

AS (DES) FUNÇÕES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE¹

The (dis) functions of deprivation of liberty

Andrey Henrique Andreolla¹

¹ Acadêmico de Direito do 9º período, na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Erechim. E-mail: andrey.henrique@live.com.

Data do recebimento: 12/02/2016 - Data do aceite: 12/05/2016

Resumo: Por meio do presente artigo, buscou-se analisar as funções da pena em seu contexto histórico e, a partir disso, entender seus objetivos e a prática destes nos dias atuais. Desse modo, foram apresentadas suas principais funções, levando em consideração o tipo de Estado e a época em que eram aplicadas, bem como as principais teorias da pena de prisão no decorrer do tempo, quais sejam, as teorias retributivas, preventivas e mistas. Através de tal estudo, percebeu-se a evolução da pena de prisão, conforme o período histórico de sua aplicação, seus fundamentos e, também, como se chegou aos ideais retributivos, preventivos e ressocializadores dos dias atuais. Examinou-se, por fim, se tais fins condizem com a realidade carcerária atual, instituição esta analisada na prática e não em sua teoria. Analisando os já citados panoramas e as suas consequências, conclui-se que o fim almejado pela pena de prisão não é atingido e, assim sendo, o direito penal encontra caminhos para dar uma solução a privação de liberdade. Tais caminhos se consubstanciam nas teorias do direito penal máximo, garantismo e abolicionismo, cada qual com suas características no modo de agir do sistema punitivo. O método utilizado foi o analítico descritivo, por meio de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Funções da pena. Pena de prisão. Sistema penal.

Abstract: Through this article it was searched to analyze the functions of the penalty in its historical context and, from that, understand its goals and its practice nowadays. This way, were introduced its main functions considering the type of State and the period they were applied, as well as the main theories of the prison penalty during time, which are the retributive, preventive and mixed theories. Through this study, it was noticed the evolution of the prison penalty according to the historical period of its application, its foundations and also how it got to the retributive, preventive and socialize ideals of the

current days. It was examined, lastly, if this ends matches with the current prison reality, which institution was analyzed in practice, and not in its theory. Analyzing its perspectives and consequences already mentioned, it was concluded that the sought aim by the prison penalty is not achieved, and therefore, the criminal law find ways to give a solution to the deprivation of freedom. Such ways consubstantiate at the maximum, guaranteed and abolitionism criminal law theories, each one with its characteristics at the way of acting of the punitive system. The method used was the analytical descriptive, through bibliographic research.

Keywords: Penalty functions; imprisonment; criminal justice system.

Introdução

A história da pena é antiga, talvez tão antiga quanto a história do homem em sociedade. As funções que recobrem a privação de liberdade nos dias atuais se explicam pela evolução que as fundamentações da pena tiveram relacionadas ao Estado em que eram aplicadas. De início, vista apenas como retribuição ao mal cometido, a pena dotava-se de um caráter retributivo. Logo, buscou-se a prevenção por meio da pena, ou seja, que esta fosse uma forma tanto para que a sociedade em geral não incorresse em tipos penais, quanto para que o delinquente, ressocializado por um sistema que, acreditava-se, permitia tal feito, não viesse mais a cometer delitos. Entretanto, cada novo delito, por si só, já era prova de que tal teoria havia falhado em seu objetivo. Por fim, unem-se as duas teorias e forma-se a teoria mista, também chamada de unificadora que, atualmente, vige no ordenamento jurídico brasileiro, mas sofre várias críticas, principalmente, por não apresentar uma nova fundamentação à privação de liberdade, mas tão somente unir duas teorias antecessoras, ocasionando, dessa forma, uma amplitude maior no âmbito da punição.

Tão logo se saiba o que desencadeou a aplicação da pena ao longo do tempo, chega-se ao cenário atual onde vige um sistema

que, por meio da prevenção e da retribuição, visa a ressocialização do apenado. Porém, nota-se que a realidade é diferente da teoria e o delinquente, ao entrar no sistema prisional da forma como este hoje funciona, transforma-se em vítima do próprio Estado. O meio e o fim da pena se distorcem nas consequências causadas ao usuário do sistema penal, quando o primeiro é cruel, desumano e falível, o que torna a finalidade do segundo, praticamente, impossível de ser atingida.

O objetivo do presente ensaio é analisar as funções da pena, em um contexto histórico, para entender os seus objetivos e a prática destes nos dias atuais sob o enfoque da teoria abolicionista. Ainda, apresentar alguns resultados já obtidos na pesquisa bibliográfica realizada até o momento atual para fins de embasamento teórico do trabalho de conclusão de curso. Detectada a falência da prisão, e os altos índices de criminalidade que vêm à tona a cada dia, várias são as correntes que propõem uma mudança na forma como o sistema penal pode atuar na sociedade. O movimento maximalista sustenta o combate à criminalidade iniciado por meio de rigorosa repressão e perseguição de pequenos delitos; desta forma, conter-se-ia a violência desde o início, em sua raiz. Já a corrente minimalista, ao contrário, prega que o direito penal atue somente na defesa dos bens jurídicos

imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens; logo, as perturbações de pequena monta seriam consideradas desprovidas de relevância penal, e sua resolução delegada a outros mecanismos, formais ou informais, de controle social. A teoria abolicionista, terceiro ponto de vista para resolução da crise no direito penal, surge como um novo horizonte na solução das consequências causadas pela forma como o *jus puniendi* vem sendo exercido.

Logo, em um primeiro momento, busca-se compreender o histórico funcional da pena de prisão, comparando-o com a realidade do sistema prisional vigente, para posteriormente, destacar as diversas soluções propostas para a crise instaurada no sistema penal.

Neste estudo, foi utilizado o método analítico-descritivo, por meio de pesquisa bibliográfica.

Por Que Punir? Eis a Questão

Para um melhor entendimento da crise que instalou-se, atualmente, no sistema penal brasileiro, faz-se necessário um estudo sobre a função da pena, levando em consideração a sua evolução histórica, seus objetivos iniciais e a forma que esta chegou aos moldes em que se realiza hoje.

O estudo das doutrinas da pena tradicionalmente principiam com a clássica dicotomia entre as teorias absolutas (retributivas) e relativas (preventivas), caracterizando, subdividindo e conceituando modelos explicativos tido como os únicos capazes de responder à indagação considerada como uma das mais importantes não só do direito penal mas também da teoria política: por que punir? (CARVALHO, 2013, p. 243).

Pena e Estado são conceitos intimamente ligados entre si. Destaca-se que a uma con-

cepção de Estado corresponde uma concepção da pena e a esta, uma de culpabilidade. Apesar de haverem outras formas de controle social, o Estado utiliza-se do Direito Penal, isto é, da pena, para facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade. Estado, pena e culpabilidade formam conceitos dinâmicos e inter-relacionados (BITENCOURT, 2011).

Dessa forma, demonstra-se a ligação entre o Estado e as finalidades da pena em determinados tipos de governo, os quais estabeleciam sua definição do que seria culpável, buscando, por meio do direito penal, um meio de controle social, almejando, assim, atingir aos objetivos visados.

Com efeito, é evidente a relação entre uma teoria determinada de Estado, com uma teoria da pena, e entre a função e finalidade desta com o conceito dogmático de culpabilidade adotado. Assim como evolui a forma de Estado, o Direito Penal também evolui, não só no plano geral, como também em cada um dos seus conceitos fundamentais. A função do Direito Penal depende da função que se atribui à pena e à medida de segurança, como meios mais característicos de intervenção do Direito Penal (BITENCOURT, 2011, p. 114).

Faz-se necessário, portanto, entender as diversas teorias que explicam a finalidade e as justificativas da aplicação da pena privativa de liberdade ao longo do tempo, por meio das três mais importantes: teorias absolutas ou retributivas, teorias preventivas e teorias unificadoras (BITENCOURT, 2011).

Segundo Conde (2001), sem a pena não seria possível o convívio em sociedade. Na mesma linha de pensamento, Ordeig (1981, p. 115, apud BITENCOURT, 2011, p. 114) ensina que a pena constitui recurso essencial que conta o Estado, e ao qual recorre, quando necessário, para tornar possível a convivência

entre os homens. Para a doutrina tradicional, porém, “a pena é concebida como um mal que deve ser imposto ao autor de um delito para que expie sua culpa. Isso não é outra coisa que a concepção retributiva da pena” (BITENCOURT, 2011).

Partindo de uma ideia retributiva, onde a sanção é apenas a consequência jurídica do delito, sem se cogitar qualquer outro sentido à pena, já que ela é justa em si mesmo, há de se destacar a passagem para uma concepção preventiva, onde a punição acontece por ser útil e necessária à segurança da sociedade e à defesa social (OLIVEIRA, 2003). Junto a essa evolução, o conceito de culpabilidade também se modifica em sua finalidade e consideração doutrinária. Conforme afirma Von Liszt (2001), pelo aperfeiçoamento da teoria da culpabilidade mede-se o progresso do Direito Penal.

Porém, admitir a evolução não significa afirmar que o fim da pena tenha sido alterado. Isto é, ainda busca-se, de forma ou outra, a retribuição do mal causado pelo autor do delito como forma de pagar pelo crime cometido.

A Expição dos Pecados Cometidos Por Meio da Pena: Considerações Sobre as Teorias Absolutas ou Retributivas

A teoria retributiva da pena tem origem no Estado absolutista (BITENCOURT, 2011), onde as características mais significativas eram a identidade entre o soberano e o Estado, a unidade entre a moral e o direito, entre o Estado e a religião, além da afirmação de que o poder do soberano lhe era concedido diretamente por Deus (KERN, 1955, p. 61, apud BITENCOURT, 2011, p. 117).

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. (FERRAJOLI, 2002, p. 204).

A pena existia como a expiação de um pecado, um castigo pelo mal cometido. Nesse sentido,

Os adeptos das teorias absolutas, caracterizada pela retribuição e reparação, consideram o crime como infração a preceitos divinos, já que Deus instituiu as penas celestes e terrenas, importando estas na justa medida do delito praticado. E o homem, detentor do livre-arbítrio, poderá escolher entre praticar o bem e o mal, e, assim, tornar-se responsável pelos pecados e delitos praticados. Retribuindo-se, desta forma, o mal com o mal, a pena é justa em si mesma, sendo imperativo infalível e consequência jurídica, traduzida então por expiação e purificação que, por meio da dor, purga, repara e castiga. Pune-se porque pecou (OLIVEIRA, 2003, p. 69).

Conforme explicam Ramirez e Malarée (1982, p. 117, apud BITENCOURT, 2011, p. 117), o Estado absolutista é um período de transição entre a baixa Idade Média e a sociedade liberal, ocorrendo o aumento da burguesia e um considerável acúmulo de capital. Fazia-se, portanto, necessária a implementação de formas para proteger esse capital. A pena transformava-se em um meio a mais para realizar os objetivos capitalistas, isto é, o desenvolvimento desse novo sistema.

As penas, nessa etapa, consistiam na exploração da mão de obra, por meio do internamento dos indivíduos em cárceres, casas de trabalho, chamadas *workhouses* e hospitais gerais, os quais se desenvolveram,

principalmente, na Holanda, Inglaterra e Alemanha (BITENCOURT, 2011).

Com o surgimento do mercantilismo, inicia-se uma transição entre o Estado absoluto, caracterizado pelo vínculo entre o Estado e o soberano e entre este e Deus, para o Estado burguês (BITENCOURT, 2011). A pena já não podia mais manter sua identidade baseada nas raízes do Estado absolutista, passando a ser concebida como uma perturbação da ordem jurídica adotada pelos homens e consagrada pelas leis, tendo como finalidade restaurar a ordem jurídica interrompida. A razão divina é substituída pela razão de Estado e a lei divina pela lei dos homens (RAMIREZ e MALARÉE, 1982, p. 120, apud BITENCOURT, 2011, p. 118).

A Concepção da Pena Enquanto Meio: O Contexto Histórico das Teorias Preventivas ou Relativas

As teorias preventivas da pena buscam fins preventivos posteriores e fundamentam-se na sua necessidade para a sobrevivência do grupo social (BITENCOURT, 2011). Elas apontam como finalidade fundamental da pena seu sentido utilitário e preventivo (OLIVEIRA, 2003). As doutrinas utilitaristas são todas relativas, isto é, consideram e justificam a pena como sendo um meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos (BERNER, 1892, p. 5, apud FERRAJOLI, 2002, p. 204). Nesse sentido,

Qual a finalidade política da pena? O medo dos outros homens. Que juízo deveremos fazer, então, das carnificinas secretas e privadas que o uso tirânico outorga tanto ao culpado quanto ao inocente? É importante que nenhum crime comprovado permaneça impune, mas é inútil investigar a autoria do crime sepulto nas trevas. Mal já consumado, e para o qual não há remédio, só pode

ser punido pela sociedade política para influir nos outros com a ilusão de impunidade. Se for verdade que o número dos homens que, por medo ou virtude, respeitam as leis, é superior ao número dos que a infringem, o risco de atormentar um inocente deve ser tanto mais bem avaliado quando maior é a probabilidade de que um homem, em condições iguais, as tenha mais respeitado que desprezado (BECCARIA, 2013, p. 67).

Nota-se, portanto, as diferenças entre as teorias retribucionistas e preventivas, sendo que naquelas a pena encontraria um fim em si mesma; diante do mal causado, retribuía-se com um castigo, para compensar tal mal e, também, o autor do delito. Já nas preventivas, a pena se torna um meio para atingir determinado fim, qual seja, a prevenção.

Para as teorias preventivas, a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido e sim prevenir sua comissão. Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, *quia peccatum est*, somente porque delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõe *ut ne peccetur*, isto é, para que não volte a delinquir (BITENCOURT, 2011, p. 132).

Ainda, sobre a questão da diferenciação das teorias retributivas com as preventivas, corroborando com o exposto até aqui,

De acordo com as teorias preventivas da pena, diferentemente da teoria retributiva que visa basicamente, retribuir o fato criminoso e realizar a justiça, a pena serviria como um meio de prevenção da prática do delito, inibindo tanto quanto possível a prática de novos crimes, sentido preventivo (ou utilitarista) que projeta seus efeitos para o futuro (*ne peccetur*) (SOUZA, 2006, p. 75).

Assim sendo, a função preventiva da pena divide-se em duas direções: prevenção geral e prevenção especial (FEUERBACH, 1832, apud PUIG, 2003, p. 53).

A Pena Como Forma de Intimidação: A Prevenção Geral

A prevenção geral é quando a sanção representa uma forma de evitar violações futuras. A pena busca impedir, por meio da intimidação, que todos os indivíduos pratiquem delitos (OLIVEIRA, 2003). Essa teoria traz a pena como uma coação psicológica, com a qual se pretende evitar o cometimento de tipos penais por parte da sociedade.

[...] é por meio do direito penal que se pode dar solução ao problema da criminalidade. Isso se consegue, de um lado, com a cominação penal, isto é, com a ameaça de pena, avisando aos membros da sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá; por outro lado, com a aplicação da pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada (BITENCOURT, 2011, p. 133).

Logo, para a teoria da prevenção geral, a simples ameaça da pena faria com que o indivíduo não cometesse delitos. Para Conde e Hassemer (2008), o castigo do delincente é um meio de induzir os demais cidadãos ao bom comportamento. Porém,

A teoria ora em exame não demonstrou os efeitos preventivo-gerais proclamados. É possível aceitar que o homem médio em situações normais seja influenciado pela ameaça da pena. Mesmo assim, a experiência confirma, isso não acontece em todos os casos, estando aí como exemplos os delincentes profissionais, os habituais ou os impulsivos ocasionais (BITENCOURT, 2011, p. 135).

De acordo com Roxin (1976, p. 18, apud BITENCOURT, 2011, p. 135), cada delito já é, por si só, uma prova contra a eficácia da prevenção geral. Para Kant (1978, p. 207, apud BITENCOURT, 2011, p. 135), é

reprovável qualquer tentativa de instrumentalização do homem. E assim se mostram os objetivos da teoria da prevenção geral: utilizar aqueles que foram punidos como uma forma de exemplo para que o restante da sociedade, intimidada, não incorra nos mesmos delitos.

Há, também, segundo Sauer (1956, p. 19, apud BITENCOURT, 2011, p. 136) a questão do castigo do indivíduo se dar em benefício dos outros, além do estabelecimento e aplicação de penas muito elevadas, que chegam, inclusive, a superar a medida de culpabilidade do autor do delito.

A Prevenção Especial Visando o Delincente e Buscando a Sua Não Reincidência

A prevenção especial, diferente da geral, foca exclusivamente no delincente, objetivando que este não volte a delinquir (BITENCOURT, 2011). Ela atua sobre o criminoso pela intimidação de sua personalidade. A pena tem como referência intimidar o delincente que cometeu um delito, e a execução da pena é vista como meio idôneo para evitar que este volte a cometer o tipo penal (OLIVEIRA, 2003). Tão somente sobre a finalidade preventiva especial da aplicação da pena, traz-se à baila a seguinte citação:

Poderiam talvez os gritos de um infeliz trazer de volta, do tempo, que não retorna, as ações já consumadas? O fim da pena, pois, é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo (BECCARIA, 2013, p. 56).

Podem-se considerar as expressões da prevenção especial como o resultado de diversos fatores ligados diretamente à crise do Estado liberal. O Estado passa de um Estado

guardião para um Estado intervencionista, em um período em que ocorre uma série de conflitos caracterizados pelas graves diferenças entre possuidores e não possuidores dos meios de produção (BITENCOURT, 2011).

A pena ajudaria na defesa da nova ordem, na defesa da sociedade. Buscava-se consolidar a nova ordem, não só estabelecendo um controle geral como o da retribuição e da prevenção geral, mas também intervir diretamente sobre os indivíduos. O delito passaria a ser visto como dano social, e o delinquente, um perigo social que colocava em risco a nova ordem (RAMIREZ e MALLARÉE, 1982, p. 124, apud BITENCOURT, 2011, p. 140 e 141).

A prevenção especial, portanto, atuaria diretamente no delinquente, buscando a defesa da sociedade contra os atos considerados anormais, por meio de medidas ressocializadoras ou inocuizadoras (RAMIREZ, 1983, p. 16 e 17, apud BITENCOURT, 2011, p. 141).

Desse modo, conforme ensina Bentham (1811, p. 23, apud FERRAJOLI, 2002, p. 212), pode-se considerar a divisão da prevenção especial em prevenção especial positiva e prevenção especial negativa.

Por derradeiro, a tipologia das doutrinas utilitaristas foi recentemente enriquecida com uma nova distinção, qual seja aquela entre doutrinas de prevenção positiva e doutrinas de prevenção negativa, dependendo do fato da prevenção – especial ou geral – realizar-se positivamente, por meio da correção do delinquente ou da integração disciplinar de todos os cidadãos, ou, negativamente, por meio da neutralização daquele ou da intimidação destes (FERRAJOLI, 2002, p. 204 e 205).

Assim sendo, a prevenção especial positiva tem enfoque na ressocialização do apenado e a prevenção especial negativa objetiva de forma única a sua não reincidência.

A Prevenção Especial Positiva e a Ressocialização Por Meio da Pena

A prevenção especial positiva busca a ressocialização do apenado por meio de sua correção. É uma pena voltada diretamente ao delinquente, levando em consideração a sua personalidade, objetivando que este não volte mais a cometer delitos. No entendimento de Conde e Hassemer (2008), a finalidade última das sanções penais, tanto na sua forma de pena propriamente dita, como nas medidas de segurança e reabilitação, deve ser a reinserção social, a ressocialização do delinquente, evitando que, uma vez cumprida a sua pena, volte a incorrer em atos criminosos.

Parte-se da suposição de, por meio do tratamento penitenciário – entendido como um conjunto de atividades dirigidas à reeducação e reinserção social dos apenados –, o interno se converterá em uma pessoa respeitadora da lei penal. E, mais, por causa do tratamento, surgirão nele atitudes de respeito a si próprio e de responsabilidade individual e social em relação à sua família, ao próximo e à sociedade (BITENCOURT, 2011, p. 148).

Na teoria, a pena seria um bem para quem sofre, de caráter moral, inclusive, sendo chamada de sanção ou medida. Logo,

Se a pena é um bem para o condenado, sua medida será aquela necessária para realizar a ideologia *re* (ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação) que for sustentada, e não precisará de outro limite. O delito seria somente um sintoma de inferioridade que mostraria ao estado a necessidade de aplicar o benéfico remédio social da pena. Se o delito é apenas um sintoma, a ideologia *re* deve postular que, a partir desse sintoma, o estado perscrute toda

a personalidade do infrator, porque a inferioridade o afeta em sua totalidade. Por isso, tais ideologias não podem reconhecer maiores limites na intervenção punitiva: o estado, conhecedor do que é benéfico, deve modificar o ser da pessoa e impor-lhe seu modelo humano. Como a intervenção punitiva é um bem, não é preciso definir com muita precisão seu pressuposto (o delito), bastando uma indicação (ZAFFARONI et al, 2003, p. 127).

O grande problema, entretanto, acerca da teoria da prevenção especial positiva, são as altas cifras de reincidência que acabam desmistificando a ideia da sua funcionalidade, uma vez que, mesmo após a pena, não se consegue atingir o objetivo ressocializador (BALDISSARELLA, 2011). A prisão, da forma que é conduzida hoje, não possui capacidade de reintroduzir o detento na sociedade, uma vez que lhe falta condições para isso (CONDE e HASSEMER, 2008). Assim sendo,

Ninguém, em sã consciência, ignora que não há nada mais distante da ressocialização do que a prisão. Basta destacar os novos hábitos que o recluso deve adquirir ao ingressar na prisão, tais como vestimenta, horários para todas as suas atividades pessoais, formas determinadas de andar pelos pátios, a observação do código do preso: em resumo, assimilação de uma nova cultura, a cultura prisional (CONDE, 1979, p. 146 e 147, apud BITENCOURT, 2011, p. 149).

Adentrando na realidade prisional, o apenado toma para si costumes que não são aceitos pela sociedade na realidade fora das grades. Ao invés de tornar-se apto à vida social, ao cumprir sua pena, sai com uma bagagem maior de comportamentos considerados inadequados do que quando passou a fazer parte do cárcere.

Prevenção Especial Negativa: Impedindo Novos Atos Criminosos do Apenado

A prevenção especial negativa busca a neutralização de uma nova ação delitiva, daquele que delinuiu em momento anterior, através da sua inocuidade (NERY, 2012). Apresentada por Von Listz, este explicava que

[...] a luta pela delinquência habitual pressupõe um exato conhecimento da mesma. Esse conhecimento ainda hoje nos falta. Trata-se, com efeito, somente de um elo dessa corrente, frisa-se, o mais perigoso e significativo, de manifestações patológicas da sociedade que nós comumente agrupamos sob a denominação de proletariado. Mendigos e vagabundos, indivíduos alcoolizados e dados a prostituição, sujeitos de vida errante e desonestos, degenerados física e espiritualmente, que concorrem todos os dias para a formação do exército dos inimigos capitais da ordem social, exército cujo Estado maior parece formado por delinquentes habituais (VON LISTZ, 1962, 54, apud FERRAJOLI, 2002, 217).

Dizia-se, também, que a sociedade deveria proteger-se desses indivíduos e, como não poderia matá-los, dever-se-ia isolá-los perpétua ou indeterminadamente. Isolando o delinquente, obrigar-se-ia este a trabalhar, aproveitando melhor, dessa forma, a sua força de trabalho. Por fim, dele seriam retirados os direitos civis e, com fins de sanção disciplinar, seria segregado em uma cela, no escuro, passando por um rigoroso jejum (FERRAJOLI, 2010, apud BALDISSARELLA, 2011).

A prevenção negativa, então, visaria a pessoa criminalizada, não como forma de melhorá-la, mas para neutralizar os efeitos de sua inferioridade, “à custa de um mal para a pessoa, que ao mesmo tempo é um bem para o corpo social” (ZAFFARONI et al, 2003).

A União das Teorias Retributivas e Preventivas Como (Falta de) Resposta Para os Fins da Pena: As Teorias Mistas ou Unificadoras

As teorias mistas ou unificadoras da pena surgiram por ocasião das várias críticas atribuídas às teorias absolutas e relativas, unificando as duas e aplicando os fins retributivos e preventivos concomitantemente (CARVALHO NETO, 1999, p. 16, apud GROKSKREUTZ, 2010).

De acordo com Toledo y Ubieto (1981, p. 217, apud BITENCOURT, 2011, p. 150), essa corrente tenta recolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. As teorias mistas ou unificadoras da pena, então

Conciliam, de um lado, o caráter retributivo da pena, acrescentando-lhe, de outro, um fim político e útil e a necessidade de garantir o bem e os interesses da sociedade. Tal teoria trata de juntar os princípios absolutos e os princípios relativos, associando à pena um fim socialmente útil e um conceito retributivo. Pune-se porque pecou e para que não peque (OLIVEIRA, 2003, p. 70).

Acerca das teorias mistas ou unificadoras, pode-se concluir que a pena é vista como uma retribuição do mal causado, mas também tem sentido de prevenção, buscando a ressocialização e a não reincidência. Assim,

[...] a pena passa a ter a característica de um castigo, com um fim além de si mesma, fazer justiça em consequência do mal causado, prevenindo que o delinquente volte a realizar condutas criminosas, e a sociedade em geral tenha tal receio e, por consequência, recuperar o interno, e protegendo os bens jurídicos, buscando a paz e o equilíbrio social (GROKSKREUTZ, 2010).

A intenção de sanar esses defeitos, unindo três concepções distintas, porém possui grande força de fracassar, uma vez que

[...] a simples adição não só destrói a lógica imanente à concepção, como também aumenta o âmbito de aplicação da pena, que se converte, assim, em meio de reação apto a qualquer emprego. Os efeitos de cada teoria não se suprimem entre si, absolutamente, mas, ao contrário, se multiplicam (ROXIN, 1976, p. 26, apud BITENCOURT, 2011, p. 152).

Ainda, existe um problema maior que combinar, segundo cada autor, as várias funções atribuídas à pena. É sobre o caráter de cada uma delas, que são tão contraditórias entre si que não se sabe onde ocorre a “disfuncionalidade ou antinomia fundamental, se entre retribuição (culpabilidade) e prevenção ou entre prevenção geral e prevenção especial” (TOLEDO Y UBIETO, 1971, p. 219, apud BITENCOURT, 2011, p. 152).

Retribuir, Prevenir e Ressocializar: Inverdades Acerca do Sistema Penal

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 59, afirma que a pena deve reprovar o mal cometido pelo agente, bem como prevenir possíveis reincidências ou, até mesmo, incidências em novos tipos penais. Entretanto, a ilusão de solução que causa a condenação do réu pelo ilícito cometido, tanto para ele como para a sociedade, deixa de existir quando este adentra em um sistema que não ressocializa, e nem previne, além de ser tido como uma das melhores escolas do crime da atualidade.

A pena privativa de liberdade, portanto, não vem cumprindo seu papel de ressocializar o apenado e evitar a reincidência criminosa. Logo,

Ao contrário, a prisão, em si mesma, tem se mostrado criminógena, além de haver-se transformado em uma fábrica de reincidência. Em vez de ressocializar o criminalizado, o cárcere degenera-o, dessocializa-o e embrutece-o, reconduzindo-o a uma carreira de desvio. O discurso ressocializador encontra-se desacreditado e, como conseqüência, deslegitimado. A realidade é que, hoje, se reconhece que o cárcere é incapaz de ressocializar o apenado, conseguindo, só e somente, impingir-lhe um sofrimento inútil, a título de castigo (TRINDADE, 2003, p. 13).

De acordo com Andrade (2015), a função da pena de prisão seria instrumental, de efetivo controle e redução da criminalidade, além da defesa social. Porém, ao invés de

[...] reduzir a criminalidade ressocializando o condenado produz efeitos contrários a tal ressocialização, isto é, a consolidação de verdadeiras carreiras criminosas cunhadas pelo conceito de desvio secundário (ANDRADE, 2015, p. 289).

Caso fosse dada a palavra, hipoteticamente, ao sistema punitivo vigente, este poderia argumentar da seguinte forma:

Meu fracasso é a medida de meu sucesso. Declaro que meu objetivo é reduzir a criminalidade e evitar a reincidência, através da ressocialização do condenado. Mas o que quero, realmente, é reproduzir a delinquência e a própria reincidência. Esse é meu objetivo real e oculto (TRINDADE, 2003, p. 18).

É evidente que existe uma crise quando se fala em como o sistema penal deve agir. A instituição prisão não previne a criminalidade e nem a reduz, conforme deveria, e, a partir desse ponto, como questionamento a essa ineficácia, surgem movimentos que tentam responder e mostrar uma saída para os problemas da reclusão.

De um lado, visualiza-se como resposta a intervenção mínima, que possui raízes no Iluminismo, a partir da Revolução Francesa. Esse período foi marcado pela atuação de pensadores que contestavam a barbárie e os castigos cruéis impostos pelos absolutistas (RASSI, 2008). Daí nasce o garantismo, tendo como principal expoente Luigi Ferrajoli, buscando a construção de colunas mestras do Estado de Direito, tendo por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário do poder, além de almejar um Estado social que proteja, igualmente, os direitos sociais (FERRAJOLI, 2002). Nenhum inocente seria punido e, em caso de dúvida, a velha máxima se faria existir: *in dubio, pro reo*.

Do outro, por volta da década de 70, como resposta ao aumento crescente da criminalidade, surge, nos Estados Unidos, o chamado direito penal máximo (SILVA, 2013). Os seguidores dessa teoria sustentam que o combate à criminalidade deveria iniciar-se por meio de rigorosa repressão e perseguição dos pequenos delitos, como forma de conter a violência pela raiz e evitar a primeira janela quebrada (ROSA, 2011, p. 34, apud SILVA, 2013).

Por fim, podem-se considerar as teorias abolicionistas que, conforme Hulsman e Celis (1993), podem ser úteis para acontecimentos que afetam o patrimônio, a segurança das pessoas contra atentados físicos e a segurança da moradia. Nas palavras de Carvalho (2013), opção viável ao sistema penal seria a “construção de formas de justiça participativa e comunitária, mais próximas das relações privadas e distantes do modelo processual sancionatório”.

Considerações Finais

Por meio do presente trabalho, buscou-se entender as funções da pena de prisão

em seu contexto histórico. Para uma melhor compreensão de tal questão, analisaram-se as principais teorias da pena junto ao modelo de Estado nas quais estas eram praticadas. Visualizou-se que, por meio da teoria retributiva ou absoluta, a privação de liberdade era vista como um castigo que visava ao mal cometido pelo agente; isto é, não falava-se em ressocialização, apenas em pagar o mal cometido na mesma moeda. A evolução se deu para a ideia de prevenção, em um período no qual a ideia não era somente enclausurar o delinquente, mas sim torná-lo, novamente, parte da sociedade, ressocializando-o, ao mesmo tempo em que se intimidavam os demais a não agirem de forma com que fossem parar, eles também, atrás das grades. A prática de crimes pelos cidadãos e a própria reincidência provaram que tais objetivos não foram alcançados. Dessa forma, unem-se as duas teorias, para formar a chamada teoria mista ou unificadora da pena, sendo que essa teoria apenas tratou de juntar os objetivos das teorias retributivas e preventivas, buscando a ressocialização do apenado.

Conforme demonstrado por seu histórico, a privação de liberdade não liberta. Buscar a recuperação por meio do enclausuramento do indivíduo em um sistema que, historicamente, tem por objetivo castigar, não torna o apenado apto ao convívio em sociedade. Mesmo quando se fala em prevenção, esta se dá por meio do delinquente e não para ele. Nesse sentido, a própria sociedade per-

de, quando a teoria se difere da prática, no que diz respeito ao sistema penal. Ao invés de uma evolução humanista, percebem-se apenas atenuações na forma de castigo que o preso venha a sofrer. Entretanto, desde sempre, o condenado foi e, ainda hoje é, lançado em um sistema com objetivos e/ou valores diferentes, do que se pretende que ele tenha, do que a sociedade espera que ele consiga, por meio do tempo na cadeia.

Percebe-se, analisando a evolução das funções da pena, que a criminalidade não se reduz pelo sistema punitivo, ao contrário, a prisão torna-se uma verdadeira escola do crime para aqueles que a frequentam. Há de se entender a crise instaurada no contexto criminológico do sistema vigente e enxergar as saídas que o direito penal, por meio de teorias distintas, propõe. No horizonte do modo ideal de agir em relação a como deve atuar o sistema penal, tem-se, por presente, o direito penal máximo, o seu oposto, o garantismo, ou também conhecido como direito penal mínimo e, por fim, uma terceira forma de buscar uma solução para os problemas atuais, um tanto quanto radical, mas passível de estudos mais aprofundados, que é o abolicionismo. São portas que, apesar de levarem a caminhos distintos, buscam soluções. Portanto, devem ser estudadas levando em consideração o sistema penal como hoje ele, realmente, acontece, e não conforme a teoria afirma que ele seja.

NOTA

¹ Esse artigo é a primeira parte de um trabalho para conclusão de curso nos moldes de pesquisa monográfica para obtenção do título de bacharel em direito, que busca analisar a crise da pena privativa de liberdade e as soluções propostas pelo direito penal para sanar tal crise, com enfoque nos ideais da teoria abolicionista.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, V. R. P. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- BALDISSARELLA, F. L. B. Pena de prisão: O mal necessário? *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, mar. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9073>. Acesso em: 21 jan. 2016.
- BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. 6 ed. revisada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BITENCOURT, C. R. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso: em 3 fev. 2016.
- CARVALHO, S. **Antimanual de criminologia**. 5. edição. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CONDE, F. M. **Introducción al derecho penal**. 2. ed. Montevideo: Editorial B de F, 2001.
- CONDE, F. M.; HASSEMER, W. **Introdução à Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FERRAJOLI, L. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GROKSKREUTZ, H. R. Das teorias da pena no Ordenamento Jurídico brasileiro. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, jul 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7815>. Acesso em : 29 jan. 2016
- HULSMAN, L.; CELIS, J. B. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Niterói: Luam, 1993.
- LISZT, F. **Tratado de direito penal alemão**. Brasília: Senado Federal, 2006.
- NERY, D. C. P. Teorias da Pena e sua Finalidade no Direito Penal Brasileiro. *Universo Jurídico*, Juiz de Fora, jun. de 2005. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2146/teorias_da_pena_e_sua_finalidade_no_direito_penal_brasileiro>. Acesso em: 26 jan. 2016.
- OLIVEIRA, O. M. **Prisão**: um paradoxo social. 3. Ed. revisada. Florianópolis: UFSC, 2003.
- PUIG, S. M. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. Ed. Montevideo: Editorial B de F. Montevideo, 2003.
- RASSI, P. V. G. S. Direito Penal mínimo. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, fev. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4498&revista_caderno=3>. Acesso em: 05 fev. 2016.
- SILVA, L. T. Algumas reflexões sobre o direito penal máximo. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13103&revista_caderno=3>. Acesso em: 26 jan. 2016.
- SOUZA, P. S. X. **Individualização da Pena no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2006.
- TRINDADE, L. A. **A ressocialização**: uma disfunção da pena de prisão. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003.
- ZAFFARONI, E. R. et al. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.