

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: ALCANCE DE SUAS FUNÇÕES MANIFESTAS

Francisco José de Sousa Viana Filho *

Resumo: Análise da expressão máxima do poder punitivo do Estado, qual seja, a pena privativa de liberdade, tendo como base as funções manifestas que a legitimam. Estas funções decorrem das inúmeras teorias elaboradas ao longo do tempo, de modo a justificar a imposição desta sanção penal e apontar suas finalidades. Após uma abordagem crítica das teorias que definem os fins aos quais se propõe a pena privativa de liberdade e com base no contexto brasileiro hodierno, estaremos autorizados a apontar a falência da pena de prisão e sua contribuição para o aumento da segregação social em nosso país. Por fim, nos será permitido propor medidas alternativas ao cárcere.

Palavras – Chave: Pena privativa de liberdade; Funções manifestas; Falência da pena de prisão

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal passa por uma profunda crise nos mais diversos aspectos. Razões que residem no próprio Direito e outras existentes na sociedade somam-se na configuração deste quadro. Com o propósito de melhor entender esta crise, este artigo analisará a pena privativa de liberdade, tida como expressão máxima de poder punitivo estatal, com base nas funções que a legitimam.

As teorias que tentam justificar a aplicação da pena foram divididas em duas grandes vertentes: as Teorias Absolutas e as Teorias Relativas¹. As teorias absolutas concebem a pena como um fim em si mesma, prescindindo de qualquer outra finalidade. As teorias relativas, preventivas, baseiam-se na idéia de defesa social, entendendo ser a função da pena inibir, o quanto possível, a prática de novos delitos².

Diante das vertentes apontadas, em suma, deve-se punir para: compensar uma prática delituosa, intimidar a ação de futuros delinquentes, consolidar o sentimento de confiança na lei, proteger temporariamente a sociedade das ações do criminoso e reabilitar o infrator.

Após esta etapa, e fazendo uso basicamente de investigação bibliográfica e de pesquisa doutrinária como sistema metodológico, serão destacadas as disfunções da pena, e se chegará a uma estarrecedora conclusão: da maneira que vem sido aplicada no Brasil, a pena privativa de liberdade mascara a sua finalidade política, portanto uma função latente em benefício dos grupos politicamente dominantes³.

Desta forma, o Direito Penal tem contribuído decisivamente para o aumento das disparidades sociais, vez que, como será demonstrado, atua sobre as conseqüências e não sobre as causas da violência.

A análise crítica das teorias da pena nos ajudará a apontar alternativas à pena de prisão.

2 FUNÇÕES DECLARADAS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: TEORIAS ABSOLUTAS E RELATIVAS

* Advogado. Especialista em Direito Público pela Processus Faculdade de Direito/DF. Professor Universitário.

¹ Neste sentido, Bitencourt (2000, p. 66)

² Segundo Ferrajoli (2002, p. 204), “são teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como ‘castigo’ ‘reação’, ‘reparação’ ou, ainda ‘retribuição’ do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, ‘relativas’ todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos”

³ “(...) aquilo que parece estar se concretizando é um absoluto predomínio da utilização - com fins políticos - da pena privativa de liberdade em suas funções não declaradas, portanto latentes, sobre aquelas funções cujos fins estão pretensamente legitimados pela doutrina penal e que estão inseridos no conceito do *jus puniendi*, as funções manifestas ou reais”. (ZAFFARONI, 2003, p. 87-90)

O início da formulação das teorias da pena se deu com advento da Escola Clássica. Neste momento histórico, com base nas teorias *absolutas*.

As teorias absolutas pautavam-se na idéia de que a pena teria um fim em si mesma. Não haveria, segundo seus defensores, qualquer elemento externo (finalidade) a justificar a sua aplicação, a legitimação deveria ser encontrada na própria punição, como medida de justiça. Com o passar dos tempos, o pensar absoluto passou a abrigo duas correntes distintas: *A corrente expiatória e a retributiva*.

No âmbito da expiação, o isolamento a que o condenado estaria submetido com a aplicação da pena, permitiria que este alcançasse o arrependimento perante Deus, atingindo a sua redenção moral.

A teoria da retribuição ou retributiva pautou o seu estudo na ética e na ordem jurídica, conforme formuladas por Kant e Hegel, respectivamente.

Segundo os ensinamentos de Kant (1989, p. 269), a única razão a ser apontada para se penalizar uma pessoa é o fato desta ter desrespeitado a lei, como medida de justiça. Jamais poderia ser ela aplicada como forma de obter-se outro bem, vez que o homem não poderia ser instrumento dos desígnios de outro homem⁴.

Hegel, adotando uma postura mais jurídica defende que quando ocorre a prática delituosa, há, simultaneamente, a negação da ordem jurídica posta. A pena assim deveria ser aplicada de modo a reprovar a conduta criminosa e reafirmar esta ordem negada. Destes ensinamentos a sua mais conhecida proposição: “a pena é a negação da negação do direito”.

Passado o período que teve na Escola Clássica, pautada nas Teoria Absolutas, seu maior expoente, analisa-se agora o surgimento de uma nova escola, a Escola Positiva, que defendia não ter a pena um fim em si mesma, mas teria esta a precípua função de inibir a prática de novos delitos⁵.

Como se sabe, a pena sofreu ao longo dos anos drásticas transformações, começando pelo período denominado de vingança privada, caracterizado pela falta de proporção entre o mal causado e a reação punitiva. Avançando neste caminhar histórico, chega-se a fase do Direito Teocrático, onde as leis eram aplicadas pelos clérigos, com embasamento puramente religioso,

⁴ Detalhes em Prado (2005, p. 553)

⁵ Ler mais em Prado (2005, p. 554)

momento conhecido como o da vingança divina. Após esta etapa, os regramentos perderam seu cunho religioso e o Estado chamou para si a autoridade para aplicação das leis (vingança pública).

Transcorridas estas etapas, e passando pelo período Escola Clássica já citada, chega-se ao da Escola Positiva, a fase social. Neste período a pena passa a ter uma concepção diferenciada, onde lhe são atribuídas medidas sociais preventivas, atendendo a fins sociais localizados fora da retribuição propriamente dita, como queriam os teóricos absolutistas. Surgem as Teorias Relativas.

Neste contexto de defesa social, encontra-se inserida a *função preventiva geral negativa da pena*, atribuindo à pena uma função exclusivamente inibidora, pautada na coação psicológica que a efetiva ou ameaça de aplicação da pena geraria nos cidadãos⁶.

Uma outra função manifesta da pena privativa de liberdade encontrou espaço em um momento histórico de crise do Estado, impossibilitado de efetivar a ressocialização em seus detentos. Deve-se então buscar um meio de se evitar o cárcere, evitando que o delito chegue a ocorrer.

Encontrava-se assim, campo aberto para uma nova fundamentação à pena, surgindo a *função preventiva geral positiva*. Aqui, se parte do pressuposto de que um fato delituoso seguido de pena efetivamente imposta reforça o sentimento de fidelidade à lei. Assim, de acordo com a teoria da prevenção geral positiva, “[...] chega a uma dissuasão provocada pela satisfação de quem acha que, na realidade, são castigados aqueles que não controlam os seus impulsos e, por conseguinte, acha que convém continuar controlando-os”. (ZAFFARONI, 2003, p. 122).

A maneira de punir, como dito, vem se modificando como o passar dos tempos, acompanhando os modelos de Estado. Nesta esteira, passamos por penas degradantes, corporais, ou de morte, típica dos Estados autoritários, até a chegada do período humanitário que marca o Estado Liberal, com a sua gradativa substituição por penas de prisão.

De fato, o que torna o Direito Penal mais eficiente é a efetividade e a qualidade de suas punições e não o grau de suas penalidades. E é com base neste entendimento que o Estado passa

⁶ Foucault (2000, p. 49) remonta que um suplício “que tivesse sido conhecido, mas cujo desenrolar houvesse sido secreto, não teria sentido. Procurava-se dar o exemplo não só suscitando a consciência de que a menor infração corria sério risco de punição; mas provocando um efeito de terror pelo espetáculo do poder tripudiado sobre o culpado”

agora a investir na ampliação qualitativa das penas, voltando os fins da pena ao delinqüente, isoladamente. Surgem as *funções preventivas especiais negativa e positiva*.

O criminoso, indivíduo biologicamente diferente segundo Cesare Lombroso, autor de “*O homem delinqüente*”, deveria ser neutralizado, pois já se mostrou indiferente as normas do sistema. O convívio desta pessoa em liberdade torna-se então perigoso, e por uma questão de segurança social este indivíduo deve ser afastado. Eis o fundamento da teoria preventiva especial negativa⁷.

Frise-se que a função preventiva especial negativa tem seu alcance bem definido: a pena encerra sua “missão” ao isolar o indivíduo da sociedade para que este, por um tempo, não volte a violar os preceitos penais.

Por fim, e com base em críticas tecidas às teorias de prevenção geral, destaca-se a função ressocializadora da pena (teoria preventiva especial positiva)⁸. Decorre desta teoria que quando ocorre uma prática delituosa, as previsões teóricas contidas nas funções preventivas são superadas. A existência em abstrato de uma norma proibitiva penal não foi capaz de conter o impulso delitivo do infrator, agindo de forma infiel para com o seu sistema.

Roxin (1998, p. 40-42), destaca que a já abalada personalidade do delinqüente deveria ser desenvolvida através, por exemplo, do aprimoramento de aptidões pessoais, cultivando no preso um senso de responsabilidade, cerne da função ressocializadora.

No capítulo seguinte serão apontadas críticas às funções da pena comentadas.

3 CRÍTICA ÀS FUNÇÕES DECLARADAS DA PENA

No que tange as teorias absolutas, o foco de toda crítica que se faz às funções retributivas está em sua incompatibilidade com o Estado moderno, carente de um Direito Penal

⁷ “O interesse jurídico-penal já não será o de restaurar a ordem jurídica ou a intimidação geral dos membros do corpo social. A pena, segundo esta nova concepção, deveria concretizar-se em outro sentido: o da defesa da nova ordem, a defesa da sociedade. O delito não é apenas a violação à ordem jurídica mas , antes de tudo, um *dano social*, e o delinqüente é um *perigo social* (um anormal) que põe em risco a nova ordem” (BITENCOURT, 2000, p. 81).

⁸ “A pena cumpriria uma função de defesa social ao melhorar as células imperfeitas do corpo social, cuja saúde, como expressão de saúde de todas as suas células, é o que interessa em última análise” (ZAFFARONI, 2003, p. 127)

que acompanhe a sua evolução. Tomando como referência a vertente expiatória, pautada no arrependimento e na conciliação interna, nota-se que a verificação de tais sentimentos encontra sua base em preceitos ligados a moral e a religião, concepções metafísicas, de comprovação empírica incerta.

No âmbito retributivo, fica claro notar que em nosso atual estágio de desenvolvimento, onde cada vez mais se reclama medidas eficazes, capazes de coibir o aumento da criminalidade, falar em “retribuição” sem qualquer fim social útil seria retroceder no tempo⁹.

Não obstante tais ponderações, é apropriado destacar um fenômeno que a Criminologia Crítica chama de *seletividade do sistema penal*.

É realidade que inúmeras são as práticas delituosas sem retribuição punitiva. Um vasto contingente de pessoas comete crimes, porém poucas chegam a ser, ao menos, processadas. Com uma máxima frequência, pessoas pobres, com baixa escolaridade, com famílias desestruturadas são as selecionadas pelo sistema penal¹⁰ a ponto de receberem punições. Diante do exposto questiona-se: como falar em pena como retribuição diante do seletivo sistema penal brasileiro?

A teoria preventiva geral negativa tem sua fundamentação na coação psicológica inibidora que a aplicação da sanção penal exerceria na sociedade. É cediço porém, que *jus puniendi* estatal é efetivamente materializado, no mais das vezes, em classe menos instruídas e desfavorecidas economicamente¹¹.

Esta realidade, na visão de Zaffaroni (2003, p.117), reafirma o aperfeiçoamento de delitos mais complexos, visto que esses são os que raramente chegam as portas da Justiça Penal, além de reafirmar a “máxima” de que no Brasil *só vai preso pobre ou ladrão de galinha*.

Fica ainda a crítica de que em nome da coação psicológica a ser plantada nos cidadãos tudo seria possível¹². O aumento da criminalidade ocorrerá simultaneamente com o grau de

⁹ No que diz respeito a quantidade sanção a ser imposta, ou melhor, a compensação do mal causado pela prática do delito pelo mal representado pela pena, difícil seria esta dosagem, visto que não haver como quantificar exatamente o mal contido no injusto e o mal trazido na apenação.

¹⁰ O sistema penal recebe as mais variadas conceituações. Nilo Balista o define como o “grupo de instituições que, segundo as regras jurídicas pertinentes, se incumbe de realizar o direito penal” (BASTISTA, 2005, p. 25). Zaffaroni (1984, p. 7) o trata como “controle social punitivo institucionalizado”.

¹¹ Segundo os itens 23 e 39 do Censo Penitenciário Nacional realizado em 1994, 95% dos presos no Brasil são pobres e detêm os seguintes níveis escolares: 12,30% são analfabetos; 7,62 % são alfabetizados; 54,63 % tem o 1º grau completo; 12,67% tem o 2º grau completo.

¹² Um dos frutos deste processo são as chamadas *shamefull senteses* (sentenças vexatórias) de origem norte-americana, incompatíveis com o princípio da dignidade da pessoa humana.

apenação, perdendo o legislador a razoabilidade e passando o poder punitivo a ser um instrumento cruel em busca da prevenção da criminalidade¹³.

Na seqüência dos estudos, nosso olhar crítico se volta para a teoria preventiva geral de positiva que funda-se no fortalecimento e na credibilidade das normas jurídicas que aplicação da pena gera.

Pensar assim seria desvirtuar a essência de qualquer ciência social, pondo a figura humana em segundo plano. O cidadão passa ser duplamente “utilizado” como instrumento de alcance dos fins pugnados pelo sistema político - penal: primeiramente é quem sofre a punição; em um segundo plano, sua punição serve como boa propaganda do sistema vigente.

Zaffaroni (2003, p. 123) é categórico ao afirmar que “o delito não seria um conflito que lesiona bens jurídicos, ou apenas o seria à medida que fosse um signo de lesão à confiança no sistema, embora não afetasse os direito de ninguém”.

A crítica a ser tecida sobre a função preventiva especial negativa (função neutralizadora da pena) está relacionada com a precariedade do sistema penitenciário brasileiro.

No Brasil, de acordo com um levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), já em 2003, a população prisional era de 248.685 presos, ocupados em 922 estabelecimentos penais (186. 478 vagas), o que representava um déficit de aproximadamente 62. 490 vagas. O mesmo instituto prevê que o déficit de vagas no sistema penitenciário brasileiro triplicará até este ano de 2007, visto que a população carcerária deverá aumentar em até 54%. (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2003)

Zaffaroni (2003, p. 127), analisando os efeitos decorrentes do cárcere, observa:

Hoje, através das ciências sociais, está comprovado que a criminalização secundária deteriora o criminalizado e mais ainda o prizonizado. Conhece-se o processo interativo e a fixação dos papéis que induz desempenho de acordo com o estereótipo e o efeito reprodutor da maior parte da criminalização. Sabe-se que a prisão compartilha características das instituições totais ou se seqüestro e a literatura aponta unicamente seu efeito deteriorante, irreversível ao longo prazo.

¹³ A pena de morte seria, segundo Zaffaroni (2003, p. 119-120), a última e mais árdua das penas, se considerarmos uma escala crescente de temor que estas penas podem representar aos olhos dos potenciais delinqüentes.

Uma vez que esta massa carcerária aprisionada voltará, em tese, ao convívio social após absorver todas as mazelas contidas no ambiente carcerário, a neutralização do infrator, ao revés de proteger momentaneamente a sociedade, funciona como um verdadeira escola do crime, que age dentro e fora dos muros das prisões.

No âmbito da função preventiva especial positiva, última função declarada tratada, entender que a finalidade da pena é ressocializar o infrator seria, por um lado, considerar que as razões que levam o criminoso a delinquir se encontram no próprio criminoso.

Contudo, em nosso atual estágio de desenvolvimento não podemos enxergar no criminoso uma personalidade anormal ou inferior, salvo exceções comprovadamente patológicas.

Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 108) reafirmam que:

O criminalizado é uma pessoa com plena capacidade jurídica, a qual não se pode olhar 'de cima', e sim em um plano de igualdade frente à dignidade da pessoa, que não pode ser afetada por conceito algum. O direito penal de um Estado respeitoso dos Direitos Humanos de modo algum pode considerar o criminalizado como um ser em condições de inferioridade, o que seria sempre causa de uma ingerência desmedida em sua pessoa.

Por fim, a ideologia ressocializadora depende de um Estado realmente capaz de promover o bem estar social, dando aos indivíduos condições necessárias capazes de evitar sua inserção na marginalidade ou de recebe-lo com dignidade após o cárcere¹⁴.

4 A FALÊNCIA DA PENA DE PRISÃO

A pena privativa de liberdade atingiu seu apogeu¹⁵ na segunda metade do século XIX e enfrenta sua decadência até os dias atuais. Como já foi abordado no presente estudo, a pena de

¹⁴ Fica ainda a questão da medida da pena, e nesta altura é abandonado o critério da culpabilidade em função de um critério perigosamente subjetivo: o necessário para a ressocialização do infrator. (BARATTA, 1991, p. 255-256)

¹⁵ Fatores como as longas guerras, expedições militares, aumento dos núcleos urbanos, crise no feudalismo, ocasionaram uma enorme expansão na criminalidade. A pena de morte e os suplícios
Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas – RECJ – 05.08/08 ISSN 1808-494X
<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/FranciscoFilho.pdf>

prisão está ligada a funções que a legitimam, funções manifestas, que têm suas finalidades delineadas nas teorias da pena.

Voltando os olhos ao contexto brasileiro atual, baseado nas críticas tecidas a cada uma das teorias legitimadas pela doutrina penal, discute-se a ineficácia da expressão máxima punitiva do Estado.

Primeiramente, presenciamos o que a criminologia crítica chama de *cifra negra de criminalidade oculta*. No âmbito fático, um número incalculável de pessoas comete delitos e somente uma pequena parcela chega a sofrer algum tipo de punição. Portanto, inúmeros crimes são cometidos e apenas uns poucos são retribuídos com pena, logo, o Direito Penal passa a não mais valorizar mais o ato delitivo, mas as características de quem o comete e como este atua.

Por um lado, boa parte dos crimes cometidos no Brasil estão fora do “radar” das autoridades. Uma pesquisa feita pela Universidade Federal de Minas Gerais divulgada na revista *Veja*¹⁶, aponta que 7,7 % da população de São Paulo já foi vítima de roubo e que 55 % destes sequer chegaram a acionar a polícia. No estado de Minas Gerais os percentuais são de 9,2 % e 73 % respectivamente.

Por outro, 95% da população carcerária brasileira é pobre e somente 12,67 % tem o primeiro grau completo¹⁷. Isto retrata bem a já tratada seletividade do sistema penal e confirma que qualquer política criminal deve partir de uma ampla política social que objetive minorar a chamada violência estrutural.

Esta seletividade colabora para o esvaziamento das funções que legitimam a pena privativa de liberdade, até por que não é possível falar, intimidação ou confiança no ordenamento legal enquanto impunidade ainda for regra.

O crescente aumento da criminalidade pode resultar na instrumentalização do Direito Penal, levando a legislação penal a um endurecimento sem freios, através da previsão de penas mais severas e o aumento de figuras típicas. Tais atitudes dificilmente trarão efeitos positivos pois este novo contingente punitivo recairá sobre a mesma cifra vulnerável da população e a

corporais não teriam mais eficácia diante do contingente crescente de criminosos. Neste contexto, prisões organizadas foram construídas com o intuito reformador, na idéia de que trabalho e severa disciplina seriam meios eficazes para reformar o condenado (GUIMARÃES, 2001, P. 29).

¹⁶ Ver dados completos em *Veja* (2007, p. 47)

¹⁷ Itens 23 e 39 do Censo Penitenciário Nacional realizado em 1994

inflação da legislação penal, como será tratado, representa um retrocesso perante as tendências penais modernas.

No que concerne a ressocialização, fim precípua da pena segundo a teoria preventiva especial negativa, a situação é ainda mais grave.

A violência, o consumo de drogas, a falta de higiene, a superlotação, falta de perspectiva, enfim, o desrespeito à própria integridade física do detento¹⁸, realidade dos presídios brasileiros, tornam a ressocialização impossível. Denise de Roure assim tratou o tema: “falar em reabilitação é quase que falar em fantasia, pois hoje é fato comprovado que as penitenciárias em vez de recuperar os presos os tornam piores e menos propensos a se reintegrarem para o setor social” (ROURE, 1998, p. 15-17).

O sistema penal conduz a marginalização do delinqüente. É impossível falar em reintegração social do criminoso quando somente existe uma relação de exclusão entre a prisão e a sociedade. Inclusive, não se pode falar em ressocialização se a própria sociedade não está pronta para receber um ex-detento em seu seio.

Uma vez iniciada a vida criminosa é muito provável que esta situação se perpetue, pois é fato que nossas prisões se tornaram ótimos ambientes a desenvolver a violência nos detentos. As cifras falam por si, o índice de reincidência no Brasil chega a 82 %¹⁹.

A neutralização do infrator, livrando a sociedade de suas práticas criminosas é o que justifica a aplicação da pena segundo a teoria preventiva especial negativa.

Entretanto, mesmo afastado do convívio social, o preso é capaz de lesar bens juridicamente protegidos. Cotidianamente, constatamos nos noticiários o controle do tráfico de

¹⁸ Elucidativo é o comentário de Leal (1998, 87-88): “de fato, como podemos falar em respeito á integridade física e moral em prisões onde convivem pessoas sadias e doentes; onde o lixo e os dejetos se acumulam a olhos vistos e as fossas abertas, nas ruas e galerias, exalam um odor insuportável; onde as celas individuais são desprovidas por vezes de instalações sanitárias; onde os alojamentos coletivos chegam a abrigar 30 ou 40 homens; onde permanecem sendo utilizadas, ao arrepio da Lei 7210/84, as celas escuras, as de segurança, em que os presos são recolhidos por longos períodos, sem banho de sol, sem direito a visita; onde a alimentação e o tratamento odontológico são muito precários e a violência sexual atinge níveis desassossegantes? Como falar, insistimos, em integridade física e moral em prisões onde a oferta de trabalho inexistente ou é absolutamente insuficiente; onde os presos são obrigados a assumirem a paternidade de crimes que não cometeram, por imposição dos mais fortes; onde um condenado cumpre pena por outrem, por troca de prontuários; onde diretores determinam o recolhimento na mesma cela de desafetos, sob o falso pretexto de oferecer-lhes a chance para tornarem-se amigos, numa atitude assumida de público e flagrantemente irresponsável e criminosa?”.

¹⁹ Cf. (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2003)

drogas de dentro dos presídios e mais recentemente o surgimento de facções criminosas nos estabelecimentos prisionais, como o PCC no Estado de São Paulo.

Em média, os nossos presídios recebem por mês 9.391 novos condenados²⁰, isso sem falar das condutas delituosas desprovidas de apenação ou que se quer chegam ao conhecimento das autoridades. Esta realidade revela a inocuidade da função que tem a pena de intimidar novas investidas criminosas.

5 ALTERNATIVAS À PENA DE PRISÃO

A pena privativa de liberdade é prescindível e chega até a ser injusta em certos casos. A grande massa da população associa a idéia de justiça na esfera penal com a pena de prisão, portanto, não se faria justiça se o infrator não fosse condenado e preso.

Por menor o conflito que fosse, via-se o ofendido no direito de reclamar o encarceramento do seu ofensor que, para isso, recorria a uma morosa estrutura judiciária (abarrota de processos similares) para que esta pudesse, em alguns longos anos, decidi-los.

A busca de alternativas à pena de prisão começa pela efetiva adoção de um Direito Penal de intervenção mínima, de atuação em *ultima ratio*, onde se recomenda sua atuação somente na defesa dos bens juridicamente imprescindíveis à convivência harmônica em sociedade. O legislador deve atuar, mais do que nunca, de maneira fragmentária, tipificando somente as agressões materialmente relevantes (PRADO, 2005, p. 149).

Na contramão desta primeira medida, nota-se uma ampliação da legislação penal pátria, visando promover a falsa idéia de que o poder público está em sintonia com o fenômeno da criminalidade, oferecendo uma resposta, ainda que superficial, a opinião pública.

Guimarães (2001, p. 03), encerra:

O legislador busca com a edição de novas leis acalmar a coletividade amedrontada, dando-lhe a clara impressão de que o Poder Legislativo está atento à problemática da criminalidade, oferecendo com presteza meios penais cada vez mais radicais para sua superação.

²⁰ Cf. (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2003)
Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas – RECJ – 05.08/08 ISSN 1808-494X
<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/FranciscoFilho.pdf>

Nesta esteira, a adoção de penas alternativas, como as penas restritivas de direito, é uma prática salutar: A uma, pois o condenado não será exposto ao degradante ambiente carcerário. A duas, manter uma pessoa presa é um peso maior aos cofres públicos²¹. A três, a adoção de penas alternativas ao cárcere ajuda a desafogar as prisões.

Com relação a este último item, somente uma ampliação do alcance na penas restritivas de direito poderiam afetar positivamente a situação das prisões brasileiras, pois a efetiva operacionalidade do sistema penal brasileiro somente é encontrada na esfera dos crimes cujas penas quanto aplicadas em concreto refogem as benesses do art. 44, I do Código Penal). É sugerida, portanto, a modificação deste requisito objetivo.

Medidas como a ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo assim como o do instituto do *sursis* simplificam os procedimentos e agilizam a composição dos litígios.

6 CONCLUSÃO

O Direito Penal e sua a forma de punir passaram por profundas transformações ao longo dos tempos. Atualmente há quem discuta sua total reformulação e até sua abolição.

Nesta obra, tomou-se a pena privativa de liberdade como forma de punir. Foram analisadas as teorias da pena, delineadas suas funções e, em cima desses ensinamentos, foram tecidas críticas aos fins a que a pena se propõe.

Conclui-se que o Direito Penal, da maneira que é sentido atualmente, somente tem colaborado na consolidação das disparidades sociais. A impunidade e seletividade penal reforçam a tese de que o direito punitivo tem sido um fiel instrumento utilizado na concentração do poder nas mãos de poucos, multiplicando a chamada violência criminal.

Na tentativa de responder aos reclames sociais, ante o aumento da violência, presenciase a hipertrofia da legislação penal. Cada vez mais condutas são tidas como criminosas, vendendo a idéia de que o legislador está atento ao fenômeno da criminalidade. Além do mais, as

²¹ Segundo o item 34 do Censo Penitenciário Nacional realizado em 1994, um preso chega a custar, em média 3,5 salários mínimos por mês aos cofres públicos.

sanções previstas estão cada vez mais severas, e tendem a aumentar, pois continua-se a agir sobre as conseqüências e não nas causas do problema.

Estamos diante, ao nosso ver, de um desanimador ciclo gerador de violência: o Direito Penal costuma atuar sobre os marginalizados. Nota-se uma hipertrofia da inflação penal. Mais tipos penais, penas mais rígidas, significam, em tese, mais pessoas que passarão maiores períodos encarceradas e expostas a todas as mazelas presentes em nossos presídios. Não raro, adquirem uma nova personalidade e tornam-se pessoas piores do que eram antes do cárcere. Este cidadão, estigmatizado, será posto em liberdade novamente em um cenário social que dispensa maiores comentários. Provavelmente voltará a delinquir.

No que pese a necessidade de homens públicos que toquem uma verdadeira política social em nosso país, é imprescindível encontrar alternativas a pena de prisão.

A tendência é um Direito Penal de intervenção mínima, enxuto. A ampliação da adoção de penas restritivas de direito e do conceito crimes de menor potencialidade lesiva poderiam ser o início deste processo.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales e simbólicas Del Derecho Penal: una discusión em la perspectiva de la criminología crítica. **Pena y Estado**, Barcelona, ano 1, n. 1, p. 37-55, sep./dic. 1991.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**, volume 1: parte geral. 6. ed rev. atual. pelas leis 9.099/95, 9.268/96, 9.271/96, 9.455/97 e 9714/98 do livro Lições de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2000. v. I

CENSO PENITENCIÁRIO NACIONAL 1994; Ministério da Justiça/Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Disponível em www.mj.gov. Acesso em 15 de dezembro de 2006.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Sistema prisional**. Disponível em www.mj.gov/depen. Acesso em 15 de dezembro de 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 23. ed. Petrópoles: Vozes, 2000.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Direito Penal**: parte geral. São Luis: EdCEUMA, 2001.

HEGEL, Georg W. F. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução de Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1997.

KANT, Imanuel. **Metafísica de los Costumbres**. Madrid: Tecnos, 1989.

LEAL, C.B. **Prisão: crepúsculo de um era**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: parte geral. 5. ed. ver. São Paulo: São Paulo, 2005.

ROURE, Denise de. Panorama dos Processos de Reabilitação de Presos. **Revista Consulex**. Ano III, nº 20, Ago. 1998.

Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas – RECJ – 05.08/08 ISSN 1808-494X
<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/FranciscoFilho.pdf>

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Tradução de Ana Paula do Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Veja, 1998.

AITH, Marcio. A Impunidade que Alimenta o Crime. **Revista Veja**, São Paulo, ano 40, ed. 1990, 10, jan. 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. **Direito Penal Brasileiro**, volume 1. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Renan, 2003

_____, Sistema Penales y Derechos Humanos em América Latina – Informe Final. B. Aires: De – palma, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999