

AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DA APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

*Leonardo Buissa Freitas**

Resumo

O texto apresenta um estudo crítico sobre a pena privativa de liberdade, com suas vantagens e desvantagens. Salienta que a pena privativa de liberdade surgiu para substituir sanções degradantes e cruéis, como a pena de morte, porém não se constitui em um instrumento eficaz para reeducar o criminoso, além de ser onerosa. Defende a idéia de que a pena restritiva de liberdade ainda representa o único meio de retribuição/intimidação de grandes de alto poder lesivo, devendo-se, contudo, privilegiar as penas alternativas, como as restritivas de direito, que podem propiciar ao cidadão a sua reinserção na sociedade, além de terem custos menores.

Palavras-chave: Pena privativa de liberdade; Penas alternativas; Penas restritivas de direito.

Introdução

A pena privativa de liberdade tem gerado, ao longo de sua existência, séria controvérsia sobre a sua utilidade para o fim por ela almejado, mormente no que concerne ao escopo ressocializador da pena.

É interessante notar que ultimamente há uma certa unanimidade de posições que, aparentemente, são antagônicas. Por um lado, a opinião pública, formada através de maciça campanha dos meios de comunicação social, se firmou no sentido de que a prisão é a solução para a grande maioria dos males que assola o país. Prega-se, pois, o aumento dos tipos penais e da duração das penas, ao mesmo tempo em que se clama pela diminuição da idade para a responsabilização penal, a construção de mais

* Juiz federal, professor da Faculdade de Direito da UFG, mestrando em Direito – UFG.

presídios e um maior investimento no aparato policial. Parece que parcela significativa da população se sentiria mais segura e feliz com mais gente presa. É o que se ouve: um clamor público e unísono contra a impunidade.

Por outro lado, exsurge firme a convicção de que as prisões não reeducam os detentos, que são universidades do crime, onde o indivíduo entra “trombadinha” e sai assaltante, traficante, estuprador, homicida, ou seja, contaminado com o vírus quase indestrutível da violência e do embrutecimento. Há na população uma sensação de que o dinheiro gasto no sistema penitenciário é puro desperdício, uma vez que o sistema está falido e não recupera ninguém. Além disso, as condições desumanas a que são submetidos os presos geram um sentimento de revolta nestes e de indignação do cidadão de bem que cumpre com as suas obrigações tributárias e não vê, neste serviço público, como, aliás, em todos os demais, o retorno compatível e proporcional à sua contribuição aos cofres públicos. Desta forma, existe, em verdade, um misto de descrença, revolta e indignação com o sistema penitenciário pátrio.

Parece haver então, nestas duas manifestações, uma incongruência lógica que conduz à seguinte indagação: a prisão é a solução ou a solução é a sua abolição? A resposta, a meu sentir, não pode ser dada de maneira açodada e sem a necessária e prudente reflexão sobre as vantagens e desvantagens da aplicação da pena privativa de liberdade.

A pena privativa de liberdade como um avanço na história da humanidade

Apesar das ácidas críticas que freqüentemente sofrem, as penas privativas de liberdade são as mais utilizadas nas diversas legislações modernas. Não se pode olvidar que tais penas significaram um irretorquível avanço na humanização da pena, substituindo as penas degradantes, cruéis, aflitivas que até então imperavam.

Jeremias Bentham, citado por Mariano Ruiz Funes, sintetizou os méritos e as vantagens da prisão, apresentando as seguintes características: 1) a prisão é aflitiva, retirando do homem o seu bem mais caro, depois da vida, que é a liberdade; 2) é divisível e permite a adaptação da sanção à gravidade da culpa e à extensão do prejuízo; 3) é remissível e, portanto, admite, nos casos de erro judiciário, uma reparação; 4) a sua organização é fácil (panoptismo)¹.

Funes esclarece ainda que a prisão implica, para alguns penalistas do passado, um triunfo sobre a pena de morte, eis que conserva a vida, enquanto que a última a destrói. Neste tópico, apresenta o citado autor alguns argumentos de Lucas contrários à pena de morte: a) a pena de morte exalta o culpado; b) produz repugnância no que a pronuncia; c) cria a profissão de verdugo; d) ocasiona remorsos no magistrado; e) legaliza o homicídio; f) é a mesma para todos os grandes crimes; g) gera a impunidade; h) não se faz temer; i) é irreparável; j) suprime o culpado ao invés de castigá-lo; k) não se converte num benefício; l) castiga igualmente jovem e velho, um delinqüente intrépido e o covarde; m) tem uma publicidade perigosa, inspirando mais atração do que aversão pelo homicídio; n) aliena todos os sentimentos morais; o) desconhece a soberania da lei; p) perturba as sanções natural, popular e religiosa; q) encontra poucos culpados que não a desprezam; r) destrói o criminoso, apaga os remorsos, arrebatada para sempre a esperança do homem, fazendo do crime um segundo deus; s) arroga-se sobre a existência do homem o direito d'aquele que no-la há dado; t) destrói o respeito pela vida, torna os costumes ferozes.²

Em sentido diametralmente oposto, informa Funes que Lucas leciona que a prisão oferece as seguintes notas favoráveis: a) não exalta o culpado; b) não torna odioso o homem que a ordena; c) só produz tarefas honrosas e doces; d) coloca o justo dentro da lei; e) gradua-se à vontade; f) é repressiva, eficaz, remediável, reformadora, compensadora, eqüitativa; g) a sua publicidade é um exemplo; h) concilia-se com todos os nossos sentimentos morais; i) reconhece a soberania da lei; j) admite e respeita as sanções natural, popular e religiosa; k) é suficiente para subjugar o culpado; l) destrói o crime; m) conserva no homem a esperança; n) inspira o respeito pela vida humana; o) dulcifica os costumes; p) é exemplar pela reforma que produz.³

Observa-se, pois, que, num primeiro momento, não há como negar que a pena privativa de liberdade tem sido instrumento eficaz para, pelo menos, banir dos sistemas hodiernos as penas aflitivas, os castigos, as mutilações e até mesmo a pena de morte.

Não obstante ter sido um instrumento de humanização do sistema punitivo, a constatação da falência das prisões é quase uma unanimidade entre aqueles que tratam da matéria. As ácidas críticas sobre o sistema penitenciário serão abordadas em tópico ulterior. Todavia, cabe aqui

lembrar a posição incisiva de João Baptista Herkenhoff quando assevera que: “a prisão, em si, é uma violência da lei, um anacronismo em face do estágio atual das mais diversas Ciências Humanas”.⁴

Ademais, impende notar que o movimento para reformar as prisões, para controlar o seu funcionamento, não é um fenômeno tardio. Não parece sequer ter nascido de um atestado de fracasso devidamente lavrado. “A reforma da prisão é mais ou menos contemporânea da própria prisão. Ela é como que seu programa”.⁵

Observa-se, portanto, num primeiro instante, que a prisão já nasceu com a necessidade de sua constante reforma, eis que é uma forma de punição que afronta o direito de liberdade do cidadão, bem precioso resguardado pelos próprios textos constitucionais modernos, mas que ainda não se encontrou uma fórmula mais adequada de se punir aquele que delinqüê. Neste sentido, eis, uma vez mais, a equilibrada lição de Foucault: “Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E entretanto não vemos o que pôr em seu lugar. Ela é detestável solução, de que não se pode abrir mão”.⁶

Críticas à pena privativa de liberdade

Como já salientado neste trabalho, a pena privativa de liberdade, sem embargo de ser ainda a mais utilizada nas diversas legislações, sofre contundentes críticas da doutrina moderna, que não tem dúvida em apontá-la como solução apenas para casos extremos, sendo, pois, a *ultima ratio*, indicando, inclusive, a sua futura extinção.

Aponta-se para o fato de que a pena privativa de liberdade, em verdade, não consegue reeducar o delinqüente, eis que este é retirado do seio da sociedade. Neste ponto, manifesta-se César Barros Leal:

Longe de ser uma agência terapêutica, constitui o cárcere um núcleo de aperfeiçoamento de criminosos, a ressocialização tornando-se absolutamente ilusória num universo hermético, no qual fatores de toda ordem lhe anulam as esperanças, tanto mais porque, como registra Augusto Thempson, citando Rupert Cross e Thomas M. Osborne, “treinar homens para a vida livre, submetendo-o a condições de cativeiro, afigura-se tão absurdo como alguém se preparar para uma corrida ficando na cama por semanas”.⁷

Calha também transcrever a famosa e incisiva crítica formulada por Teodolindo Castiglione sobre as prisões. Eis o clamor do ínclito mestre:

Imaginaí uma grande prisão, em que moços e velhos vivam em promiscuidade: criminosos primários e reincidentes; trabalhadores honestos segregados do convívio social em virtude da irreflexão ou fraqueza de um momento, e vagabundos estéreis calejados na senda do crime; homens que medem a extensão de sua desgraça ao lado de outros, de uma inconsciência pasmosa; indivíduos sensíveis que mataram, em uma passageira explosão emocional, seres que amavam, e que definham castigados pelo remorso, e oram nas ocasiões de recolhimento espiritual, ou tentam contra a própria vida em momentos de angústia, convivendo com fascínoras monstruosos, que dormiram tranqüilos logo depois de terem trucidado as suas vítimas; pessoas facilmente sugestionáveis que, em lugar de uma educação apropriada que lhes poderia fornecer benefícios, recebem o influxo pernicioso de delinqüentes decididos a prolongar a sua conduta nociva; assassinos, ladrões, estelionatários, falsários, incendiários, estupradores, criminosos de todos os tipos, vencidos pela prepotência sexual, entregues à prática de atos aviltantes, ou subjugados pelo assalto feroz dos mais fortes e atrevidos: todos vivendo no mesmo ambiente, na mesma estufa, em que o micróbio do mal se desenvolve, multiplica e rebaixa. Uma casa assim não pode ser escola que educa, a pedagogia que emenda, o estabelecimento que reabilita, a instituição que redime, socorre ou purifica as consciências transviadas. Nesse viveiro de gérmenes malignos, nenhum doente se cura ou vê atenuada a sua doença. Nesse retiro, a alma não se retempera, o homem não se refaz.⁸

Além de não ser instrumento idôneo à ressocialização do delinqüente, tem-se visualizado que a pena privativa de liberdade também não consegue conter a onda de violência, não intimidando o indivíduo. Poder-se-ia imaginar que quanto mais severas e longas fossem as penas de prisão, menos criminalidade existiria. Tal concepção vem adquirindo adeptos em nosso país. Contudo, a experiência já demonstrou que a criminalidade não se combate unicamente com a fúria legislativa, criando-se vários tipos de penas e aumentando-se o tempo das penas de prisão. Aumenta-se o parque penitenciário, enclausura-se cada vez mais, e o índice de criminalidade não baixa: eis a equação correta, demonstrada diretamente pela realidade dos fatos.

Por fim, cumpre lembrar que a pena privativa de liberdade, mormente no regime fechado, é assaz cara, custando aos cofres públicos precioso numerário que poderia ser aplicado em outras áreas como saúde, educação e segurança. Quanto mais se prestigiar a pena privativa de liberdade, mais o Estado terá de avançar no bolso dos contribuintes para, auferindo receita tributária, poder fazer face às despesas públicas atinentes ao sistema carcerário, dentro da grande atividade financeira do Estado.

No afã de encontrar uma solução para esta situação, exsurtem as chamadas medidas alternativas e mais especificamente as conhecidas penas alternativas, as quais passaremos a abordar no ponto subsequente.

Alternativas à prisão

Conforme antes salientado, a pena privativa de liberdade encontra-se em pleno declínio, sendo recomendável somente para casos penais graves e para os delinquentes efetivamente perigosos. Assim, os estudiosos do Direito Penal e do Direito de Execução Penal têm pugnado pela adoção de medidas alternativas, de penas alternativas à prisão.

Jason Albergaria comenta que

as medidas alternativas resultaram da crise das penas privativas de liberdade, sobretudo das penas de curta duração. Permitem que o condenado cumpra a pena junto à família e no emprego, com restrições necessárias à sua educação e proteção da sociedade. Eliminam a contaminação carcerária, diminuem a superpopulação prisional e suprimem a contradição, segurança e reeducação.⁹

As acerbadadas e corretas críticas que são feitas à pena privativa de liberdade e ao sistema prisional têm, pois, conduzido a sociedade a buscar soluções alternativas para a punição do homem delinquentes. Neste ponto, lapidar o ensinamento de César Barros Leal:

Se há o reconhecimento de que a prisão é uma “máquina de reprodução da carreira no crime”, como nos diz Edmundo Oliveira; de que devolve o homem “à sociedade estigmatizado, sem mais opção que a reincidência”, consoante ensina Mariano Ruiz Funes; de que “é um sofrimento estéril, do qual ninguém extrai benefício:

nem o preso, nem sua família, nem a sociedade”, como declara Louk Hulsman; de que, no final das contas, representou “um trágico equívoco histórico”, na lição de Heleno Cláudio Fragoso, pergunta-se: por que priorizá-la?; por que não dar lugar a outras formas punitivas, mais humanas, muito menos onerosas e que contribuam para a reintegração do homem em seu entorno familiar e social?¹⁰

Em igual sentido, Luiz Flávio Gomes defende a adoção de penas alternativas. Assim, afirma:

O discurso das penas alternativas, embora se saiba que elas isoladamente não significam a solução para o grave problema carcerário, é muito atual e importante, porque o Brasil, que as aplica para apenas 2% dos condenados, está incomparavelmente atrás da Alemanha, Cuba e Japão (que impõem tais penas em 85% dos casos), Estados Unidos (68%), Inglaterra (50%) etc. Países com melhores condições econômicas adotam difusamente as penas alternativas e o índice de reincidência é de 25%. No nosso pobre e equivocado modelo penitenciário, que deposita fé no encarceramento de todos os criminosos, a taxa de reincidência é de 85% e ainda nos damos ao luxo de gastar quinhentos reais por mês, em média, com cada um dos cerca de 45 mil pessoas não violentas, cujos delitos causaram prejuízo médio de mais ou menos cem reais. Não fosse por humanitarismo, razões econômicas já seriam o bastante para uma profunda e radical mudança de atitude e de mentalidade. É preciso racionalidade! Não tem nenhum sentido pagarmos caro para transformar, nos presídios que temos, jovens primários em criminosos violentos.¹¹

No mesmo diapasão, são as conclusões do Seminário de Direito Penal e Criminologia, realizado em Goiânia, em 1973, donde saiu a Moção de Goiânia. Consoante informação do professor Licínio Barbosa, diz a aludida moção:

Dada a relativa inadequação da pena privativa de liberdade para os fins de retribuição ao delito e de ressocialização do delinqüente, recomenda-se: a) limitação do uso da privação da liberdade aos casos de penas mais graves e aos condenados realmente perigosos; b) adoção, para os condenados de escassa ou nenhuma periculosi-

dade, do regime de prisão aberta ou prisão-albergue; c) introdução de medidas humanísticas conducentes à reintegração social do condenado como: ampliação do perdão judicial, do *sursis* e do livramento condicional, além de outras *medidas substitutivas* da pena de prisão.¹²

Em face de tais ponderações, o nosso sistema legal tem prestigiado sobremaneira a adoção de medidas alternativas, substitutivas da prisão. Assim, quando do advento da Lei nº 7.209/84, adotaram-se as chamadas penas restritivas de direito, como uma forma de alternativa ao cárcere, havendo também, como será visto ulteriormente, a previsão de multa substitutiva da pena privativa de liberdade.

Outrossim, não se pode olvidar que a Organização das Nações Unidas (ONU), através da Resolução nº 45/110, da sua Assembléia Geral, adotou as Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não-Privativas de Liberdade, denominadas Regras de Tóquio.

Influenciado pelos ideais das Regras de Tóquio, o legislador pátrio ampliou sensivelmente o rol de penas restritivas de direito através da edição da Lei nº 9.714/98, seguindo, portanto, a tendência mundial de buscar alternativas idôneas para o fracasso da pena privativa de liberdade.

Conclusão

Observa-se, portanto, que a pena privativa de liberdade, considerada inicialmente uma conquista da humanidade, em contraste com as penas vis e a pena de morte que até então imperavam, encontra-se hodiernamente desacreditada. A pena privativa de liberdade deve, pois, ser utilizada somente para casos extremos e, mesmo assim, com um sistema baseado na progressão de regimes, por mérito do condenado, de modo a incentivar a sua reabilitação.

Em verdade, a pena de prisão dificilmente consegue a ressocialização do apenado. Primeiramente porque os estabelecimentos prisionais, não somente no Brasil, mas em diversas partes do mundo, estão longe do padrão mínimo aceitável. Terminam por ser locais sem a menor condição de higiene, limpeza, educação, saúde, lazer ou trabalho, militando contrariamente aos fins da pena, sendo sim uma academia do crime, criando indivíduos cada vez mais perigosos.

Além disso, atingir a ressocialização através da segregação do indivíduo parece incongruente. Como pode alguém aprender a viver em sociedade estando fora da sociedade? E como ressocializar ou mesmo reeducar, se o indivíduo sequer foi anteriormente socializado ou educado? Como efetuar tal ressocialização sem que se invada a privacidade e a individualidade da pessoa humana, direitos sagrados e consagrados?

Na verdade, não obstante haver a concepção de pena como medida de prevenção especial, de ressocialização do homem que delinqüiu, não se pode perder de vista que, no caso da pena privativa de liberdade, a idéia mais forte, a meu sentir, é a de retribuição, seguida da proteção à sociedade contra um indivíduo provavelmente perigoso.

Ainda que a pena privativa de liberdade seja um mal em si, concluo ser um mal necessário, uma vez que não se encontrou outra solução para os casos de crimes de grande potencial lesivo. A solução extrema, a *ultima ratio*, é ainda o cárcere. É mister sim a humanização do sistema penitenciário a fim de que o delinqüente seja submetido a uma pena que lhe prive unicamente a liberdade, mantendo-lhe os demais direitos não atingidos pela sentença penal condenatória.

Apesar da irretorquível necessidade de se utilizar a pena privativa de liberdade, a conclusão que se extrai deste trabalho é que tal medida deve ser utilizada somente em último caso, devendo-se sempre privilegiar as penas restritivas de direitos. Estas não retiram o indivíduo do seio da sociedade, concedem-lhe a efetiva oportunidade de reinserção social, dão uma satisfação à sociedade lesada pela conduta delituosa e são financeiramente menos onerosas do que as prisões.

As chamadas penas alternativas são, sem dúvida, no contexto atual, a grande solução para a punição da grande maioria dos delitos cometidos, restando para a pena privativa de liberdade somente aqueles mais graves, em que a retirada do indivíduo da sociedade é medida que se impõe.

Em suma, pode-se concluir que a pena privativa de liberdade, não obstante as procedentes críticas que sofre, ainda é a medida punitiva necessária para a retribuição e a intimidação de crimes de maior gravidade. Assim, deve ser prestigiada, atendendo o clamor popular contra a impunidade. Contudo, a adoção das penas restritivas de direitos deve ser cada vez mais incentivada, eis que mais eficazes para o atingimento do ideal de ressocialização do indivíduo, ao mesmo tempo em que punem

efetivamente aquele que delinqüiu, dando uma resposta à população atônita que clama por justiça e paz.

Abstract

The text introduces a critical study about the exclusive punishment of freedom, with their advantages and disadvantages. It points out that the exclusive punishment of freedom arose to replace degrading and cruel sanctions, like the capital punishment, however we do not constitute in an effective instrument to re-educate the criminal, besides being onerous. Defends the idea that the restrictive punishment of freedom still represents the only intimidation reward middle of great of high power of prejudice, owing itself, however, privilege the alternative feathers, as the restrictive of right, which they can propitiate to his citizen your inclusion in the society, besides having smaller costs.

Key-words: Devoid punishment of freedom; Alternative punishments; Restrictive punishments of right.

Notas

1. FUNES, Mariano Ruiz. *A crise nas prisões*. Tradução de Hilário Veiga Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 154.
2. FUNES, Mariano Ruiz. Op. cit., p. 163.
3. FUNES, Mariano Ruiz. Op. cit., p. 164.
4. HERKENHOFF, João Baptista. *Crime: tratamento sem prisão*. 30 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998, p. 37.
5. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Tradução de Raquel Ramallete. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 197.
6. FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 196.
7. LEAL, César Barros. *Prisão: crepúsculo de uma era*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 113.
8. CASTIGLIONE, Teodolindo. *Estabelecimentos penais abertos e outros trabalhos*. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 12-13.
9. ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 47.
10. LEAL, César Barros. Op. cit., p. 123.
11. GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 95.

12. BARBOSA, Lícínio Leal. *Direito penal e direito de execução penal*. Brasília: Zamenhof Editores, 1993, p. 164.

Referências

ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BARBOSA, Lícínio Leal. *Direito penal e direito de execução penal*. Brasília: Zamenhof Editores, 1993.

CASTIGLIONE, Teodolindo. *Estabelecimentos penais abertos e outros trabalhos*. São Paulo: Saraiva, 1959.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 21. ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999.

FUNES, Mariano Ruiz. *A crise nas prisões*. Tradução de Hilário V. Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1953.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: RT, 1999.

HERKENHOFF, João Baptista. *Crime: tratamento sem prisão*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

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

REGRAS DE TÓQUIO. *Comentários às regras mínimas das Nações Unidas sobre as medidas não-privativas de liberdade*. Trad. Damásio E. de Jesus. Brasília: Ministério da Justiça, 1998.

REGRAS MÍNIMAS para tratamento dos reclusos. Brasília: Ed. Técnicas, 1985.

