

O HISTÓRICO FRACASSO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL

Cláudia Maria de Sousa *

RESUMO

O texto apresenta uma visão histórica de punição, desde seus primórdios até os dias atuais. Em seguida, descreve a legislação penal brasileira, relativa à aplicação das penas, dando especial enfoque à substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, com o fito de recuperar o criminoso menos pernicioso à sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: vingança, punição, pena privativa de liberdade, pena restritiva de direitos.

1. Introdução

A idéia base do presente trabalho surgiu, quando deparei com um caso no Tribunal de Justiça no Estado de Goiás em que o meliante foi condenado ao cumprimento de uma pena restritiva de liberdade, em regime integralmente fechado. Ocorre que o magistrado foi bastante severo, e considerou o sujeito ativo como traficante de drogas e, por conseguinte, aplicou-lhe a pena típica dos crimes ditos hediondos (Lei nº 8.072, D.O.U, de 25 de julho de 1990). Para agravar a situação, determinou que fosse o regime da pena integralmente fechado, sem direito, portanto, à progressão do regime, situação é definida por lei, doutrina e, até jurisprudência. Caso similar já havia sido julgado pela Egrégia Corte Superior de Justiça, abrindo-se precedente ao tratamento do rigorismo anterior.

O caso em comento chamou a minha atenção porque o condenado, *traficante de drogas*, nada mais era do que um sujeito de boa índole, vendedor de roupas, acostumado a fazer compras no Paraguai para revendê-las no Brasil.

* Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Goiás (UFG), Mestre em Direito Agrário, Professora da Faculdade Anhangüera de Ciências Humanas (FACH).

Em uma de suas viagens, resolveu comprar *cloreto de etila*, vulgarmente conhecido como *lança-perfume*, porque as festas *carnavalescas* se aproximavam e ele vislumbrou um bom lucro na comercialização do produto. Eis que, apreendido com a mercadoria e, em razão da grande quantidade, foi considerado traficante, tão maléfico à sociedade como o *vendedor de cocaína* que, normalmente, não é flagrado. Uma pergunta não saía da minha cabeça: como considerar alguém que traz consigo *lança-perfume* a uma pena tão desumana? Deve-se lançá-lo à *universidade do crime*, realidade das prisões brasileiras¹¹?

Tantas outras questões vieram à minha mente, razão pela qual comecei a estudar a pena e vi, na realidade brasileira, o histórico fracasso da pena em razão da falência do sistema penitenciário. Resolvi, pois, escrever este texto, principalmente após tomar conhecimento de uma recente notícia do Superior Tribunal de Justiça (18 de junho de 1999), a respeito de um julgado da lavra do Ministro Vicente Cernicchiaro no *Habeas Corpus* nº 8.300, conclusivo ao decidir que a comercialização ou uso de lança-perfume não é tráfico de drogas.

2. Vingança privada, vingança divina, vingança pública e período humanitário

Punir, nos primórdios, não constitui atribuição do Estado porque vigora, nas mentalidades da época, a concepção de que a sanção por um crime é estritamente privada, pois somente a vítima ou seus parentes podem aplicar a *justitia*. O período da *vingança privada* é marcado pela brutal desproporcionalidade entre o crime e a pena. Não há limites para seu alcance ou forma de execução. O criminoso pode ser escravizado, banido, mutilado, aniquilado, bem como toda a sua família, transcendente que é a punição.

Exsurge a Lei de Talião que dá novo corolário à vingança privada porque impõe limites à sanção que se deve ater a uma proporcionalidade.

A seguir, o Código de Hammurabi, em 1600 a.C (1976), a exemplo da Lei de Talião, condensa uma evolução na história da pena, porque alça limites em um texto legal, entalhado em pedra de coluna negra, v.g.:

¹¹ Diz-se universidade do crime porque, após cumprir pena nas prisões brasileiras, o criminoso que furta, por exemplo, transforma-se em homicida, traficante, estelionatário, etc.

Mas se houver dano, urge dar vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe (Código de Hammurabi, 1976, p. 87).

O fragmento legal, emoldurado, acima esboça o balizamento entre o período da vingança privada, em que prevalece a vontade do ofendido, ou de seu grupo (tribo, comunidade) a título de revidar ou vingar a agressão sem parâmetros, mas como ato instintivo, e o período da *vingança divina*, no qual em nome de Deus se aplicam penas cruéis ao fundamento de que irados os deuses, necessitariam os pecadores de purificação da alma, cujos castigos, inflições corporais ao delinqüente restabeleceriam a paz na Terra.

Nesse período, século XI a.C., há notícia de que vigora o Código de Manu, cuja principiologia tem fundamento filosófico altruísta, porque a pena tem por escopo a purificação do próprio meliante. Assim, dita, a título de punição, o corte de dedos dos larápios; em caso de reincidência, são decepados os pés e as mãos; a ofensa, o insulto a um homem de bem é punido com o corte da língua do infrator; o adúltero é queimado em uma cama; a adúltera, atirada aos cães. Embora cruéis, essas penas têm o limite determinado na lei, em cujo aspecto se plasma uma evolução.

A seguir, transfere-se a competência punitiva ao Estado e instaura-se o período da *vingança pública*. O Estado atrai para si o direito de punir (*jus puniendi*), visando sua própria segurança e manutenção do soberano no poder. Ainda nesse período, vêm-se instituídos os horrores das apenações, porque o propósito do Estado é assegurar o poder, e com efeito, evitar o seu enfraquecimento ou ter contrariado seus interesses.

Esse período mantém-se incólume, apesar dos protestos. Egresso das grandes civilizações, adentra a Idade Média e chega ao Renascimento. As punições transformam-se em espetáculos públicos, a sociedade é convidada a assistir às execuções das penas, assim, as pessoas visualizam o destino daqueles que não cumprem a vontade do Estado.

Em meados do século XVII, instala-se uma mentalidade *humanitária* que combate a dureza do Direito Penal. Jonh Howard, que escreve *O estado das prisões na Inglaterra e no País de Gales* (1726-1790), Jeremias Bentham edita *Tratado das Penas e das Recompensas* (1791) e Paulo Feuerbach enta-

bula o axioma da *legalidade* em que o Estado não poderia punir se não constituísse infração o ato praticado, ou seja, não seria considerado crime o fato que não fosse tipicamente previsto na legislação: *nullum crimen nula poena sine lege*.

A sociedade da época percebe que o tratamento penal não ameniza o crime, tampouco repara o dano por ele causado. Os filósofos e teóricos do direito, magistrados, juristas e parlamentares têm como preocupação a busca de uma punição diferente daquela imposta pelo Estado, de forma a não haver um enfrentamento físico entre o Estado (o príncipe) e o povo enfurecido: “*acostumado a ver sangue, o povo aprende rápido que só pode se vingar com sangue*” (Foucault, 1977, p. 69).

Implanta-se, nesse período, segunda metade do século XVIII, o pensamento de que é impossível executar punições que alcancem direitos não-cedidos pelos cidadãos à sociedade. Reprováveis, por conseguinte, as penas cruéis, especialmente a de morte. Não basta existir a previsão legal de que o fato é crime, as leis necessitam estipular as penas a serem aplicadas a cada crime, minimizando as arbitrariedades judiciais. Ao condenado não se pune por punir, sem parâmetros, para intimidação, mas para recuperação do delinqüente.

No século XIX, ao escrever *O homem delinqüente*, Cesare Lombroso (*apud* Teles, 1998) analisa cientificamente o crime e o criminoso. As sociedades, mediante normas penais, defendem-se daqueles que têm comportamento, personalidade ou tendência para a prática do crime.

Deixa, nesse contexto, de ser a pena uma réprimenda como retribuição ao crime, passando a se preocupar com a sua individualização e a defesa social.

Cesare Lombroso, todavia, dá uma interpretação clínica ao direito penal, olvidando que é ciência normativa e, como tal, busca formar juízos de valor, de conteúdo ético, associada ao fato típico (fato que viola a norma de conduta).

Eis que surge a pena privativa de liberdade (não-contemplada nos períodos anteriores com o mesmo sentido²) com o propósito de prevenir o mal contra a sociedade. Em um primeiro momento, o acusado é encarcerado para aguardar o julgamento definitivo, depois, a prisão se transforma em modelo de pena definitiva, provocando uma mudança significativa, porque passa a subs-

tituir os demais tipos repressores. Não obstante a evolução, registra-se que o tratamento cruel do encarcerado não o recupera. Assim, surge uma preocupação social: como recuperar o prisioneiro e devolvê-lo são à sociedade?

Certo é que no limiar do século XXI, ainda não se põe em prática, com resultados precisos e eficientes a *recuperação do prisioneiro*. Ao contrário, implantam-se nos presídios *as universidades do crime*. Não se pode olvidar que existe, todavia, no Brasil, uma nova concepção que vigorosamente se implanta, aquela que toma o criminoso menos pernicioso à sociedade, cuja pena, não-excedente a um ano, nos crimes comuns, pode ser substituída a *pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos*.

Esses são os balizamentos genéricos da história da pena. Apresentam-se interessante à delimitação da pena no Brasil.

3. A pena no Brasil

Na Ilha de Vera Cruz, colônia portuguesa, vigoram as Ordenações Afonsinas que atribuem à pena privativa de liberdade um caráter meramente preventivo e não-sancionador. Não obstante mais brandas as penas, vale lembrar que o índio brasileiro ainda vive a fase da vingança privada.

No período que vai de 1514 a 1603, no reinado de D. Manuel, a Terra de Santa Cruz passa a adotar as Ordenações Manuelinas que, nesse particular, não destoam das Ordenações Afonsinas, apenas imprimem à pena uma conotação coerciva antes de proferida a sentença final, em caso de condenação.

No Brasil, quando em vigor as Organizações Filipinas (1792), torna-se visível o regresso alcançado. Sanções corporais e infamantes voltam a aparecer, uma vez que se previa pena de morte em mais de setenta tipos penais.

Proclamada a Independência da colônia, ocorre um abrandamento das penas. Outorgada a Constituição de 1824, há a prevalência de princípios sobre

² No século V, a pena privativa de liberdade era aplicada nos mosteiros, pois a igreja não poderia punir com penas seculares, especialmente a pena de morte. Assim, o encarceramento na cela favorecia à solidão, à meditação e à prece, servindo como um resgate do pecado pela dor, o remorso pela má-ação, o arrependimento da alma maculada pela culpa.

os direitos e liberdades individuais, por conseguinte, uma elaboração de leis penais, surgindo a idéia de um código penal para atender à realidade nacional e às novas tendências jurídicas e políticas. Edita-se, então, o Código Criminal de 1830, inspirado em princípios liberais do Iluminismo que observa a dignidade da pessoa humana, pois reconhece que a prisão não se presta apenas para a proteção de classes, para o castigo e torturas, mas é fonte de reforma moral do condenado. Reduz para três os casos de pena de morte: homicídio agravado, latrocínio e insurreição de escravo; adota a prisão como meio comum de punição, associada ao trabalho forçado no presídio; todavia, não estabelece claramente um regime penitenciário e nem tipos especiais de presídios para o cumprimento de penas privativas de liberdade³.

Após a Abolição da Escravatura, há uma revisão do Código Penal (1888/1889), apresentando o projeto de reformas que deu azo a discussões até a proclamação da República. Em 1890, sob o regime republicano, edita-se novo código⁴ que veda as penas infamantes e delimita a pena privativa de liberdade a um patamar máximo, de trinta anos. Após, seguem-se leis extravagantes para regular a matéria, tornando tumultuosa a fixação da pena a tal ponto que o governo federal consolida as leis penais existentes para abster-se de revogar as disposições conflitantes.

Em 1940, promulga-se o novo Código Penal em plena ditadura de Getúlio Vargas, mas inspirado nas modernas doutrinas do código italiano de 1930, do dinamarquês, do suíço de 1937 e do Projeto Ferri. Cria-se a pena de reclusão não-superior a trinta anos, a de detenção, não-excedente a três anos, a prisão simples. De acordo com a Lei das Contravenções Penais, estabelecem-se, ainda, a pena de multa (considerada a principal), a perda de função pública, interdições de direitos e publicação da sentença.

Em 1984, promove-se substancial reforma penal, com o fito de proteger a sociedade, restringindo-se aos casos de reconhecida necessidade a pena privativa de liberdade. Surge aí a necessidade de buscar outros caminhos, novas alternativas sancionadoras, levando-se em conta a educação do prisioneiro.

³ D. Pedro II, após erro judiciário no caso de Mota Coqueiro, tacitamente revoga a pena de morte.

⁴ No Governo Provisório de Campos Sales, foi aprovado o Decreto de 11 de outubro de 1890, bastante falho, com técnica ruim, atrasado para seu tempo e considerado o *pior do mundo*.

⁷ O desembargador Vicente Piragibe foi nomeado para consolidar a legislação penal posterior ao Código de 1890.

É óbvio que a mitigação histórica das penas, que culmina com a pena privativa de liberdade, abranda a concepção de vingança aqui apresentada, mas não supera os problemas sociais, nem resolve a questão da criminalidade, em termos de prevenção e, tampouco, a ressocialização ou a recuperação do criminoso. Apresenta-se, pois, o histórico fracasso da pena privativa de liberdade: superlotação de presídios, cadeias e penitenciárias; promiscuidade entre os encarcerados; rebeliões constantes; interação criminosa que possibilita a universalização de condutas criminosas; aumento da violência criminosa, enfim, continua no Brasil a aplicação da pena privativa de liberdade como sanção principal, quando visível é o seu fracasso.

Ressalta-se, todavia, que a Lei nº 9.099, D.O.U, de 26 de setembro de 1995, promove avanços na legislação brasileira, ao possibilitar ao criminoso menos pernicioso a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, mas é preciso aparelhar melhor o Estado para colocar em prática uma política educativa do preso e devolvê-lo à sociedade sã. Esse é o ideal que todos almejam!

4. Conclusão

Percebe-se, ao longo da história, que ao se implantar um regime político ou havendo alteração no regime existente, há uma modificação na Constituição e também no sistema penal, porque só assim o novo quadro político se harmoniza com a legislação.

A Revolução Francesa constitui fator essencial para o fim das penas cruéis e seu espírito liberal abrandou as legislações.

No Brasil, a elaboração de leis não constitui um problema a ser enfrentado. Todavia, a sua aplicação ao caso concreto é tormentosa, especialmente quando se trata de matéria de prevenção e de repressão penal da criminalidade, isto porque há falhas na execução da pena. Os estabelecimentos do sistema prisional não atendem às necessidades básicas do ser humano e o que era considerado pena justa, passa a ser inadequado e desumano, além de não atender ao fim social de educação do prisioneiro.

Não obstante ser bastante criticada, a pena privativa de liberdade é necessária às hipóteses de crimes mais graves, mas ocorre, não se deve olvidar,

uma falha na má-execução da pena, em decorrência do mau aparelhamento do sistema penitenciário, do desrespeito às regras da progressividade e da falta de investimento para os chamados substitutivos penais.

No Brasil, a pena não passa de mera ficção, pois embora fixada pela sentença, não se executa, ou executa-se mal. Há discrepâncias entre a teoria e a prática. Os presídios brasileiros estão abarrotados. Sua capacidade de lotação é triplicada. São verdadeiros amontoados de pessoas que já se esqueceram da época em que foram seres humanos.

O histórico fracasso da pena privativa de liberdade no Brasil dá-se, não em virtude propriamente do tipo da pena, mas da forma pela qual é executada, e ainda, pelos exageros de sua previsão em tantos casos, como se não restassem outras opções para que o criminoso menos pernicioso à sociedade pudesse saldar seu débito com ela, devolvendo-lhe um proveito por sua recuperação, e por ter prestado serviços, de acordo com suas habilidades.

5. Referências bibliográficas

- ANDREUCCI, Ricardo Antunes. O direito penal como justo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 551, p. 193-298, set. 1981.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. A falência da pena de prisão. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 638, p. 260-269, dez. 1998.
- BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1990.
- _____. Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1995.
- CÓDIGO de Hammurabi. Petrópolis: Vozes, 1976.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 1977.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. São Paulo: Max Limonad, 1959, v.1, t. 1.
- ORDENAÇÕES AFONSINAS (Col.). *Da legislação antiga e moderna do Reino de Portugal*. Coimbra: Real Imp. da Universidade, 1792.
- PENTEADO, Jacques de Camargo. O dever de punir. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 618, n, p. 418-420, abr. 1987.
- TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. São Paulo, Atlas, 1998, v.1.
- THOMPSON, Augusto F. G. *A questão penitenciária*. Petrópolis: Vozes, 1976.

ABSTRACT:

The text presents a historical sight of punishment, from its origin until nowadays. Soon afterwards, describes the Brazilian penal legislation, related to the enforcement of the punishments, giving special approach to the replacement of liberty punishment by the restriction rights punishment, with the aim of recovering the less pernicious criminal to society.

KEL-WORDS: Revenge, punishment, liberty punishment, restriction rights punishment.

