



UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
Faculdade de Direito e Relações Internacionais
Curso de Direito - FADIR

Vinícius Franco Jara

**TRÍADE DAS PENAS – ORIGEM, FUNÇÃO E APLICAÇÃO DA PENA DE PRISÃO
NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

**Dourados - MS
2018**

Vinícius Franco Jara

**A TRÍADE DAS PENAS – ORIGEM, FUNÇÃO E APLICAÇÃO
DA PENA DE PRISÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Banca Examinadora da Universidade Federal da Grande Dourados, como pré-requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Me. Everton Gomes Correa.

**Dourados - MS
2018**

VINÍCIUS FRANCO JARA

A TRÍADE DAS PENAS – ORIGEM, FUNÇÃO E APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD como requisito parcial para a obtenção de grau em bacharel.

Comissão examinadora

Prof. Me. Everton Gomes Correa
Orientador

Examinador
Antônio Zeferino da Silva Junior

Examinador
Arthur Ramos do Nascimento

**Dourados - MS
2018**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP).

J37t Jara, Vinicius Franco

Tríade das Penas: Origem, função e aplicação da pena de prisão no Direito Penal Brasileiro / Vinicius Franco Jara -- Dourados: UFGD, 2018.

41 f. : il. ; 30 cm.

Orientador: Everton Gomes Correa

TCC (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito e Relações Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados.

Inclui bibliografia

1. Direito Penal. 2. Pena. 3. História do Direito. I. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

©Direitos reservados. Permitido a reprodução parcial desde que citada a fonte.



ATA DE DEFESA DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos nove do mês de julho de 2018, compareceu para defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso, requisito obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito o (a) aluno (a) **Vinícius Franco Jara** tendo como título "*A Triade das Penas - Origem, Função e Aplicação no Direito Penal Brasileiro*".

Constituíram a Banca Examinadora os professores Me. Everton Gomes Correa(orientador), Me. Antonio Zeferino da Silva Junior(examinador) e o Me. Artur Ramos do Nascimento(examinador).

Após a apresentação e as observações dos membros da banca avaliadora, o trabalho foi considerado (a) Aprovado.

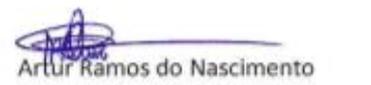
Por nada mais terem a declarar, assinam a presente Ata.

Observações: _____

Assinaturas:


Everton Gomes Correa
Mestre – Orientador


Antonio Zeferino da Silva
Junior
Mestre – Examinador


Artur Ramos do Nascimento
Mestre – Examinador
Artur Ramos do Nascimento

Dedico esse trabalho ao meu pai, que deu sua vida por mim.

À minha mãe, que sempre foi a luz no meu caminho.

E ao meu irmão, que foi meu primeiro amigo.

AGRADECIMENTOS

À universidade, seu corpo docente e administrativo, que me deram a oportunidade de aprender e me desenvolver com eles.

Ao meu orientador, que me forneceu suporte mesmo com todas as dificuldades.

Aos meus amigos e familiares, pois sem eles eu jamais conseguiria chegar até aqui.

E a todos aqueles que fizeram parte dessa graduação, a todos vocês, o meu obrigado.

RESUMO

A presente monografia analisa as características do Sistema Penal Brasileiro, com enfoque nas sanções penais. Demonstra-se nesse trabalho a origem e a evolução da pena. É feita uma reflexão sobre a origem da pena restritiva de liberdade, sua função e forma de aplicação no Direito Penal, por meio de uma pesquisa histórica sobre as circunstâncias sociais, políticas, culturais e religiosas que determinaram seu nascimento e favoreceram sua consolidação no processo de uniformização das punições penais que temos hoje. O trabalho foi feito através de revisão bibliográfica e apresenta como conclusão a ineficiência da pena restritiva de liberdade frente às novas políticas de ressocialização.

Palavras-chave: Direito Penal, Pena, História do Direito.

ABSTRACT

This monograph analyzes the characteristics of the Brazilian Criminal System, focusing on criminal sanctions. This work shows the origin of the penitentiary system, as well as the evolution of the sentence. A reflection on the origin of the freedom restriction penalty, its function and form of application in the Criminal Law, is made through historical research on the social, political, cultural and religious circumstances that determined its birth and favored its consolidation in the process of standardization of the criminal punishments that we have today.

Key words: Criminal Law, Penalty, Law History.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. PENA ATRAVÉS DO TEMPO – UMA ABORDAGEM HISTÓRICA	13
1.1. Evolução da Pena no Contexto Histórico	15
1.1.1. Vingança Privada.....	16
1.1.2. Vingança Divina	17
1.1.3. Vingança Pública	19
1.1.4. Direito Penal Hebreu	22
1.1.5. Direito Penal Romano	22
1.1.6. Direito Penal Germânico.....	24
1.1.7. Direito Penal Canônico	25
1.1.8. Direito Penal Árabe	26
2. CONSIDERAÇÕES E TEORIAS ACERCA DA FUNÇÃO DA PENA	27
2.1. Teoria Absoluta	27
2.2. Teoria Relativa	28
2.2.1. Teoria da Prevenção Geral	29
2.2.2. Prevenção Especial	29
2.3. Teoria Mista	30
3. APLICAÇÃO DA PENA DE PRISÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	32
3.1. Prisão Simples	33
3.2. Detenção e Reclusão.....	33
3.3. Penas Restritivas de Direito e Multa.....	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS	36
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	38

INTRODUÇÃO

A presente Monografia tem como objeto o estudo a evolução das penas no sistema penitenciário brasileiro. Sua meta é mostrar a evolução da pena até a atualidade, demonstrar através da história as principais fases da evolução epistemológica do Direito Penal, a conduta punível com a sanção penal, bem como os tipos de penas os quais estão inseridos em nosso Código penal.

Para se conhecer as idéias e os alicerces do Direito Penal, que fundamentavam o sistema punitivo, deve-se ter uma consciência correta da evolução histórica do Direito Penal e os conceitos de Crime, Punição, que serão explorados durante a monografia.

Entende-se por crime, do ponto de vista legal, a conduta definida como tal por uma lei formalmente editada pelo Parlamento e para a qual são cominadas sanções punitivas.

Numa conceituação jurídica mais descritiva, o crime ou delito é o comportamento humano violador das proibições ou mandamentos impostos pelas normas criminais, trazendo como consequência, via de regra, uma ofensa severa – e por vezes irreversível – aos direitos mais importantes pertencentes à vítima, quer esta seja um indivíduo (direitos individuais), quer seja a coletividade (direitos coletivos em sentido amplo).

Filosoficamente, o crime é frequentemente associado ao lado sombrio do ser humano; ele englobaria, grosso modo, os atos mais vis e baixos, numa escala ética, que alguém poderia cometer – a violência, a brutalidade, a indiferença com a vida, a dor ou o sofrimento de outrem, a fraude, a desonestidade –, o que justificaria os sentimentos naturais e instintivos de repugnância e revolta despertados no corpo social com a sua prática.

O fato é que o crime sempre esteve presente na sociedade e, justamente em virtude de suas graves consequências, sempre existiu um interesse coletivo em punir o autor da infração, quer como forma de dar vazão àqueles sentimentos naturais de que se falou – ira, revolta, repugnância –, quer como forma de inibir novos delitos, pela mesma pessoa ou por outras inclinadas a seguir seus passos. Denomina-se esse interesse coletivo de pretensão punitiva.

Punir significa, em linhas gerais, submeter alguém a um mal, um castigo, em virtude do descumprimento de uma regra que lhe ordenava fazer ou se abster de determinada prática. Esse castigo atingirá sua liberdade, seu patrimônio ou certos direitos de que é titular, causando-lhe, portanto, certa dose de dissabor e sofrimento.

No âmbito do Direito Penal, essas reprimendas devem estar expressamente previstas em lei, sob a forma de penas cominadas a cada um dos fatos tipificados, e só devem ter

lugar após a definitiva condenação do infrator em um processo judicial em que foram observadas regras de procedimento.

É inegável que, no curso da História, o desejo da sociedade em sancionar criminalmente o infrator sempre esteve associado, em maior ou menor grau, à vontade de vingança. Entretanto, juridicamente, isto é, à luz das constituições democráticas, a finalidade do exercício da pretensão punitiva da sociedade reside na defesa, tutela, proteção dos direitos fundamentais individuais e coletivos, os quais coincidem com os bens jurídicos tutelados pelas normas criminais.

1. PENA ATRAVÉS DO TEMPO – UMA ABORDAGEM HISTÓRICA

É corrente na doutrina o entendimento de que a legitimidade do Direito Penal encontra sua razão de ser na necessidade da pena, mesmo que esta necessidade seja amarga como constava do preâmbulo do Projeto Alternativo de Código Penal alemão. Nas palavras de Aníbal Bruno (1976, p. 10), “nada revela melhor a crueldade dos homens do que a história da penas, mais do que a dos crimes”

Tendo em mente que um dos nossos objetos do estudo é a pena de prisão, convém primeiramente apontar o significado da expressão *pena*. Em conformidade com Abbagnano, “pena é a privação ou castigo previsto por uma lei positiva para quem se torne culpado de uma infração”.

É um difícil trabalho delimitar com precisão o exato surgimento da pena, muitos autores colocam como marco o surgimento próprio o homem, já alguns afirmam que a pena surgiu com a ideia de sociedade e outros com o contrato social. Os que adotam a concepção de pena atrelada ao surgimento do homem tentam explicar se posicionando em torno do Criacionismo ou Evolucionismo.

Apesar do avanço tecnológico e científico, ainda é inexplicável a origem da Pena. Somente partidários das Teorias da Criação e Evolucionista tentam explicar como nasceu a pena, cada qual com sua posição. Com o surgimento do Estado, o homem passa atribuir normas para manter o equilíbrio de justiça e garantir a igualdade entre as comunidades. Infelizmente a aplicação dessas normas é efetivada em desrespeito ao ser humano e a pena imposta passa do transgressor ao alcance de sua família, mas com o desenvolvimento histórico ocorre uma evolução. (TELES; SÉLLOS E SANTOS, 2013).

Conforme Masson (2011, p. 53), a pena é a resposta de uma comunidade politicamente organizada a um determinado fato o qual viola uma das normas fundamentais da sua estrutura e, assim, é definido na lei como crime. O autor ainda afirma que a história da pena se mistura com a história da humanidade, pois a pena foi a punição encontrada para retalhar aquele que por ventura ocasionasse mal a outro indivíduo no grupo social.

Pode-se afirmar, com segurança, que a história da pena e, conseqüentemente, do Direito

Penal, embora não sistematizado, se confunde com a história da própria humanidade. De fato, o ponto de partida da história da pena coincide com o ponto de partida da história da humanidade. Em todos os tempos, em todas as raças, vislumbra-se a pena como uma ingerência na esfera do poder e da vontade do indivíduo que ofendeu e porque ofendeu as esferas de poder e da vontade de outrem. [MASSON, 2011, p. 53].

Já Bitencourt nos alerta, não devemos ficar presos em torno do marco temporal da criação da pena, visto é muito difícil situar a origem da pena, por ser tão remota como a própria existência da humanidade.

A origem da pena é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a História da Humanidade. Por isso mesmo é muito difícil situá-la em suas origens. Quem que se proponha a aprofundar-se na História da pena corre o risco de equivocar-se a cada passo. As contradições que se apresentam são dificilmente evitadas, uma vez que o campo encontra-se cheio de espinhos. Por tudo isso, não é uma tarefa fácil. Surge uma ampla gama de situações e variedade de fatos, que se impõe a considerações, como magníficos títulos para assumir a hierarquia de fatores principais. Porém, são insuficientes. A carência de continuidade é quase total. Há muitos exemplos. Os retrocessos, a dificuldade de fixar indicadores e perseguir sua evolução, a confrontação das tendências expiatórias e moralizadoras (estas últimas nem sempre bem definidas) dificultam qualquer pretensão narrativa de ordem cronológica. Um bom exemplo dos retrocessos referidos é a própria aparição da “prisão-pena”, que ocorre em fins do século XVI, para depois ficar sepultada nos dois séculos seguintes. [BITENCOURT 2012, p. 567]

A pena inicialmente foi imposta como castigo físico, sofrimentos psicológicos e violação da integridade do física do condenado ou até mesmo de seus próximos. Souza (2013) elucida que a punição mais adotada eram as penas de mutilação, torturas, castigos corporais, pena morte, dentre outras. Embora imposta como forma de defesa do Estado, a pena tinha por finalidade a correção do agente e a prevenção geral da sociedade.

Durante muito tempo, nas antigas civilizações a pena era executada de forma diversa, predominava como forma de castigo, a maior parte delas ocorria em locais insalubres, os encarceramentos eram subterrâneos e não havia condições mínimas de segurança. No entanto, como uma espécie de fase preliminar o encarceramento era feito principalmente por poços e masmorras, conseqüentemente a aplicação das penas, se transformou no

principal retorno penológico. (SOUZA, 2013)

A seguir, faremos a análise de suas fases históricas em sua evolução.

1.1. Evolução da Pena no Contexto Histórico

A pena como meio de punição a uma conduta condenável por determiando grupo social, sofreu mudanças no decorrer das gerações adaptando-se à sociedade como tentativa de repreensão a atos criminosos. A pena foi se amoldando aos tempos, conforme a sociedade progredia a noção de pena e o direito penal progredia junto.

Pena é a reação que uma comunidade politicamente organizada opõe a um fato que viola uma das normas fundamentais da sua estrutura e, assim, é definido na lei como crime. Como reação contra o crime, isto é, contra uma grave transgressão das normas de convivência, ela aparece com os primeiros agregados humanos. Violenta e impulsiva nos primeiros tempos, exprimindo o sentimento natural de vingança do ofendido ou a revolta de toda a comunidade social, ela se vai disciplinando com o progresso da cultura, abandonando os seus apoios extrajurídicos e tomando o sentido de uma instituição de Direito posta nas mãos do poder público para a manutenção da ordem e segurança social. [ANIBAL BRUNO 1976, *apud* MASSON, 2001, p. 538)

Durante a história da humanidade, a pena aparece como um dado cultural e nunca se afastou do homem. A pena, assim como a nossa história, passou por um processo de evolução conforme as novas civilizações que foram surgindo. Isto é, as ideias e conceitos sobre os fins da pena se associam as ideias ou necessidades que surgem, em épocas e períodos que o assunto retoma espaço dentro da própria sociedade.

A fase primitiva foi dividida em dois períodos: o primeiro, caracterizado pela vingança privada, divina e pública. O segundo, conhecido por Direito Penal Comum, resultou da combinação do Direito hebreu, romano, germânico, canônico e árabe.

Posteriormente, temos a fase humanitária, também chamada Clássica, nela, finalmente, temos a humanização das penas, evidenciando o surgimento da dignidade humana.

Então, por fim, a fase científica contemporânea, ou Escola Positiva, com suas vertentes antropológicas, sociológicas e jurídicas, em que, por meio dos estudos já desenvolvidos, deu-se estrutura aos princípios já estabelecidos.

1.1.1. A Vingança Privada

A vingança privada é a fase mais antiga da história da pena. Nos primórdios da humanidade, não se havia modelo algum de administração ou padronização pertinente a Justiça. A sanção era imposta tão somente como vingança.

Caso algum indivíduo ofendesse um semelhante, nem sempre a resposta era da mesma intensidade à agressão sofrida. Em muitas situações a represália sequer era dirigida apenas ao agressor, mas sim aos membros de sua família ou comunidade, ocasionando respostas ainda mais agressivas. Já quando a infração era acometida por um membro do próprio bando “a punição, em regra, era o banimento, conhecido como perda da paz, fazendo com que o infrator ficasse desprotegido, à mercê de tribos rivais.” (CAPEZ e BONFIM, 2004, p. 43).

A pena comulmente extravasava a esfera da pessoa do infrator para se projetar em sua família, até mesmo em sua tribo, muitas vezes acarretando guerras, até mesmo a dizimação do grupo oponente.

Não havia senso de justiça, a reação era puramente instintiva e normalmente desmedida, não havendo proporcionalidade e nem pessoalidade quanto ao revide, reinava a responsabilidade objetiva, e desconheciam-se princípios como o da proporcionalidade, humanidade e personalidade da pena [CAPEZ e BONFIM, 2004, p. 43].

Em concordância com Masson (2011, p. 55), nessa época reinava a lei do mais forte, a vingança de sangue, em que o próprio ofendido ou outra pessoa aliada detinha o direito de voltar-se contra o infrator, como uma espécie primitiva de autotutela, fazendo “Justiça pelas próprias mãos”, cometendo, na maioria dos casos, excessos e demasias, o que culminava com a disseminação do ódio e consequentes guerras entre grupos. Mirabette corrobora com essa visão, em suas palavras, “cometido o crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social (tribo) que agiam sem proporção à ofensa, atingindo não só o ofensor, como também todo o seu grupo”.

Uma pena nesses moldes não teria como se manter através do tempo. Nasce dessa fúria incontrolada de punir a qualquer custo, a carência de se pôr um basta às arbitrariedades da pena, afim de se atingir apenas o autor direto do delito. Com a evolução da humanidade e com o começo de uma sociedade surge uma forma de limitar o direito de “vingança”. Nesse momento,

se cria a pena do Talião, a qual inovou ao trazer a ideia de proporcionalidade: “olho por olho, dente por dente”. Etmologicamente, Talião vem da palavra latina “TALIS” e significa tal, semelhante, igual. Surgiu no Código de Hamurabi, monarca da Babilônia, em XXIII a. C., expandindo-se mais tarde para outras legislações (NORONHA, 2000, p. 21).

Por meio deste dogma estabeleceu-se uma certa equivalência entre ação e reação tidas como “olho por olho, dente por dente”, caracterizando a vingança privada regulamentada. Posteriormente, a vítima do crime poderia valer seu senso de justiça por dois caminhos: a punição ao ofensor ou a reparação do dano sofrido. Caso optasse pelo segundo caminho poderia cobrar um valor em dinheiro, bens ou objetos de qualquer natureza ou mediante a prestação de serviços por parte do ofensor.

Masson salienta que nesse período surge a Lei do Talião, com objetivo de evitar a dizimação de um grupo, pois proporcionava uma punição mais proporcional ao agravo cometido pelo infrator. Se por um lado não afastou a violência da repulsa, por outro teve o mérito de conferir-lhe a noção de dimensão, evitando o aumento incontido do conflito inicial. Com essa nova configuração penal, os crimes mais horrendos poderiam ser separados pecuniariamente, desde que a vítima fosse indenizada pelo algoz. Assim, a pena passou a ser individualizada, recaindo toda a culpa na pessoa que cometesse o crime. Muitas vezes de forma cruel. Nesse período a indenização passou a ser uma boa solução para evitar atrocidades. [MASSON, 2011]

No pensamento de Roberto Lira “a intervenção do poder para disciplinar a vingança e a reparação do dano” fazendo surgir “os primeiros traços de instituições jurídicas penais”.

1.1.2. A Vingança Divina

Desde o princípio da civilização, a resposta penal sempre foi intrinsecamente marcada por uma profunda ligação religiosa ou espiritual, até mesmo no período classificado como vingança privada, visto acima.

Nas sociedades antigas, as catastrofes naturais simbolizavam manifestações divinas, ofendidas com a prática de infrações que exigiam reparação. A coletividade punia o infrator para satisfazer a divindade, como forma de reparação aos deuses pela ofensa praticada no grupo social. A sanção era comumente aplicada, por delegação divina, pelos sacerdotes e sacerdotisas com penas cruéis, desumanas e degradantes pois guardavam relação com a força do deus lesado.

Determinados povos da antiguidade cultivavam a crença de que a violação da boa convivência ofendia a divindade e que sua cólera fazia recair a desgraça sobre todos, todavia, se houvesse uma reação, uma vingança contra o ofensor, equivalente a ofensa a divindade depunha a sua ira, voltava a ser propícia e a dispensar de novo a sua proteção a todos. [FARIAS JÚNIOR, 1993. p. 23-24]

Na fase inicial do Estado, o cunho divino da reação penal teve continuidade. Visto que os povos estavam acostumados a somente respeitar a força, eles ainda não estavam no estágio para aceitar a autoridade do Estado na figura de um ser humano. Assim a legitimidade do Estado pautava-se na força da crença dos povos.

Não é coincidência que nesse momento, a palavra cristã expandia-se no mundo, pregando a ideia de que o Estado era uma instituição divina, e as decisões tomadas pelo príncipe e pelo magistrado davam-se por delegação divina.

As leis e por conseguinte o Direito penal dessa época tinham como base jurídica o Direito Canônico, devendo o indivíduo comportar-se de acordo com ele, reconhecendo a supremacia do Estado, sob pena de ser penalizado por afronta aos deuses. Dessa forma, o poder estatal fundia-se com o poder eclesial. A Igreja era um verdadeiro Estado, tão poderoso quanto reinos medievais.

Não obstante isso ter simbolizado uma maior humanização das punições – já que na fase anterior o ato de reprimir não tinha limite algum –, as penas situadas no Código Canônico, por exemplo, eram excessivas e cruéis, o processo judicial era inquisitivo, sendo admitida a tortura como meio de prova.

As penas desse período são tão duras pois, na ótica religiosa, o crime não representava só uma desobediência às normas jurídicas, mas também um atentado aos pressupostos religiosos. E a sua prática, mais que causar a ojeriza social, provocava a cólera dos deuses, que apenas seria atenuada com punição equivalente Assim, castigavam o agente severamente a fim de satisfazer a deidade, para ganhar o seu perdão.

Isto é,

O princípio que predomina a repressão é a satisfação da divindade, ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do Deus ofendido. É o Direito Penal religioso, teocrático e

sacerdotal. Um dos principais códigos é o da Índia, de Manu (Manava, Dharma, Sastra). Tinha por escopo a purificação da alma do criminoso, através do castigo, para que pudesse alcançar a bem-aventurança. Dividia a sociedade em castas: brâmanes, guerreiros, comerciantes e lavradores. Era a dos brâmanes a mais elevada; a última, a dos Sudras que nada valiam. [NORONHA. 2003. p. 21]

Para evidenciar a crueldade das penas da vingança divina, lembramos dos escritos do teólogo e inquisidor catalão Nicolau Eymerich (1320-1399) que escreveu um Manual dos Inquisidores, obra na qual eram fornecidas aos torturadores instruções e dicas para bem desenvolver o ofício, como os conceitos de heresia ou bruxaria, bem como procedimentos a serem seguidos durante os julgamentos dos hereges, etc.

Mesmo que os acusados escapassem vivos do inquérito – lê-se torturas – quase sempre eram condenados e entregues às autoridades estatais para serem executados de forma pública: morte na fogueira.

Posteriormente, a evolução da pena seguiu seu curso, inicialmente pela influência das crenças dos povos antigos, a vingança privada modificou-se para vingança divina. A punição passou a ser aplicada pelos sacerdotes de forma cruel e desumana, como forma de satisfazer as Deidades e legitimar o poder da religião. Passadas as fases da vingança privada e da vingança divina surge uma nova espécie de sistema punitivo, nomeado de vingança pública.

1.1.3. A Vingança Pública

O principal objetivo desta fase, para o pensamento de Mirabete (2002), era garantir a segurança do príncipe ou soberano, através de uma punição, não menos cruel e severa que as fases anteriores, tendo como finalidade intimidar aqueles que tivessem intuito de cometer o mesmo crime já praticado por outro, sabendo qual seria a sua punição.

Noronha compartilha da mesma visão e nos diz que “nesta fase, o objetivo é a segurança do príncipe ou soberano, através da pena, também severa, visando a intimidação” (2003, p.22).

Para começar a nossa contextualização a despeito da vingança pública, retornamos a Grécia, onde crime e a punição ainda tinham um viés religioso. Seus filósofos e pensadores, entretanto, por meio de suas indagações, tentavam inovar a concepção do crime e da pena, dentre eles destacamos Aristóteles e as suas espécies básicas de justiça: a distributiva e a comutativa. A distributiva se traduz na distribuição de bens, recompensas de modo proporcional ao mérito de

cada pessoa e a comutativa que seria as relações de troca consistidas na igualdade entre os quinhões de recebimento e de entrega, além de se subdividir em voluntária, quanto aos contratos, e involuntária, quanto aos delitos na qual os juízes igualavam as coisas mediante penas. Já na visão de Platão, as leis e as pena seriam como meios de defesa social, pela intimidação – com seu rigor – aos outros, advertindo-os de não delinquirem.

Apartir do século XIV, após o movimento renascentista, o mundo assistiu o crescente enfraquecimento do poder da Igreja frente ao Estado – até haver a secularização – e, concomitantemente, à concentração de poder nas mãos do Soberano. Em outras palavras o Estado teocrático deu lugar a um Estado absolutista, modelo este que vigorou em quase todos os países ocidentais.

Para George Marmelstein, esse novo modelo de Estado consistia num “Estado forte absoluto, sem limites e sem escrúpulos, onde o soberano poderia cometer as maiores barbaridades para se manter no poder.” E para que seus fins fossem atingidos, a vontade do soberano deveria estar acima da lei e de qualquer concepção jurídica, as quais não deveriam servir-lhe de empecilho.

Maquiavel, no memorável, O príncipe (1512), dizia que o monarca, na condução da gestão pública, deveria fazer o possível para se manter no poder, baseando- se tanto nas leis quanto na força, neste último caso quando o recurso às primeiras não fosse suficiente.

Já em Hobbes, é essencial para a formação do Estado, o abandono do estado de natureza. O ente se torna imprescindível para numa sociedade organizada, com o dever de proteger os indivíduos uns dos outros, já que, na sua visão, o homem é essencialmente mau. E, se não fosse a autoridade e poderio estatal haveria uma constante guerra de todos contra todos.

Com a progressiva organização da sociedade, a responsabilidade penal deixa de ter essência eminentemente teocrática, pois o monarca, personificado no Estado, retirou da multidão e da Igreja a legitimidade de vingar o crime e o tomou para si (jus puniente). Por isso, esse período leva o nome de vingança pública.

Como era de se imaginar num Estado absolutista, o qual não tinha limite legal ou princípios éticos, os excessos estatais na prática do seu múnus punitivo não cessaram. Nesta fase o crime era tido como meio de revolta afim de contestar e comprometer a autoridade do próprio soberano. Por essa razão, este, a fim de desagavar sua autoridade, de mostrar sua superioridade e de intimidar aqueles propensos a práticas semelhantes, era particularmente cruel com o réu

quando do exercício da pretensão punitiva. Por causa desta abusiva utilização do poder, a justiça tratava desigualmente os cidadãos. Os mais ricos eram poupados das severas punições, enquanto a população menos privilegiada sofria em excesso.

Para ilustrar,

A pena de morte natural compreende todos os tipos de morte: uns podem ser condenados à forca, outros a ter a mão ou a língua cortada ou furada e serem enforcados em seguida; outros, por crimes mais graves, a ser arrebetados vivos e expirar na roda depois de ter os membros arrebetados; outros a ser arrebetados até a morte natural, outros a ser estrangulados e em seguida arrebetados, outros a ser queimados vivos, outros a ser queimados depois de estrangulados; outros a ter a língua cortada ou furada, e em seguida queimados vivos; outros a ser puxados por quatro cavalos, outros a ter a cabeça cortada, outros enfim a ter a cabeça quebrada. [FOUCAULT. 1987]

Essas facetas, arbitrariedades e crueldade da justiça criminal não eram uma particulariedade dos países europeus. No Brasil, temos o exemplo do julgamento de Alferes Joaquim José da Silva Xavier, Tiradentes, condenado, em 1792, à morte na forca, ao esquartejamento, à demolição de sua casa, tendo a sentença atingido ainda seus filhos e seus netos, todos declarados infames.

A lei nesta época não era branda como observa Beccaria,

[...] os países e os tempos em que se infligiam os suplícios mais atroses sempre foram aqueles das ações mais sanguinárias e desumanas, pois o mesmo espírito de ferocidade que guiava a mão do legislador conduzia a do parricida e do sicário. Enfim, a vingança penal aumenta a violência na sociedade, ou como quer a sabedoria popular adquirida ao longo dos séculos de lei penal severa: violência gera violência. [1999, p. 37]

Ou ainda consoante Badaró,

[...] pelo visto, a teoria da delegação divina expandiu o conceito de que a pena é essencialmente vingança. Não a vingança privada, mas a vingança pública. Não a vingança gerada pelo ódio, mas a vingança cristã, o zelo *justitiae et amore dei*. E a expiação teve um significado de experiência espiritual. Sendo a pena a dor que redime. [1973, p.14]

1.1.4. Direito Penal Hebreu

O talião foi a característica mais notória do direito penal hebreu. Para Paulo M. Montero, o autor Zaffaroni (2002) mostra que considerando como fonte do direito os Dez Mandamentos, os preceitos jurídico-penais foram elaborados e conhecidos como direito penal mosaico. Esse direito penal foi se modificando por várias escolas de direito com a justificativa de que Deus havia dado a Moisés uma lei escrita, juntamente com uma lei oral que havia se perdido, exigindo-se daí a sabedoria para se deduzir as conseqüências a partir das leis escritas. Após a legislação mosaica, o direito penal do povo hebreu evoluiu com o Talmud.

Consoante Mirabete (2002), o Talmud, como atenuador dos rigores da lei mosaica, substituiu “a pena de talião pela multa, prisão e imposição de gravames físicos, sendo praticamente extinta a pena de morte, aplicando-se em seu lugar a prisão perpétua sem trabalhos forçados”.

1.1.5. Direito Penal Romano

O direito romano oferece um ciclo jurídico completo, considerada como a maior fonte originária de institutos jurídicos. Nos dizeres de Prado (2002), por Roma apresentar uma verdadeira síntese da sociedade antiga, ela assumiu uma importante função para a construção do Direito Penal contemporâneo.

Bittercourt (2006) “afirma que Roma é tida como a síntese da sociedade antiga representando um elo entre o mundo antigo e o moderno”.

Na época da fundação de Roma, em 753 a. C., a punição era usada com caráter sagrado, cuja a figura do soberano e do sacerdote se misturavam, inicialmente a pena era aplicada para acalmar a ira dos deuses, como na vingança divina. Já no período histórico da realeza, de 753 a 510 a.C., mesmo com influência sacra, o Direito penal romano fixou a distinção entre o direito e a religião. Nesse momento dos reis romanos, a organização jurídica formulava o Direito como consuetudinário, rígido, formalista e solene.

Em Prado (2002) vemos que o *pater familias*, se ressalva pelos poderes quase ilimitados em torno de seus dependentes, mulheres, filhos e escravos. Detinha sobre eles o direito de vida e de morte.

Na fase da Roma republicana, de 510 até 27 a.C., a religião e o Estado se apartaram de

vez, pois até aquele momento os sacerdotes conseguiam controlar a população e o Estado como melhor lhe conviessem. Com essa separação, o Estado passa a ter o domínio da população, é marca desse período o surgimento da Lei das XII Tábuas (séc. V a.C.), que foi o primeiro código romano escrito. Essa lei simbolizou o início dos diplomas legais, impondo-se a necessária limitação à vingança privada, adotando a Lei do Talião, além de admitir a composição.

Com o advento desse código escrito, Zaffaroni (2002) diz que o direito se encontrava laicizado e diferenciava os delitos em dois tipos, os públicos e delitos privados. Os crimes públicos, eram os afetavam a cidade, o Estado, e podiam ser denunciados por qualquer cidadão, diante de tribunais especiais, as penas eram normalmente corporais como morte e exílio, mas podiam ser pecuniárias revertidas ao Estado. Os delitos privados, por sua vez, eram entendidos como ofensa ao indivíduo, primeiramente a represalia se dava em cunho privado, cabendo ao Estado apenas para regular seu exercício.

Outrossim, uma das principais fases do Direito Penal Romano tem seu início com a derrocada da República

[...] com as *leges corneliae* e *Juliae*, que criaram uma verdadeira tipologia de crimes, para sua época, catalogando aqueles comportamentos que deveriam ser considerados criminosos. As *leges corneliae* preocuparam-se basicamente com aqueles crimes praticados nas relações interpessoais dos cidadãos – patrimoniais, pessoais etc., enquanto as *leges Juliae* preocuparam-se, fundamentalmente, com os crimes praticados contra o Estado, seja pelos particulares, seja pelos próprios administradores, destacando-se os crimes de corrupção dos juizes, do parlamento, prevaricação, além de alguns crimes violentos, como seqüestro, estupro etc. [NORONHA, 2003]

Ainda para Noronha,

[...] é inegável, então, que, apesar de não haveram os Romanos atingidos, no Direito Penal, as alturas a que se elevaram no civil, se avantajaram a outros povos. Distinguiram, no crime, o propósito, o ímpeto, o acaso, o erro, a culpa leve, a lata, o simples dolo e o *dolos malus*. Não esqueceram também o fim de correção da pena: *poena constituitur in emendationem hominum* [NORONHA, 2003. p 22]

O direito penal romano finalmente demonstrou seu caráter social, sendo esta uma das

suas principais características. Podendo-se afirmar ainda que o direito penal romano, encontrado no Corpus Juris Civilis de Justiniano, ajudou a dar forma ao nosso ordenamento jurídico atual, destacando itens como: a tentativa, o erro, a culpa, o dolo, a imputabilidade, a coação irresistível e a legítima defesa.

1.1.6. O Direito Penal Germânico

De acordo com Prado (2002), para se falar do Direito germânico temos que falar de duas fases: a época germânica, a qual se deu com a formação dos primeiros reinos, em torno do ano 378; e a época franca, próxima ao ano 481, quando então se forma um Estado unitário com a dinastia merovíngia

O Direito Penal Germânico, teve raiz consuetudinária, vez que não era composto por leis escritas e sim pelos costumes trazidos para a Europa Central. Inicialmente embasado na vingança privada, tinha verdadeiro dever de vingança de sangue, quase como se a retalhação por parte do ofendido ou dos membros de seu grupo não fosse apenas um direito e sim uma obrigação, um elemento necessário à segurança coletiva. Essa política criminal, que na verdade se traduzia como uma guerra familiar, evoluiu para um direito pessoal a partir do século IX; sendo em 1495 banida com o advento da Paz Territorial Eterna.

Nas palavras de Bittencourt “os povos germânicos também conheceram a vingança de sangue, que somente em etapas mais avançadas, com o fortalecimento do poder estatal, foi sendo gradativamente substituída pela composição voluntária, depois obrigatória” (2006, p. 42). Ainda em Bittencourt, outra faceta do Direito Germânico é a responsabilidade objetiva, pois,

[...] há uma apreciação meramente do comportamento humano, onde o que importa é o resultado causado, sem questionar se resultou de dolo ou culpa ou se foi produto de caso fortuito, consagrando-se a máxima: o fato julga o homem. [2006, p. 42]

Compartilhando da mesma ideia Mirabete leciona que,

[...] outra característica do Direito Bárbaro foi a ausência de distinção entre dolo, culpa e caso fortuito, determinando-se a punição do autor do fato sempre em relação ao dano por ele causado e não de acordo com o aspecto subjetivo de seu ato. [2004, p. 37]

Ou seja, a objetividade era marca desta fase do Direito alemão, onde o que importa é o resultado alcançado. A responsabilidade penal é objetiva pelo evento ou pelo dano material. Punia-se o dano sem se considerar se o fato era resultante de dolo, culpa ou caso fortuito, não sendo punida a tentativa, visto que ela não tinha respaldo no mundo concreto.

Após a invasão Romana, entretanto, o Direito Germânico passa a adquirir aparência publicista, limitando assim, a vingança de sangue.

Aqui é a visão de Telles que salientamos, pois o mesmo afirma que,

[...] antes da invasão Romana, o Direito dos Germanos era consuetudinário, existindo já os delitos públicos – praticados contra o interesse coletivo, punidos com a perda da paz pública, o que permitia a qualquer pessoa matar o delinqüente – e os crimes privados, inclusive o homicídio, punidos com a vingança e a composição. [2004, p. 57]

1.1.7. Direito Penal Canônico

Fragoso, sustenta que “o Direito Canônico tem origem disciplinar, sendo sua fonte mais antiga os *libri poenitensiales*”. Este é o ramo do direito estabelecido pela Igreja Católica, cujas normas encontram-se positivadas em *cânon*s, os quais destinavam-se, a priori em regular a vida interna da Igreja, impondo regras e disciplina a seus membros.

Contudo, com a expansão da Igreja e sua grande influência sobre os governantes, essas regras passaram a ser aplicadas as demais pessoas, vindo a exercer enorme influência sobre o ordenamento jurídico penal em quase toda a Europa.

Telles faz alguns apontamentos,

[...] porque procurou estabelecer um sistema de penas mais suave e moderado, com a abolição da pena de morte. Suas penas eram espiritualizadas, consistiam em penitencias e na excomunhão, todas no sentido da retribuição do mal realizado, mas sempre voltadas para o arrependimento do réu, chamadas por isso, penas medicinales. Em segundo lugar, pelo fato de manter e desenvolver princípios romanísticos sobre a responsabilidade subjetiva, contrapondo-se ao objetivismo dos germanos, e proclamando a igualdade de todos os homens, acentuou o aspecto subjetivo do crime. [2004, p. 57]

Mirabete também tece considerações acerca,

[...] proclamou a igualdade entre os homens, acentuou-se o aspecto subjetivo do crime e da responsabilidade penal e tentou-se banir as ordálias e os duelos judiciários, promoveu-se a mitigação das penas que passaram a ter como fim não só a expiação, mas também a regeneração do criminoso pelo arrependimento e purgação da culpa, o que levou, paradoxalmente, aos excessos da Inquisição. [2005, p. 38]

Podem se destacar algumas contribuições do direito penal canônico: atenção ao aspecto subjetivo do crime; introdução das penas privativas de liberdade, possibilitava, às vezes, o arrependimento e a emenda do condenado.

1.1.8. Direito Penal Árabe

O Alcorão atenuou a lei penal mais primitiva, dando limite a vingança, exemplificando, em caso de homicídio, a mesma forma de morte seria a imposta à vítima e não mais a morte pelo meio mais cruel. Zaffaroni (2002) versa que o Alcorão manteve algumas penas da antiga legislação penal, como o apedrejamento para adultério e a amputação para crimes de furto, mas também deixou aberta a possibilidade da composição ao invés do talião e a distinção entre homicídios dolosos e culposos, já mostrando indícios de culpa e dolo na conduta do agente infrator.

2. CONSIDERAÇÕES E TEORIAS ACERCA DA FUNÇÃO DA PENA

O Direito Penal pode ser ditado de forma simplista como o conjunto de normas jurídicas as quais, por meio da determinação de delitos e de suas respectivas punições, busca dar limite ao poder punitivo estatal e garantir as condições de existência e legitimar a organização social.

Para Paulo Queiroz, as sanções são conceituadas como a “privação ou a restrição de um bem jurídico imposta por um órgão jurisdicional a quem tenha praticado uma infração penal”, pressupondo o cometimento de um fato definido como crime e sendo, portanto, sua principal consequência. (QUEIROZ, 2005, p. 311)

Enquanto que para Thomas Hobbes, é definida como um dano ocasionado pela autoridade pública àquele que fez ou omitiu algo considerado pela mesma autoridade como transgressão da lei, com a finalidade de que a vontade dos homens fique, desse modo, mais propensa à obediência.

Para o bom funcionamento do sistema penal, é preciso um mecanismo de observação crítico do Direito Penal, desse modo faz-se necessário o estudo das finalidades da pena, já que se constituem alicerces do sistema penal, dando suporte à lógica de sua própria existência. À vista disso, torna-se necessário estudarmos as teorias da pena que são estabelecidas atualmente, as quais buscam legitimar a ação penal estatal.

Diante disto, podemos mencionar a existência de três teorias principais as quais tentam justificar o sentido, a função e a finalidade das penas: a teoria absoluta, a teoria relativa e a teoria mista.

2.1. Teoria Absoluta

A Teoria Absoluta, também chamada de teoria retributiva, centraliza como característica principal da pena a retribuição ao agente pela infração cometida. Essa teoria tem base na exigência de resposta estatal à impunidade. Isto é, a ideia desta teoria se liga à ideia de que a pena não tem outra finalidade social que não seja a de punir o autor pelo fato praticado. No entanto, mesmo que sua principal característica seja punir, ela deve ser justa e proporcional ao fato cometido, seja no tocante à sua duração ou intensidade.

Como já dito no primeiro capítulo, a pena como forma de compensação encontra

registro desde antiguidade, sendo o mais relevante deles o Código de Hamurabi, em que está cristalizado o princípio de talião – cristalizado na sentença olho por olho, dente por dente.

Esta teoria tem respaldo nas obras de dois renomados filósofos europeus, Kant e Hegel. Para este último, a pena se constitui na negação da negação ao direito, ou seja, a pena está carregada de um caráter restaurador do direito, devendo a quantidade de castigo ser equivalente a da ofensa causada. Na concepção de Kant, a pena revela um caráter moral, sendo um mal que resulta em igualdade e, conseqüentemente, traz a justiça. O castigo, por conseguinte, compensa esse mal e dá reparação à moral.

Vários autores criticam o caráter determinante e definitivo da teoria absoluta da pena. Bustos Ramírez, diz, no sentido de que “não parece racional nem tampouco apropriado à dignidade da pessoa humana que a pena só consista num mal”, porque esta “lateralidade evidentemente está marcada pela ideia de talião ou vingança, que não resulta adequada para a concepção de um Estado de direito”. (RAMÍREZ, 1994, p. 169)

Roxin também critica a teoria absoluta. Conforme o doutrinador, a pena não pode ser tida apenas como retribuição, ela tem de ser legítima, em suas palavras “como drástica intervenção estatal que é, requer uma legitimação jurídica que não pode consistir em uma ideia metafísica de compensação retributiva da culpabilidade, senão, unicamente, em sua idoneidade e indispensabilidade para a satisfação dos encargos estatais”. (ROXIN, 2001, p. 213).

2.2. Teoria Relativa

Também chamada de teoria da prevenção ou teoria finalista, a teoria relativa tem a essência de prevenir novos delitos, impedindo que os agentes infratores, os quais se presumem cometer novas condutas ilícitas, voltem a delinquir.

Sêneca, famoso advogado e filósofo do Império Romano, formulou um preceito seguido pela teoria relativa, ao afirmar que nenhuma pessoa responsável é castigada pelo pecado propriamente dito, mas para que não volte a pecar. A necessidade da pena, então, reflete-se não na ideia de realizar a justiça, mas de impedir a reincidência de novos delitos.

Essa tese divide-se em duas categorias: a prevenção geral, que visa atingir a todos os destinatários da lei penal, e a prevenção especial, visando o autor do delito, as quais igualmente se subdividem em positiva e negativa, cada.

2.2.1. Teoria da Prevenção Geral

A prevenção geral foi desenvolvida primeiramente por Anselm Ritter von Feuerbach na virada do século XVIII para o XIX. Para este autor, mais do que uma simples retribuição pelo mal causado pelo delito, a finalidade da pena deve conter um efeito de intimidação capaz de atingir a generalidade dos indivíduos, afastando-os do cometimento de delitos.

O autor concluiu que o Estado deve preocupar-se em impedir psicologicamente todo aquele que tem tendências criminosas a se comportar realmente de acordo com essas inclinações. Eis suas palavras: “Se de todas as formas é necessário que se impeçam as lesões jurídicas, então deverá existir outra coerção junto à física, que se antecipe à consumação da lesão jurídica e que, provindo do Estado, seja eficaz em cada caso particular, sem que requeira o prévio conhecimento da lesão. Uma coação desta natureza só pode ser de índole psicológica”. (FEUERBACH, 1989, p. 60)

Com o passar do tempo a teoria da coação psicológica desenvolvida por Feuerbach foi sendo agregada e repaginada. Destacamos aqui, a contribuição da psicologia de Sigmund Freud, o qual defende que em alguma parte da psique humana se forma desde a infância um órgão de controle que vigia as próprias emoções e orienta a conduta do homem conforme as exigências do mundo (Superego), cuja tarefa é a de internalizar as mensagens oriundas do mundo exterior, tais como a autoridade paterna e os mandamentos jurídicos, convertendo-os em determinantes do comportamento. Entre estas mensagens se inclui o castigo. Assim, a pena, tanto quando é aplicada como quando se constitui num mal hipotético com o qual se ameaça para o caso de cometimento de um delito, é uma forma de dirigir o comportamento humano, tanto do delinquente, como o daqueles que, através do castigo do delinquente aprendem a inibir e controlar seus impulsos delitivos.

Resumidamente, a prevenção geral é direcionada a todos os destinatários da lei, como uma forma de intimidar a população em geral para que não cometa o mesmo crime que o condenado cometeu.

2.2.2. Prevenção Especial

Diferentemente da teoria absoluta, que visa unicamente o castigo pelo mal causado, mas também dissemelhante da ideia de prevenção geral que tinha como alicerce o temor virtual que

sentiria o potencial delinquente da punição, a prevenção especial da criminalidade tem por fim o próprio delinquente, a sua emenda, a sua recuperação e o seu retorno à sociedade cujas regras violou.

Afirmamos que a prevenção especial visa o autor do delito, cuja concepção negativa busca a neutralização de possíveis novas ações delitivas do indivíduo, por meio de sua segregação do meio social. Essa função penal pregava a defesa social em primeiro lugar e concebia ao delinquente um caráter de membro doente, devendo ser extirpado do corpo social, através de seu isolamento, e se percebermos o contexto em que o preso atualmente se insere, veremos que na prática, essa ideia ainda persiste. Já a visão especial positiva é um tema até hoje em voga, visto que consiste na ressocialização do preso, através da correção de sua personalidade para que não volte a cometer novos delitos. A ideia central é que, através dessa função, o condenado, após cumprir sua pena, não volte a delinquir, reduzindo-se as taxas de reincidência.

Roxin é um dos entusiastas desta teoria, seu pensamento nos evidencia que na sua concepção os méritos teóricos e práticos deste aspecto especial da prevenção da criminalidade são evidentes, na medida em que cumpre extraordinariamente bem com os fins do Direito Penal, posto que enquanto se obriga exclusivamente à proteção do indivíduo e da sociedade, ao mesmo tempo quer ajudar o autor, isto é, não expulsá-lo nem marca-lo senão integrá-lo, cumprindo, assim, melhor do que qualquer outra doutrina, com as exigências do princípio do Estado social.

2.3. Teoria Mista

A última teoria é a mais utilizada na atualidade, vez que é uma combinação das teses absolutas e relativas. A Pena, portanto, age tanto para responder um mal ao criminoso pelo cometimento do delito, como uma forma de prevenir, de modo geral ou específico, o cometimento de novos delitos, pelo menos na teoria. Inclusive, é isto o que estabelece o Código Penal, em seu artigo 59, o qual letra os parâmetros a serem seguidos pelo juiz no ato de individualização da pena.

Determina este dispositivo que a medida da pena deve ser aquela necessária e suficiente para reprovação (teoria absoluta) e prevenção do crime (teorias da prevenção geral e especial da criminalidade).

Desenvolvida por Adolf Merkel, a unificação das duas teorias percebem a pena como um castigo com um fim além de si mesmo, representando aspectos distintos de um fenômeno

complexo como é a pena.

Entre os autores pátrios, Paulo José da Costa Júnior entende que esta teoria unificadora se diferencia das tradicionais ao levar em conta as diversas fases pelas quais se desenvolve o poder punitivo estatal com relação ao indivíduo.

3. APLICAÇÃO DA PENA DE PRISÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A pena restritiva de liberdade foi o ápice das idéias dos reformadores do Iluminismo na crise criminal pelo aprisionamento como meio adequado de reformar o infrator.

As punições de privação de liberdade, inicialmente não eram punições propriamente ditas, eram na verdade uma retenção temporária para assegurar a presença do acusado durante o processo de julgamento, para ao final, aplicar-lhe a pena – morte, banimento, mutilação, o exílio, trabalho forçado.

João José Leal (p. 388), afirma que o declínio dos castigos corporais fez que se estudassem outras alternativas penais, alternativa esta que foi encontrada na privação da liberdade física do condenado que ficaria sujeito ao encarceramento.

Na visão de Bitencourt,

[...] era indispensável que se encontrassem novas penas compatíveis com os novos tempos, mas tão aptas a exercer suas funções quanto as antigas, que, se na época, não foram injustas, hoje são. Nada mais permite que se aceite o artesanal punitivo do museu do século XVIII. [2006, p.526]

O Código Penal, em seu Artigo 32, faz referência a três espécies de pena, elas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa. Nesse trabalho, daremos maior atenção as penas Privativas de Liberdade, cujo o objetivo é a punição por meio da restrição, isto é, o autor do fato delituoso é isolado do convívio em sociedade por determinado tempo sob condições de regime prisional.

Para a efetivação desta modalidade de pena, existem três formas de aplicação, sendo elas: a Pena de Reclusão, Detenção e a Prisão Simples.

A Reclusão e a Detenção possuem previsão legal no Artigo 33 do CP, conforme a seguinte redação:

Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade da transferência a regime fechado.

Já a prisão simples, está previsão no 6º da Lei de Contravenções Penais:

Art. 6º. A pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto.

§ 1º O condenado a pena de prisão simples fica sempre separado dos condenados a pena de reclusão ou detenção.

3.1. Prisão Simples

É necessário dizer a prisão simples, nada mais é do que uma pena privativa de liberdade prevista na Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei 3688/41), e deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto – é vedado o cumprimento de pena em regime fechado nessa modalidade, mesmo em caso de regressão – pois se constituem enquanto infrações de menor potencial lesivo. O condenado à pena de prisão simples, obrigatoriamente, deve ficar separado dos demais condenados à pena de reclusão ou de detenção e nos casos em que a pena aplicada não excede a 15 dias o trabalho é facultativo. Conforme o Páragro Segundo, artigo 6, da Lei de Contravenções § 2º O trabalho é facultativo, se a pena aplicada não excede a 15 (quinze) dias.

Nucci (2006) menciona que embora essa modalidade seja mais branda é fundamental que exista controle, fiscalização do Estado. O estabelecimento destinado a esses apenados seria um tipo de colônia penal de contraventores, ou ao menos uma casa do albergado de contraventores. Mas a realidade carcerária brasileira não possibilita esta prática, visto que na maior parte das cidades brasileiras não existe sequer a Casa do albergado, sendo que muitos dos sentenciados ficam em suas próprias casas, sem nenhum acompanhamento especial. Do outro lado, temos casos de estabelecimentos penais que até possuem celas reservadas para o cumprimento da pena simples pelos albergados. No entanto, existe um déficit de celas, os estabelecimentos não comportam o número elevado de sentenciados nessa situação e, como solução à super lotação, eles dormem em dias alternados no albergue, fazendo um revezamento.

3.2. Detenção e Reclusão

As discussões doutrinárias acerca das espécies de pena estão concentradas na utilidade de cada uma delas. Já é pácfico entre os doutrinadores que a pena não pode ser uma vingança do Estado em relação a um mal praticado. A pena tem uma razão filosófica em si mesma:

reeducar para reinserir o infrator ao meio social.

No que tange às penas privativas de liberdade, estas podem ser de reclusão e de detenção. Esses dois tipos de pena derivam da prática de crimes, sendo que o próprio código define em quais crimes é aplicável a reclusão (ex: homicídio doloso, furto, roubo, tráfico de drogas etc.) ou a detenção (ex: homicídio culposo, dano).

A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A detenção também é uma punição que toma a liberdade do indivíduo condenado, mas se caracteriza por uma gravidade um pouco menor do que a reclusão. Uma pessoa condenada a detenção cumpre sua pena em regime semi-aberto ou aberto, salvo necessidade de transferência para o regime fechado (artigo 33 a 36, do Código Penal Brasileiro).

Os centros de detenção também são, via de regra, menos rigorosos, incluindo centros alternativos além do presídio tradicional, como é o caso de colônias produtivas na área agrícola, industrial ou de serviços.

Entende-se, de certa forma, que pessoa reclusa precisa ser retirada do convívio social, como o próprio nome da pena indica, diferentemente do que ocorre com a detenção, onde a pessoa precisa ser detida em relação a suas práticas criminosas.

O artigo 33, §1º do Código Penal Brasileiro também versa que se considera regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; regime semi-aberto, a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

A respeito do assunto em comento, nas palavras de Bitencourt, no Código Penal Comentado, pág. 213,

A reforma penal de 1984 adotou penas privativas de liberdade, como gênero, e manteve a reclusão e a detenção como espécies, sucumbindo à divisão histórica do direito pátrio. A reclusão destina-se aos crimes mais graves [...] A detenção está reservada para os crimes de menor gravidade e jamais poderá iniciar o seu cumprimento no regime fechado (art. 33, *caput*, do CP).

Ainda corroborando o pensamento, trazemos Nucci,

A reclusão é prevista para os crimes mais graves; a detenção é reservada para os mais leves, motivo pelo qual, no instante de criação do tipo penal incriminador, o legislador sinaliza a sociedade a gravidade do delito.

3.3. Penas Restritivas de Direitos E Multa

As penas restritivas de direitos, conforme com a nova redação dada ao artigo e seguintes do Código Penal Brasileiro, pela Lei nº 9.714/98, dividem-se em cinco modalidades: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

A prestação pecuniária se dá no pagamento em dinheiro à vítima, seus dependentes ou a entidade social pública ou privativa com destinação social, tudo a ser fixado pelo juiz, não sendo inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos.

A perda de bens e valores se traduz na subtração de bens de posse dos condenados em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

A prestação de serviços como o nome já diz, é a consiste na atribuição de tarefas gratuitas aos condenados em entidades públicas, é o que chamamos de serviço comunitário e é aplicável a condenações superiores a seis meses de privação de liberdade.

As penas de interdição temporária de direitos variam dependendo do delito, podendo ser: proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo e proibição de freqüentar determinados lugares.

Por fim, temos a limitação de fim de semana que é a obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, na casa do albergado ou outro estabelecimento direcionado pelo juiz, sendo que durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

No que concerne à pena de multa, esta se constitui no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa, sendo, no mínimo, de dez, e, no máximo, de trezentos e sessenta dias-multa.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa realizada, é possível tirarmos algumas conclusões sobre a origem da pena de prisão. Cada conjunto de idéias vem apresentado em tópicos para facilitar a reflexão.

1. Com o desenvolvimento histórico do direito penal, houve uma uniformização da sanção que estabeleceu a pena de prisão como regra para a resposta ao crime. O tempo de prisão é utilizado para refletir a gravidade do crime, o que demonstra o caráter principal da pena (aflictivo, imposição de um mal, de um sofrimento), a proporcionalidade baseada no talião e a adoção da teoria retributiva da pena com caráter de vingança pública.

2. A preocupação com a reintegração social do infrator está em segundo plano, pois a lei fixa um tempo mínimo de prisão, independente da realidade e das circunstâncias de cada caso concreto. Não há uma preocupação prioritária com a individualização da pena.

3. A pena pública surge com a formação do Estado e como resultado de uma evolução da culpa coletiva para a culpa individual e da vingança privada para a pública, sendo que a Lei de Talião, aplicada em várias civilizações antigas teve o aspecto positivo de reduzir a abrangência da ação punitiva.

4. Na Idade Média, a falta de um poder central fez prevalecer a solução regrada do conflito pelas próprias partes, com a vítima tendo uma participação ativa. A composição e a transação não tinham um caráter reparatório ou indenizatório, mas consistiam em uma compensação pela renúncia da vítima ao seu direito de vingança. As penas corporais surgem com a carência financeira do infrator. A diferença de poder econômico já determina uma conseqüência penal mais severa aos pobres.

5. Embora procurasse humanizar as práticas penais, a Igreja, fortalecendo seu poder religioso, político e econômico foi a primeira a subtrair da vítima o direito de fazer justiça.

6. O desenvolvimento do comércio favoreceu a centralização do poder e a unificação do direito. Houve uma retomada do poder punitivo pelo Estado e o conceito de crime começa a se distanciar da idéia de pecado. Há o triunfo da concepção pública da pena (*Constitutio Criminalis Carolina* de 1523) e o confisco definitivo do conflito penal pelo Estado em prejuízo dos direitos da vítima. A justiça penal se torna um meio de explicitar o poder do soberano sobre a comunidade, intimidando a população.

7. O absolutismo, também conhecido como “Idade dos Mendigos”, adotou uma política criminal para conter a ameaça da miséria. A vida humana perdeu seu valor e as penas

de morte se tornam a regra da resposta penal, exercendo a função de controle do crescimento populacional, através da eliminação do desajustado.

8. A prática penal do absolutismo tem por objetivos a intimidação da massa miserável e a afirmação do poder do monarca. A apuração do crime é discreta, na verdade sigilosa, mas a aplicação da pena é um espetáculo em que o povo participa e testemunha. A proporcionalidade entre o crime e a pena é conseguida através do tempo do suplício, pois a morte é certa.

9. Essa política criminal de dor e espetáculo, em uma sociedade marcada por injustiças sociais, criou uma identificação perigosa entre o carrasco e o criminoso e gerou revoltas sociais.

10. Atenta às transformações sociais, a justiça se adapta. O espetáculo não é mais a punição, mas o crime e o criminoso. A apuração do crime, que antes era sigilosa, passa a ser notícia, antecipando a execração social do suspeito. Já a punição, antes espetáculo, passa a ser discreta, distante do espaço público. Como se fosse possível separar a responsabilidade por um ato da responsabilidade por sua conseqüência, a justiça não assume mais publicamente a parte de violência que está ligada ao seu exercício. A justiça revela o crime, expõe o criminoso, mas oculta o castigo.

11. O juiz não é um carrasco, é um educador. É preferível que o povo tenha alguma sensação de impunidade e constantemente exija mais controle social do Estado e mais rigor nas punições, do que perceba a violência sofrida e causada por esse controle. A insegurança em que vive a sociedade é divulgada, mas seus atores são trocados na propaganda ideológica. O perigo não está mais no uso arbitrário da máquina estatal, está no criminoso, no indisciplinado, no desempregado, no vadio, no inútil, naquele que não consome nem colabora com o bem-estar que supostamente usufrui com a vida em sociedade.

12. E embora esse não seja o alvo do trabalho, é necessário dizer, para concluir, que ao longo da pesquisa se evidenciou que a Pena de Prisão, mesmo tendo evoluído, não se mostra como alternativa eficaz e benéfica para combater a criminalidade. Se a pena privativa de liberdade não funciona para diminuir a criminalidade ou, ao menos, estabilizá-la, nem para proporcionar condições para que os condenados não voltem a delinquir, significa que ela não é a melhor alternativa de reação estatal ao crime. A forma violenta e repressora que o Estado age para controlar o crime é ineficaz e, portanto, devem ser pensados caminhos diferentes para esse tipo de sistema, diminuindo seu alcance ou excluindo-o da nossa sociedade.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1999;

AGENCIA BRASIL. **Índice de reincidência criminal no país é de 70%, diz Peluso**. Valor. São Paulo, 05 set. 2011;

ATAÍDE, Fábio. **Colisão entre poder punitivo do estado e a garantia constitucional da defesa**. Curitiba: Juruá, 2010;

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002;

BARROS, Carmen. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001;

BADARÓ, Ramagem. **Introdução ao estudo das três escolas penais**. São Paulo: Juriscredi, 1973.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

_____. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm

_____. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm

_____. **Decreto 678 Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm

BECCARIA, Cezar. **Dos delitos e das penas**. 13. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999;

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. de José Cretella Júnior. 2ª ed. rev., 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;

BECCARIA, Cezar. **Dos delitos e das penas**. 13. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999;

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1, 2012;

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, volume 1, 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004;

BITTENCOURT, César Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993;

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**, parte geral: 2ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010;

BRUNO, Aníbal: **Das Penas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976;

CAPEZ, Fernando. **Curso direito penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005;

CAPEZ, Fernando. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2004;

FARIAS JÚNIOR, João. **Manual de criminologia**. Curitiba: Juruá, 1993;

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de Derecho Penal** (trad. de Eugenio Zaffaroni y Irma Hagemeyer). Buenos Aires: Editorial Hammurabi S. R. L., 1989, p. 60;

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 1. Ed., 11ª. reimp. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

_____ **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1998.

_____ **Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982)**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997;

FRAGOSO, Heleno Cláudio, **Direito Penal e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1977;

GROKSKREUTZ, Hugo Rogerio. **Das Teorias da Pena no Ordenamento Juridico Brasileiro;**

LEAL, César Barros. **Prisão: crepúsculo de uma era.** Belo Horizonte: Del Rey.1998.p.87-88.

LEAL, João José. **Direito Penal Geral.** 3.ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

MARMELSTEIN, George, **Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga;**

MAQUIAVEL. **O Príncipe.** 4ª ed. Revista da tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006;

MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de Direito Penal,** Parte Geral, 22º edição, São Paulo, editora Atlas, 2005;

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** São Paulo: Atlas, 2003;

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal.** 25ª ed., rev. e atual. São Paulo: editora Atlas, 2007;

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual.** São Paulo: Saraiva, 1964;

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal.** 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v.2;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PIERENGUELLI, José Henrique. **Das penas: tempos primitivos e legislações antigas;**

PIMENTEL Manoel Pedro. **Aspectos relevantes da execução penal.** Anais. 1º Congresso brasileiro de Política Criminal e Penitenciária. Brasília, 1972. v.2;

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983;

PRADO, Luiz Régis. **Teoria dos Fins da Pena: Breves Reflexões;**

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. R7. **Juristas estimam em 70% a reincidência nos presídios brasileiros**. [S. l.], 21 jan. 2014. Seção Cidades;

RAMÍRES, Juan Bustos. **Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal**. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 1994, p. 169;

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998. Sentido e limites da pena estatal;

SOUZA, Marcelo Lopes de. **O desafio metropolitano: um estudo sobre a problemática sócio-espacial nas metrópoles brasileiras**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000;

SOUZA, Ana Paula. **Função Ressocializadora Da Pena**. Disponível em: <http://monografias.brasescola.com/direito/funcao-ressocializadora-pena.ht>;

ZAFFARONI Raúl Eugenio. **Manual do direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.