

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA” - UNIVEM
GRADUAÇÃO EM DIREITO

AMANDA BOTELHO DE MORAES

DA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO DIREITO PENAL

MARÍLIA
2008

AMANDA BOTELHO DE MORAES

DA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO DIREITO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides de Soares da Rocha”, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador
Prof. CARLOS RICARDO FRACASSO

MARÍLIA
2008

MORAES, Amanda Botelho de.

Da Aplicação Subsidiária do Direito Penal/ Amanda Botelho de Moraes; orientador: Carlos Ricardo Fracasso. Marília, SP: [s.n.], 2008.

53.f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha” mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília, UNIVEM. Marília, 2008

1. Subsidiariedade da Aplicação do Direito Penal 2. Prisão 3. Crise do Sistema 4. Reformas Penais.

CDD: 342.2



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA - UNIVEM

Curso de Direito

Amanda Botelho de Moraes

RA: 32837-5

DA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO DIREITO PENAL

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 9,5

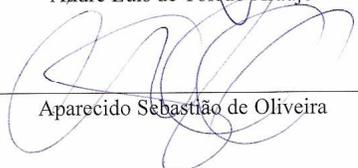
ORIENTADOR(A): _____


Carlos Ricardo Fracasso

1º EXAMINADOR(A): _____


André Luis de Toledo Araujo

2º EXAMINADOR(A): _____


Aparecido Sebastião de Oliveira

Marília, 18 de outubro de 2008.

Dedico o presente trabalho aos meus pais Lidia e Gilberto e a minha querida irmã Lígia por serem sem sombra de dúvida a personificação do amor incondicional e certamente o único valor absoluto neste mundo tão relativizado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelas oportunidades com as quais me presenteou ao longo desses últimos cinco anos;

Em especial ao meu orientador Professor Carlos Ricardo Fracasso, pela visão moderna e realista do sistema penal vigente da qual também compartilho e por todo o apoio e atenção a mim destinados na confecção do presente trabalho.

“O Direito é demasiadamente humano para pretender ao absoluto da linha reta. Sinuoso, caprichoso, incerto, cambiante, mas ao acaso, e inúmeras vezes recusando a mudança esperada, imprevisível, tanto para o bom senso quanto pelo absurdo. Flexível direito! É necessário, para bem amá-lo, começar a despi-lo. Seu rigor, tem-no apenas por afetação ou impostura.”

(Jean Carbonnier)

MORAES, Amanda Botelho de. **Da Aplicação Subsidiária do Direito Penal**. 2008. 53f. Trabalho de Concluso de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino Eurípedes de Soares da Rocha - UNIVEM, Marília, 2008.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo dissertar a respeito da aplicação subsidiária da Legislação Penal, no que diz respeito à punição de comportamentos desviantes. Dessa forma, tratou-se da crise deflagrada pelo sistema contemporâneo a fim de demonstrar que a atual concepção na aplicação da pena gera mais malefícios do que benefícios à sociedade, posto que para que se tenha um sistema realmente efetivo é necessário reduzir sua área de atuação. Nesse sentido, procurou-se dar especial ênfase às desigualdades perpetradas pelo sistema que ao invés de equilibrar as diferenças sociais, apenas as confirma. Assim sendo, no último capítulo tratou-se de determinadas medidas que têm por objetivo colocar em prática o modelo de subsidiariedade do Direito Penal, portanto, este trabalho monográfico tem o escopo de propor uma discussão acerca das novas propostas de aplicação do Direito Penal na sociedade, com especial destaque para pena privativa de liberdade que certamente é a principal sanção no ordenamento jurídico brasileiro e que merece relevo, posto que uma vez aplicada gera efeitos incomensuráveis na vida do apenado e na própria sociedade de modo geral.

Palavras chave: Subsidiariedade da Aplicação do Direito Penal. Prisão. Crise do Sistema. Reformas Penais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO 1 - BREVE HISTÓRICO SOBRE A ORIGEM E EVOLUÇÃO DO SISTEMA PENAL.....	10
1.1 Antiguidade.....	10
1.1.2 Código de Hamurábi.....	10
1.1.3 Direito Romano.....	11
1.1.4 Direito Germânico.....	11
1.1.5 Direito Canônico.....	12
1.2 Idade Média.....	13
1.3 Idade Moderna (Período Humanitário).....	15
1.3.1 Escola Clássica.....	20
1.3.2 Escola Correcionalista.....	20
1.3.3 Escola Positiva.....	20
1.3.4 Terceira Escola.....	21
1.3.5 Escola Moderna Alemã.....	21
1.3.6 Criminologia Radical.....	22
CAPÍTULO 2 - DA CRISE DO SISTEMA PENAL	23
2.1 Teorias Acerca do Objetivo da Pena.....	23
2.2 Início da Prisão Moderna.....	25
2.3 Da Falência da Premissa de Ressocialização.....	29
2.4 Do Custo do Crime.....	31
2.5 Do Caráter Criminógeno da Prisão.....	34
CAPÍTULO 3 - REFORMA DO SISTEMA PENAL VIGENTE.....	38
3.1 Da Aplicação Subsidiária do Direito Penal.....	39
3.1.2 Descriminalização.....	41
3.1.3 Despenalização.....	42
3.1.4 Criminalização de Novas Condutas.....	42
3.2 Suspensão Condicional da Pena	46
3.3 Aplicação de Substitutivos Penais no Brasil.....	47
3.3.1 Penas Alternativas Restritas de Direito Pecuniários.....	47
3.3.2 Penas Alternativas Restritivas de Direitos em Sentido Estrito.....	48
3.4 Multas.....	49
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS.....	52

INTRODUÇÃO

Em linhas gerais, o presente trabalho visa à demonstração da ineficácia da aplicação de determinadas penas em alguns tipos de crimes, assim como será esmiuçado adiante.

A sociedade necessita de novas formas de penalização, qual seja, a descriminalização de algumas condutas, maior aplicação de penas alternativas, criminalização de novas condutas etc.

Assim sendo, é necessário esvaziar as penitenciárias, à medida que o Sistema Prisional Brasileiro é ineficiente e cruel. Desta forma, é sabido que a prisão não cumpre sua finalidade que é a de ressocializar, já que corrompe e desumaniza os homens.

Nesse sentido, por meio de um direito penal mínimo as penas privativas de liberdade somente seriam aplicadas aqueles casos em que o infrator não tem possibilidade de convívio em sociedade. Portanto, a aplicação dessas penas seria admitida apenas em situações extremas, dada à gravidade dessa medida.

O chamado Direito Penal Mínimo preconiza a aplicação subsidiária do direito penal, ou seja. a sanção penal somente será aplicada quando outros ramos do Direito não puderem oferecer soluções mais adequadas.

No caso do Brasil, o Código Penal está extremamente obsoleto, à medida que não supre mais os anseios da sociedade, deste modo, sua aplicação não promove a Justiça Social, mas sim, legitima as desigualdades existentes por meio da lei.

Assim sendo, o Direito deve acompanhar as mudanças da sociedade, caso contrário, fica como uma “letra morta”, ou seja. sem aplicação alguma aos casos concretos. Nesse diapasão, as leis penais constantemente se mostram inadequadas para oferecer respostas significativas e eficientes quando os bens jurídicos, por elas tutelados, são vilipendiados.

Desse modo, na sociedade atual o problema da criminalidade torna-se cada vez mais evidente e complicado, por isso, há a necessidade urgente de se pensar em soluções para conter o caos criminal de hoje.

Ao longo dos anos, foram criadas inúmeras teorias a respeito das causas dos crimes, assim, a forma de se tratar a criminalidade atualmente resulta de uma evolução dessas várias teorias.

Ocorre, entretanto, que apesar da abolição das penas degradantes e de toda a sorte de flagelos que eram largamente aplicados aos criminosos, ainda não houve nenhuma solução definitiva e realmente eficaz para o problema da criminalidade e de reinserção social pelo

qual passa o delinqüente.

Neste diapasão, a própria pena privativa de liberdade que por mais odiosa que seja ainda se apresenta como a única saída plausível para punir condutas desviantes. Os estudiosos controvertem a respeito. Para uns, elas devem ser agravadas por modo a segregar pelo maior tempo possível aqueles que infringem as leis penais. Para outros, de nada adianta agravar as penas se ao condenado egresso do sistema não lhe for dada a oportunidade de ressocialização, isto é, se não tiver a oportunidade de reingresso na sociedade por modo a voltar a ser um cidadão com capacidade material e espiritual de conviver com seus semelhantes. A corrente defendida nesta pesquisa teoriza sobre o direito penal mínimo, que significa a diminuição o quanto possível da ingerência do Estado na privação de liberdade do infrator do tecido social.

O excesso da aplicação da pena privativa de liberdade e, de maneira geral, o exagero da aplicação do Direito Penal em determinadas situações tem representado mais um erro na questão do combate ao crime.

Assim sendo, um dos meios para conter o caos e a desmoralização do Direito Penal na sociedade seria deixar sua atuação apenas para aqueles casos em que essa aplicação realmente se mostra adequada, nas demais infrações outras soluções de outros ramos do direito poderiam ser usados.

Destarte, a pesquisa proposta neste trabalho monográfico procura apresentar uma nova solução aos problemas criminais da sociedade e mais especificamente se encarrega de dissertar sobre a possibilidade de uma menor aplicação do Direito Penal para sanar problemas e torná-lo realmente eficiente.

CAPÍTULO 1 - BREVE HISTÓRICO SOBRE A ORIGEM E EVOLUÇÃO DO SISTEMA PENAL

Neste capítulo objetiva-se fazer um breve relato da evolução do Direito Penal, bem como da aplicação das penas, delimitando as fases por que passaram, progressivamente, desde os mais primitivos tempos até os dias atuais.

Nesse sentido, são inúmeros os exemplos de penas cruéis e degradantes que impunham imensurável dor e sofrimento ao culpado, sendo que a punição do acusado era uma forma de aplacar o ódio da sociedade, tornando-se nada mais do que uma vingança, isto é a sociedade incorporava a repulsa pelo réu e com mão de ferro, o castigava implacavelmente.

1.1 Antiguidade

Na fase da vingança privada, quando um indivíduo da tribo cometia um crime, era expulso do grupo, qual seja, poderia ser banido e deixado à própria sorte em meio a outros grupos que o puniriam com a morte.

Contudo, se o indivíduo com o comportamento desviante fosse de fora do grupo ele deveria ser morto, fato que estabelecia verdadeiras guerras entre as tribos que culminavam com a eliminação de um dos grupos, assim como apregoa Marques (apud MIRABETE, 1998, p.33):

Na denominada fase da vingança privada, cometido um crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social (tribo), que agiam sem proporção à ofensa, atingindo não só o ofensor, como também todo o seu grupo com a “expulsão da paz” (banimento), que o deixava á mercê de outros grupos, que lhe infligiam, invariavelmente a morte. Caso a violação fosse praticada por elemento estranho à tribo, a reação era a da “vingança de sangue”, considerada como obrigação religiosa e sagrada, “verdadeira guerra movida pelo grupo ofendido àquele a que pertencia o ofensor, culminando, não raro, com a eliminação completa de um dos grupos”.

Nesse sentido, a justiça era alcançada por meio de um mal proporcional ao que foi causado à vítima .

1.1.2 Código de Hamurábi

Durante o reinado de Hamurábi, vigorava a **Lei de Talião**, consta dessa lei que os crimes deveriam ser punidos com uma ação igual a que foi praticada, baseada no princípio

denominado “olho por olho, dente por dente”.

1.1.3 Direito Romano

No direito Romano após a fase da vingança penal, em regra a pena torna-se pública e a pena de morte é abolida, dentre as maiores contribuições do direito romano estão os princípios penais sobre erro, culpa, dolo, imputabilidade, legítima defesa etc. Nas palavras de Mirabete (1998, p.35):

Contribuiu o Direito Romano decisivamente para a evolução do Direito Penal com a criação de princípios penais sobre o erro, culpa (leve e lata), dolo (bônus e malus), imputabilidade, coação irresistível, agravantes, atenuantes, legítima defesa etc.

Nesse ponto, percebe-se uma evolução em que a intenção do acusado já é levada em conta, à medida que a pena passa a ser dosada de acordo com o caso concreto.

1.1.4 Direito Germânico

O direito germânico também trouxe inovações, à medida que as leis não eram escritas, mas sim baseadas no costumes, qual seja, o chamado direito consuetudinário, nos crimes eram amplamente aplicadas as ordálias, onde o criminoso era submetido a provas como segurar um ferro em brasa, assim, se fosse inocente não seria queimado.

O direito bárbaro não levava em conta o caráter subjetivo do crime, pois não se considerava o caráter subjetivo do crime como o dolo e a culpa ou o caso fortuito ou força maior, o importante era apenas o dano causado pelo crime, como explica Mirabete (1998, p.35):

Outra característica do direito bárbaro foi a ausência de distinção entre dolo, culpa e caso fortuito, determinando - se a punição do autor do fato sempre em relação ao dano por ele causado e não de acordo com o aspecto subjetivo de seu ato.

A esse respeito também opina Bitencourt (2006, p.42):

A responsabilidade objetiva também é característica do Direito Germânico. Há uma apreciação meramente objetiva do comportamento humano, onde o que importa é o resultado causado, sem questionar se resultou de dolo ou culpa ou foi produto de caso fortuito, consagrando-se a máxima: *o fato julga o homem*.

Cumpra descrever a figura da prisão no direito germânico, à medida que não aparecia como pena, mas sim tinha caráter meramente custodial, pois como havia o predomínio das ordálias e penas capitais, a prisão apenas mantinha o acusado sob custódia até que sua pena fosse realmente aplicada, como lembra Bitencourt (2004, p.7): “O direito germânico também não conheceu a prisão com caráter de pena, uma vez que nele predominavam a pena capital e as penas corporais”.

1.1.5 Direito Canônico

O **direito canônico** também merece destaque como grande influência para a legislação penal. A Igreja, na tentativa de sobrepor seus interesses em relação aos do Estado, trouxe grandes contribuições para a humanização do Direito Penal, pois declarou que os homens eram iguais, e tentou banir as ordálias. Surgiu, assim, a idéia de que a pena tinha função não apenas de expiar a culpa, mas também de regenerar o criminoso, como cita Neuman (apud BITENCOURT, 2004, p.10):

A prisão canônica era mais humana que a do regime secular, baseado em suplícios e mutilações, porém é impossível equipará-la à prisão moderna. Foi por iniciativa eclesiástica que no século XII, surgiram as prisões subterrâneas, que tornaram célebre a expressão *vade in pace*; os réus eram despedidos com essas palavras porque aquele que entrava naquelas prisões não saía com vida. Eram masmorras às quais se descia por meio de escadas ou através de poços onde os presos eram dependurados por uma corda.

A despeito das condições prisionais acima descritas, o direito canônico trouxe importantes inovações, à medida que pela primeira vez os objetivos da pena passaram a ser o arrependimento e a regeneração do réu, como explica Mirabete (1998, p.35):

Assimilando o Direito Romano e adaptando estes às novas condições sociais, a Igreja contribuiu de maneira relevante para a humanização do Direito Penal, embora politicamente a sua luta metódica visasse obter o predomínio do Papado sobre o poder temporal para proteger interesses religiosos de dominação. Proclamou-se a igualdade entre os homens, acentuou-se o aspecto subjetivo do crime e da responsabilidade penal e tentou-se banir as ordálias e os duelos judiciais. Promoveu-se a mitigação das penas que passaram a ter como fim não só a expiação, mas também a regeneração do criminoso pelo arrependimento e purgação da culpa, o que levou, paradoxalmente aos excessos da Inquisição.

Dessa maneira, o direito canônico contribuiu de forma muito expressiva para iniciar o conceito de ressocialização, pois o objetivo passou a ser a regeneração e arrependimento do criminoso, e não apenas o castigo como um fim em si mesmo

1.2 Idade Média

No **Direito Medieval**, as práticas penais foram baseadas na aplicação de penas extremamente cruéis aos vários tipos de delitos cometidos, assim como já foi acima mencionado a Igreja teve papel fundamental nessas questões, uma vez que durante a Inquisição, qualquer comportamento desviante dos dogmas da Igreja, era severamente punido, fato que representou um retrocesso na postura da Igreja, posto que em um primeiro momento, o Direito Canônico tinha tido grande influência na humanização do Direito Penal, porém, na Idade Média, paradoxalmente, a Igreja passa a tratar de maneira mais conservadora, aqueles que desrespeitam os dogmas impostos por ela, a respeito das penas cominadas Mirabete (1997, p.36), descreve:

No período Medieval, as práticas penais entrelaçaram-se e influenciaram-se reciprocamente nos direitos romano, canônico e bárbaro. O Direito Penal, pródigo na cominação da pena de morte, executada pelas formas mais cruéis (fogueira, afogamento, soterramento, enforcamento etc.), visava especificamente à intimidação. As sanções penais eram desiguais, dependendo da condição social e política do réu, sendo comuns o confisco, a mutilação, os açoites, a tortura e as penas infamantes. Proscrito o sistema de composição, o carácter público do Direito Penal é exclusivo, sendo exercido em defesa do Estado e da religião. O arbítrio judiciário, todavia, cria em torno da justiça penal uma atmosfera de incerteza, insegurança e verdadeiro terror.

Conforme já foi dito, nesse período, se estabeleceu uma contradição, à medida que se anteriormente o direito canônico tinha exercido papel fundamental para a humanização do direito penal, aqui a Igreja também se destacou no tocante à aprovação do emprego de penas cruéis e degradantes aos condenados, aqui ocorre uma volta das ordálias, muito presentes no Direito Germânico.

Dessa forma, quem desafiasse os dogmas impostos pela Igreja sofria com imposição de penas bárbaras execuções eram largamente aplicadas por meios cruéis como a fogueira, além do emprego da tortura para obter confissões completamente à revelia da vontade do acusado, assim como explica Valdés (apud BITENCOURT, 2004, p.11):

A Idade Média se caracterizou por um direito ordálico, que também foi utilizado pelo direito espanhol. “A melhor prova de maldade do indivíduo é o abandono que dele faz Deus ao retirar-lhe a sua ajuda para superar as provas a que é submetido – da água, do fogo, do ferro candente etc. –, com o que se faz merecedor automático do castigo, julgamento de Deus cujo resultado se aceita mais ou menos resignadamente [...]. O culpado, isto é, quem não supera a prova, convence a si mesmo de sua própria maldade e do abandono de Deus. Se não estivesse em pecado – se não tivesse cometido um delito – sairia feliz da mesma, não há a menor dúvida”. Como consequência da forma de obter a prova do crime, havia um elevado índice de erros judiciários, o que é absolutamente natural.

Portanto, imperava a crença de que se o condenado resistisse às duras provas a que era submetido, sua inocência estaria comprovada e ele livre, entretanto, se não conseguisse sair incólume dos testes, sua culpa estaria evidenciada e ele, então, seria condenado. Dessa forma, assim como já foi acima mencionado, percebe-se a grande influência do direito germânico na forma das ordálias, consoante lição de BITENCOURT, 2006, p.77):

Durante todo o período da Idade Média, a idéia de pena privativa de liberdade não aparece. Há, nesse período, um claro predomínio do direito germânico. A privação da liberdade continua a ter uma finalidade custodial, aplicável àqueles que seriam “submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas. A amputação de braços, pernas, olhos, língua, mutilações diversas, queima de carne a fogo, e a morte, em suas mais variadas formas, constituem o espetáculo favorito das multidões desse período histórico.

Assim sendo, a punição do criminoso ainda era um grande espetáculo de horrores, posto que o condenado era submetido a torturas pra se obter uma confissão ou simplesmente para expiar sua culpa, sempre de maneira pública e humilhante para que o povo pudesse testemunhar as atrocidades cometidas contra quem desafiava as leis.

É necessário mencionar que o direito penal era extremamente seletivo, cabe destacar a diferenciação em relação aos condenados que advinham de classes mais baixas e aqueles oriundos das classes mais abastadas, pois as penas eram cominadas de acordo com status social do condenado, nas palavras de Bitencourt (2004, p.9):

As sanções criminais na Idade Média estavam submetidas ao arbítrio dos governantes, que as impunham em função do *status* social a que pertencia o réu. Referidas sanções podiam ser substituídas por prestações em metal ou espécie, restando a pena de prisão, excepcionalmente, para aqueles casos em que os crimes não tinham suficiente gravidade para sofrer condenação à morte ou a penas de mutilação.

Destarte, no tocante a essa seletividade, é inegável que o direito medieval manteve as diferenças sociais existentes na época, sem se preocupar em equilibrar tais desigualdades, portanto, o direito já na Idade Média o direito penal era apenas um instrumento de manutenção do *status quo*.

Entretanto, a ascensão das idéias iluministas no século XVIII, contribuiu sobremaneira para que novos conceitos a respeito da pena fossem introduzidos na sociedade, como será visto adiante.

1.3 Idade Moderna (Período Humanitário)

A revolução francesa ocorrida no ano de 1789, trouxe á tona as idéias iluministas e seus principais filósofos, tais idéias influenciaram de maneira decisiva para os novos contornos na questão da aplicação do Direito Penal na sociedade.

Contudo, faz-se necessário analisar o período pelo qual passava a Europa no momento em que aconteceram essas mudanças, posto que durante os séculos XVI e VII, graves crises econômicas afetaram a Europa, assim sendo, cresceu o número de pessoas que subsistia por meio do delito, dessa forma, a sociedade necessitava de uma nova forma de punição, como cita Guzman (apud BITENCOURT, 2004, p. 16):

Os açoites, o desterro e a execução foram os principais instrumentos da política social na Inglaterra até a metade do século XVI (1552), até que as condições mudaram (socioeconômicas, especialmente), para fazer frente ao fenômeno socio-criminal, que preocupava as pequenas minorias e as cidades, dispuseram-se elas mesmas a defender-se criando, instituições de correção de grande valor histórico penitenciário.

A esse respeito também é importante destacar que a pena de morte passou a ocupar lugar secundário no que tange a punição e prevenção do crime, de acordo com Hans Von Henting (apud BITENCOURT, 2004, p.28):

Os transtornos e mudanças socioeconômicas que se produziram com as passagens da Idade Média para a Idade Moderna, e que tiveram sua expressão mais aguda nos séculos XV, XVI e XVII, tiveram como resultado a aparição de grande quantidade de pessoas que sofriam de uma pobreza extrema e que deviam dedicar-se à mendicância ou a praticar atos delituosos. Houve um crescimento excessivo de delinquentes em todo o velho continente. A pena de morte caíra em desprestígio e não respondia mais aos anseios de justiça. Por razões penológicas era necessário procurar outras reações penais.

Dentre as mudanças realizadas no direito penal ao longo dos séculos convém notar, que diante de uma reação humanitária, decorrente do iluminismo durante o século XVII, o chamado Século das Luzes, tendo o seu apogeu com a Revolução Francesa, foram formadas diversas correntes de pensamentos criticando os excessos imperantes na legislação penal vigente, de acordo com Bitencourt (2004, p.32):

As leis em vigor inspiravam-se em idéias e procedimentos de excessiva crueldade, prodigalizando os castigos corporais e a pena capital. O direito era um instrumento gerador de privilégios, o que permitia aos juízes, dentro do mais desmedido arbítrio, julgar os homens de acordo com sua condição social. Inclusive, os criminalistas mais famosos da época defendiam em suas obras procedimentos e instituições que respondiam à dureza de um rigoroso sistema repressivo.

Essas críticas tinham por objetivo diminuir a crueldade que era imposta aos condenados, propondo a individualização da pena e a sua equivalência ou proporcionalidade entre a pena e o delito praticado.

Entretanto, uma mudança significativa pode ser destacada, ao longo dos tempos o corpo deixou de ser o objetivo principal da pena, qual seja, houve uma diminuição dos suplícios, posto que o objetivo principal do castigo passou a ser a alma do condenado e não seu corpo, assim como explica Foucault (1999, p.16): “Desaparece, destarte, em princípios do século XIX, o grande espetáculo da punição física: o corpo supliciado é escamoteado; exclui-se do castigo a encenação da dor. Penetramos na época da sobriedade punitiva”.

Assim, é necessário salientar que o objeto da punição penal também se modificou, à medida que antes o corpo era o alvo das punições, nas quais o corpo do condenado era terrivelmente supliciado, pois não bastava executá-lo, era preciso torturar, esquartejar, apenas visavam castigar pela imposição de dores físicas

Convém mencionar que em todas as situações e épocas descritas, o alvo principal da pena sempre foi o corpo, ou seja, a punição dos criminosos se dava por meio de castigos físicos em que a expiação da culpa somente viria pelo sofrimento extremo do corpo do condenado. Portanto, a pena muitas vezes era mais criminosa que o próprio crime, dada a hediondez das torturas e suplícios impostos ao condenado, de acordo com Foucault (1999, p.12):

[...] A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo; e como as

funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um “fecho” ao crime mantinha com eles afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes, fazendo o carrasco parecer com criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade [...].

Assim, passa a ser mais amplamente aplicada a pena privativa de liberdade, em substituição aos suplícios e espetáculos públicos de tortura, dessa maneira, a barbárie começa a dar lugar a novas formas de punição, mesmo que o corpo do condenado ainda seja objeto de expiação do crime cometido, esse castigo é aplicado ao corpo de forma indireta.

Os ritos modernos de execução podem exemplificar tais mudanças, à medida que no caso das execuções capitais foram suprimidos os espetáculos públicos e a dor, acabaram-se as “mil mortes”, posto que o condenado morria muitas vezes, pois não bastava executar, era necessário torturar, esquartejar.

Os rituais modernos da execução capital dão testemunho desse duplo processo – supressão do espetáculo, anulação da dor. O mesmo movimento arrastou, cada qual com seu ritmo as legislações européias: para todos uma mesma morte sem que ela que ostentar a marca específica do crime ou o estatuto social do criminoso; morte que dura apenas um instante, e nenhum furor há de multiplica-la antecipadamente ou prolonga-la sobre o cadáver, uma execução que atinja a vida mais do que o corpo. Não mais aqueles longos processos em que a morte é ao mesmo tempo retardada por interrupções calculadas e multiplicada por uma série de ataques sucessivos. Não mais aquelas combinações que eram levadas a espetáculo para matar os regicidas, ou como aquela com que sonhava, no começo do século XVIII, o autor de *Hanging not Punishment Enough*, e que teria permitido arrebentar um condenado sobre a roda, depois de açoitá-lo até a perda dos sentidos em seguida suspende-lo com correntes, antes de deixá-lo morrer lentamente de fome não mais aqueles suplícios em que o condenado era arrastado sobre uma grade (para evitar que a cabeça arrebentasse contra o pavimento), seu ventre aberto, as entranhas arrancadas às pressas para que ele tivesse tempo de as ver com seus próprios olhos ser lançadas ao fogo; em que era decapitado enfim e seu corpo dividido em postas. A redução dessas “mil mortes” à estrita execução capital define uma moral bem nova própria do ato de punir (FOCAULT, 1998, p.15).

No trecho acima é possível compreender a dimensão do espetáculo da punição, ou seja, a hediondez dos castigos perpetrados ao acusado, assim sendo a pena se tornava pior que o próprio crime e os operadores do direito passavam a ser apenas algozes.

Entretanto, ocorre que apesar de não haver mais as torturas, chamada de “as mil mortes” do réu, o Direito Penal continuou sendo largamente aplicado na figura da pena privativa de liberdade.

Os avanços ocorridos são inegáveis, já que a justiça punitiva passa a ter nova realidade que é a incorpórea.

Contudo, com a influência das idéias iluministas, o processo penal passa a ser mais humanizado, assim, desaparecem os espetáculos públicos em que os tormentos impingidos tinham como único destinatário o corpo do acusado.

Nesse sentido, com a evolução do sistema penal o alvo da pena passou a ser a alma do condenado e não seu corpo, nas palavras de Foucault (1998, p. 18):

Se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que então, se exerce? A resposta dos teóricos – daqueles que abriram, por volta de 1780, o período que ainda não se encerrou – é simples, quase evidente. Dir-se-ia inscrita na própria indagação. Pois não é mais o corpo, é alma. À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições.

Dessa forma, houve obviamente um grande avanço no tocante à aplicação do Direito Penal, à medida que os espetáculos públicos de tortura deram lugar à pena de reclusão em estabelecimentos prisionais.

Não tocar mais o corpo, ou o mínimo possível, e para atingir nele algo que não é o corpo propriamente. Dir-se-á: prisão, os trabalhos forçados, a servidão de forçados, a interdição de domicílio, a deportação – que parte tão importante tiveram nos sistemas penais modernos – são penas “físicas”: com exceção da multa, se referem diretamente ao corpo. Mas a relação castigo-corpo não é idêntica ao que era nos suplícios. O corpo encontra-se aí em posição de instrumento ou de intermediário; qualquer intervenção sobre ele pelo enclausuramento, pelo trabalho obrigatório visa privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e como um bem (FOUCAULT, 1998, p.14).

De acordo com Bitencourt (2004, p. 32):

A pena deve ser proporcional ao crime, devendo-se levar em consideração, quando imposta, as circunstâncias pessoais do delinqüente, seu grau de malícia, sobretudo, produzir a impressão de ser eficaz sobre o espírito dos homens, sendo ao mesmo tempo menos cruel para o corpo do delinqüente.

Nesse período, portanto, começa a ocorrer uma humanização na aplicação das penas, nesse sentido as prisões que anteriormente eram usadas apenas para custodiar os réus até que chegasse o dia de sua execução, começaram a se transformar em pena, ou seja, a segregação punitiva.

Contudo, é imperativo analisar os acontecimentos de acordo com o período histórico do qual fazem parte e, de tal modo, como já foi acima aludido, a crise econômica que assolava a Europa teve íntima ligação com a transformação da prisão –custódia em prisão –pena, posto que era preciso aproveitar a mão-de-obra dos condenados e ao mesmo tempo isolá-los do convívio social.

A necessidade de penas mais úteis que a tradicional pena de morte impulsionou o surgimento da prisão, como explica Bitencourt (2004, p.22):

Os modelos punitivos não se diversificam por um propósito idealista ou pelo afã de melhorar as condições da prisão, com o fim de evitar q se desperdice a mão-de-obra e ao mesmo tempo para poder controlá-la , regulando sua utilização de acordo com as necessidades de valoração do capital.

O grande contingente de desempregados gerou a necessidade de isolá-los do convívio social sem que fosse aplicada a pena capital, não apenas por uma questão ideológica, mas principalmente pela questão econômica da época BITENCOURT (2004, p. 30):

A razão político econômica apresenta-se muito clara quanto à sua influência decisiva na mudança de “prisão-custódia” para a “prisão-pena”. A motivação de política criminal e penológica, referida pela maioria dos autores, como causa determinante da transformação, devemos acrescentar a motivação econômica referida por Foucault. Não basta mencionar a “pequena criminalidade da fraude” os bandos de esfarrapados e famintos que percorrem o mundo como seqüela das destrutoras guerras eram muitos, para poderem ser todos enforcados, ou que o arco da pena de morte encontrava-se excessivamente tenso.

Assim sendo, se antes a prisão era o lugar em que os condenados permaneciam até o cumprimento da sentença, a partir desse momento, passou a ser o lugar em que cumpririam a própria pena, pode-se considerar que a partir desse momento começa a se delinear os modelos de penitenciárias existentes até hoje, como explica Bitencourt (2004, p. 08):

Grécia e Roma, expoentes do mundo antigo, conheceram a prisão com finalidade eminentemente de custódia, para impedir que o culpado pudesse subtrair-se ao castigo. Pode-se dizer com Garrido Guzman, que de modo algum podemos admitir nesse período da história sequer um germe da prisão como lugar de cumprimento de pena, já que o catalogo de sanções praticamente se esgotava com a morte, penas corporais e infamantes. A finalidade da prisão, portanto, restringia-se a custódia dos réus até a execução das condenações referidas. A prisão dos devedores tinha a mesma finalidade, garantir que cumprissem as suas obrigações.

Entretanto, na história da evolução do sistema penal, é imprescindível discorrer acerca das escolas penais e de suas respectivas teorias, uma vez que apoiadas pelas idéias que defendiam a humanização das penas, as escolas influenciaram de maneira direta a aplicação do Direito Penal no decorrer dos tempos.

1.3.1 Escola Clássica

A escola clássica adotava idéias iluministas e defendia o fim das torturas e do processo criminal inquisitório e entendia que o crime não era uma ação e sim uma infração, ou seja, a violação de um direito, consoante lição de Mirabete (1998, p.37):

Para a Escola Clássica o método que deve ser utilizado no Direito Penal é dedutivo lógico ou abstrato (já que se trata de uma ciência jurídica), e não experimental, próprio das ciências naturais. Quanta á pena, é tida como tutela jurídica, ou seja, como proteção aos bens jurídicos tutelados penalmente. A sanção não pode ser arbitrária, regula-se pelo dano sofrido, inclusive, e, embora retributiva, tem também a finalidade de defesa social.

É necessário observar que o conceito de finalidade de defesa social da pena perdura até os dias atuais e eram o início da visão de que a pena tem caráter preventivo.

1.3.2 Escola Correccionalista

Esta escola passou a dar mais importância ao estudo do delinquentes do que ao crime por ele cometido. Dessa forma, interpretavam que a pena deveria durar o tempo que precisasse para curar o infrator.

Nesse sentido, a duração da pena era indeterminada, posto que somente após demonstrada sua desnecessidade é deveria terminar. A pena, nesse caso, era como um tratamento que protegia a sociedade e recuperava o transgressor.

1.3.3 Escola Positiva

Esta escola se opunha à Escola Clássica, pregava a supremacia da investigação racional ao invés da indagação puramente racional, com destaque para o trabalho do médico italiano César Lombroso que formulou estudos na área da caracterologia, ou seja, a relação entre características físicas e mentais, seus estudos foram direcionados para o aspecto biológico do criminoso.

Dessa forma, criou a figura do criminoso nato, na qual afirma que alguns homens já nascem criminosos, nas palavras de Mirabete (1998, p.38): “Considerando o crime como manifestação da personalidade humana e produto de várias causas, Lombroso estuda o delinqüente do ponto de vista biológico”.

Nesse sentido, também merece destaque o jurista italiano Henrique Ferri, criador da sociologia criminal, em sua obra evidenciou o trinômio causal do delito: fatores antropológicos, sociais e físicos, como explica Mirabete (1998, p.39):

A Escola Positiva, porém, tem seu maior vulto em Henrique Ferri, criador da Sociologia Criminal ao publicar o livro que leva esse nome. Discípulo discidente de Lombroso, ressaltou ele a importância de um trinômio causal do delito: os fatores antropológicos, sociais e físicos. Aceitando o determinismo, Ferri afirmava ser o homem “responsável” por viver em sociedade. Dividiu os criminosos em cinco categorias: o nato, conforme propusera Lombroso; o louco, portador de doença mental; o habitual, produto do meio social; o ocasional, indivíduo sem firmeza de caráter e versátil na prática do crime; e o passional, homem honesto, mas de temperamento nervoso e sensibilidade exagerada. Dividiu as paixões em sociais (amor, piedade etc), que devem ser amparadas e incentivadas, e anti sociais (ódio, inveja, avareza etc), que devem se reprimidas severamente.

A despeito do impacto dessas idéias na época em que foram divulgadas, o estereótipo do criminoso foi posteriormente descartado pelos juristas que se seguiram.

1.3.4 Terceira Escola

A escola tentou conciliar as posições da Escola Clássica e do Positivismo Naturalista surgindo, assim, correntes ecléticas. Os pontos básicos da corrente são: Respeito à personalidade do direito penal, que não pode ser absorvido pela sociologia Criminal, Inadmissibilidade do tipo criminal antropológico, fundando-se na causalidade e não fatalidade do delito; reforma social como imperativo do Estado, na luta contra a criminalidade; do Positivismo, aceita a negação do livre-arbítrio, a concepção do delito como fato; individual e social, o princípio da defesa da sociedade, que é o fim da pena, a qual, entretanto, não perde o caráter aflitivo.

1.3.5 Escola Moderna Alemã

Esta escola, também eclética, considerava o crime como fato jurídico. Dessa forma, combatia a idéia de Lombroso a respeito do criminoso nato, porém entendia que existem fatores individuais e externos (físicos e sociais) para a formação do delinqüente, especialmente

no tocante à situação econômica. A escola Moderna Alemã deu origem ao estudo de vários institutos importantes para o Direito Penal, dentre eles podem-se citar: As medidas de segurança aplicáveis aos inimputáveis; o livramento condicional;-A suspensão condicional da pena ("SURSIS").

Assim como, sustentavam também a importância dos estudos antropológicos e sociológicos na busca das causas da criminalidade (MIRABETE, 1998, p.40).

1.3.6 Criminologia Radical

A escola clássica e o positivismo se mostraram insuficientes para explicar as causas do crime, nesse diapasão, surgem às teorias que negam o mito de que o Direito Penal é um direito igualitário.

Deste modo, a criminologia radical surgiu para estudar as causas reais da criminalidade, ou seja, sua essência. A conclusão principal é a de que o processo de criminalização protege a classe dominante e o sistema carcerário apenas reproduz as desigualdades sociais. O principal destaque é a chamada violência institucional que é a violência exercida pelo Estado contra a população.

Neste ponto, é importante notar que a pena privativa de liberdade já dava mostras de sua ineficiência e os teóricos começam a questionar a efetividade da aplicação do Direito Penal.

Esse questionamento acompanha o Direito Penal até o presente e forma os alicerces desta pesquisa, à medida que na tentativa de diminuir os obstáculos enfrentados no que diz respeito à utilidade da pena, muitas foram as teorias formuladas.

Assim como foi acima aludido, as penas foram modificadas ao longo dos séculos, dessa maneira, toda sorte de crueldades anteriormente empregada deu lugar a penas teoricamente mais brandas, uma vez que a prisão passou a ser aplicada.

Porém, embora muitas garantias tenham sido dadas aos cidadãos e a aplicação da pena esteja adstrita a uma série de imposições legais, ainda remanesceu o desafio de colocar as garantias em prática e de dar real efetividade aos ideais de ressocialização e garantismo penal.

Embora concebido com o intuito de ressocializar e ser realmente efetivo no combate à criminalidade e na garantia dos direitos individuais, o sistema penal, tal como é visto hoje não ficou imune às falhas que serão a seguir demonstradas.

CAPÍTULO 2 - DA CRISE DO SISTEMA PENAL

Assim como já foi acima aludido, apesar da evolução pela qual passou a instituição-prisão ao longo dos séculos, ainda remanesceram muitos problemas. Neste sentido, o presente capítulo tem por objetivo identificar as circunstâncias que levaram o sistema penal a uma verdadeira crise que se estende até os dias atuais.

Dessa maneira, após a transformação da prisão – custódia em prisão pena, a pena privativa de liberdade passou a ser largamente aplicada como forma de punição dos condenados, gerando, portanto, novas necessidades a serem supridas pela Lei Penal.

No momento em que a pena privativa de liberdade passou a ser mais amplamente aplicada, houve a criação das penitenciárias e com ela a população carcerária que por toda sua complexidade merece especial menção no que diz respeito à criminologia.

Portanto, à medida que a prisão passou a ocupar lugar de imenso destaque no tocante à punição dos criminosos, os sistemas penitenciários começaram a surgir e com eles o ideal de que a função da prisão era a de ressocialização dos indivíduos de comportamento desviante, entretanto, a diferenças entre os ideais de reabilitação e a realidade da prisão serão objeto de estudo dos tópicos a seguir.

2.1 Teorias Acerca do Objetivo da Pena

Cumprе ressaltar que ao contrário dos períodos anteriores em que a vingança era o objetivo da pena, surge, nesse momento, a necessidade de que a pena tenha uma utilidade.

Assim sendo, a utilidade seria a de que o criminoso pudesse voltar à convivência social de modo que não voltasse a atingir os bens juridicamente tutelados novamente, nas palavras de Bitencourt (2004, p.36):

[...] Essa concepção utilitária considerava a pena um simples meio de atuar no jogo de motivos sensíveis que influenciam a orientação da conduta humana. Procuravam um exemplo para o futuro, mas não uma vingança pelo passado. Não se subordinava a idéia do útil ao justo; subordinava-se a idéia do justo ao útil.

O pensamento mais relevante nesse assunto é trazido por Beccaria (apud BITENCOURT 2004, p. 36):

O fim dos, pois, não é outro que impedir o réu de causar novos danos a seus cidadãos e afastar os demais do cometimento de outros iguais. Conseqüentemente, devem ser escolhidas aquelas penas e aquele método de impô-las, que respeitadas a proporção, causem uma impressão mais eficaz e mais durável sobre o ânimo dos homens e que seja a menos dolorosa para o corpo do réu.

É imprescindível reconhecer que essa afirmação corresponde aos anseios e ideais da criminologia moderna que há muito abandonou o pensamento de que o rigor excessivo na aplicação das penas poderia reduzir os crimes na sociedade, posto que o castigo como um fim em si mesmo não se mostrou eficaz na prevenção de delitos, tanto na prevenção-especial, quanto na prevenção-geral.

Acerca da polêmica sobre qual seria as características da pena, convém explanar sobre as teorias retributivistas, teorias preventivas e teorias mistas da pena.

As teorias retributivistas da pena se baseiam no fato de que a culpa do autor do delito deve ser expiada por meio da pena, nesse sentido, a função da pena é trazer a justiça. Assim sendo, a pena é uma maneira de reparar o dano causado e de devolver o mal da mesma forma ao autor do crime, como observa Bitencourt (2004, p.107):

Segundo a Teoria retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada ,mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal esta no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto.

Conseqüentemente, nessa corrente não há consideração a respeito da utilidade da pena, à medida que se o fim da pena é apenas retribuir mal causado pelo delinqüente, não há espaço para que a pena se enquadre na questão da prevenção-especial ou da prevenção-geral, pois a pena nesse caso é meramente punitiva.

Entretanto, na contramão das teses retributivas, estão as teorias preventivas da pena, as quais prevêm que a finalidade da pena é a prevenção de novos crimes, nas palavras de Bitencourt (2004, p.121):

Para ambas as teorias, a pena é considerada um mal necessário. No entanto, essa necessidade da pena não se baseia na idéia de realizar justiça, mas na função, já referida, de inibir, tanto quanto possível, a prática de novos fatos delitivos.

Neste diapasão, de acordo com essa teoria a prevenção tem como meta exercer

‘coação psicológica’ (BITENCOURT, 2004, p.122), que desestimule a prática dos fatos delitivos tanto na população (prevenção-geral) quanto no próprio condenado que deve ser trazido de volta à sociedade apto a não cometer nenhum outro crime.

No tocante às teorias mistas da pena, ocorre uma tentativa de reunir as teorias absolutas e a teorias relativas da pena, de modo que haja um equilíbrio entre elas.

2.2 Início da Prisão Moderna

Se o período humanista ficou caracterizado pela humanização no Direito Penal, pode-se dizer que o mesmo tenha ocorrido durante a transição da prisão custódia para a prisão pena, pois a prisão surgiu como uma forma de punição menos cruel do que as penas infamantes anteriormente aplicadas.

Assim, no momento em que a prisão surge como um mal necessário e uma resposta razoável ao problema da criminalidade, surge também a despeito da polêmica entre as teorias anteriormente elencadas, o ideal de ressocialização do réu por meio da pena privativa de liberdade.

[...] a pena é considerada um mal necessário. No entanto, essa necessidade da pena não se baseia na idéia de realizar justiça, mas na função, já referida, de inibir tanto quanto possível, a prática de novos fatos delitivos (BITEBCOURT, 2004, p.121).

Apoiados pelo ideal de ressocialização do preso, surgiram os primeiros sistemas prisionais nos Estados Unidos comprometidos em oferecer uma resposta para a indagação a respeito de quais seriam as características de uma penitenciária realmente eficiente que cumprisse os anseios de reabilitação do condenado, como explica Bitencourt (2004, p. 59): “Os trabalhos forçados foram abolidos. A pena de morte passou a ser aplicada em pouquíssimos casos e generalizou-se a pena privativa de liberdade, com a ‘esperança de conseguir a recuperação dos condenados”.

Dentre esses sistemas faz-se importante mencionar o sistema pensilvânico ou celular que tinha como característica o isolamento do preso, o silêncio e ordem constantes.

Contudo, o isolamento absoluto proposto por esse sistema representava uma maneira mais sutil de tortura ao condenado, já que não havia tortura física, porém era inegável os tormentos mentais pelos quais passavam os apenados que eram submetidos a esse tipo de regime.

O prisioneiro submetido a este isolamento não consegue identificar o significado das palavras, apenas procura adivinhar o que se passa, já que tudo se apresenta com tal uniformidade que se perde a noção do tempo e a localização. (BITENCOURT, 2004, p. 67)

Nesse sentido, esse sistema em nada contribui para a ressocialização do preso, muito pelo contrário, posto que o isolamento absoluto torna infinitas vezes mais difícil a sua reinserção na sociedade, uma vez que o apenado acaba por ser privado de todo e qualquer contato social.

O sistema celular apenas se mostrou eficiente como uma maneira de controle da população carcerária, nas palavras de Bitencourt (2004, p.39):

Desse paradoxo se pode tirar a seguinte conclusão: o sistema penitenciário, apesar de todos os esforços para convertê-lo em instrumento de ressocialização, não pode deixar de cumprir o papel de eficaz instrumento de controle e dominação.

O sistema de isolamento não foi útil no tocante à ressocialização do preso, posto que o afastamento impossibilita o contato social, gerando um paradoxo em relação ao ideal de reinserção do presidiário na sociedade.

Ainda a respeito dos sistemas carcerários, convém mencionar o sistema auburniano, que surgiu como evolução do sistema celular. Assim, como a experiência de confinamento solitário tinha se mostrado um grande erro na recuperação do criminoso, o sistema auburniano tentou corrigir os desacertos do sistema anterior.

Entretanto, a idéia principal do sistema auburniano não era a recuperação do detento, mas, sim, a obediência e a exploração do trabalho carcerário, assim como explica Bitencourt (2004, p.71):

O sistema auburniano não tinha uma orientação definida para a reforma do delinqüente, predominando a preocupação de conseguir a obediência do recluso, a manutenção da segurança no centro penal e a finalidade utilitária consistente na exploração de mão-de-obra carcerária.

Esse sistema adota o trabalho comum e o silêncio absoluto como princípios, dessa maneira, tornava mais fácil a manutenção do poder dentro das penitenciárias.

Todavia, o trabalho dos presidiários encontrou imensas barreiras impostas pelos sindicatos de classe que julgavam que o fato de ensinar seu trabalho aos detentos, desvalorizava-o, assim como afirma Bitencourt (2004, p.75):

Além de argumentos de caráter econômico, os operários consideravam que, ensinando um ofício ou técnica de trabalho aos presos, poder-se-ia incorporá-los às fábricas, e essa circunstância desvalorizaria aquele ofício aos olhos do mundo.

Aqui, é necessário destacar a contradição estabelecida a respeito do trabalho dos detentos, à medida que se por um lado, o labor é visto tanto como forma de dominação, por outro também é encarado como instrumento necessário à reabilitação do condenado.

Todavia, no sistema auburniano o excesso de rigidez de normas acabava por impedir a reabilitação do condenado de forma efetiva, uma vez que o silêncio absoluto, a dura disciplina interna, o cerceamento extremo de direitos dentro da penitenciária, fizeram com que esse sistema ficasse muito aquém dos objetivos esperados, como observa Bitencourt (2004, p.77):

No regime auburniano, por influência do militarismo, chega-se a regulamentar aspectos intrascendentes da vida carcerária, Essa regulamentação da vida do recluso propicia um atmosfera monótona e deprimente. Os reclusos não podiam caminhar, a não ser em ordem-unida ou fila indiana, olhando sempre as costas de quem ia à frente, com a cabeça ligeiramente inclinada para a direita e com os pés acorrentados, movimentando-se de forma uníssona.

Destarte, tanto o sistema filadélfico quanto o sistema auburniano vedavam a comunicação entre os reclusos, o sistema celular separava os detentos durante o dia todo e o sistema auburniano permitia que ficassem reunidos durante algum período do dia. Ambos sistemas tinham uma concepção retributivista da pena, posto que seus alicerces estavam na punição e obediência do detento.

No tocante à evolução das prisões, é necessário mencionar os sistemas progressivos, posto que após a predominância da pena privativa de liberdade ocorreu a adoção desses regimes.

Nesse sistema o detento passa por fases em que se aprovado no quesito bom comportamento e decorrido o lapso temporal necessário, tem a possibilidade de um regime prisional mais brando, nas palavras de Bitencourt (2004, p.83):.

A essência desse regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador.

Em relação aos sistemas progressivos, faz-se necessário discorrer a respeito do sistema de Montesinos, desenvolvido por Manuel Montesinos, grande idealista do tratamento humanitário nas prisões. Neuman (apud BITENCOURT , 2004, p.89)

Dentre as idéias de Montesinos cumpre destacar as que dizem respeito à dignidade do preso, posto que era visceralmente contra os castigos corporais e penas infamantes largamente aplicados aos condenados da época, portanto, há uma preocupação com a dignidade do recluso como ser humano, e, não, apenas a convencimento de que o apenado que deve ser punido e mortificado pelo sistema.

Outro ponto da obra de Montesinos que merece destaque é a idéia de que o trabalho tem função reabilitadora, ainda que o trabalho penitenciário, como já foi acima mencionado, enfrente preconceitos, à medida que a própria comunidade não recebe de maneira apropriada o trabalho dos apenados, como estabelece Bitencourt (2004, p.93):

O trabalho penitenciário enfrenta a triste sina de ter de ser ineficiente, marginal e improdutivo com evidente desvinculação do meio social. Embora se fale na missão ressocializadora da pena, a própria sociedade pressiona para que a realidade penitenciária seja somente um meio de isolamento, onde as possibilidades de conseguir uma autêntica reintegração social são praticamente inexistentes.

Todavia, independentemente da visão da sociedade a respeito do trabalho penitenciário, é inegável que para ocorrer a reintegração do apenado à sociedade é imprescindível que haja trabalho dentro da instituição, tanto pela sua função terapêutica, quanto pelo trabalho que poderá ser desempenhada pelo detento após o cumprimento da pena.

A despeito de todas as fases pelas quais passou o sistema prisional, a prisão ainda se encontra muito longe de atingir o ideal de ressocialização anteriormente propalado, já que a situação dos condenados à pena privativa de liberdade é muito diferente dos ideais de reabilitação que deveriam ser os pilares do tratamento do indivíduo com comportamento desviante, como observa Cezar Roberto Bitencourt (2004, p. 130) :

Enfim, a tentativa de humanizar a pena, assim como o propósito de converter o sistema penitenciário em instrumento reabilitador, sempre encontrou duas grandes dificuldades: de um lado, o cidadão comum mantém uma atitude vingativa e punitiva a respeito da pena privativa de liberdade, e de outro lado, as autoridades públicas, por pragmatismo e oportunismo (geralmente com intenções demagógicas e eleitoreiras), não se atrevem a contradizer esse sentimento vingativo.

No caso do Brasil, a Constituição Federal promulgada em 1988, proibiu a tortura e qualquer tipo de tratamento cruel e degradante como esclarece o trecho abaixo transcrito:

Agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois essa se realiza naquele. A integridade físico-corporal constitui, por isso, um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo daí porque as lesões corporais são punidas pela legislação penal. Qualquer pessoa que as provoque fica sujeita as penas da lei. Mas a constituição foi expressa em assegurar o respeito a integridade física dos presos (art. 5, XLIX, as constituições anteriores já o consignavam com pouca eficácia utilizavam-se habitualmente varias formas de agressão física a presos a fim de extrair-lhe confissões de delitos fatos esses que já estão abolidos desde a constituição de 1824, quando em seu art, 179, XIX, suprimiu os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis, o que foi completado pelo art. 72, § 20 da constituição 1891, ao abolir a pena de Galés e o banimento judicial. Agora, a constituição vai mais longe: além de garantir o respeito a integridade física e moral declara que ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante (art. 5, III) (SILVA, 2008, p.199).

Ocorre entretanto, que há uma diferença significativa entre o discurso das autoridades e a realidade dos presídios brasileiros, posto que rebeliões, chacinas, casos de tortura e toda sorte de abusos são cometidos dentro dos cárceres brasileiros.

Destarte, a pena privativa de liberdade encontra-se em uma grande crise, fato que força a sociedade a repensar a maneira de lidar com a criminalidade, assim sendo, os próximos tópicos abordarão as razões dessa problemática.

2.3 Da Falência da Premissa de Ressocialização

Do modo como já foi acima aludido, a o sistema penal e mais especificamente o sistema prisional, passa por uma séria crise, sendo que a falência do princípio reabilitador da pena, é uma das maiores causas desse problema.

A pena privativa de liberdade apesar de ter como objetivo a reabilitação e, conseqüentemente, a reinserção do apenado na sociedade não tem conseguido cumprir sua meta, a medida que a porcentagem de reincidência é muito alta.

Nesse sentido, com a transformação da prisão-custódia em prisão-pena, os acusados ao invés e esperar pelo seu julgamento na prisão, passaram a cumprir suas respectivas penas dentro dela, com a promessa de que de lá sairiam ressocializados.

Contudo, inúmeras ressalvas devem ser feitas, pois essa promessa jamais foi cumprida pelo sistema penal, à medida que a prisão passou a ter efeito exatamente oposto aos

ideais de ressocialização, assim sendo, a prisão passou a ter caráter criminógeno, qual seja, passou a tornar os detentos nela encerrados ainda mais criminosos “a própria natureza da prisão como instituição total conspira contra os teóricos dos objetivos ressocializadores” (CERVINI, 1995, p. 142).

A entrada do apenado na instituição penitenciária acontece com uma série de mortificações da auto-imagem do condenado, situação em que sua sanidade mental é constantemente levada além do limite do tolerável, assim como tem inúmeros direitos recorrentemente vilipendiados e aviltados pelo sistema, nas palavras de Cervini (1995, p.43): “Ademais, o ingresso em uma instituição de semelhante natureza começa com uma série de humilhações, degradações e desonras do “eu” e esse “eu” é sistematicamente mortificado, ainda que muitas vezes não de propósito”.

Dessa maneira, as condições da vida do apenado dentro da prisão fazem com que a pena seja apenas um fator de isolamento da sociedade e não de uma eventual melhora na sua capacidade de compreensão.

Assim, privado do contato com o mundo exterior em na maior parte do tempo, sem uma atividade que lhe devolva a auto – estima e lhe dê alguma ocupação o presidiário acaba por sair da prisão sem nenhuma condição de ser reinserido na sociedade.

A vida fora da prisão também não reinsere o ex-presidiário na sociedade, à medida que dificilmente obtém um emprego lícito para que consiga prover o seu sustento e o de sua família, posto que até o próprio Estado, muitas vezes, torna ainda mais difícil a recolocação do condenado no mercado de trabalho, como ensina Cervini (1995, p.43):

No âmbito mais pessoal, a pena produz uma fratura-chave na vida do interno que, ao sair em liberdade, encontra a maioria das portas fechadas. O fenômeno da estigmatização é bem conhecido, ou seja, o alto grau de marca jurídica que a pena acarreta.

Dessa maneira, é importante notar que no caso do Brasil, a imensa maioria dos concursos públicos exigem Certidão Negativa de Antecedentes criminais para que o aprovado possa tomar posse no cargo, conseqüentemente, tal exigência representa mais um entrave ao processo de ressocialização do condenado.

Nesse diapasão, esse fato constitui uma das maiores incoerências frente a um Estado que propõe a pena privativa de liberdade como um dos pilares do Sistema Penal e que por meio dela objetiva a ressocialização do criminoso.

Assim, a sensação de isolamento social acompanham o apenado pela vida dentro e

fora da prisão, à medida que sem um trabalho, não consegue manter-se a si mesmo e nem manter seus familiares, como trecho da obra de Cervini (1995, p.44):

A rejeição que sente um indivíduo com etiqueta de ex-presos, a qual quase sempre fecha os caminhos para um trabalho honrado para sobreviver e sustentar a família, cria, também, uma rejeição em relação ao meio social, o que é acrescido pelo ressentimento resultante do período de tempo em que passou na prisão.

Importante citar a opinião de Queiroz (1995, p.38):

f-) efeito criminógeno da pena. A reação social não só é injusta, senão intrinsecamente irracional e criminógena. Longe de fazer justiça, de prevenir a criminalidade e de reinserir o desviado, seu impacto real converte a pena em uma resposta intrinsecamente irracional e criminógena, porque exacerba o conflito social ao invés de resolvê-lo; potencia e perpetua a desviação, consolida o desviado em seu status de delinqüente e gera estereótipos e etiologias que se supõem que pretende evitar, ensejando desse modo, um círculo vicioso (sel fullfiling prophesy).[...].

As prisões passaram a ser apenas um depósito de pessoas sem nenhuma perspectiva de reintegração na sociedade de maneira satisfatória e correspondente aos anseios e ideais propalados pelos defensores do sistema prisional.

Deste modo, essa aplicação indistinta permanece até hoje, posto que esse excesso no tocante ao emprego do Direito Penal na resolução dos conflitos, converteu-se em um excesso de contingente nas prisões.

2.4 Do Custo do Crime

Neste tópico, é necessário esclarecer mais um ponto desfavorável no tocante à política criminal que vigora atualmente e que agrava ainda mais a crise pela qual passa o sistema penal, posto o preço para manter todo o aparato de repressão ao crime é altíssimo, e, portanto, consome uma infinidade de recursos do Estado.

Os altos custos da repressão e prevenção dos crimes que geram enormes dívidas para que o Estado possa manter toda a estrutura burocrática de juízes, promotores, policiais, além do preço de construir e manter as prisões e os condenados que lá se encontram.

O custo público ou custo para as finanças públicas é o peso causado pelo funcionamento do sistema de controle social da criminalidade. Para a

coletividade, equivale ao custo global de bens e serviços utilizados na luta contra o delito pagando a estrutura institucional. (CERVINI, 1995, p.62)

A extensa despesa com o delito é agravada pelo fato de que a maioria dos presos não mantém atividade remunerada dentro do presídio, por conseguinte, o ócio inerente à vida carcerária além de dificultar a reabilitação dos apenados, como já foi anteriormente explicado, também encarece ainda mais o valor na manutenção dos presidiários, assim como atesta o trecho abaixo transcrito:

O capital humano é o ativo mais valioso de um país, mas as práticas atuais em matéria de tratamento de delinquência são, na maioria das vezes, contrárias aos princípios racionais de utilização e conservação da força de trabalho. O encarceramento, além de frear a produtividade, coloca em perigo as perspectivas de emprego no futuro, e com isso promove-se uma espécie de carteira criminal, com os respectivos efeitos secundários que, além de individuais e familiares, sobrecarregam as bases materiais do país (CERVINI, 1995, p.57).

Assim, o próprio país sofre as conseqüências do desemprego do condenado “a não produtividade do delinquente incide de certa forma no crescimento geral do país. [...] (CERVINI, 1995, p.57)”, esses efeitos são mais gravosos para países sem tantos recursos financeiros como o Brasil.

Outro ponto a ser considerado é a dificuldade que o egresso da prisão encontra em obter um novo emprego, ou seja, o desemprego passa a ser o destino inexorável do ex-presos, assim tanto o apenado quanto sua família sofrem as conseqüências da pena.

E o estigma da prisão? Quem dá trabalho ao indivíduo que cumpriu pena por crime considerado grave? Os egressos do cárcere estão sujeitos a uma outra terrível condenação: o desemprego. Pior de tudo são atirados a uma obrigatória marginalização. Legalmente dentro dos padrões convencionais não podem viver ou sobreviver. (LINS E SILVA, Consulex, 2001, nº 104, p. 22)

No caso do Brasil, a falta de trabalho nas penitenciárias também é um grave problema, convém transcrever trecho da obra de Carvalho Filho (2002, p.10): “No Rio de Janeiro, em Bangu I, penitenciária de segurança máxima, verificou-se que não havia oportunidade de trabalho e de estudo porque o trabalho e o estudo ameaçavam a segurança”.

Dessa maneira, importante destacar que a manutenção do apenado e de sua família ficarão a cargo do próprio Estado que mais uma vez terá de arcar economicamente sustento dessas pessoas.

A estigmatização causada pela pena encontra respaldo até mesmo na conduta do próprio Estado, posto que como já foi acima esclarecido há uma incoerência no que tange ao comportamento do Estado que por um lado apregoa que o objetivo da pena é a ressocialização e por outro lado, fecha as portas ao condenado.

Ainda na questão do custo do crime, convém elucidar a respeito dos danos diretos que resultam em prejuízos que o país tem de arcar como, por exemplo, custo da repressão, da investigação, da prevenção, da manutenção do infrator dentro e fora da prisão, dos bens roubados e não recuperados, da assistência médica às vítimas e aos infratores, gastos com a execução da lei etc.

Logo, aliados a todos esses gastos estatais ainda deve-se levar em conta o custo mensal para manutenção de um apenado dentro da prisão, posto que além dos recursos empregados na própria construção do cárcere, é necessário contratação de empregados para vigilância, pagamento de refeições para os detentos, ou seja, o custeio de toda infra-estrutura concebida pelo Estado para controle e punição da criminalidade, como ensina Cervini (1995, p.62):

O custo público ou custo para as finanças públicas é o peso causado pelo funcionamento do sistema de controle social da criminalidade. Para a coletividade, equivale ao custo global de bens e serviços utilizados na luta contra o delito pagando a estrutura institucional.

Dessa forma, o pagamento de todas essas despesas gera prejuízos aos cofres públicos de países ricos como os Estados Unidos, assim como, afirma Carvalho Filho (2002, p.16), no trecho abaixo:

A sensação de insegurança e a queda nos índices de criminalidade têm estimulado o movimento encarcerador. Em 1980, eram 1.842.100 pessoas presas ou vigiadas (probation e parole), no final do 2000, eram 6.467.200. O custo anual do sistema ultrapassou US\$ 40 bilhões. O número de presos é tão expressivo que interfere, decisivamente, no cálculo das taxas de desemprego.

Assim sendo, se o impacto dos custos do crime é tão significativo em um país rico, é possível imaginar os efeitos dessas despesas nas finanças de um país em desenvolvimento como é o exemplo do Brasil, o que sem dúvida caracteriza mais uma razão para que a política criminal seja repensada.

2.5 Do Caráter Criminógeno da Prisão

A prisão considerada um mau necessário, não representa a solução ideal no que diz respeito à prevenção e a repressão de delitos, entretanto, foi o modo menos gravoso encontrado.

Assim, após os espetáculos públicos de tortura e atrozamento do acusado, a aplicação indiscriminada da pena de morte, banimento, galés e toda sorte de crueldades, a prisão foi preservada. Dessa forma, a pena passou a ter como objetivo a ressocialização do condenado, conforme as palavras de Carvalho Filho (2002, p.21):

A prisão torna-se então a essência do sistema punitivo. A finalidade do encarceramento passa a ser isolar e recuperar o infrator. O cárcere infecto, capaz de fazer adoecer seus hóspedes e matá-los antes da hora, simples acessório de um processo punitivo baseado no tormento físico, é substituído pela idéia de um estabelecimento público, severo regulamentado, higiênico, intransponível, capaz de prevenir o delito e ressocializar quem o comete.

As garantias que inicialmente representaram um marco no desenvolvimento das prisões, passaram a ser apenas garantias formais, posto que na prática não há cumprimento dessas regras.

A prisão ao invés de reinserir o condenado na sociedade, apenas reproduz as desigualdades sociais, desumaniza o apenado e gera ainda mais crimes, pois não reprime e nem previne a criminalidade.

O cárcere isola e traz uma série de malefícios à pessoa do preso, dessa maneira, a degradação causada pelos anos passados na prisão tornam o apenado mais perigoso à sociedade do que era antes de adentrar o estabelecimento prisional.

Logo, vivendo em condições insalubres nas quais se encontram muitas penitenciárias, os ideais de ressocialização entram em conflito com a vida real do detento dentro da prisão, devido às condições subumanas dentro delas, como destaca Carvalho Filho (2002, p.10): “As prisões brasileiras são insalubres, corrompidas, superlotadas e esquecidas. A maioria de seus habitantes não exerce o direito de defesa. Milhares de condenados cumprem pena em lugares impróprios”.

A extensão dos danos causados pela pena é muitas vezes subestimada, à medida que o detento não tem acompanhamento psicológico correto para que se possa verificar qual o impacto da pena. Entretanto, é possível avaliar que o condenado passa por degradações de caráter físico, psicológico, sexual etc dentro de uma penitenciária.

Assim sendo, a imagem que ele faz de si mesmo, seu “eu” interior é constantemente mortificado pelas privações e pela estigmatização que o cárcere acarreta, como esclarece Valdés (apud BITENCOURT, 2004, p.201):

Os efeitos negativos que a experiência em prisão produz na auto-imagem do recluso podem ser atribuídos a causas múltiplas. Porém, uma das mais importantes é que uma instituição total, como a prisão, produz um sentimento de esterilidade absoluta, cuja origem reside na desconexão social e na impotência habitual para adquirir dentro da prisão, benefícios que sejam transferíveis á vida que se desenvolve lá fora.

Há que se falar ainda sobre a estigmatização decorrente do cumprimento da pena privativa de liberdade, posto que a sociedade rotula eternamente o ex-detento, que embora já tinha cumprido a sanção referente ao crime cometido, viverá sempre à margem da sociedade, “não se pode ignorar ademais, o efeito estigmatizador, marginalizador e a-socializante que implica a própria classificação dos detentos” (CERVINI, 1995, p.40).

Os efeitos psicológicos produzidos pela permanência do detento dentro de um estabelecimento prisional também merecem destaque, uma vez que há relatos a respeito de psicoses e paranóias manifestadas dentro da instituição prisional.

A ressocialização do condenado se torna praticamente inviável e no mínimo contraditória, já que as doenças psicológicas manifestadas no cárcere tornam a situação do detento ainda mais dramática e comprovam os efeitos nocivos da pena privativa de liberdade sobre o indivíduo, na lição de Cervini (2004, p.199):

Todos os transtornos psicológicos, também chamados de reações carcerárias, ocasionados pela prisão são inevitáveis. Se a prisão produz tais perturbações, é padoxal falar em falar em reabilitação do delinqüente em um meio tão traumático como cárcere. Essa séria limitação é uma das causas que evidenciam a falência da prisão tradicional.

Conseqüentemente, a pena privativa de liberdade do modo como é atualmente aplicada em nada contribui para ressocialização do condenado, apenas abrevia sua destruição física, mental e social, tornando-o um criminoso mais perigoso quando deixa o estabelecimento prisional do que quando nele adentrou.

Essa problemática, portanto, evidencia a falência do sistema na questão da repressão e da prevenção de crimes, gerando, assim, ainda mais crimes.

O problema sexual do preso também tem extrema relevância no tocante à dificuldade de reinserção do detento na sociedade, à medida que a repressão do instinto sexual do

apenado gera enormes problemas dentro dos presídios.

A contenção da sexualidade do detento possibilita o surgimento de perversões sexuais, além de tornar a reabilitação ainda mais difícil, posto que refrear instintos tipicamente humanos, perverte e corrompe ainda mais a personalidade do indivíduo Castillon Mora (apud BITENCOURT, 2004, p.202)

A repressão do instinto sexual propicia a perversão da esfera sexual e da personalidade do indivíduo. Enfim, é impossível falar de ressocialização em um meio carcerário que deforma e desnatura um dos instintos fundamentais do homem.

Os maiores problemas causados pela repressão da sexualidade no cárcere são físicas e psíquicas, ocasionando a deformação da auto-imagem, destruição da relação conjugal do recluso, ainda é preciso salientar que o problema sexual aliado ao problema das drogas dentro da prisão fazem aumentar o risco de motins e de rebeliões dentro das penitenciárias.

Não se pode deixar de mencionar a ocorrência de abusos sexuais entre os detentos, nesses casos, a violência sexual tem impacto devastador sobre a personalidade do indivíduo, ocorrendo, inclusive, hipóteses de suicídio entre detentos vítimas dessa prática.

Assim sendo, algumas saídas encontradas para essa questão são de cunho mais conservador, como é o caso da adoção de medidas de higiene, trabalho e exercícios físicos para impedir o surgimento de qualquer tensão do tipo sexual Valdés (apud BITENCOURT, 2004, p.212), a utilização de drogas também já foi proposta para reduzir o problema sexual carcerário, entretanto, tal utilização conflita com a ética científica e nos experimentos realizados, não produziu resultados relevantes.

A solução mais adequada encontrada para o problema da sexualidade do detento foi à visita íntima, à medida que por meio dela é possível reduzir o impacto da repressão ao instinto sexual do condenado, posto que há a manutenção dos laços afetivos do detento, a diminuição da tensão decorrente da abstinência sexual, e, conseqüentemente, diminuição da agressão dela decorrente, evita as aberrações e perversões sexuais que ocorrem na prisão:

A visita íntima, uma das soluções ao problema sexual carcerário, consiste em permitir a entrada na prisão, por período de tempo mais ou menos significativo, da esposa ou companheira do recluso ou do esposo ou companheira da reclusa (BITENCOURT, 2004, p.216).

Portanto, a visita íntima representa a solução menos traumática para o problema da sexualidade carcerária, embora, não seja a solução ideal para a questão, é a medida que

apresenta resultados mais satisfatórios.

Assim, por todas as razões acima descritas a pena privativa de liberdade deve ser cominada apenas em casos de crimes muito graves e realmente danosos à sociedade, posto que a prisão corrompe e não ressocializa, portanto, para que haja a efetividade do sistema penal é necessário reduzir sua área de atuação.

À medida que houver a redução na aplicação do Direito Penal, há que se tentar a cominação de penas alternativas com o intuito de evitar a pena privativa de liberdade e reduzir o excesso da população carcerária e os problemas dele advindos.

É preciso destacar que sempre que outras áreas do Direito se mostrarem mais adequadas na resolução dos conflitos, não há que se falar na aplicação do Direito Penal, uma vez que outros ramos do Direito podem ser mais benéficos para a sociedade do que a aplicação indiscriminada do Direito Penal.

Por conseguinte, a pena privativa de liberdade deve ser deixada também para casos em que o infrator represente grande perigo para o convívio social, posto que a concepção atual do Direito Penal não leva em conta mais os estigmas sociais do que o risco real que o detento pode trazer à comunidade.

Como já foi acima exaustivamente explicado, o Direito penal tem sido usado apenas como instrumento de legitimação de desigualdades materiais e sempre recaindo sobre a parte mais economicamente fragilizada da população.

Assim sendo, o grupo de indivíduos pertencentes às classes mais baixas sentem de maneira mais rígida o peso da punição do sistema penal, neste diapasão, a intervenção mínima por parte do Estado se mostrou a alternativa mais plausível para essa mudança, como será a seguir demonstrado.

CAPÍTULO 3 - REFORMA DO SISTEMA PENAL VIGENTE

Durante os dois primeiros capítulos deste trabalho procurou-se fazer uma introdução acerca do surgimento do sistema penal tal como é concebido hoje, com especial destaque para sua principal forma de punição que é a prisão e os problemas por ela deflagrados, gerando a conseqüente crise que se abateu por todo o sistema penal.

No tocante à pena privativa de liberdade, somente criminosos sem condições de conviver em sociedade seriam presos, posto que não seria uma medida ressocializante deixar na prisão o indivíduo que tem condições de permanecer em sociedade.

Desta maneira, tal ato do poder público representaria apenas uma vingança da sociedade e logicamente um imenso retrocesso no que tange à evolução do direito penal no tratamento do infrator, à medida que se existe a busca pela efetividade das sanções penais de nada adiantaria impor uma pena ineficaz e muitas vezes excessiva, como explicita Queiroz (2002, p.22):

Tampouco neutraliza as causas geradoras de tais conflitos, de sorte a evitá-lhes a repetição. Ao contrário, por meio de sua sanção mais característica – a pena de prisão –, perverte, degrada e, não poucas vezes sem resultado prático algum que a justifique, quer em favor do ofendido, quer em benefício da sociedade.

A respeito do excesso de rigor na punição de determinados crimes, é necessário considerar que deve haver o respeito ao princípio da proporcionalidade, qual seja a pena imposta não deve ser-lhe nem muito branda e nem excessivamente onerosa, caso contrário, ocorreria patente injustiça.

Todavia, não seria possível que após a explanação sobre surgimento e sobre a problemática do sistema penal, não se falasse sobre as possíveis soluções para tal situação, portanto, o presente capítulo tem como objetivo expor as teorias que prometem solucionar ou ao menos amenizar a situação do Sistema Penal nos dias que correm.

Essa mudança não seria possível sem que houvesse uma mudança no tocante à aplicação do Direito Penal, dessa forma, a nova concepção do Direito Penal que embasaria essa transformação seria o Direito Penal Mínimo, ou seja, a aplicação subsidiária do Direito Penal naqueles delitos em que essa medida seria indispensável. Portanto, os caminhos para essa alteração serão esmiuçados nos próximos tópicos.

3.1 Da Aplicação Subsidiária do Direito Penal

Neste tópico, convém explicar a principal proposta do presente trabalho, qual seja, a aplicação apenas subsidiária do Direito Penal e mais especificamente a pena privativa de liberdade, posto que como medida mais gravosa para a pessoa deve ser destinado aos casos de extrema importância, onde sua aplicação é inevitável e necessária, nas palavras de Queiroz (2002, p.24):

Dizer como Montesquieu, que toda pena que não deriva da necessidade é tirânica, ou como Beccaria, que proibir uma enorme quantidade de condutas indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos, ou, ainda, como a Constituição Francesa de 1791 (art.8º), que a lei não deve estabelecer penas que não sejam estritamente e evidentemente necessária, outra coisa não é senão reconhecer, ao menos politicamente, o caráter subsidiário da intervenção penal, com a mais violenta das formas de intervenção do Estado na vida dos cidadãos. É reconhecer que não se deve apelar a esse castigo extremo senão quando não se puder, de fato, conjurar a lesão de que se trate por instrumentos menos dramáticos.

Neste diapasão, após a demonstração de que a prisão não ressocializa e torna muitas vezes o indivíduo mais perigoso do que antes, aliado ao fato de que a clientela do direito penal é composta basicamente de pessoas oriundas de classes mais baixas e desassistidas.

O excesso da aplicação da pena privativa de liberdade acaba por tornar as prisões ainda mais insalubres, à medida que superlota as penitenciárias tornando definitivamente a ressocialização uma utopia.

Portanto, é necessário reconhecer que o Direito Penal é a mais gravosa das formas de intervenção estatal na vida dos cidadãos, assim sendo, deve ser usada como *ultima ratio*, ou seja, como última alternativa para punir o acusado.

Deste modo, sempre que houver lesão a um bem jurídico, o Direito Penal deve ser a última opção para punir o comportamento desviante, à medida que de todas é a mais grave das sanções, posto que denigre, estigmatiza, corrompe e isola o infrator, como explica Queiroz (2002, p.26):

A par disso, semelhante intervenção vem de ordinário marcada de elevados custos sociais quase sempre irreversíveis: a marginalização da vítima, o asselvajamento e estigmatização do infrator etc. É também uma intervenção marcada sistematicamente por toda sorte de violação dos direitos humanos. É ainda um sistema de muito difícil controle.

Cumpra salientar assim como já foi dito acima o caráter criminógeno das prisões, chamadas de “jaulas de deteriorar” (ZAFFARONI, p. 106-108).

Desta maneira, a grande prevalência de indivíduos oriundos das classes economicamente inferiores nas prisões, ocorre em virtude de que a falta de recursos financeiros impossibilita o pagamento de bons defensores.

Assim, embora tenham sua defesa assegurada por burocratas do Estado ou mesmo advogados por este pagos, crimes de pequeno valor ou até mesmo cometidos sem violência acabam sendo punidos com todo o rigor da Legislação Penal, aumentando a superlotação carcerária e todos os problemas que aqui já foram explicados.

É importante destacar, que o direito à ampla defesa previsto no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal fica prejudicado, visto que com uma defesa é deficitária ele não é exercido em sua plenitude como dispõe a Carta Magna, ainda mais se comparado a um indivíduo originário de classes economicamente mais abastadas que exercem a ampla defesa de maneira realmente plena.

O sistema penal por ser excludente e estigmatizante acaba por fazer um sistema de dois pesos e duas medidas, onde os economicamente mais fracos acabam por receber as mais pesadas penas cominadas no Código Penal.

Nesse ponto é interessante enfatizar que o sistema penal apenas reproduz as desigualdades sociais, à medida que impõe pesadas sanções a determinados infratores que nem sempre cometeram crimes merecedores de tão gravosas penas e a outros transgressores aplica penas mais brandas ainda que muitas vezes os crimes perpetrados sejam dignos de punições mais severas.

Assim sendo, é imperioso admitir que tal sistema é injusto, pois apenas alguns indivíduos são severamente apenados enquanto outros sofrem sanções mais brandas. Neste diapasão, a população carcerária passa a ser de miseráveis sem perspectiva alguma, como explicita Castilho (apud QUEIROZ, 2002, p.27), no trecho abaixo:

Por último, representa um sistema perversamente e inevitavelmente seletivo, que recruta sua clientela entre as classes mais fragilizadas e vulneráveis; entre os, miseráveis enfim. Os cárceres de toda parte, e do Brasil, em especial, demonstram-no incontestavelmente. [...] o direito penal de modo particular, seria um instrumento de desigualdade, porque a igualdade formal ou jurídica não anula a desigualdade material que lhe subjaz.

Convém destacar o papel do direito penal na questão da estigmatização social do indivíduo, uma vez que ao entrar na prisão passa por uma série de mortificações que não

contribuem para sua reabilitação.

Ainda a respeito das desvantagens trazidas pelo excesso de leis penais na sociedade, pode-se destacar o custo que o crime traz, posto que o Estado gasta demasiadamente para manter a estrutura punitiva baseada na aplicação do Direito Penal, a esse respeito é necessário transcrever:

E evidente que diante do claro fracasso das tradicionais diretrizes utilizadas para reduzir o delito e para tratar o delinqüente, é necessário ensaiar novas estratégias e medir sua eficácia real.

Certamente as novas fórmulas devem adequar-se as possibilidades econômicas de cada Estado, viabilizando, assim, uma distribuição equilibrada da renda. Isso deve forçar uma análise do “custo” do delito em si, da mesma forma que do “preço” que significaram para cada país as soluções tradicionais.(CERVINI, 1995, p.54).

Portanto, é possível concluir que o sistema penal não pode ser apropriado para solucionar o problema criminal, à medida que apenas reproduz as desigualdades sociais. Não se trata, porém, de fazer alguma alusão ao abolicionismo pena, mas sim de procurar soluções que possam trazer uma diminuição da aplicação da lei penal e, conseqüentemente, uma maior efetividade jurídica na resolução dos conflitos.

Trata-se de uma teoria que defende a aplicação subsidiária do Direito Penal, ou seja, somente em último caso o direito penal será aplicado. Apenas naquelas situações em que os outros ramos do Direito não puderem oferecer uma resposta satisfativa à conduta do agente.

Nesse ponto cumpre expor resumidamente os principais pontos da teoria de aplicação subsidiária do Direito Penal. Dessa forma, as novas tendências do Direito Penal são embasadas em três premissas a seguir explicadas.

3.1.2 Descriminalização

A descriminalização consiste em reduzir ao máximo as condutas que atualmente figuram no rol dos ilícitos penais, ou seja, as condutas desviantes menos graves deixaram de figurar no rol dos crimes previsto pelo Código Penal.

Assim, apenas os casos mais graves remanesceriam como tipificados, assim sempre que outros ramos do Direito puderem oferecer respostas mais adequadas a tais comportamentos, não falar-se-á no Direito Penal ou pena privativa de Liberdade. Dessa forma, torna-se desnecessário recorrer ao extremismo da sanção penal, como estabelece:

Acrescenta que a esse processo se dá na maioria dos casos por razões de conveniência e legalidade. Produz-se em relação aos delitos denominados “sem vítimas”, aos delitos que têm sua origem no enfrentamento entre as crenças tradicionais e o pensamento moderno, e em particular, em relação aos delitos menores contra propriedade e as infrações de trânsito, e muitas vezes o processo de descriminalização de jure. Nesse sentido, podemos considerar a descriminalização de fato e a de jure como partes de um mesmo processo contínuo (CERVINI, 1995, p.72).

Logo, com uma tipificação penal mais restritiva seria mais fácil a tarefa de tornar o sistema penal mais efetivo, à medida diminuiria a quantidade de indivíduos atingidos pela sanção penal.

3.1.3 Despenalização

A despenalização significa abrandar a pena de determinadas condutas, entretanto, sem deixar de considerá-las como ilícito penal, “por despenalização entendemos o ato de diminuir a pena de um delito sem discriminá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal” (CERVINI, 1995, p.75).

O exemplo que pode ser mencionado é a cominação de multa no lugar da pena privativa de liberdade e tipificação do ilícito como contravenção ao invés de crime, dessa forma, as penas cominadas seriam menores e igualmente menos onerosas tanto para os condenados quanto para o sistema estatal.

Convém esclarecer que a diminuição da incidência do Direito Penal é regida pelo Princípio da Intervenção Mínima do Estado. Tal princípio já foi amplamente aplicado na área econômica. Portanto, a proposta seria aplicá-lo também na área penal, posto que o Estado Democrático de Direito, somente mitiga a liberdade dos indivíduos naquelas questões em que tal medida se faz necessária.

3.1.4 Criminalização de novas Condutas

Novas condutas serão penalmente tipificadas, qual seja, ações ou omissões que não encontram previsão na Lei Penal passarão a ser consideradas como ilícitos penais.

Nos dias atuais os crimes que carecem de previsão legal sem sombra de dúvida são os chamados crimes de internet, neste diapasão, o direito eletrônico ainda prescinde de regulamentação, assim como, outras condutas tipicamente cometidas por indivíduos

originados das classes mais abastadas também necessitam de previsão legal, como demonstra Baratta (apud QUEIROZ, 2002, p.43):

Significa dizer noutros termos, que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classe dominantes e isentar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos, típicos de indivíduos pertencentes a elas e ligados funcionalmente à existência de da acumulação capitalista; tende a orientar o processo de criminalização, sobretudo até formas de desviação das classes inferiores.

Assim sendo, para que a aplicação do Direito Penal seja realmente efetiva, ainda que seja colocado como última alternativa no que diz respeito à sanção a comportamentos desviantes, é necessário salientar que algumas condutas devem ser penalmente tipificadas, posto que não podem permanecer em uma espécie de “limbo jurídico”, à medida que são perniciosas à sociedade.

A título de esclarecimento convém expor que uma das alternativas formuladas pelos teóricos do Direito Penal é o Direito Penal Máximo, ou seja, por essa teoria a resolução dos conflitos sociais deveria ocorrer por meio da sanção penal, bem como da aplicação de penas restritivas de liberdade na imensa maioria das vezes. Assim sendo, o Direito Penal passa a ser um modo de castigo e repressão dos mais diversos tipos do delito, posto que os bens jurídicos passam a ser mais amplamente tutelados por esse ramo do Direito.

Para os defensores desta teoria, o Direito Penal sendo aplicado de forma subsidiária não reprimiria os delitos de modo eficiente, à medida que somente a privação da liberdade pode prevenir futuros ilícitos e reprimir aqueles que já foram cometidos.

Entretanto, encarcerando todos os infratores, as prisões ficam lotadas, fato que torna impossível ressocializar e trazer de volta ao convívio social o transgressor. Desse modo, a convivência imposta entre criminosos que praticaram crimes de maior e de menor potencial ofensivo, sujeição a vários tipos de violência e de abusos, negligência por parte do Estado, tornam a vida na prisão apenas mais num passo rumo à completa degradação.

Assim, após o cumprimento da pena, não há mais como se reintegrar à sociedade, por isso, a maior parte das pessoas que passam pela prisão voltam a cometer crimes, já que não há espaço para que voltem a viver em sociedade de forma digna.

No extremo oposto do que preconiza a teoria do Direito Penal Máximo, está a Teoria do Abolicionismo Penal que defende que o Sistema Penal de nada adiantou desde sua origem, dessa maneira, as penas impostas não recuperam o infrator e nem coibem novos crimes. Outrossim, a maior parte dos delitos fica impune, o que torna o Sistema Penal inoperante e

perfeitamente dispensável.

O abolicionismo, como se disse, ao recusar validade aos fundamentos do direito penal, mas a imediata – ou mediata, para alguns autores – abolição de todo o sistema de justiça penal (judiciário penal, Ministério Público, polícia, penitenciárias etc). Argumenta-se que o sistema penal é em si mesmo um problema social. Argui-se que é um mal social que cria mais problemas do que resolve, razão por que deve ser abolido, para dar vida às comunidades, às instituições e aos homens (QUEIROZ, 2002, p. 40).

Deste modo, para os abolicionistas o direito penal é extremamente prejudicial à sociedade, uma vez que não previne novos crimes e pune apenas uma pequena parcela dos delitos cometidos, assim sendo, não serve ao fim a que se destina, “[...] verificar-se-á que a criminalidade registrada, investigada, processada e objeto de condenação e execução penais é irrisória, desprezível” (QUEIROZ, 2002, p. 45).

Destarte, a lei é usada apenas para legitimar a intervenção estatal na questão criminal, já que de nada adianta essa intervenção, posto que seu objetivo não é alcançado, passa-se a ter inúmeros gastos com a dispendiosa manutenção dessa estrutura que não tem efetividade, a esse respeito convém salientar trecho:

O sistema penal é incapaz de prevenir, por meio da cominação e execução de penas, quer em caráter geral, quer em caráter especial, a prática de novos delitos – Argumenta-se que o direito penal, como instância formal de regulação de conflitos, contrariamente à sua programação discursiva, não é capaz de motivar comportamentos no sentido do comando da norma penal, ou seja, no sentido de agir positivamente no processo motivacional de formação da vontade de delinquir. Saliente-se que, a despeito da incriminação, o aborto, o homicídio, o uso e o tráfico ilícito de entorpecentes etc. se repetem sistematicamente como se tal proibição simplesmente não existisse (QUEIROZ, 2002, p.41).

A teoria abolicionista ainda destaca a disparidade existente entre o discurso e a realidade do sistema penal, à medida que os inúmeros desrespeitos em relação às leis e aos indivíduos de comportamento desviante, como explica Queiroz (2002, p.45):

A violação do princípio da legalidade penal e a sistemática violação dos direitos humanos seriam, por isso, consectário lógico dessa disparidade entre a programação discursiva e a realidade operativa do sistema, através de execuções sem processo, atos de tortura, pela duração extraordinária dos processos penais, das prisões “provisórias”, que acabam por se converter em definitivas etc. E, mais grave ainda, estando estruturalmente programado para não funcionar segundo a planificação discursiva, o principal e mais importante exercício de poder do sistema penal dar-se-ia fora da legalidade,

vale dizer, segundo um marco de arbitrariedade concedido pela lei penal mesma (poder disciplinário configurador).

Assim sendo, o sistema penal trata a todos de forma padronizada, à medida que não leva em conta as características individuais do criminoso e nem de sua vítima, assim sendo o tratamento ressocializador e preventivo se torna impossível, “A pessoa é, assim, considerada pelo direito penal uma variável independente e não uma variável dependente das situações” (QUEIROZ, 2002, p.48).

Nesse sentido, uma das principais críticas feitas ao sistema atual é que não atua preventivamente, apenas reativamente quando o delito e as conseqüências por ele geradas já se produziram, portanto, essa reação se assemelha apenas a uma vingança, sem que esteja imbuída de algum caráter ressocializante Baratta (apud QUEIROZ, 2002, p.48)

Por essa razão o sistema de justiça punitivo se apresenta como forma institucional se apresenta como forma institucional e ritual de vingança. Tal como a vingança, ele intervém com a pena, em forma de violência para compensar simbolicamente um ato de violência já realizado.

Destarte de acordo com a teoria abolicionista, o sistema penal nada mais representa além de uma forma de continuidade das desigualdades sociais e que impõem as penas a certa parte da população, penas que de nada servem e, que, portanto, podem ser chamadas de penas perdidas.

Contudo, imensas são as críticas que recebe a teoria abolicionista, posto que tem uma visão utópica da sociedade culpando de forma unilateral o sistema penal por reproduzir as desigualdades, sendo que ainda que não houvesse tal sistemas essa diferenças continuariam a existir.

Dessa forma, esperar que a sociedade se regule e que todas as pessoas tenham o comportamento esperado para o bom convívio social é utópico e de certa maneira ingênuo, pois sempre haverá indivíduos com comportamento desviante daquilo que seria considerado socialmente adequado.

Portanto, a proposta de simplesmente acabar com o direito penal e deixar que a própria sociedade se auto-regule não parece ser a melhor solução, uma vez que assim se trata de uma mudança radical, assim como ocorre com o direito penal máximo.

No entanto, o direito criminal deve ser modificado e não abolido, pois a sociedade ficaria completamente desestruturada, se o Estado deixasse que os indivíduos se portassem sempre de acordo com suas próprias vontades, posto que tal medida necessitaria de uma

evolução social muito profunda, para que os homens pudessem se guiar sem nenhuma sanção legal, o que obviamente ainda está longe de ocorrer.

Logo, o maior desafio é encontrar uma nova proposta que se amolde aos anseios da sociedade, e, que, portanto, não deve ser radical nem para punir e nem para haver total liberação das sanções previstas em lei.

3.2 Suspensão Condicional da Pena

Ocorre quando o réu condenado há pena inferior há dois anos permanece e liberdade se preencher determinados requisitos como, previstos em lei, também chamada de *sursis*

Dessa forma, a suspensão condicional foi o modo encontrado pela Lei a fim de que não haja pena privativa de liberdade de curta duração, posto que se evita de expor o agente de um crime menos gravoso aos tormentos da prisão.

A suspensão condicional da pena encontra embasamento legal no art 77 do Código Penal que dispõe:

A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I- o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III- não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art.44 deste Código.

§ 1º A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 4 (quatro) anos, poderá ser suspensa, por 4 (quatro) a 6 (seis) anos, desde que o condenado seja maior de 70 (setenta) anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão (VADE..., 2008, p. 555).

Essas medidas significaram um grande avanço no tocante à aplicação da pena privativa de liberdade de modo subsidiário, como esclarece Cardoso (2004, p.90):

[...] com a ampliação do rol e das possibilidades de aplicação de penas alternativas o legislador ordinário buscou, além de evitar a indiscriminada utilização do cárcere como resposta monocórdia a todo e qualquer delito, resolver o velho problema de presídios e distritos policiais.

Assim sendo, caso o infrator descumpra algum dos requisitos necessários para a concessão do benefício a suspensão condicional da pena é revogada e convertida em pena

privativa de liberdade.

Destarte, o sursis constitui uma evolução no processo de subsidiariedade do Direito Penal, posto que a pena privativa de liberdade passa a ter caráter secundário na sanção de crimes de menos potencial ofensivo.

3.3 Aplicação de Substitutivos Penais no Brasil

A respeito do que foi acima explicado, é necessário reconhecer que o Brasil já deu os primeiros passos, no tocante à aplicação subsidiária do Direito Penal e mais especificamente da subsidiariedade da pena privativa de liberdade na punição de determinados delitos.

Dessa maneira, pode-se mencionar que com a introdução de penas alternativas, muitos crimes passaram a ter outras formas de sanção, excluindo-se, assim, a pena de prisão, portanto, nos chamados crimes de menor potencial ofensivo, o infrator sofre uma sanção legal, mas não tão rigorosa como o ingresso no cárcere.

A sociedade já começa a delinear uma menor aplicação do direito penal como forma de sanção, no entanto, ainda é necessário que haja inúmeras reformas e que se adote a aplicação subsidiária do direito penal, eliminando assim, o excesso de penas de reclusão, que como já foi acima aludido se mostrou ineficaz ao longo dos tempos.

O presente tópico tem o propósito de elencar algumas das medidas adotadas pelo Brasil nas quais se evidencia a aplicação subsidiária da pena privativa de liberdade.

3.3.1 Penas Alternativas Restritivas de Direitos Pecuniários

A pena de prestação pecuniária é considerada uma pena alternativa, portanto, também é uma opção sancionatória que evita a privação da liberdade, assim para que possa ocorrer a substituição da pena privativa de liberdade pela pena alternativa é necessário que sejam preenchidos alguns requisitos.

Nesse sentido, é preciso que a pena aplicada seja igual ou inferior a quatro anos no caso de crimes dolosos, nos crimes culposos não há limite de pena; em segundo lugar, o deve ter sido cometido sem violência ou grave ameaça, essa regra também não se aplica em caso de crimes culposos. No tocante aos requisitos subjetivos é necessário que o agente não seja reincidente em crime doloso, assim como deve-se analisar os antecedentes criminais do acusado, personalidade, conduta social e os motivos do crime.

A prestação pecuniária é a obrigação do condenado pagar a quantia de 1 a 360 salários mínimos para a vítima ou seus herdeiros, ou ainda, para uma instituição de fins sociais, desse modo, a extinção do prejuízo e a capacidade econômica do agente são dois parâmetros que devem ser observados.

Pode haver também a chamada prestação inominada, nesse caso, a prestação será de natureza diversa, como por exemplo, o fornecimento de cestas básicas à instituição filantrópica.

É necessário mencionar que o art. XLVI, b, da Constituição Federal instituiu a pena de perda de bens e de valores, qual seja, há o confisco de bens do condenado em benefício ao Fundo Penitenciário Nacional, na quantia que pode atingir o valor do prejuízo causado ou do proveito obtido pelo agente no cometimento do crime.

3.3.2 Penas Alternativas Restritivas de Direitos em Sentido Estrito

Dentre as penas restritivas de direitos em sentido estrito pode-se mencionar a prestação de serviços à comunidade que prevê a obrigação do condenado prestar serviços a entidades públicas por determinado período de tempo. Essas penas encontram previsão legal no artigo 43 do Código Penal:

As penas restritivas de direitos são:
I - prestação de serviços à comunidade;
II - interdição temporária de direitos;
III - limitação de fim de semana (VADE..., 2008, p.551).

A limitação de fim de semana obriga o condenado comparecer à casa do Albergado ou Instituição semelhante aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em horários estabelecidos pelo Juiz.

A execução da pena de limitação de fim de semana é regulada pelos arts. 151 e 153 da LEP, contudo, grande crítica se faz a esse tipo de pena, posto que não existem no Brasil as casas do albergado, tornando a execução da pena impossível.

Neste diapasão, cumpre salientar a interdição temporária de direitos há a proibição de exercício de função pública ou de mandato eletivo – uma pena específica que somente é aplicada nos crimes cometidos no exercício dessa função; há também a proibição do exercício de profissão ou atividade de ofício – proíbe o exercício de atividade que dependa de autorização do poder público, de acordo com Mirabete (2003, p.358): “Aplicada como pena

essa interdição, o condenado fica privado de exercer a profissão, atividade e ofício pelo tempo da pena, ainda que seja habilitado para seu exercício”.

Ainda no que diz respeito à limitação temporária de direitos estão presentes os institutos da suspensão da autorização ou de habilitação para dirigir veículo – tal sanção é aplicada exclusivamente aos delitos culposos cometidos no trânsito e, por último, a proibição de freqüentar determinados lugares – nesse caso o juiz deverá especificar na sentença quais lugares o condenado não poderá freqüentar, é necessário que haja ligação entre o crime cometido e a pessoa do agente, com o intuito de evitar o cometimento de novo crime pelo agente.

3.3 Multa

No caso da aplicação da pena de multa, o apenado tem a obrigação de pagar ao Fundo Penitenciário a quantia fixada pelo juiz na sentença condenatória, portanto, deve ser calculada em dias-multa, sendo no mínimo de dez e no máximo de trezentos dias-multa, independentemente do crime praticado.

Todavia, é preciso que se atente para o fato de que a multa substitutiva não pode ser convertida em pena privativa de liberdade, como esclarece Cardoso (2004, p.100):

Uma observação importante em relação à multa substitutiva é que esta, ao contrário das demais espécies de penas restritivas de direitos, não pode ser convertida em privação de liberdade em face do que dispõe a Lei 9.268/96, que proibiu a conversão em prisão de multas não pagas.

É necessário destacar que a legislação brasileira no intuito da “desprisionalização” (BITENCOURT, 2004, p. 270), previu as penas alternativas a fim de reduzir o alcance da pena privativa de liberdade, atitude certamente louvável, porém que ainda deve evoluir.

Em função de tudo quanto foi exposto, o Direito Penal brasileiro caminha para a aplicação secundária da pena privativa de liberdade, entretanto, outros avanços ainda estão por vir, posto que os problemas advindos do excesso de contingente nas prisões ainda não foram resolvidos.

CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico teve como escopo defender que a o Direito Penal seja aplicado de forma subsidiária, qual seja, que sua aplicação seja restrita aos crimes mais danosos para que possa oferecer uma resposta mais satisfatória aos anseios sociais.

A esse respeito cumpre ressaltar a crise pela qual passa o sistema atual, posto que a prisão não serve ao fim a que se destina, posto que não ressocializa, trata-se, portanto, de um sistema cruel e excludente que reforça estigmas e desigualdades sociais.

Dessa maneira, seria impossível não expor o fato de que a população de baixa renda é a vítima preferencial do Direito Penal atualmente, à medida que desassistidos são massacradas com todo o rigor da Legislação Penal.

Por conseguinte, à medida que haja uma diminuição nas condutas sancionadas pelo Direito Penal, ocorrerá também redução da população carcerária, trazendo de volta a esperança de que a prisão ou mesmo o sistema penal possa ressocializar os detentos.

A idéia de que o Direito Penal seja a *ultima ratio* a ser aplicada, devido ao fato de sua intervenção ser terrivelmente gravosa para o indivíduo, nunca foi tão útil e atual, posto que com o colapso do sistema vigente faz-se necessário buscar novas alternativas para os anseios sociais.

A principal argumentação desta pesquisa ocorre no sentido de que o Direito Penal deve ser instrumento de ordem social e, não, de legitimador de desigualdades sociais como ocorre atualmente.

Logo, após o fracasso das teorias anteriormente criadas, devido a sua inaplicabilidade, como é o caso da Teoria do Direito Penal Máximo e do Abolicionismo Penal que nada mais são do que utopias cada uma a seu modo, a única proposta relevante foi a da aplicação subsidiária do Direito Penal, embasada pelo Princípio da Intervenção Mínima por parte do Estado.

A teoria aqui engendrada merece destaque, pois não se trata de radicalismos, como os propostos pelas outras duas teses elencadas, mas apenas oferece uma terceira alternativa para o Sistema vigente. Posto que, reúne em parte a liberalidade do Abolicionismo Penal e a rigidez do Direito Penal Máximo.

O Estado intervirá minimamente, apenas para manter a paz social, contudo, no que tange aos crimes mais graves que envolvam violência de qualquer tipo, o sistema penal ainda vigorará para dar efetividade à proteção da população.

Por fim, é necessário buscar uma solução para o problema da criminalidade que não seja extrema, já que extremismos dificilmente seriam uma solução plausível. Portanto, a esse respeito a alternativa mais adequada que se apresentou foi a aplicação subsidiária do Direito Penal, a medida que constitui um meio-termo entre o binômio castigo-humanização.

Dessa maneira, a sociedade deve estar preparada para as mudanças legais e por outro lado, a lei também não pode ficar tão estática e dissociada dos anseios da comunidade.

Neste ponto, releva notar que se deve buscar um sistema penal mais justo e menos excludente como ocorre com o que sistema atual. A lei deve buscar minimizar os estigmas e diferenças sociais e não apenas legitimá-los. Assim sendo, faz-se urgente uma revisão das normas penais e, conseqüentemente, uma revisão sobre os crimes em que sua aplicação seria indicada.

A despeito de todos os avanços da legislação brasileira nessa concepção, ainda há que se melhorar e normatizar outras medidas que visem à aplicação subsidiária da lei Penal e, principalmente, que a liberdade seja a regra e o cárcere a exceção.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 10.ed. São Paulo. Saraiva, 2006. v.1.

CARDOSO, Franciele Silva. **Penas e medidas alternativas**: análise da efetividade de sua aplicação. São Paulo: Editora Método, 2004.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1995.

FILHO, Luís Francisco Carvalho. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 21.ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

MIRABETE, Júlio Frabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 13.ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. **Código penal interpretado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

QUEIROZ, Paulo Souza de. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um Direito Penal Mínimo. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, Evandro Lins e. **Revista Jurídica Consulex**. Ed Consulex, ano V, nº 104 – 15 de maio de 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

VADE Mecum Saraiva. Obra coletiva com elaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Wendt e Livia Céspedes. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.