conta não a quantidade de crimes que a legislação tipifica, ou a severidade das penas impostas, mas, acima de tudo, a certeza de uma reação ao ilícito, ainda que mínima, mas com garantia de aplicação concreta, pois a intervenção punitiva estatal só pode revelar à coletividade a importância que confere à tutela dos bens jurídicos fundamentais quando subtrai de forma mínima e em último caso direitos basilares do indivíduo.

¹⁵¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 115.

¹⁵² CAPEZ, *op. cit.*, p. 2-3.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A norma penal só legitima sua razão de ser quando supera uma concepção essencialmente dogmática da ciência penal. Para a tutela dos bens jurídicos fundamentais, o crime não pode passar à vista do Direito Penal senão por um ângulo político criminal. A sanção penal, portanto, atua como instrumento, ainda que subsidiário, de combate à criminalidade, posto que lhe são atribuídas funções de prevenção e repressão ao crime.

Para atingir esse objetivo maior, os fins da pena devem estar em harmonia, pois só assim as diversas tarefas atribuídas à sanção penal podem coexistir na medida em que melhor desempenham os objetivos a que se destinam. Tal equilíbrio só se perfaz quando se tem em perspectiva que a imposição de uma punição não só se fundamenta, como também se limita por esses mesmos fins.

A retribuição, a intimidação coletiva e a segregação do infrator não cumprem o papel de prevenir o cometimento de outros delitos a partir do momento em que operam como fatores dessocializadores, que acarretam uma punição acima da necessária para a consecução daquelas finalidades. A violação à sua dignidade além de agravar a marginalização e o sofrimento oriundos da punição, cria dificuldades no processo de reinserção social.

Para o apenado retornar ao convívio social sem cometer novos crimes, a intervenção punitiva estatal deve obstar o agravamento da situação do infrator, além de propiciar meios para uma melhor adaptação ao meio livre. Desta forma, não se olvida o cunho ressocializador que lhe é inerente, oferecendo ao regresso condições para uma vida em liberdade sem que lhe seja preciso recorrer à prática do crime.

Assim, para evitar males desproporcionais e desnecessários, a pena privativa de liberdade passa a ser aplicada em último caso, quando as sanções alternativas não consistirem em meio propício para a realização das finalidades da pena.

Tendo em vista a intervenção mínima sobre o indivíduo, o Direito Penal somente deve tutelar as transgressões aos valores máximos da sociedade, que não tiveram reação adequada pelos demais ramos do ordenamento jurídico.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral, tomo 3º: pena e medida de segurança. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral, vol 1, 8. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), 10763/2003, 10.826/2003 e 10.886/2004. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Execução penal no Brasil**: aspectos constitucionais e legais. In: ARAUJO JUNIOR, Joao Marcello de (Org.). **Sistema penal para o terceiro milênio**: atos do colóquio Marc Ancel. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 10. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

HUNGRIA, Nelson. **Comentário ao código penal**. Vol. I, 1949.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**: parte geral, vol .1. 22. ed. rev. e atual. De acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984. São Paulo: Saraiva, 1999.

LINS E SILVA, Evandro. **De Beccaria a Filippo Gramatica**. In: ARAUJO JUNIOR, João Marcello de (Org.). **Sistema penal para o terceiro milênio**: atos do colóquio Marc Ancel. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito.** São Paulo: IBCCrim, 1999.

_____. **Novo olhar sobre a questão penitenciária:** estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal.** Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THOMPSON, Augusto F. G.. **A questão penitenciária.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.