

Pena Privativa de Liberdade (Passado, Presente e Futuro)

Álvaro Mayrink da Costa

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ,
Presidente do Fórum Permanente de Exe-
cução Penal. Professor da EMERJ, da Uni-
verCidade e da Pós-Graduação da UGF.*

1. TEORIAS DA PENA

Desde os inícios teóricos do Direito Penal nos fins do século XVIII, uma das questões mais relevantes foi a da pena, problema ligado ao caráter público do Direito Penal e que originou o denominado Direito Penal subjetivo. Por tal razão, se une a teoria da pena à concepção de Estado, pois não tem o mesmo significado a concepção da pena sob um Estado absoluto ou diante de um Estado democrático e as diversas formas evolutivas que teve em um Estado de Direito. Roxin defende uma teoria unitária ou *unificadora dialética* para a superação das críticas às teorias absolutas ou relativas da pena, fazendo distinguir cada uma das três fases essenciais (criminalização, aplicação e execução), e observa que o Estado tem o dever de garantir a vida em comum de todos os cidadãos, destacando-se a natureza subsidiária do Direito Penal.

É pacífico que, do ponto de vista jurídico, o Direito Penal constitui um sistema pelo qual se regula o injusto, como *pressuposto*, e a pena, como *conseqüência*, sendo questão central a que se inicia e se esgota no *fundamento* e no *fim* da pena (efeitos relevantes macro e microssociais). As denominadas *teorias da pena* são pontos de vista que buscam explicar, legitimando ou justificando, a existência do Direito Penal.

Há basicamente *três doutrinas* que procuram explicar a razão existencial das penas: (a) as *teorias absolutas* (retribuição

penal e jurídica), (b) *as relativas* (prevenção geral, positiva e negativa; prevenção especial, positiva e negativa) e (c) *de união ou ecléticas* (aditiva e dialética).

Tais denominadores, trazidos pela classificação de Anton Becker (1772-1843), não obstante o tempo, completados por conceitos de Bentham (1748-1832), de *prevenção geral e especial* e com a distinção atual elaborada por modernos penalistas, de *prevenção geral negativa e prevenção geral positiva*, são grupos de teorias numerosas que convivem em certos pontos fundamentais e se separam de forma profunda em outros.

Nas (a) *teorias absolutas*, globalizam-se as idéias liberais, individualistas e idealistas, impregnadas de uma forte ordem ética, que chega quase ao divino. Sustenta que a pena não é um meio extrínseco, alheio à sua própria noção, mas mera resposta ao injusto penal, transpassando os limites da intimidade caracterizada: *punitur, quia precatum est* (punido porque pecou). É a retribuição do injusto no sentido religioso (*expição*) ou jurídico (*compensação*) da culpabilidade, necessária para realizar a justiça ou restabelecer o Direito (*mal justo contra o injusto*).

As *teorias absolutas* (retribuição, expiação ou justiça) defendem que a pena é unicamente castigo ao delinqüente pelo injusto penal cometido e não persegue outra função (*preventiva ou social*) posterior. Na doutrina, é tradicional explicar as teorias da justiça (com a expiação moral se libera o culpável de sua culpa, alcançando sua dignidade pessoal) e da *expição* (restabelece-se a ordem e alcança-se a justiça) equiparando-as às *absolutas* ou *retributivas*.

As *teorias absolutas* ou de *retribuição* foram estudadas inicialmente pelos filósofos Kant e Hegel e, modernamente, por Binding (1841-1920). Kant (1724-1804), em sua *Metaphysik der Sitten*, parte da distinção entre *pena judicial (poena forensii)* e *pena natural (poena naturalis)*, e diz que se exige um digno castigo, pois a *lei penal é um imperativo categórico*, e só impondo-se a pena em sua concreta medida a justiça poderá ser alcançada. Seu pensamento, resume-se: a) a pena deverá ser efetivamente imposta; b) a pena deverá ser justa ao injusto penal cometido.

Em seu artigo “Sentido e Limites da Pena Estatal”, Roxin, ao abordar a chamada teoria da retribuição, diz que seu patamar é a culpabilidade do autor compensada através da imposição de um mal pessoal, buscando tão-só a realização da justiça (existe para que a justiça impere). Cita Kant ao formulá-la de modo expresso: “*Mesmo que a sociedade civil com todos os membros decidisse dissolver-se, teria, antes, de ser executado o último assassino que estivesse no cárcere, para que cada um sofresse o que os seus atos merecem, e para que as culpas do sangue não recaíssem sobre o povo que não haja insistido no seu castigo.*” Conclui Roxin, com três argumentos contrários: a) a teoria da retribuição deixa na obscuridade os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e como profissão de fé é irracional e contestável, não sendo vinculante; b) fracassa perante a tarefa de estabelecer um limite, quanto ao conteúdo, ao poder punitivo do Estado; c) revela não só uma debilidade teórica, mas também um perigo prático.

Os *fins da pena* só têm relevância para a vida societária, anotando-se que as *teorias absolutas* pecam pela ausência de cientificidade, arrematando Roxin que deixam na obscuridade os pressupostos da punibilidade, uma vez que os seus fundamentos não estão comprovados.

No século XIX, a atitude de Feuerbach se constitui em exceção, ao defender uma teoria pragmática de *presunção geral*, e identificar a concepção final de pena segundo sua *teoria da coação psicológica* com a *pena justa* kantiana, aproveitando, pois, o critério de Kant porque se adequava à *pena-fim* de sua proposta. Feuerbach, em seu *Lehrbuch*, sustenta que “*o fim da aplicação (da pena) é fundamentar a eficácia da ameaça legal, na medida em que sem ela tal ameaça seria ineficaz*”. Em síntese, para ele o fim último da aplicação da pena é a “*mera intimidação dos cidadãos através da lei*”. Seguindo a crítica de Naucke, se o injusto é a lesão do Direito como instituição final, a reação diante do injusto não deve ser a retribuição no sentido kantiano, mas uma atividade final que evite futuras lesões do Direito. A união da teoria absoluta de Kant com as teorias utilitaristas dominantes à época serviu para

que o conceito de pena-fim se destinasse à tutela da paz entre os cidadãos.

Salienta-se que outras teses retribucionistas foram lançadas, como a de Carrara em seu *Programma*, ao assinalar que o *fim-princípio da pena é o restabelecimento da ordem externa da sociedade*, enquanto Mezger sustenta que a pena se constitui na *irrogação de um mal que se adapta à gravidade do fato cometido contra a ordem jurídica. É, portanto, retribuição e, necessariamente, privação de bens jurídicos*. Mais recentemente, temos as posições retribucionistas dos finalistas como Welzel e Maurach (retribucionista de linguagem contraditória).

A *teoria da retribuição*, segundo diversos doutrinadores, oferta três formulações, em síntese: a) teoria da retribuição divina; b) teoria da retribuição moral; c) teoria da retribuição jurídica.

As críticas aos postulados retribucionistas partem de Roxin, que ataca afirmando que os mesmos não explicam quando o Estado deve sancionar o obrar, olvidando a *fundamentação da autorização estatal de punir* e, como tal, desprezando a *teoria da expiação*, pois *deixa sem esclarecer os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados seus fundamentos*. Defende que as cominações penais só estão justificadas se objetivarem a proteção preventiva geral e subsidiária de bens jurídicos e prestações. Finaliza dizendo que o delinqüente é obrigado a suportar a pena em atenção à macrossociedade e quem não desejar aceitar a justificativa da pena, de que todos têm que responder por seus atos na medida de sua culpa e co-assumir responsabilidades por seu destino (*princípio da igualdade*), terá que negar a existência de valores públicos e, com eles, o sentido e missão do Estado.

Hassemer observa que em uma época como a nossa não se pode advogar uma *pura teoria retributiva*, o que levaria a renunciar a uma justificação da pena do ponto de vista de seus efeitos práticos (diante do delinqüente e da macrossociedade), teorizando que a justificação pelas conseqüências desejadas é uma parte de nossa racionalidade. Para Jesús - Maria Silva Sánchez, no caso de retribuição, as razões de sua superação como fundamento bá-

sico da intervenção jurídico-penal sobre pessoas e bens dos cidadãos são claramente culturais (ou ideológicas). O Estado social e democrático de Direito deve garantir o bem dos cidadãos e respeitar a dignidade do condenado como pessoa humana, pois o Direito Penal não possui o escopo de realizar vingança; ao tutelar os bens jurídicos, objetiva-se integrar o condenado dentro de mútuas possibilidades. O moderno pensamento jurídico-penal de orientação preventista abandonou a idéia de retribuição, salvo no conceito de culpabilidade.

Cria-se o *temor da perda da liberdade* e de *todos os direitos relativos à cidadania*, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Porém não se pode dizer que a pena não tenha seu *efeito intimidativo* para a maioria de seus destinatários, pois o que se combate é a generalização de penas rigorosas para a garantia do efeito intimidatório, o que cria um contra-efeito.

O projeto alternativo ao Código Penal alemão (1962) aderiu às teses de Von Liszt, para o qual a função da pena e do próprio Direito Penal seria a proteção dos bens jurídicos através da incidência da pena na pessoa do delinqüente, com a finalidade de evitar delitos posteriores.

A pena deveria constituir-se em um instrumento de defesa da sociedade, sob uma visão pragmática e humanizadora. Como Roxin, Muñoz Conde ataca a questão da ressocialização do infrator, priorizando o questionamento da estrutura social, pois, diante do *quadro da atualidade*, consistiria na *grande farsa* montada por nossa hipocrisia, isto é, reeducar e ressocializar o condenado para o reingresso na macrossociedade; com o sistema prisional da maioria de nossos países, constitui uma flagrante contradição. Na visão de Jakobs, a pena garantidora das expectativas sociais teria como finalidade *o restabelecimento da ordem externa da sociedade*, objetivando a *confirmação da vigência da norma*, ao atuar mais sobre os outros do que sobre os culpados, a fim de tranquilizá-los tanto a respeito dos próprios delinqüentes como a respeito de seus temidos imitadores.

As *teorias unitárias* consistem genericamente na luta contra a criminalidade, expressadas por noções de (a) *prevenção geral*

e (b) *especial*. A pena deve proteger a sociedade, e sua aplicação deve contribuir para evitar novas infrações realizadas por outras pessoas (*princípio da exemplaridade*). É o sentido básico da *prevenção geral*. Controle mínimo, mas autoritário. Como escreve Michel Foucault, os iluministas que descobriram as liberdades também inventaram a disciplina. Nas palavras de Nobert Hoerster “a *prevenção geral* é um instrumento de controle social e como tal muito valorativa”. Como salienta Roxin, o ponto débil da doutrina da *prevenção geral* é o compartilhamento com as teorias da retribuição e da correção, sem aclarar o âmbito do punível. Para Hoerster, a *prevenção geral* serviria para justificar a intervenção punitiva do Estado. Bustos Ramírez diz que a teoria da *prevenção geral* ou cai na utilização do terror e na transformação dos indivíduos em animais, ou na suposição de uma racionalidade absoluta do homem no balanceamento entre o bem e o mal, na sua capacidade de motivação, na qual é uma ficção como é o livre-arbítrio. Já a *prevenção especial* consiste em que a pena aplicada deve evitar a comissão de novos injustos penais por parte do condenado.

Roxin diz ser inadmissível infligir um mal como mero fim retributivo; ao contrário, é possível o estabelecimento da pena para a paz jurídica (sentido construtivo). Sustenta que não cabe eliminar completamente da fase executória o ponto de partida da *prevenção geral*.

É oportuno registrar que as chamadas *teorias unificadoras* acolhem o princípio da retribuição e da culpabilidade como (c) estratégias limitadoras da pena no sentido jurídico, buscando nos limites do injusto penal os fins de *prevenção geral* e *especial*.

A nosso aviso, consideramos que tal divisão - extremamente sumária e de conseqüências insuficientes - não atende, no plano realístico, ao escopo das sanções penais.

As (b) *teorias mistas* ou *ecléticas* são marcadas pelo *endereço retributivo*, sendo concomitantemente um meio de *educação* e *correção*. Compreendem ambos os critérios (a+b), defendendo que a pena deve observar o *passado* e o *futuro*, retribuindo o injusto penal perpetrado e prevendo em seu próprio tempo a realização de outras ilicitudes. O *caráter de intimidação* é uma característica

conjuntural. Segue-se o princípio *punitur qui peccatum est et ne peccetur*. Sem dúvida, é o apelo das legislações e posições dogmáticas modernas.

Nos segmentos modernos busca-se a *melhora do condenado*, que constitui o objetivo mais elevado da política criminal. Mediante a aplicação da pena, procura-se *influenciar* no apenado a reinserção social harmônica e, por conseqüência, a *não-reincidência*. Para os seus defensores a pena deve ter uma *função educativa*, a fim de transformar o delinqüente em um *novo homem*, respeitador da ordem social e da lei. Embora a *reinserção social harmônica e futura* esteja escrita, como já vimos, em vários diplomas legais, normativos e constitucionais, é inimaginável que a prisão possa produzir *cidadãos domesticados* pela disciplina punitiva para conviverem nos padrões ditados pela macrossociedade dominante e, ainda depois de estigmatizados e desqualificados para o labor produtivo, disputarem o mercado formal de trabalho. O discurso oficial legitimador das funções objetivas da pena não resiste à avaliação crítica.

Contudo, indaga-se sobre o critério a ser adotado para a efetivação de tal ação estratégica: *moral* ou *judicial*? A eficácia da pena está em relação direta com a estatística de reincidência. É um critério formal e superficial *em razão da cifra negra*. Por outro lado, o *critério moral* é mais difícil de se constatar, diante da imperatividade de uma nova postura, não mais freqüentando o meio desviante e aceitando os padrões da sociedade dominante.

A *(re)insersão efetiva do indivíduo exige uma base de observação técnico-operativa* durante um período relativo, não apenas na execução da pena (cumprimento da progressão dos regimes prisionais, trabalho extramuros, visita periódica ao lar (*livramento condicional*), *mas também através do apoio do serviço social ao egresso*).

Não se pode olvidar a pressão social ao egresso, *rejeitando-o e estigmatizando-o*. A macrossociedade teme que o liberado reincida e não acredita em sua mudança de postura crítica em relação a ela. *O conceito de recuperação é sempre questionado*. Há necessidade da implantação de uma mudança radical em relação ao

binômio: *sociedade dominante* ou *macro* e *egresso*, que só pode ser realizada por um Direito Penal com caráter construtivo e humano, isto é, um Direito Penal democrático, que se apóie numa nova cultura em relação ao egresso, o que se torna difícil em uma sociedade de riscos e da própria marginalização que opera a instituição total.

A *intimidação* ainda está presente dentre as estratégias universais, bem como o exercício da *exemplaridade*. Entendo que o Direito Penal moderno deverá abandonar a estratégia pura da *intimidação*, por ser injusta e inumana a medição das penas que devem sofrer uns para temor de outros. A pena deve ser sempre aplicada na *medida da culpabilidade*, evitando os exageros (proporcionalidade) e objetivando vias sociais construtivas, ao buscar o equilíbrio de todos os princípios por meio de restrições recíprocas. Como finaliza Roxin, serve à ordem comunitária, e a idéia de *prevenção especial* fica limitada à justa medida pelos princípios da subsidiariedade e culpa. Outrossim, as penas “exemplares” possuem eficácia discutível ou inexistente (v.g.: *a pena de morte*). A prevenção especial possui como ponto referencial o fato de o autor do injusto ser portador de um *desvio comportamental social*, impondo correção, que incumbe à pena diante das plúrimas características.

Repete-se na nova modelagem da *teoria da prevenção por intimidação* a velha formulação feita por Feuerbach no início do século. O Direito Penal oferece, então, contribuição para o aperfeiçoamento da macrossociedade através do fornecimento da resposta penal para os violadores do direito de terceiros, previamente anunciada, a fim de impor o desencorajamento. A desmotivação do autor do injusto penal é óbvia nos limites de uma reação humana proporcional, observadas as garantias do devido processo legal.

Winfried Hassemer, ao analisar de forma crítica, diz que a *intimidação como forma de prevenção* viola a dignidade humana, pois converte uma pessoa em *instrumento de intimidação do grupo*, cujos efeitos são duvidosos, pelas categorias imprecisas, como (a) o inequívoco conhecimento por parte de todos das penas cominadas e das condenações e (b) a obediência dos cidadãos

vassalos à ordem e à lei em decorrência da cominação de penas. Conclui que, para a relativa eficácia da *prevenção geral*, seria necessário que as citadas condições (a + b) estivessem presentes e interdependentes. Seria uma posição ilusória, não tendo a *teoria da prevenção por intimidação* ultrapassado a etapa do chamado *Direito Penal das conseqüências*.

No início deste século observamos a revolta social e a intolerabilidade zero diante do ataque aos bens jurídicos, o que alimentou o tema do *direito do inimigo*, a terceira via do Direito Penal como ferramenta emergencial em situação de guerrilha urbana que, pelo quadro fático do conflito, permitiria restrições ao *princípio da legalidade* e seus corolários e ao da irretroatividade, legitimando a intervenção, que fraturaria o modelo garantista.

Por fim, o *princípio da intimidação* é humilhante para a sociedade. Em um Estado democrático, as normas não podem ser respeitadas pelos cidadãos pelo terror. A intimidação, mediante a idéia de que existe uma lei penal e a *possibilidade de sua aplicação*, exercendo uma *função de coerção geral*, com vista à manutenção da paz social, não faz sentido em sociedade democrática. Pela intimidação, quando não pelo próprio terror, a ameaça da pena, o exemplo pela sua aplicação e a certeza por sua execução garantiriam a defesa social. É a satisfação do grupamento societário e da vítima em particular.

A justiça humana não tem patamar no absoluto, carece de fins utilitários, de ser necessária e útil para ser legítima. O fim da pena deverá sobrepor-se-lhe.

A *prevenção geral* é uma função pedagógica? O fim é *evitar* ou *prevenir* a criminalidade do autor do injusto penal ou a sua reincidência; é um fim de *prevenção especial*. A pena, se possuir o fim de *prevenção geral*, será obviamente *intimidativa*, pois deve possuir a eficácia de afastar todos em geral da futura ação delitiva. A nosso sentir, a prevenção geral é inadequada por sua generalidade, mesmo que o Estado tenha especial interesse na intervenção dos processos sociais como única maneira de remediar a questão, pois o que se cuida é de diferenciar os processos e controlá-los em sua especificidade.

Nos tempos contemporâneos, a *prevenção especial* assumiu particular relevo delegado pelo positivismo. O *fim da pena* seria evitar a futura criminalidade do apenado e, para tanto, deveria adequar-se à sua personalidade, atuante pela intimidação e pela emenda, se possível a *(re)inserção social*, ou até pela *eliminação* quando *ineficaz a (re)adaptação social*. O *fim da pena* estaria ligado à *prevenção futura* de forma a servir de exemplo aos demais, mediante a *(re)inserção* ao meio social e colocando o infrator em condições de não reincidir. Não podemos olvidar que há condenados que não necessitam ser *(re)educados*, bem como há os *incorrigíveis*.

Todavia, deve-se fazer a distinção nos tempos atuais entre (a) a *prevenção geral negativa*, que é a tradicional, que obra de forma indiscriminada sobre a macrossociedade como um freio inibitório à realização de injustos penais, e (b) uma *prevenção geral positiva*, em que a pena exerce na macrossociedade seu poder, não inibidor de tendências e impulsos delitivos, mas sim de *reforçamento*, dando confiança e adesão social, no plano normativo, devendo os participantes conduzirem-se com patamar em uma situação institucionalizada de segurança coletiva e confiança mútua. Acorda-se a consciência do indivíduo para o desvalor do atuar violador da norma e se reafirma a presunção da manutenção dos bens jurídicos. Todavia, aflora a indagação de se a prisão pode melhorar alguém, cuja resposta é sabidamente negativa, por suas características e efeitos deletérios. O que sustenta a *prevenção especial positiva* é a legitimação de uma função positiva de melhoramento do encarcerado. Zaffaroni defende a impossibilidade estrutural sob o manto das ideologias “re” (*ressocialização, reinserção, reincorporação*), deslegitimadas diante dos dados da ciência social. A pena nunca será um bem para quem a sofre.

Como já foi observado, as *teorias positivas da pena* se dividem em *absolutas* e *relativas*, sendo que estas se dividem em de *prevenção geral* e de *prevenção especial*; as de *prevenção geral*, por sua vez, se subdividem em *positivas* (mantêm a fidelidade ao direito) e *negativas* (atemorizam a população vulnerável); as de *prevenção especial* também se subdividem em *positivas* (socialização) e *negativas* (inoculação, eliminação).

Como vimos, o retorno de Von Liszt, que ressuscitou a idéia da *ressocialização e reeducação* do apenado, bem como a *intimidação* daqueles que não necessitam ser intimidados e a *neutralização* dos incorrigíveis, situa-se no tripé: a) intimidação; b) correção; c) inoculação.

A denominada *prevenção especial* objetiva visa tão-só o indivíduo que já delinqüiu, para que não volte a reincidir. Entendemos que o objetivo-alvo - o delinqüente -, embora tenha realizado injustos de grave potencial ofensivo, ocasionais diante de seu perfil, não exige reeducação ou intimidação, muito menos inoculação, pois a possibilidade de reincidência é nula. Em tal quadro, teríamos a impunidade do ato típico realizado.

Na verdade, retorna-se aos séculos XIX e XX, com a direção do programa pelo juiz penal no momento da aplicação da pena, por meio da sentença penal, o que será realizado no processo jurisdicionalizado da execução penal, com a finalidade de alcançar a imaginária *harmônica integração social do condenado*. Diante da sabida ineficácia corretiva e dos efeitos deletérios da própria pena de prisão, repete-se a farsa com a frase simplista: “*Ainda não temos nada melhor do que a prisão.*”

Nos anos 60 e 70 do século passado, a prevenção especial perdeu significado, como observamos na França e na denominada escola da nova defesa social, de Marc Ancel. A ressocialização do autor do injusto penal foi bem recebida pelo Código Penal alemão de 1966 (*ideologia do tratamento*) que dominou a doutrina até os anos 1970, quando então foi constatado não ter atingido os resultados esperados. A Reforma do Código Penal alemão de 1975 traduz as modernas tendências de política criminal, com a substituição progressiva das penas privativas de liberdade de curta duração, a redução de sentenças condenatórias, a isenção de penas e a institucionalização de estabelecimentos de *terapia criminal*.

As *teorias unificadoras* ou *mistas*, que nós chamamos de *ecléticas*, buscam a conciliação pela via unitária, isto é, o injusto é o fundamento da pena pela qual se persegue um fim que está fora de sua própria órbita. Com o fracasso das teorias *retributivas* surgem as teorias *mistas*. Seu maior mérito estava na conciliação das

exigências retributivas e preventivas, dominantes ainda no debate atual do *início do século XXI*, que unia o fundamento e o fim da pena, deixando de lado a prevenção especial com a (re)socialização do autor típico. As teorias de união (*Spielraumtheorie* e *Rahmentheorie*) procuram equacionar os princípios da culpabilidade e da prevenção, perdendo espaço a *intimidação* e a *inoculação*, propostas por Von Liszt, dando lugar à *Schmidhäuser* (teoria da diferenciação) e a Claus Roxin (teoria dialética da união).

A proporcionalidade entre o injusto e a sanção é a primeira causa que se deduz do fundamento retributivo da pena.

As teorias mistas ou de união podem ser anotadas: a) a teoria neo-retributiva-preventiva; b) a teoria diferenciadora; c) a teoria dialética da união; d) a teoria modificadora da união. A teoria mista retributiva-preventiva defende que a pena busca ao mesmo tempo punir o infrator e prevenir novos injustos penais. Não podemos deixar de registrar que as teorias ecléticas são o produto da longa controvérsia científica que objetiva unificar os fins na busca de uma solução pacificadora de equilíbrio. Critica-se na direção de que ao procurar agradar a todos, não consegue agradar a ninguém.

A teoria unificadora dialética é desenvolvida por Roxin (prevenção geral positiva de natureza relativa), para quem são fins da pena, simultaneamente, a *prevenção geral* e a *prevenção especial*, devendo excluir-se a retribuição como objetivo-alvo da pena (nívela os pontos de partida individuais mediante um procedimento de limitação mútua). Para ele, a teoria unificadora dialética busca evitar exageros unilaterais e dirigir a pena para vias construtivas, conseguindo o equilíbrio de todos os princípios, mediante restrições recíprocas.

Diz que pode denominar-se *dialética* quando acentua o caráter antitético dos diversos pontos de vista reunidos em uma síntese. Uma teoria da pena deve ter por objetivo corresponder à realidade. Em Direito Penal só poderá fortalecer a consciência jurídica da generalidade no sentido da *prevenção geral*, se preservar a individualidade de quem está sujeito. A pena serve aos fins da *prevenção geral* e da *prevenção especial*, limitada na medida

da culpabilidade. A *teoria modificada* de Gössel vê entre os fins da pena, enquanto consequência jurídica de caráter retributivo, a *missão de reafirmar o Direito*, podendo “*consignar-se qualquer tipo de prevenção*”. O caráter retributivo é o elemento definidor da pena, e as sanções jurídico-penais não são clamadas a cumprir só uma função de retribuição ou de prevenção; hão de cumprir *fins corretos e adequados*.

Nos tempos atuais, os penalistas se dedicam a procurar encontrar alternativas para a teoria dos fins da pena. Acabaram por rejeitar a *tese unificadora* e a chamada *teoria da prevenção geral positiva* ou *integradora*, que é o produto das insatisfações e de um discurso dialético.

Encontramos na *teoria da prevenção geral positiva* duas vertentes: (a) a *prevenção geral positiva fundamentadora* e (b) a *prevenção geral positiva limitadora*. No que tange à *teoria da prevenção geral positiva fundamentadora*, não podemos olvidar o papel de Welzel ao afirmar que o Direito Penal, marcado pela natureza ético-social, cumpre neste campo papel mais relevante do que o da tutela dos bens jurídicos. O Direito Penal atuaria com a função de garantir a orientação das normas jurídicas, as quais procuram estabilizar as experiências sociais; enfim, uma orientação ao obrar do cidadão no campo do que deve observar em suas inter-relações sociais.

As críticas a tal vertente partem de Mir Puig. Declaram que a tese é *desnecessária* e que não explica por que a estabilização de expectativas deve ser presidida pela imposição de um *castigo*. Baratta chega a afirmar que a tese é conservadora e legitimadora do sistema atual. Para Mir Puig, a *teoria sistêmica* é um produto retributista. A questão da função de *prevenção geral positiva* gerada do Direito Penal simbólico resulta das pressões corporativistas, sindicatos, partidos políticos, organizações não-governamentais, alimentadas pela mídia na busca de “soluções imediatas”, e contemplativas no campo econômico e ecológico. Diante da insustentabilidade da *prevenção geral negativa*, que defende no plano político e teórico, sustenta Zaffaroni a legitimação das penas cada vez mais graves, o que jamais alcançará a dissuasão de uma socie-

dade em que o conflito é estrutural; desta forma, não tem efeito dissuasivo, mas estimulante a uma maior elaboração delitiva; a *prevenção geral positiva* produziria um efeito positivo sobre os criminalizados, não através da *intimidação*, mas como *valor simbólico* reforçador de sua confiança no sistema social em geral, e no penal, em particular. Conclui Zaffaroni que “*el delito seria una suerte de mala propaganda para el sistema, y la pena seria la forma en que el sistema hace su publicidad neutralizante...*”.

Para parte da doutrina, a teoria não constitui uma *alternativa* que atenda às exigências da teoria da pena.

Já no que tange à *prevenção geral positiva limitadora*, seus defensores expressam-se pelo *limitar* do poder punitivo do Estado. Para tal vertente, o Direito Penal atuaria como *forma de controle social*, caracterizado pela sua formalização. A pena deveria manter-se nos limites do Direito Penal, do ato e da proporcionalidade, e tão-só ser composta através de um procedimento presidido pelas garantias constitucionais.

Para Roxin, na aplicação da pena está inscrita a idéia de *prevenção geral* (positiva ou negativa) e *especial*, pois intimidará o apenado diante da possibilidade de reincidir e manterá a macro-sociedade mais segura durante o cumprimento da pena.

Cita-se Hassemer: *através da pena estatal não só se realiza a luta contra o delito, como também se garante a juridicidade, a formalização do modo social de sancionar o delito*. Segundo o mencionado penalista, a *prevenção geral* positiva seria a reação estatal diante dos atos puníveis, protegendo, ao mesmo tempo, a consciência social da norma. A *ressocialização* e a *retribuição* seriam esses instrumentos de realização do fim geral da pena: *prevenção geral positiva*. Hassemer abandona uma *prevenção geral intimidadora* (*prevenção geral negativa*) e se inclina para uma *prevenção geral ampla* (*prevenção geral positiva* ou *integradora*), que só venha a perseguir a estabilidade da consciência do Direito, buscando converter o Direito Penal em um dos controles sociais. Jakobs sustenta a *prevenção especial positiva* ou *integradora*, com um caráter absoluto (reafirmação da consciência do Direito) que não se diferencia do retribucionismo, pois a pena supõe o exercí-

cio na confiança na norma, na fidelidade ao Direito e na aceitação das conseqüências.

Concluindo, a *teoria da retribuição* deve ser observada tão-somente em relação ao *princípio da proporcionalidade* da pena diante da culpabilidade do autor do injusto. O critério de proporcionalidade entre o injusto e a pena, embora historicamente sempre tenha sido a *justiça*, passa a aproximar a *retribuição* da *prevenção especial e geral*. Nunca é demais reafirmar que, na aplicação feita pelo juiz, a pena não pode ultrapassar os limites do justo (culpabilidade e proporcionalidade). O fim da *prevenção especial* perdeu o seu conteúdo puramente naturalístico. A função da ameaça é de *per si* intimidativa e se dirige *erga omnes* aos destinatários da norma.

Em tema de *ressocialização*, discute-se a teoria do Direito Penal voltado para as *conseqüências*: (a) deveria questionar não só a proteção aos bens jurídicos, mas também voltar-se à tutela dos cidadãos predispostos à sua violação.

Salienta Winfried Hassemer que o Direito Penal voltado às conseqüências deveria constituir-se em um *Direito Penal da recuperação e do tratamento*, um verdadeiro *Direito Penal de ressocialização*. É óbvio que o fim da pena, em *ultima ratio*, é a *reintegração* do infrator à macrossociedade, estando a pena privativa de liberdade ligada viceralmente à *execução penal*. Portanto, a *reinserção* com sucesso para evitar a reincidência depende do binômio Estado-cidadão, depois de um correto *processo de execução penal*. Há que se *exorcizar o estilo de vida* para que o apenado fique adequado aos *modelos normativos da macrossociedade*, sob pena de prostrar o ideário da “ressocialização” (*inserção social*).

Atualmente, a *teoria agnóstica da pena* sustenta não possuir qualquer função ou justificação jurídica, sendo tão-só um *ato político de poder*, visto que não se pode justificar o injustificável. Zaffaroni, ao abordar os elementos orientadores e a teoria negativa da pena, escreve que “*um conceito negativo ou agnóstico de pena significa reduzi-la a um mero ato de poder que só tem explicação política*”. Daí “*o único exercício de poder que o Direito Penal pode programar (decisões das agências jurídicas) não deve exceder o âmbito*

do reduzido poder jurisdicional exercido sobre a criminalização secundária”. Repetindo Tobias Barreto, “o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político”.

Para Zaffaroni “as teorias manifestas da pena legitimam, junto ao poder punitivo, a orfandade da vítima e o conseqüente direito do Estado a protegê-la” (mera proteção discursiva). Conclui que isolar as funções reais da pena do poder punitivo é construir uma formalização jurídica artificial: “o maior poder do sistema penal não reside na pena, mas sim no poder de vigiar, observar, controlar movimentos e idéias, obter dados da vida privada e pública, processá-los, arquivá-los, impor penas privativas de liberdade sem controle jurídico, controlar e suprimir dissidências, neutralizar as coalizões entre desfavorecidos”.

A pena, como a guerra, não possui fundamento jurídico, é um fato real, produto de um ato de poder. Seria irracional exigir-se o impossível.

A nosso aviso, a “idéia de ressocialização” como um dos fins da pena deve ser entendida na execução penal como o exercício de *medidas de apoio* ao apenado e à *modelagem* de seu comportamento no curso de execução, buscando incentivar a autodisciplina e a redução dos fatores deletérios do próprio mal da pena, que é a prisão. É necessário que a macrossociedade não atue utilizando seus agentes de controle para manipular permanentemente o *ódio* e a *vingança* contra o apenado, estimulando o *processo de agressão recíproca* (estado de guerra). Há necessidade de ser observada a realidade de que o Direito Penal voltado às conseqüências só pode operar com a sua integração à Criminologia.

Jakobs destaca que a pena deve ser necessária para a manutenção da ordem social, pois, sem tal necessidade, seria um mal inútil. Sustenta, em resumo, que a pena é *útil* para a consecução de seus *fins sociais* se não perde a sua *funcionalidade*. A pena representaria a reafirmação do ordenamento jurídico e não as finalidades úteis da norma. Para tal segmento, a teoria da *prevenção geral positiva* não é relativa ou utilitarista, mas uma *releitura da teoria absoluta hegeliana*, punindo-se para reafirmar o conceito de justiça. De forma simbólica o fim da pena seria o restabeleci-

mento da ordem macrosocial. No modelo de Roxin há adesão à *prevenção geral positiva limitadora* e não à *prevenção geral integradora*, que é relativa, ficando a prevenção limitada pela idéia de *subsidiariedade*, uma função dentre as demais funções, excluída a *prevenção geral*, ao passo que Jakobs legitima o ordenamento jurídico e as expectativas sociais numa perspectiva puramente normativa.

No campo da modernidade, fala-se em um *Direito Penal funcional* para a edição de uma política criminal em contraponto com a dogmática abstrata. Hoje, nas bases mínimas, não podem deixar de constar as *garantias processuais* do Estado de Direito e um *correto processo de execução penal* desmistificando o ódio ao autor do injusto penal, buscando a possibilidade de futura (re)inserção do egresso, produto da marginalização macrosocial ativada pela microsociedade, à macrosociedade (ainda que utópico).

Sublinhe-se, por último, que parte da doutrina vislumbrou na *prevenção geral positiva* um retorno às concepções puramente retributivas, seguindo estruturalmente a postura kantiana. As propostas buscam uma estabilização social da norma e a confiança na mesma. Tal postura não adota as propostas iniciais retribucionistas, o limite da culpabilidade desaparece, pune-se o rebelar-se contra a norma ou a lesão a um bem jurídico, a qual pode conter qualquer conteúdo de valor. Roxin fala em *prevenção geral positiva* desde postulados garantistas, ao reconhecer a finalidade da pena como *prevenção geral positiva*, na busca da paz pública e na reafirmação das regras de convivência, sem perder sua *função integradora*, que se desenvolve com a prevenção especial, com a culpabilidade como limite da pena.

2. FINALIDADE

Não se pode limitar as finalidades da pena a um único objetivo. Todas as idéias, estudos e teorias levam à conclusão de que são três os fundamentos do direito de punir: a) *a defesa social*; b) *o ideal de reforma do infrator*; c) *a intimidação geral e especial*.

A pena tem o *caráter aflitivo* em razão de privar o apenado do efetivo exercício de seus direitos e bens fundamentais; torna-

se *retributiva* na proporção em que, na sua qualidade e quantidade, teoricamente representa o desvalor da lesão ao bem jurídico praticado pelo autor do ato punível. Aí, constitui-se em um *mal* (*resposta estatal*) que deverá ser suportado pela opção feita pelo autor diante de seu obrar reprovável perante o conjunto normativo.

É um instrumento hábil utilizado pelo Estado diante da *intolerabilidade comportamental* para garantir a *paz social*. A pena se legitimaria por seus fins privativos e tutelares e se justificaria por sua *necessidade*, sendo seu fundamento observado pelos endereços ético-social, utilitário, político e sociocriminológico.

Hodiernamente, desaparece o caráter utópico da ressocialização que, através do tratamento, objetivava a recuperação absoluta do apenado. Efetivamente, constitui-se em uma etapa romântica do penitenciarismo, partindo da própria imprecisão terminológica (penitência).

Indaga-se se o Estado *teria o direito de enclausurar pessoas para manipulá-las, tendo como escopo torná-las dóceis à sua postura*.

É certo que a *periculosidade* se constitui na possibilidade da prática de ato futuro que venha a lesionar o ordenamento jurídico. A questão vaga em um mar de imprecisões e conduz à violação do *princípio da reserva legal*. As idéias nucleares de *periculosidade* e *ressocialização* foram objeto de reparos diante dos deveres de solidariedade impostos à macrossociedade, assumindo os riscos do desviante, como a *periculosidade per si* é degradante ao não referenciar a condição da pessoa humana, adotando uma postura negativa igual à das coisas e animais.

A pena em sentido lato é sempre um *castigo* que deve ser aplicado e suportado, observados os direitos e deveres do apenado, pela violação do ordenamento jurídico, na medida e proporcional à sua culpabilidade, diante do que o infrator livremente optou por realizar, restabelecendo-se a paz jurídica. Argumenta-se que a Reforma de 1984 manteve como linhas estruturais básicas o binômio *punir e humanizar*.

A nosso aviso, a *pena* busca, mediante condicionamentos naturais e uma metodologia de informação, conscientizar o apenado

a aceitar os valores da macrossociedade, separando os questionamentos que possam traduzir um *impasse existencial* entre o delinqüente e os valores impostos e aceitos pela comunidade social dominante.

A *(re)inserção social* é a finalidade ideal da pena, e tem merecido justas críticas dos penalistas. Contudo, é inegável que é o objetivo mais importante, e desejo em relação ao fiel cumprimento da punição; propiciar a *(re)integração do condenado* ao convívio social seria a própria aspiração da macrossociedade. Submetido ao regime penal adequado, a punição representa um meio teórico de adequação do apenado aos valores sociais dominantes, isto é, cumprida a pena imposta, o condenado *deveria* estar em condições de viver em liberdade sem entrar em conflito com os valores jurídico-sociais. Infelizmente, a prisão é deletéria e não reeduca, razão pela qual a taxa de reincidência destrói a *ideologia da recuperação*.

Na verdade, nossas prisões estão desaparelhadas e pouco ou nada oferecem ao apenado para motivá-lo à mudança de atitude.

Se os indivíduos colocam em risco a proteção da massa social, o objetivo-alvo primeiro da pena é procurar preservar a segurança pública - *a defesa social* (eficácia dissuasiva). Quando os antigos penalistas usavam o clichê de que a pena tinha a *natureza retributiva* e a *finalidade preventiva*, isto equivale a repetir que seus *fins* são *retributivos* e *preventivos*. A questão carece de significação política, pois a legislação penal é expressão de uma determinada organização política. A punição se converte em uma arma de terror que petrifica os homens e perpetua o gozo e os benefícios do poder.

Os conceitos de *retribuição* e *prevenção* constituem uma verdadeira e perfeita antítese, sendo, pois, inconciliáveis.

A maioria dos tribunais ainda sustenta que a verdadeira função da pena é a *retribuição*, senão a manutenção da ordem jurídica. Em outras palavras, a proteção da sociedade dominante contra todas as condutas que coloquem em risco a sua estrutura e existência, a preservação dos bens jurídicos, com o objetivo de *defesa social*. Tal defesa atua pela *prevenção geral*, isto é, através

da chamada *eficácia dissuasiva* pertinente à *ameaça da pena*, que seria o fim especial da sanção. É uma velha postura simplista para mascarar os problemas de fundo pela fantasia das palavras.

Diante da *prevenção especial* todo condenado (portador do desvio social que demanda correção) necessita ser (re)adaptado, (re)educado, (re)inserido, (re)ssocializado, isto é, *reformado*, para ser reinserido no modelo da macrossociedade. O Direito Penal possibilita um conhecimento adequado que permite um trato inteligente, oportuno e profícuo da realidade. Mir Puig sustenta que num Estado social e democrático deve-se garantir a proteção real e efetiva a todos os cidadãos, prevenindo comportamentos lesivos para os bens jurídicos, estes entendidos como possibilidade de participação nos sistemas sociais fundamentais, à medida em que os cidadãos os considerem graves (*intoleráveis*).

Portanto, o Direito Penal orienta a função privativa dentro dos princípios de exclusiva proteção de bens jurídicos de proporcionalidade e de culpabilidade. O modelo de *prevenção especial* foi abandonado, entre os anos 1960 e 1970, em razão da ineficácia da ressocialização e da realidade das prisões no mundo (depósito de presos). Aduza-se que a pena considerada como meio de *prevenção especial* encontra dificuldades sob diversos enfoques, e Carrara já advertia, no século XIX, que os *propósitos de punir, curar, reeducar e corrigir* são absolutamente *incompatíveis*. O mito da ressocialização está findo (delinqüentes do colarinho branco).

3. CARACTERÍSTICAS

A pena é um instituto jurídico em que a resposta penal deve ser *proporcional* ao juízo de reprovação do autor pela prática do ato punível. Assim, consideramos *pena justa* aquela *oportuna e necessária*, em que o juiz penal mantiver na sua aplicação e execução a devida e racional proporcionalidade técnica em relação à *natureza, à quantidade e ao desvalor do ato*.

A proporcionalidade da pena é o grau de reprovabilidade do obrar diante dos parâmetros normativos como exigência fundamental do sistema de justiça. A pena teoricamente não se constitui intrinsecamente em um mal, pois limita a esfera jurídica dos

condenados à punição e como tal deve ser sentida e conseqüentemente suportada; porém sua essência executória está na possível reinserção futura do infrator no meio social aberto por adquirir normas de cultura e se ajustar aos padrões sociais impostos.

É quase pacífico que a justificação da pena tem seu endereço na necessidade da manutenção do controle social, objetivando a paz pública. Deste Antolisei, em que o *ius puniendi* se constitui em uma ferramenta estatal necessária para impor a vontade do Estado sobre os seus súditos, até Maurach, que sustenta que a renúncia do poder punitivo é a renúncia da própria existência.

Atualmente, Roxin defende a *necessidade da pena* quando restar justificado que o comportamento reprovável prejudica de maneira insuportável a coexistência livre e pacífica dos cidadãos, e outras medidas jurídicas ou de política criminal não sejam adequadas e satisfatórias. Aliás, a pena deve ser necessária para uma finalidade específica, cujos critérios de necessidade vão desde a “(re)integração de ordem moral através do sentido de justiça”, defendido por Petrocelli, ou no viés dos tradicionais retributivistas, como Welzel e Cuello Collón.

4. A CRISE DA LEGITIMAÇÃO INSTRUMENTAL PUNITIVA

Alessandro Baratta, ao escrever sobre *funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal*, declara que a *função de preservação quando negativa*, que visa à dissuasão dos potenciais infratores, ainda é atuante sob duas formas alternativas: **a)** a neutralização do violador da norma (*incapacitation*); **b)** a intimidação específica (*specific deterrence*). A *teoria da ressocialização* é resumida em transformar o condenado, tornando-o *apto a uma vida em liberdade sem delitos*. Conclui o saudoso professor da Universidade de Sarlando que a *impunidade* não é exceção, senão a regra da justiça penal, e que a porcentagem de violadores da norma neutralizados com a intervenção da justiça penal é baixa, razão pela qual se poderiam questionar os custos sociais de sua intervenção. É básico, senão crucial para o aspecto teórico, se ter em conta o sistema de justiça penal, e que a coexistência de um neo-retribu-

tismo constitui um símbolo de fragilidade e até de crise potencial do Direito Penal das conseqüências.

Conclui Baratta que em um modelo de Direito Penal racional haveria um equilíbrio entre a realização de funções simbólicas e funções instrumentais. Com acerto, diz, ao criticar a inutilidade das penas, que implica uma concessão instrumental do Direito Penal liberado da ilusão da instrumentalidade das penas.

O Direito Penal, como já foi por nós tantas vezes dito, não pode ser utilizado como instrumento distorcido pelo exercício do Poder, olvidando que seu papel é o de ser uma sentinela a serviço dos valores comunitários e individuais.

Na prática, no quadro brasileiro, observamos que é uma constante o Governo Federal, através do Ministério da Justiça, negar verbas aos Estados-membros da Federação para a manutenção e construção de novas unidades prisionais compatíveis com o sistema progressivo, a fim de poder recolher os condenados para o cumprimento das penas privativas de liberdade que lhes foram impostas. Seriam unidades próprias, para o regime inicial de cumprimento fixado na decisão judicial final, em condições condignas à natureza humana (na maior parte dos Estados não há casa de albergado, o que significa não se cumprir a pena em regime aberto).

Ora, tal atitude irresponsável é geradora da *cultura da impunidade* pela inexistência de recolhimento de condenados com penas transitadas em julgado, colocando em risco diário a segurança social e, naturalmente, retroalimentando o sistema de reincidência pelo *credo da impunidade*, ponto básico para a *hiperdramatização da criminalidade*. De outro lado, a própria sociedade não investe recursos pela velha mentalidade de *não jogar dinheiro público em incinerador de lixo*.

Para que a *crise da violência urbana*, nos grandes centros metropolitanos brasileiros, e rural, possa ser repensada, é necessário que haja uma conscientização popular e uma vontade política de construir um sistema prisional moderno, seguro e não-corrupto, pois são inacreditáveis as condições sub-humanas em que os condenados vivem nos depósitos de presos e xadrezes distritais, ou em estabelecimentos penitenciários superlotados, na maior promiss-

cuidade e misérias física e moral, alimentando, por meio de suas organizações criminosas de sobrevivência, planos e atos de ataque aos membros da microssociedade, para angariar *fundos* de sobrevivência carcerária (verdadeiras cooperativas de condenados). De nada valem os esforços isolados, momentâneos e não-contínuos do Poder Público para sufocar focos de criminalidade sem que exista uma *política penitenciária* séria, em que o conjunto da sociedade se conscientize e participe eficazmente para reverter o quadro negro da crise.

A nosso aviso, a pena como instrumento legal, pelo qual o Estado social e democrático de Direito impõe penas privativas de liberdade (reclusão, detenção e prisão simples), restritivas de liberdade (prisão domiciliar, limitação de fim de semana e prestação de trabalhos comunitários), restritivas de direitos (interdições e proibições), pecuniárias (multa, prestação pecuniária, perda de bens e valores) e morais (advertência e admoestação), por meio de órgão jurisdicional competente, ao autor do injusto penal, objetiva a proteção dos bens jurídicos, reafirmando regras de convivência e, por última via, a manutenção do controle social, presente a culpabilidade como limite, a fim de assegurar a paz social, através da convivência harmônica dos cidadãos.

5. FIM E FUNÇÕES DA PENA

Nos modernos Estados democráticos se questiona quais os reais *fins da pena*, isto é, o que pode legitimar um sistema punitivo. Ferrajoli distingue entre *fim* e *função* da pena; o primeiro responde à indagação “*de que serve a pena?*”, e a segunda ataca a análise empírico-social descritiva sobre os *efeitos da pena* na macrossociedade; portanto, o fim da pena opera no plano do *dever-ser*, ao passo que a *função* da pena atua no plano do *ser*.

A pena imposta não pode ultrapassar os limites do *justo*. A medida da justiça é a *utilidade*, necessidade e oportunidade do encarceramento proporcional ao juízo de reprovabilidade, desde que observado o tempo de vida útil ou do pagamento patrimonial.

Por sua vez, a *prevenção especial* perdeu seu conteúdo naturalístico puro de realização de processo de higiene social, em

razão da modificação do *conceito de homem* e conseqüentemente de *violador da norma*, nas diversas versões doutrinárias. Nos dias atuais há uma tendência de a microssociedade proteger interesses vitais, o que é difícil em razão da própria estrutura injusta da sociedade, que acarreta comportamentos desviantes. O dilema é resolvido em favor da prevenção geral, pois a sociedade é mais forte do que o indivíduo, mas também porque o Direito Penal, como sistema de controle social último, está protegendo os interesses sociais, sendo, assim, compreensível a prevalência da *prevenção geral positiva*. Não se pode olvidar que, na fase da execução da pena, seu conteúdo, justificação e função se situam na necessidade de fins preventivos, presentes a *prevenção especial* e a *prevenção geral*.

De resto, a pena quanto ao seu fim é *pluridimensional*, ficando a dificuldade do aplicador e executor em dimensioná-la na coordenação e hierarquização entre si para atingir os seus múltiplos fins.

Não é correto o aumento das penas cominadas a determinados tipos de ilicitudes penais tão-só para atender politicamente os reclamos da opinião pública, momentaneamente indignada por isolado tipo específico de criminalidade urbana (*prevenção geral negativa*). O autor não deixará de praticar um injusto penal porque o máximo e o mínimo foram aumentados, ou porque em tal tipo de injusto penal não cabe fiança ou liberdade provisória, e o seu cumprimento será em regime fechado. Tal postura mostra desconhecer as raízes da *cultura do delito*.

O que tem valor *intimidativo* é a *certeza da resposta penal*, e a instauração do inquérito policial dá o primeiro passo à eficácia intimidativa da ameaça penal.

A conclusão realística no campo de conveniências teóricas é do reconhecimento da crise da pena de prisão e das medidas reeducativas e de reinserção social. Contudo, diante da exigência de controle social e proteção dos bens juridicamente tutelados em razão da intolerabilidade do conflito em função da preservação da paz pública, para cumprir fins de *prevenção geral positiva limitadora*, não se pode ainda (*extrema ratio*) aboli-la, mas pro-

curar substituí-la, no possível, por penas alternativas à privativa de liberdade, cada vez mais conscientizada a macrossociedade, alargando o seu espectro.

Roxin, em sua conferência sobre “Transformaciones de la teoría de los fines de la pena”, propôs a diversificação dos aspectos preventivos da pena como um realístico modelo político-criminal, através da introdução de formas alternativas à pena de prisão e outras medidas que favoreçam a ressocialização, ou pelo menos reduzam os danos.

A pena justa é a que é oportuna, necessária e proporcional. A pena incerta, indeterminada, fere o critério de proporcionalidade, razão pela qual é injusta.

6. MOVIMENTO DESCARCARATÓRIO

A situação carcerária brasileira nos primórdios do século é caótica, todos estão cientes; as penas alternativas a cada dia aumentam o espectro de aplicação (*princípio da salvação do inferno*); quer para menores infratores, quer para adultos, o objetivo é encarcerar e evitar a fuga, em nome da paz pública. A sociedade usa a pena como *ferramenta do exercício do poder* e mantém-se contraditória em relação às políticas habitacionais, de saúde e educação, alimentando o trabalho informal pela crise do emprego. Assim, para o primeiro controle social, usa a pena e o cárcere. Como se falar na (re)inserção social do egresso?

Convenci-me de que nosso caminho, no terceiro milênio, será no sentido de aumentar o espectro das penas e das medidas formais alternativas à pena de prisão, ao lado de uma política social realística e eficiente de inclusão social, pois o mal da prisão é a própria prisão.

O ponto fulcral situa-se no enfraquecimento gradual da estrutura social existente e nas forças que a sustentam, sem o crescimento simultâneo de uma nova ordem. É que, sem dúvida, os miseráveis cortiços e as favelas, construídos nos arredores da cidade, desatendendo às necessidades humanas, e os arranha-céus erigidos nos grandes centros das metrópoles, não em resposta à necessidade econômica, mas como meros faróis de prestígio e alarde

de poder, visualizam que os grupos e as classes sociais tendem a tornarem-se mais rígidos e mais estratificados. A competição entre desiguais tem sempre efeitos conflitantes e desmoralizantes, continuando a população carcerária, jamais inserida socialmente, massacrada pela miséria e pela opressão.

Como a pena não *ressocializa* nem proporciona a *(re)inserção* social futura, opera parcialmente a *tutela dos bens jurídicos* e relativo *controle social*, sem conseguir reduzir o *conflito de interesses*; para *garantir a paz pública*, cabe ao Estado a *manutenção do controle social* a fim de *garantir*, diante do conflito, a *tutela dos bens jurídicos* e a *paz social*. Portanto, ainda, a *finalidade da pena* seria, em *última instância*, de *controle social*. Sabe-se que *a prisão é deletéria: não educa, não socializa, não dá condições à inserção social, almejada no passado*; portanto, *a pena de prisão deve ser substituída por restritivas de direitos em maior escala, incentivando, pelo mérito, a progressão de regime e o livramento condicional*, restringindo o inferno do cárcere tão-só em relação aos portadores de comportamentos desviantes de especial gravidade, *intolerados pela macrossociedade*, como forma de *controle direto da segurança e paz social*, através de uma *intervenção garantista*, assegurados os *direitos humanos* e as *assistências* diante de um Estado social e democrático de Direito. 📄