

A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E SUAS IMPLICAÇÕES NA RESSOCIALIZAÇÃO DO CIDADÃO

Igor Gustavo Bezerra de ARAÚJO¹

RESUMO: O objetivo deste trabalho é demonstrar o porquê a pena privativa de liberdade está indo ao contrário de sua real finalidade, que é a ressocialização do detento, e quais são os fatores da norma penal que contribuem com esta falência. Pretende-se identificar com o estudo quais são as causas que originaram um sistema carcerário perverso e um sistema penal ilusório e, principalmente, o direito penal celetista. Os teóricos defendem que a resolução desse problema é a aplicação de um direito penal mínimo e aplicação de penas alternativas, tendo em vista que em tais situações os criminosos ainda permaneceram em contato com a família e com a sociedade civil, sendo mais fácil a sua ressocialização. Adentraremos ao estudo da pena de prisão como controle social, dividindo aqueles socialmente socializáveis dos criminosos, passando pela teoria da pena, com aprofundamento especial na forma como a pena privativa de liberdade serve como forma de exclusão social do delinquente, demonstrando como contribui com a reincidência. Por fim, demonstrar que o ideal é a aplicação da pena alternativa.

Palavras-chave: Sistema Carcerário. Ressocialização. Exclusão Social. Penas Alternativas.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o Brasil enfrenta uma grave crise no sistema carcerário, não possuindo somente um agente causador desse embaraço, isto é, não é possível elencar todas as causas que geram a superlotação dos presídios.

A história da prisão não é contada acerca da sua abolição, mas da sua reforma. Ao nos remetermos ao passado, observaremos que as mutilações, decapitações, tortura e a pena de morte eram tidas como penas principais, pois nos séculos passados vivia-se em um mundo onde as condenações eram públicas e serviam de espetáculos para aqueles que presenciavam, geralmente os pertencentes as altas classes da época. Com o decorrer do tempo, com as assinaturas de tratados internacionais, tratados versando sobre direitos humanos e a conscientização do povo sobre seus direitos, as penas passaram por um processo de humanização, ou seja, a

¹ Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente-SP.

punição já não recai mais sobre o corpo do delinquente, passando a ocupar o posto principal a pena privativa de liberdade.

Ocupando o posto principal de pena, o sistema carcerário passou a abrigar aqueles que não seguiam as regras que eram impostas a todos. No entanto, ao adentrar no cárcere os indivíduos são excluídos de sua vida social, familiar e privada, ocasionando diversas reações psicológicas e morais no detento, sendo tais reações desviantes, o que faz com que o indivíduo ao sair da prisão tenha dificuldades de se ressocializar e ao se deparar em tal situação, eles praticam alguma conduta criminosa e voltam para a prisão novamente.

Quando retornam para a prisão, sendo reincidentes, repassam o conhecimento à aqueles que estão de passagem pela primeira vez (réus primários), criando assim novos delinquentes.

As condições em que são presos também devem ser levadas em consideração, ou seja, com a superlotação o Estado não tem controle de todos aqueles que estão presos, e acaba gerando conflitos internos entre os próprios detentos ou entre os detentos e os agentes penitenciários, ocasionando os motins, rebeliões, etc.

Sendo assim, a pena privativa de liberdade não possui nenhuma finalidade e, também, não apresenta nenhuma positividade na recuperação do indivíduo, principalmente aqueles que são condenados a penas de longa duração, tendo em vista que o seu convívio fora da sociedade será maior.

Portanto, para desobstruir o sistema carcerário é necessário a aplicação, cada vez mais, de penas alternativas a prisão, quando possível, pois isso evitará a formação de novos criminosos, a ressocialização desse indivíduo será mais fácil e célere, já que não será retirado do meio social.

Por fim, para a elaboração do presente trabalho, valeu-se, prioritariamente dos métodos dedutivo, hipotético-dedutivo e histórico.

2 BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO

Inicialmente, antes de projetarmos algo sobre o porquê da falência do sistema carcerário, ou, até mesmo, qual a contribuição da pena privativa de liberdade

para esse colapso, se faz necessário analisarmos a origem da pena e, principalmente, a sua evolução durante o tempo, pois é necessária a compreensão da evolução da pena e qual o real motivo de termos a pena privativa de liberdade como pena principal.

A origem da pena é muito distante, pois no decorrer da história da humanidade muitas formas de castigos e punições foram utilizadas para punir o indivíduo. Porém, não há um consenso entre os doutrinadores do exato momento em que surgiu a pena, seja ela como vingança individual seja ela como pena-prisão. No entanto, seguindo a divisão adotada por alguns pesquisadores do direito, entre eles Garrido Guzman e Cezar Roberto Bitencourt, utiliza-se “os períodos da história da humanidade, como meio de elucidar as distintas formas de punição no tempo” (BITENCOURT, 2011, p. 27).

No primeiro momento histórico, podemos destacar a antiguidade, onde a privação de liberdade era pura e simplesmente utilizada como forma de resguardar os réus que seriam julgados; ou seja, o cárcere não tinha como finalidade a sanção penal, mas de somente preservar a integridade do réu. Durante esse tempo, a punição recaía sobre o corpo do indivíduo, ou seja, utilizava-se à pena de morte e penas corporais. Tais penas eram intituladas por Foucault de suplício², pois a punição era baseada em castigos corporais, tortura e morte, isto é, tudo o que causava dor e sofrimento ao ser humano era utilizado como forma de punição.

Com tal análise, podemos concluir que na antiguidade a prisão não tinha cunho sancionatório, mas era utilizada meramente como proteção ao indivíduo até que cumprisse a sua condenação, qual seja a pena de morte ou corporal, a depender do mal praticado.

Passemos a análise do segundo momento histórico: a Idade Média. Nesse período, assim como na história da humanidade, podemos perceber a forte influência que a igreja exerceu na evolução da pena e no direito. Durante a Idade Média, a privação de liberdade ainda era aplicada somente como forma de custódia, ou seja, era aplicada aqueles que tiveram uma punição.

Durante esse dado momento histórico, podemos perceber a divisão entre o Estado (descentralizado) e a Igreja (cristianismo). Por haver tal divisão dentro

² Foucault trata no seu livro “Vigiar e Punir” sobre como o corpo do homem suportava as penas, quais sejam de mutilações, açoites, tortura e pena de morte. Para essas penas o autor dava o nome de suplício, pois eram graves punições.

do próprio estado, surge nesta época, segundo Luiz Garrido, *apud* Bitencourt (2011, p. 32) a prisão de Estado e a prisão eclesiástica:

Na prisão de Estado, na Idade Média, somente podiam ser recolhidos os inimigos do poder, real ou senhorial, que tivessem cometido delitos de traição ou os adversários políticos dos governantes. A prisão eclesiástica, por sua vez, destinava-se aos Clérigos rebeldes e respondia às ideias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, dando ao internamento um sentido de penitência e meditação”.

A prisão de Estado ainda aplicava as mesmas penas que no período anterior (antiguidade), qual seja a pena de morte e as mutilações, sendo assim, a pena privativa, também, era utilizada apenas para resguardar o réu (prisão de custódia). Já a prisão eclesiástica, a pena aplicada era totalmente diferente, pois os infratores não sofriam castigados corporais, ao contrário, eles eram recolhidos para que por meio da penitência e do jejum, pudessem se arrepender do mal.

Diante o exposto, concluímos que a pena eclesiástica é mais humanista se comparada a do Estado, pois, enquanto na primeira o corpo do indivíduo não sofria mal algum (mutilações), a segunda é o oposto, ou seja, o corpo do ser humano suporta a pena. No entanto, a pena canônica tinha uma aplicação reduzida, já que ela era aplicada apenas aos membros da igreja; ou seja, aqueles pertencentes a religião sofriam a prisão eclesiástica, enquanto que aqueles que compunham a sociedade civil, sofriam com as penas aplicadas do Estado.

Por tratar-se de uma pena mais humanística, o direito canônico exerceu forte influência sobre a prisão do Estado (leis civis aplicada a sociedade), pois o castigo não devia destruir o culpado, mas sim reabilita-lo para que pudesse voltar ao convívio social. Surge neste momento vestígios da prisão moderna, já que a finalidade da pena de prisão no contexto atual é de ressocializar o cidadão.

Como consequência de todo o colapso ocasionado no fim da Idade Média, a pobreza e a fome se alastrou por toda a Europa, aumentando a criminalidade, a mendicância, o endividamento dos Estados, haja vista que não tinha mais pessoas trabalhando; ou seja, perdeu-se toda a segurança. Dessa forma, por razões de política criminal era evidente que tanta delinquência, a pena de morte não era uma solução adequada, já que não se podia aplicar a tanta gente. Então, era necessário o desenvolvimento de uma nova forma de punição para correção dos delinquentes.

Por causa de toda essa decadência, a mão de obra passou a ser escassa, o que fez com que se iniciasse a reforma dos infratores por meio de trabalhos forçados, ou seja, as instituições eram construídas com a finalidade de correção dos apenados por meio do trabalho forçado. Essas casas de trabalho se lastraram por todo o continente europeu, pois passou-se a considerar a prisão como lugar de correção e não de custódia.

Segundo Bitencourt, em meados do século XVII surgiram importantes iniciadores da reforma carcerária e do sentido reabilitador da pena privativa de liberdade, pois foi durante esse período que os reformistas (o autor supracitado cita Mabillon³ como um dos principais idealizadores dessa reforma) passaram a pensar na pena como um meio de correção moral e de reabilitação do delinquente. Esses ideais perduram até os dias atuais, já que o cárcere é visto pela sociedade como instrumento reabilitador do infrator.

3 A PENA DE PRISÃO COMO CONTROLE SOCIAL

Antes de adentrarmos ao tema em específico, se faz necessário delimitarmos a conceituação de controle social, tendo em vista que trata-se de uma expressão que cabe várias interpretações a depender do contexto em que é empregada.

Assim, controle social, em uma visão política, é designado como um mecanismo que disciplina a sociedade e submete os indivíduos a determinados padrões sociais e morais. Mannheim define como “o conjunto de métodos pelos quais a sociedade influencia o comportamento humano, tendo em vista manter determinada ordem” (MANNHEIM, 1971, p. 178). Destarte, controle social são todas as ações positivas e negativas que os órgãos públicos (controle institucional) exercem para manter a ordem na sociedade; ou seja, a finalidade é impor as regras que devem ser seguidas pelo cidadão para o convívio na sociedade.

³ Jean Mabillon era um monge beneditino francês que escreveu um livro intitulado de “Reflexões sobre as prisões monásticas”. Essa obra considera a experiência punitiva do tipo carcerário canônico e fórmula uma série de considerações sobre o problema da reintegração do apenado à comunidade.

Também, podemos citar o controle social que a sociedade civil exerce sobre o Estado, ou seja, ocorre uma inversão, pois os cidadãos ao se encontrarem prejudicados podem exercer seus direitos para promover uma discussão, cuja finalidade é resolver os problemas da coletividade, sendo assim, ocorre uma integração entre sociedade e Estado.

Os contratualistas (Hobbes, Rousseau e Locke) diziam que o homem não seria capaz de conviver em harmonia com os demais se não houvesse uma instituição acima destes que regulasse suas condutas, qual seja o Estado. Dessa forma, se fez necessário que os cidadãos realizassem um pacto social onde transfeririam o poder ao governante, que seria responsável por manter a ordem e a paz entre os homens. Dessa forma, o Estado passa a regular a vida do povo em sociedade criando leis, resguardando os seus direitos, criando um bem estar entre eles. Podemos citar como exemplo, o pensamento de Rousseau:

Ao invés da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quanto a assembleia de vozes, o qual recebe desse mesmo ato sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. A pessoa pública formada assim pela união de todas as outras, toma hoje o de república ou corpo político, o qual é chamado por seus membros de Estado (...)" (ROUSSEAU, p. 26).

Diante o exposto, podemos perceber que o particular abdica de sua vontade particular em prol da coletividade, delegando o poder ao Estado, e este será responsável por defender os interesses de toda a coletividade, ocasionando um bem-estar social, criando normas que regulem o convívio social, que coloque limites aos homens, ou seja, deve garantir a ordem contra os comportamentos desviantes. Assim, surge a ideia da lei como forma do controle.

O sistema penal, como forma de controle, é o mais efetivo aos olhos da sociedade civil, dada a sua natureza punitiva; esse é o único sistema que a população vislumbra o cumprimento da pena, qual seja quando o infrator é preso. Portanto, o dever do Estado, na lógica penal, é garantir o respeito a norma e todos aqueles que se desviarem dos limites impostos pela lei, sofreram as consequências.

4 FINALIDADE OU FUNÇÃO DA PENA

Ao tratarmos sobre pena de prisão, é necessário identificarmos qual a sua real finalidade, isto é, qual é o objetivo do Estado ao privar a liberdade do cidadão. Segundo a doutrina, a finalidade da pena é regida por três teorias: absoluta, relativa e mista (MASSON, 2014, p. 647)

4.1 Teoria absoluta

De acordo com essa teoria, a pena desponta como a retribuição estatal justa ao mal injusto provocado pelo condenado (MASSON, 2014, p. 647). Ou seja, a pena não tem nenhuma finalidade de ressocializadora, sendo utilizada apenas como uma forma de castigar o delinquente e estabelecendo novamente a paz jurídica.

Segundo essa teoria, a pena é utilizada apenas para punir o delinquente pelo mal injusto por ele praticado, portanto, o Estado não tem pretensão alguma ao privar a liberdade do indivíduo, se valendo da prisão apenas para satisfação moral da sociedade (coletividade), tendo em vista que aquele que não seguiu as regras pré-estabelecidas foi retirado do convívio social.

4.2 Teoria relativa

Para essa teoria, a finalidade da pena consiste em prevenir, isto é, evitar a prática de novas infrações penais. É irrelevante a imposição de castigo ao condenado.

Essa teoria diferencia-se da absoluta, pois, enquanto a da retribuição pratica a justiça castigando o cidadão, a preventiva busca prevenir a prática de um novo delito, ou seja, a pena é imposta para que o infrator não volte a delinquir.

O ensinamento preventivo da pena pode ser dividido em: prevenção geral e especial (MASSON, 2014, p. 648). A primeira é dirigida a todo o ambiente social, intimidando a sociedade para que não pratique crime. A norma penal está no plano abstrato, isto é, determina os limites da vida do cidadão, no entanto, quando este pratica a conduta prevista como criminosa sobre ele recai a norma penal, ou

seja, ela deixa de ser abstrata e passa ao plano concreto, é aplicada no mundo dos fatos. Já a segunda, prevenção especial, é dirigida a aquele que já feriu o sistema penal, já praticou uma conduta criminosa. Essa forma de prevenção preocupa-se com o cidadão para que ele não volte a delinquir; a pena tem a finalidade de intimidar e ressocializar.

4.3 Teoria mista

Por essa teoria, entende-se aquela que deve, simultaneamente, castigar o condenado pelo mal praticado e evitar a prática de novos delitos. Destarte, segundo essa teoria, unem-se as teorias analisadas anteriormente, portanto, a pena passa a ter dupla função de punir o criminoso e evitar a prática de novos crimes.

Analisando o código penal, percebemos que esta foi a teoria adotada pelo legislador, pois em diversos artigos ele deixa a margem interpretativa de que a pena tem a finalidade de retribuir e prevenir crimes, como por exemplo o art. 59, *caput*, CP⁴.

5 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMO FATOR DE EXCLUSÃO SOCIAL

A exclusão social possui significados diversos de acordo com o contexto em que é utilizado, o que nos leva a perceber que não há uma conceituação específica, mas sim uma tentativa de definição, pois deve-se analisar o fato ao qual ela está incluída e buscar nos diversos significados aquele que mais se aproxima do contexto.

As desigualdades podem ser de diversas formas e encontram a sua origem nas diferenças existentes entre os homens, como raça, idade, sexo, ideologia, política, posição social, etc., ou seja, tais diferenças geram prejuízos a aqueles

⁴ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

desfavorecidos ou que são minoridade. Resumidamente, a exclusão social pode se dar de diversos aleatórios.

Após essa breve introdução acerca da exclusão social, inicia-se o escopo traçado neste capítulo, que é apontar a influência da pena privativa de liberdade na exclusão social do indivíduo, isto é, vai ao oposto de sua real finalidade.

A pena privativa de liberdade torna-se a principal forma de punição, como visto anteriormente, porque a pena de morte já não era suficiente para tanta delinquência e, também, as casas de correção (criadas no início da moderna) impulsionava a superpopulação carcerária, tendo em vista que a preocupação central era a exploração da força de trabalho, isto é, os delinquentes eram forçados a trabalhar para não cometerem novos delitos e se adequarem ao sistema capitalista mercantil.

A pena de prisão surge como um mal menor ante o arsenal penal então existente, porém desprovida de quaisquer fins preventivos. A pena privativa, a princípio, manifesta-se apenas como uma resposta imediata a uma sociedade que encontrava-se amedrontada pelo aumento da violência nas cidades. Destarte, não há nenhuma regulamentação anterior a implantação da pena de prisão como principal.

Os fins proclamados para essa pena, após sua imposição imediata, era a de prevenir que novos delitos fossem praticados, pois por meio da sanção tentava-se amedrontar o delinquente evitando que voltasse a delinquir novamente. No entanto, desde a sua imposição até a civilização atual, podemos perceber que a pena de prisão é ineficaz, que traz sequelas piores que o mal que se pretende combater.

Dessa forma, podemos perceber que o sistema carcerário carece de sua finalidade originária, tendo em vista que além de prevenir a prática de novos delitos, e devolver o indivíduo a vida social, a prisão apenas reforça a disseminação de valores negativos e destrutivos do condenado perante a sociedade. Segundo Leonardo Sica, a pena de prisão não tem nenhuma finalidade, pois após o julgamento as pessoas perdem interesse naquele caso e são iludidas quanto a efetividade da pena, já que os muros das prisões encobrem a verdadeira situação do cárcere.

A prisão é uma instituição total, pois impõe barreiras entre os cárceres e o resto da sociedade. Segundo Goffman, *apud* Leonardo Sica, instituição total pode ser definida como um local de residência e trabalho onde grande número de indivíduos se encontram na mesma situação, separados da sociedade por um considerável tempo, levando uma vida fechada e administrada (SICA, 2002, p. 49). Toda instituição

exerce um reflexo na vida do cidadão, no entanto, nenhuma delas retira a liberdade por completo deste, ocupando somente parte do seu tempo; por exemplo uma instituição de ensino, ela retira o indivíduo do convívio social, porém este período absorve somente uma parte do seu tempo, logo após o encerramento o aluno é devolvido a interação social e, futuramente, o ensino recebido será retribuído. Agora, imagine se os alunos fossem trancafiados nas escolas; certamente eles se rebelariam e passariam a promover a discórdia e andariam ao contrario daquilo que a instituição de isso pretende promover.

Assim funciona com as instituições carcerárias, quando o indivíduo é privado da sua liberdade ele é separado da sociedade e passa a ter uma nova rotina que é estranha a ele, perde a sua privacidade, já que sempre estará em companhia de outros detentos ou agentes penitenciários. Sendo assim, o indivíduo passa por diversas mudanças psicológicas, tendo a necessidade de um esforço para evitar problemas; o internado pode renunciar a sua sociabilidade com determinados companheiros.

Cezar Bitencourt, diz:

Diante do ritmo em que se desenvolve a vida moderna, em que as transformações se produzem com espantosa rapidez, é muito provável que a prisão venha a ser cada vez mais criminógena. Um homem, por exemplo, que no início do século XX fosse condenado a cinco anos de prisão talvez, diante das condições da época, pudesse ser mais facilmente incorporado ao trabalho e à vida social. Porém, na atualidade, cinco anos podem significar uma segregação muito prolongada, que provavelmente impedirá a ressocialização do delinquente. (BITENCOURT, 2011, p. 167)

A pena privativa de liberdade macula o delinquente, pois quando ocorre o cumprimento da pena, ou é beneficiado com livramento condicional da pena, o indivíduo é posto na sociedade a sorte, já que não é conferido nenhum direito e prerrogativa a ele, ou seja, o delinquente é rotulado como criminoso e, geralmente, compõe uma classe social menos favorecida. Com tal rotulação, o indivíduo passa a encontrar dificuldades para se inserir no mercado de trabalho, se inserir no convívio social, sendo assim, ocorre a exclusão social e não a ressocialização.

Ao invés de se aprimorar o aparato social com o fito de propiciar políticas públicas de inclusão dos trabalhadores marginalizados e fomentar a geração de empregos, o Estado recrudesce o sistema penal (KAZMIERCZAK, 2010, p. 26). Assim, encontrando-se limitado na sociedade, já que não consegue se inserir no meio social, o ex-detento se vê obrigado a praticar novas condutas desviantes para

conseguir a sua sobrevivência. Logo, podemos perceber quem são as vítimas do Direito Penal: indivíduos de baixa escolaridade, classe social baixa, desempregados e advindos de famílias desestruturadas.

Além da exclusão no mercado de trabalho, a sociedade civil, de maneira geral, exclui aqueles que já tiveram passagem no sistema carcerário, pois com a divisão em classes (estratificação em classe) dificilmente aquele que já foi preso e possui renda baixa integrara o meio social dos que possuem mais riquezas, assim, aqueles que se sentem excluídos procuram morar em lugares mais distantes do centro (região metropolitana) e se refugiam em lugares periféricos, ocasionando, por consequência desse aglomerado de pessoas com baixa renda ou que não se encaixam nos padrões impostos por certo extrato social, o surgimento de favelas, que geralmente serve como refúgio destes indivíduos.

Com essa divisão, de um lado a alta elite do outro os estigmatizados, a população acha que está se livrando do mal, tendo em vista que não terá um criminoso andando no seu meio, porém, essa é uma falsa percepção, já que estão apenas fortalecendo a criação de delinquentes, pois quando ocorre essa divisão, aqueles que moram distantes da convivência social, distantes dos melhores hospitais, distantes das riquezas, etc., vão se introduzir no meio social das altas elites para intimidá-los e demonstrarem sua força, no entanto, essas condutas são consideradas desviantes, isto é, a intimidação é realizada com a prática de algum delito.

Assim, quando ocorre essa invasão, ou seja, quando essa separação da sociedade não é capaz de evitar a aproximação, o sistema penal entra é utilizado e contribui com essa proposta excludente, pois faz uma seleção dos marginalizados.

Destarte, essa postura da sociedade demonstra que não está preparada para a integração dos criminosos, pelo contrário, há a cultura através da exclusão através do estigma.

Como dito anteriormente, a pena reproduz uma ilusão na sociedade, pois o Direito Penal tornou-se uma fonte de solução de problemas sociais, isto é, a ilusão de segurança e proteção que a lei penal gera na coletividade passa a ser o fim da pena, se contradizendo com a finalidade na qual a pena privativa de liberdade foi criada, que é a de ressocializar o detento.

6 DIREITO PENAL DO INIMIGO

Gunther Jakobs foi quem introduziu a ideia do inimigo do direito penal; defendendo que a relação entre cidadão e inimigo não deve ser regulada pelo direito, mas sim pela coação, e como fonte mais intensa o direito penal deve ser aplicado a estes indivíduos. Assim, a norma penal será utilizada para enfrentar os considerados inimigos.

O autor supracitado divide o direito penal, quanto à aplicabilidade, em dois modelos (KAZMIERCZAK, 2010, p. 81): um aplicado ao cidadão que não praticou nenhuma conduta delituosa, ou se praticou ainda possui meios de voltar ao convívio social, e é aplicado a este o devido processo legal; e um segundo, que será aplicado àqueles que são considerados inimigos do Estado, ou seja, são aqueles que praticam crimes de forma habitual, que pertencem a organizações criminosas, etc., esses indivíduos são considerados inimigos porque dificilmente ocorrerá a ressocialização e trará mais perigo a sociedade se for julgado conforme as leis comuns, assim, aplica-se a estes um tratamento diferenciado e mais rigoroso.

Quem seria o inimigo do Estado? É aquele que é posto de lado na sociedade e excluído do Direito Penal Cidadão. O inimigo não nasce inimigo do Estado, ele foi se inserindo neste meio através das reiteradas praticas delitivas (habitualidade), reincidência e compor organizações criminosas (KAZMIERCZAK, 2010, p. 81). Quando um indivíduo não aceita mais se inserir no convívio social e respeitar as regras que são impostas, ele deve ser impedido de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação, assim, não cabe a ele o conceito de cidadão, mas sim de inimigo.

O direito penal do inimigo está inserido na terceira velocidade do direito penal, que significa que a punição é estabelecida em relação ao sujeito e não ao ato praticado por ele. Damásio cita em seu artigo que Silva Sánchez dividiu o direito penal em três velocidades⁵: o direito penal de primeira velocidade utiliza-se preferencialmente da pena privativa de liberdade, mas se funda em garantias individuais.

O direito penal de segunda velocidade incorpora duas tendências (antagônicas), a saber, a flexibilização proporcional de determinadas garantias penais

⁵ JESUS, Damásio E. de. Direito penal do inimigo: breves considerações. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/10836/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em 20 de maio de 2017.

e processuais aliada à adoção das medidas alternativas à prisão (penas restritivas de direito, pecuniárias etc.). No Brasil, essas medidas começaram a ser tomadas com a reforma penal de 1984, onde foram introduzidas as penas alternativas e substitutivas.

O direito penal de terceira velocidade refere-se a uma mescla entre as características do direito penal de primeira e segunda velocidade, vale dizer, utiliza-se da pena privativa de liberdade, mas permite a flexibilização de garantias materiais e processuais. Essa tendência pode ser vista em algumas recentes leis brasileiras, como a Lei dos Crimes Hediondos, Lei n. 8.072, de 1990, que, por exemplo, aumentou consideravelmente a pena de vários delitos, estabeleceu o cumprimento da pena em regime integralmente fechado e suprimiu, ou tentou suprimir, algumas prerrogativas processuais (exemplo: a liberdade provisória).

Sendo definido como um direito de terceira velocidade, o direito penal do inimigo torna-se um direito autoritário e inquisitorial, já que punirá uma das classes retirando-lhes todos os direitos e garantias processuais e rotulando-os de criminoso; ou seja, aqueles considerados criminosos são punidos pela simples condição de “ser”, isto é, a rotulação o qual é carregada consigo já é o suficiente para que ele seja considerado autor de um crime. Portanto, o direito penal deixa de punir o indivíduo pelo fato praticado e passa a puni-lo pelo que ele é.

Por fim, segundo Luiz Kazmierczak, a utilização desse tratamento penal pode dar ensejo a uma manobra de poder não para conter uma suposta ameaça, uma situação de perigo ao Estado, mas para excluir determinadas pessoas consideradas simplesmente indesejadas.

7 O EXPANSIONISMO E A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

A sociedade contemporânea é totalmente diferente daquela de séculos passados, pois hoje vivemos em um mundo globalizado, onde com um simples toque podemos nos comunicar com pessoas de diversos países, compartilhar fotos, vídeos, enfim, há infinitas possibilidades. No entanto, por ser um mundo tão diferente, as leis, muitas vezes, não consegue acompanhar tal evolução, sendo necessário utilizar-se de súmulas e jurisprudências.

Com esse evolução da humanidade, passou-se a exigir que o direito penal atuasse em searas nunca imaginadas antes, como por exemplo crime tecnológico, isto é, aqueles praticados virtualmente. Assim, a sociedade passou a conviver com condutas atentatórias a bem inalcançáveis pelo direito penal clássico, situação que exigiu uma postura ativa do legislador penal, postura essa de elaborar normas que figurassem essas condutas como crime e, conseqüentemente, a imposição de uma pena.

Destarte, o direito penal expandiu o seu âmbito de punição, caracterizando, assim, o expansionismo penal. O expansionismo deve ser entendido, do ponto de vista político-criminal, como um processo de criminalização, pois diversas normas foram elaboradas, tendo em vista que o alcance da norma penal aumentou, isto é, o direito penal passou a proteger outros diversos bens daqueles previstos no ordenamento clássico.

Com essa evolução do direito penal e sua preocupação em regular todas as condutas, caracterizando-as como crime, a norma penal deixou de ser empregada como uma norma de “*ultima ratio*” e passou a ser caracterizada como uma norma de emergência, ou seja, tudo deve ser resolvido com base no sistema penal. Por causa dessa “inflação legislativa penal” o direito penal passou a proteger bens jurídicos que antes eram regidos por outros ramos do direito, como administrativo, por exemplo. Portanto, a finalidade da pena de prevenir a pratica de novas condutas (prevenção especial), deixa de ser a preocupação neste momento, já que a pretensão do legislador que criar a norma para neutralizar o criminoso e retirar-lo da sociedade, sendo assim observamos a presença da imposição do direito penal do inimigo, isto é, busca-se retirar do convívio social aquele indivíduo que é considerado inimigo do Estado e está inserido no grupo dos criminosos.

A inflação legislativa cria obstáculos à busca de alternativas penais, porquanto se reforça a ilusória eficácia dissuasória da pena e se incrementa a proporcionalidade vertical, em vez de proporcionalidade abstrata e concreta do minimalismo (SICA, 2002, p. 84).

O fenômeno da administrativização do direito penal descaracteriza a finalidade do sistema penal, implicando em uma utilização ilegítima da pena, pois ela passa a ser aplicada como forma de intimidação, ou seja, o princípio da subsidiariedade deixa de existir e a lei penal é aplicada de imediato.

Esse fenômeno é caracterizado como sendo uma expansão dos limites do direito penal, pois passa-se a prevenir o crime desde antes dele ser praticado, ou seja, há uma antecipação das fronteiras da proteção penal, isto é, a partir do momento que já surge um perigo, o direito penal atua para prevenir. Além de expandir os limites, introduz novos objetos de proteção. Ocorre, também, uma diluição entre o direito penal e administrativo, tendo em vista que tornou-se difícil distinguir um do outro por causa da função preventiva que ambos passaram a ter.

Silva Sanchez é quem tem se ocupado de tratar da administravização; ele diz: “É isto que se quer afirmar quando se refere à “administrativização” em que está imerso o direito penal contemporâneo. Mais que isso: além de utilizar o tipo de raciocínio próprio do direito administrativo, o direito penal transformou-se em um direito de gestão ordinária de problemas sociais.”.

A administrativização faz com que novos crimes surjam, mais processos irão compor as prateleiras dos cartórios, mais demorado tornar-se-á a justiça criminal e mais gente irá para o sistema carcerário. Ou seja, esse fenômeno nos remete a uma crise no sistema carcerário e na justiça criminal, já que haverá uma inflação em ambos os casos.

8 SUBCULTURA DA DELINQUÊNCIA – AS FACÇÕES CRIMINOSAS

Como visto anteriormente, a prisão é uma instituição total, aquelas que retiram o criminoso do meio social para proteger os demais cidadãos. Retirando-o do seu vínculo social e colocando-o em uma prisão, o detento passa por diversas transformações, já que aquele ambiente é estranho a ele e é submetido a diversas regras que devem ser cumpridas nos mesmos horários, das mesmas formas. Por consequência do sistema ser totalmente fechado e o abandono com aqueles que lá estão, os presos passam a criar vínculos ou rivalidades entre si.

Ao adentrarem o sistema carcerário, os detentos se deparam com uma monopolização do poder, pois o Estado, por meio dos agentes penitenciários, detêm o poder sobre todos que estão presos. Assim, com o convívio dentro da prisão, os detentos passam a adquirirem mais intimidade um com os outros e começam a criar vínculos de amizade para não ficarem solitários dentro do cárcere.

Com essa união que passa a surgir entre os detentos dentro do sistema penitenciário, eles passam a criar regras próprias, tendo em vista que as impostas pelo Estado são desfavoráveis e os prejudicam. É nesse contexto que surgem as facções criminosas, responsáveis pelo estabelecimento de normas que venham a propiciar um nível satisfatório de harmonia na convivência entre “os ilegais” (SHIMIZU, 2011, p. 104).

Segundo Bruno Shimizu, facção criminosa pode ser definida como:

Grupos de pessoas em que verificam relações de solidariedade e gregarismo, que surgiram nos presídios brasileiros e foram fundados prioritariamente sob o lema da defesa dos interesses da comunidade carcerária, tendo a prática de atos tipificados em lei como crimes como um de seus modos de atuação dentro e fora dos presídios (SHIMIZU, 2011, p. 75 e 76).

Note-se que segundo o conceito, há uma relação de solidariedade e gregarismo entre os integrantes das facções, ou seja, os detentos se unem para se protegerem e entre eles repartem responsabilidades.

Os ditames impostos pelas facções descrevem como os presos devem se comportar, isto é, “as regras carcerárias” impostas pelas facções ditam o que pode ou não ser feito, e tais regras valem tanto para os que compõem o grupo quanto para aqueles que não compõem.

Além dessas regras impostas, as facções criminosas, assim como empresas, órgãos e entidades, possuem estatutos, contendo os objetivos, regras de conduta e sanções caso haja transgressões. O estatuto do PCC é uma grande exemplo, o qual foi publicado em 25 de maio, no Diário Popular, e continha 16 artigos (JOZINO, 2005, p. 36). Todos os artigos citam o respeito, a união, a justiça e a luta pela liberdade. No entanto, a solidariedade entre eles não é apenas dentro do sistema carcerário, mas se expande além dos muros do cárcere, como diz o artigo 4º do Estatuto do PCC⁶. Portanto, aqueles que estão em liberdade devem contribuir com aqueles que estão presos, sendo assim, devem procurar algum meio de conseguirem dinheiro para poderem ajudar com o “caixa” da facção e ajudar a pagar as despesas com advogados; do contrário, sofrerá as consequências.

Destarte, como mencionado anteriormebnte, sobre a dificuldade de um ex presidiário se inserir no meio mercado de trabalho, dificilmente estes indivíduos

⁶ Art. 4º do Estatuto do PCC – “A contribuição daqueles que estão em liberdade com os irmãos dentro da prisão, por meio de advogados, dinheiro, ajuda aos familiares e ação de resgate”.

conseguiram dinheiro de uma forma licita, o que faz com que eles pratiquem condutas desviantes para conseguirem o dinheiro e contribuir com a facção.

Segundo Fatima Souza, *apud* Bruno Shimizu, a principal fonte de renda do PCC consiste na parcela da arrecadação entregue pelos responsáveis pelas “bocas” de venda de drogas. Podemos perceber a influência das facções além dos muros do sistema carcerário, pois mesmo estando presos, os detentos conseguem se comunicar com aqueles que estão em liberdade para planejarem assaltos, rebeliões, fugas e etc.

As facções criminosas também contribuem com a crise no sistema carcerário, porque, como exposto, aqueles que estão em liberdade devem contribuir com os “irmãos” que estão presos e seguir ordens dos líderes, assim, acabam praticando condutas que os levam de volta a prisão. No caso daqueles que ainda estão presos, como devem obedecer também os líderes, acabam praticando crimes dentro do sistema carcerário, conseqüentemente, incorrerá em uma nova condenação aumentando a pena, o que faz com que o criminoso permaneça mais tempo preso.

Por fim, as facções criminosas podem ser consideradas como subcultura da delinquência, tendo em vista que seus membros são retirados da sociedade e passam conviver em outro ambiente, onde a cultura é totalmente distinta daquela que até então convivia. Como o sistema carcerário possui regramento que não favorece ao detento, aqueles que se sentem injustiçados, reprimidos, buscam se unir e formarem um grupo subcultural como uma alternativa para seus valores e ações, ou seja, tais indivíduos desajustados, ao agruparem-se, vão formando essa moldura desviada do padrão geral por meio de interação mútua, de modo que passam a servir de parâmetro uns aos outros (SHIMIZU, 2011, p. 66).

9 ALTERNATIVAS À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

As penas alternativas surgiram no Brasil somente com a reforma penal de 1984. Antes do advento da Lei 7.209/84, os crimes de penas de curta duração, menor potencial ofensivo ou sem emprego de violência ou grave ameaça eram cumpridos em regime fechado. Após a entrada em vigência da lei supracitada, foram aplicadas penas alternativas a esses tipos de crimes. Posteriormente, em 1998, foi

editada a lei 9.714, provocando algumas alterações nas penas alternativas e trazendo algumas novas.

Seguindo um viés doutrinário, segundo Cleber Masson, pena alternativa é aquela que tem o propósito de evitar a desnecessária imposição da pena privativa de liberdade nas situações expressamente indicadas em lei. Portanto, as penas alternativas tem o objetivo de diminuir a superlotação dos presídios, favorecer a ressocialização dos indivíduos, retirando-os de um isolamento total e fazendo cumprir a pena no meio social e, principalmente, diminuir a reincidência.

Essas penas não são aplicadas diretamente, elas substituem à pena privativa de liberdade quando preenchidos determinados requisitos que estão expressos no art. 44, CP. Ainda, seguindo o artigo mencionado, as penas alternativas são autônomas, pois não podem ser cumuladas com pena privativa de liberdade.

O magistrado substitui a pena privativa de liberdade na própria sentença condenatória. Após aplicar a condenação, estipulando o regime inicial de cumprimento da pena e a quantidade da pena, o juiz, seguindo o art. 59, IV, CP⁷, decidirá se caberá ou não aplicação da pena alternativa.

As espécies de alternativas penais que podem ser aplicadas pelo juiz estão previstas no art. 43 do CP, e são elas: prestação pecuniária, prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, limitação de fim de semana, suspensão da pena, livramento condicional, interdição temporária de direitos e perda de bens de valores. Todas essas penas para serem aplicadas, o indivíduo precisa preencher condições objetivas e subjetivas.

Portanto, o legislador penal deve incentivar a aplicação dessas penas, pois evitará o encarceramento do indivíduo e ele cumprirá a pena sem ser retirado do convívio social, sendo assim, mais favorável à ele, tendo em vista que poderá se ressocializar de maneira mais rápida.

10 CONCLUSÕES

⁷ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: IV: a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

O desenvolvimento do presente artigo possibilitou uma análise de como o sistema carcerário brasileiro não é capaz de efetuar a sua competência, qual seja de ressocializar o indivíduo, pelo contrário, no panorama atual o cárcere brasileiro se transformou em uma “escola de delinquentes”, já que aqueles que lá estão não são vinculados a nenhum programa, atividade ou um método que faça com fiquem ocupados enquanto estão presos. Além disso, permitiu, também, demonstrar que o problema não está apenas nas prisões, mas o problema maior está localizado na lei, isto é, o direito penal ao cuidar de bens jurídicos insignificantes ocasiona uma inflação penal, o que faz com que o crime seja punido antes mesmo de ser realizado.

A evolução histórica da pena demonstrou como a pena privativa de liberdade deixou de ser uma pena de custódia e passou a figurar como uma pena prisão, já que as penas corporais não estavam sendo suficientes para punir os criminosos da época, tendo em vista o aumento da criminalidade no mundo decorrente da crise econômica. As penas também passaram a ter um viés mais humanístico graças aos acordos e tratados assinados mundialmente, onde o homem deixou de ser tratado como um mero objeto.

A norma penal é utilizada como controle social, porque ela é tida pela população como o modo mais efetivo de cumprimento da pena, pois eles observam o indivíduo sendo retirado do seu meio e sendo encarcerado, ficando assim afastado daqueles que o querem longe. Além de ser tido pela população como o modo mais efetivo, o direito penal, dentro todo o ordenamento jurídico, é o mais temido pela sociedade, pois priva a liberdade daqueles que não seguem as suas regras.

Ao deixar de ser um direito de “*ultima ratio*”, o sistema penal passa a ser um direito de emergência, ou seja, o direito penal serve como instituto intimidador da sociedade, impondo o medo a todos e criando normas cada vez mais severas. Por conseguinte, ao ocasionar a inflação punitiva, o direito penal age como um divisor, pois excluirá da sociedade aqueles que já passaram pelo cárcere, já que estes são rotulados como criminosos e não são mais capazes de se integrar na sociedade a qual pertenceu um dia.

Os presidiários ao serem postos juntos eles passam a se organizarem de modo que consigam benefícios e retire o poder estatal de dentro das prisões, assim, criam normas informais, as quais acabam por reger o comportamento dentro

dos presídios. Dessa organização surgem as facções, que são aqueles que se unem para ter benefícios dentro e fora do cárcere.

Diversos escritores, alguns utilizados para o estudo deste trabalho, criticam o sistema carcerário porque ele não possui finalidade alguma e, como trata-se de um sistema total, retira o indivíduo da sociedade e o coloca em um ambiente onde existem outros criminosos, todos presos por condutas diversas e tendo punições diversas (aquele que praticou crime de falso testemunho é colocado junto de um homicida), pois não há uma divisão entre eles, ocasionando assim uma aprendizagem de delitos.

Por fim, com a reforma penal de 1984, posteriormente a Lei 9.714/98, as penas alternativas chegaram ao ordenamento jurídico para evitar o encarceramento e, assim, diminuir a população carcerária. No entanto, essas penas não são utilizadas de forma habitual pelo magistrado quando da sentença, pois ainda vige no meio social a vontade de satisfazer a justiça social e não pensar na ressocialização do cidadão. A lei 9.099/95, a Lei do JECRIM, viabilizou a conciliação entre as partes nos crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, ocorreu um grande avanço no sistema penal, pois os seus princípios passaram a ser, de certa forma, observados pelo legislador penal quando da elaboração dessas leis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

JOZINO, Josmar. Cobras e Lagartos: a vida íntima e perversa nas prisões brasileiras. Quem manda e quem obedece no partido do crime. Rio de Janeiro: Editora Objetiva LTDA, 2005.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Direito penal constitucional e exclusão social. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2010.

MANNHEIM, K. Sociologia sistemática: uma introdução ao estudo de sociologia. 2ª ed. São Paulo: Pioneira, 1971.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado – parte geral – vol.1. 8ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores (PDF). Disponível em:

<<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>. Acesso em: 13 de maio de 2017.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. (reimpressão). Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

SARAIVA, Editora. Vade Mecum de Direito. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SHIMIZU, Bruno. Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas: um estudo à luz da Psicologia das massas. São Paulo: IBCCRIM, 2011.

SICA, Leonardo. Direito penal de emergência e alternativas penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.