



PENALISMO BRASILEIRO: (IN)EFICÁCIA JURÍDICO-SOCIAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

*Juliana Bezerra Fernandes**

*Thaís Medeiros da Costa***

RESUMO

Propõe-se uma análise jurídico-social da problemática concernente ao sistema penal brasileiro, vigente na sociedade contemporânea, conglobando aspectos e características relativas ao Direito Penal e ao núcleo presidiário brasileiro. Também serão destacados pontos referentes à eficácia social destes dois instrumentos de controle social, arguindo acerca da aceitação que apresentam perante à sociedade brasileira.

Palavras-chave: Sistema Penal. Problemática Social. Eficácia Jurídico-social. Pluralismo jurídico.

Quando eu perder a capacidade de indignar-me ante a hipocrisia e as injustiças deste mundo, enterre-me: por certo que já estou morto.
(Augusto Branco)

1 INTRODUÇÃO

A discussão acerca da funcionalidade e eficácia do atual modelo de organização e estruturação do sistema penal brasileiro inflama os debates doutrinários tanto no âmbito jurídico quanto na esfera social e política. Ao longo do desenvolvimento de tal sistema, notou-se uma clara tendência legislativa, acompanhada por anseios sociais, de torná-lo cada vez mais amplo e rígido. Prova disso é a inclusão de situações que anteriormente não se consideravam ilícitas no rol de condutas penalmente proibidas, bem como a intensificação das punições direcionadas aos infratores.

Com o intento de alcançar as tão almejadas segurança e estabilidade, essenciais para o convívio pacífico em sociedade – visto que uma sociedade sem normas, sem lei, não se sustentaria, pois que os seres humanos precisam de regras de convivência regulando suas ações perante seus semelhantes – a população clama por um endurecimento ainda maior de um regime que já se considera “rígido” o suficiente. É a comprovada falta de eficácia de

* Graduanda do curso de Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

** Graduanda do curso de Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

parcela das leis penais e a fraca atividade protetora do Estado que incita esse clima de insegurança e impunidade nos cidadãos, levando-os a conclamar por punições cada vez mais intensas àqueles que violarem os interesses e os bens sociais.

Com um sistema penal que reproduz as desigualdades sociais do nosso país, por elas já tão desgastado, propõe-se analisar até que ponto se deve levar esse endurecimento do direito penal e, conseqüentemente, do sistema presidiário brasileiro. Em face da situação vigente na nossa atual sociedade, de uma simbiose contraditória entre um direito penal simbólico e o crescente sentimento de impunidade por parte da sociedade, será realizada uma análise do funcionamento das estruturas penais do Brasil, assim como da aceitação social do sistema penal como um todo, tomando como referência o cumprimento ou não do seu fundamental papel social.

2 DIREITO PENAL: ASPECTOS GERAIS E EFICÁCIA

Desde os primórdios da história humana, observa-se como característica marcante dos seres humanos a necessidade precípua de se organizar em grupos, concretizar uma estrutura social, de modo a manter relações pacíficas com os seus semelhantes que integram e habitam o mesmo meio social.

Com essa convivência em sociedade, surgem, gradativamente, os conflitos de interesses entre seus membros, assim como violações às necessidades de seus semelhantes, uma vez que, apesar de ser social, o homem também apresenta seu lado individualista, egocêntrico, que busca a satisfação de suas próprias indigências, por vezes, em detrimento da do outro.

Em face dessa realidade, infere-se que os próprios grupos humanos elaboraram, em congruência com o desenvolvimento social de suas comunidades, normas de conduta, regras de comportamento social, visando estabelecer as bases para uma convivência pacífica e a consecução de objetivos comuns dos grupos sociais.

É devido a essa necessidade que surge o Direito, como uma compilação de tais regras, cuja função precípua é exercer o controle social, indispensável à coexistência dos indivíduos em meio social, impedindo que a vontade de uns se sobreponha a de outros, ou até mesmo aos interesses gerais da comunidade como um todo.

Os atos humanos que se contrapõe, portanto, à organização social e normativa instalada serão, logo, considerados atos ilícitos. Ademais, sendo essencial à convivência dos indivíduos em sociedade a existência de uma proteção aos interesses gerais ou individuais contra violações de cunho particular, desenvolveu-se o ramo do Direito de caráter público, o qual desencadeou no surgimento do Direito Penal; este como instrumento fundamental ao cumprimento de tal intento de definir e punir os atos contrários ao ordenamento legal.

Destarte, objetivando realizar uma análise jurídico-social do direito penal, o qual se desenvolveu ao longo da história para se consolidar, modernamente, como o instrumento de controle social mais poderoso dos Estados Modernos – assim como um dos pilares de sustentação de todo o sistema organizacional das sociedades – faz-se pertinente, primeiramente, determinar seu conceito doutrinário, para mais à frente delimitar sua essência jurídica, função e eficácia social, focando, principalmente, nas características do direito penal brasileiro.

2.1 Direito Penal Clássico e Direito Penal do Inimigo

Como anteriormente citado, afirmou-se que os atos contrários ao ordenamento legal, os quais ofendem bens jurídicos ou interesses individuais, encontram-se inseridos no espectro de atuação do Direito, sendo denominados ilícitos jurídicos e podendo apresentar consequências civis ou penais a depender dos efeitos do fato praticado. Dessa forma, percebe-se a existência de ilícitos classificados como civis – eis que acarretam a responsabilidade civil indenizatória – e de ilícitos penais; estes se caracterizam por constituir atos de maior gravidade e lesividade a bens jurídicos assaz relevantes à vida social.

Há, portanto, a realização de uma seleção restritiva de bens jurídicos a serem tutelados pelo direito penal, visto que dentre todos os bens passíveis de serem violados, há aqueles que já se encontram devidamente protegidos por outros ramos do direito (como o direito civil), não necessitando de atenção especial da seara penal. Serão, pois, acolhidos sob o manto do direito penal aqueles bens jurídicos fundamentais ao convívio humano e cuja lesão ilícita atinge os interesses comuns essenciais à manutenção social.

É importante ressaltar, entretanto, que o direito, como criação da sociedade para a sociedade, é extremamente dinâmico, pois necessita modificar-se em consonância com as mutações sociais para que continue servindo à sua função de proteger, plenamente, os interesses coletivos e individuais. Assim, nota-se que – em decorrência de evoluções sociais –

as concepções de quais bens ou interesses jurídicos são considerados relevantes à convivência e existência sociais dignas também estão sujeitas a oscilações.

Consequentemente, o supracitado conjunto seletivo de bens jurídicos tutelados pelo direito penal não é imutável, visto que, por estarem atrelados ao meio social, também se submetem às transformações atravessadas por este, sofrendo mudanças de julgamento. Enfim, bens jurídicos que em um determinado momento histórico eram tidos como passíveis de proteção pelo direito penal, podem ter perdido essa importância, dando lugar a outros mais relevantes, e vice-versa, com o passar do tempo.

Por conseguinte, uma vez determinados os bens a serem tutelados pelo direito penal, este lança mão de seu instrumento mais categórico de proteção jurídica, qual seja, a sanção penal. Nas palavras do penalista Rogério Greco (2008, p. 4) “A pena, portanto, é simplesmente o instrumento de coerção de que se vale o Direito Penal para a proteção de bens, valores e interesses mais significativos da sociedade”. A sanção será, dessa forma, o meio utilizado pelo poder estatal – o Estado monopoliza o poder coercitivo no meio social, sendo, pois, o único responsável pela aplicação das penas relativas às práticas ilícitas – para impedir, ou punir qualquer violação aos bens penalmente protegidos.

O direito penal é, contudo, comprovadamente, dentre os ramos do direito, o mais violento e poderoso, em decorrência, principalmente, dos efeitos que o poder de coerção do Estado pode gerar sobre a vida dos indivíduos. Assim sendo, não só para manter seguros os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, mas também proteger o lado enfraquecido da relação Estado-indivíduo, o legislador penal estabeleceu, taxativamente, por meio das normas insertas na codificação penal, as sanções correspondentes a cada delito criminal, delimitando não só o modo como o Estado deve agir acerca das situações penais, mas também a intensidade com que deve atuar, evitando uma extrapolação da força punitiva estatal.

Afinal, caracteriza-se o direito penal – em sua acepção clássica – pelo conjunto de normas jurídicas que regulam a ligação entre o crime e a sua respectiva consequência – a pena –, assim como disciplinam todas as relações daí derivadas, estabelecendo a aplicabilidade das medidas coercitivas e ao mesmo tempo protegendo o direito individual em face do poder de punir do Estado. Reiterando com as palavras de José Frederico Marques (1954, p.11), o direito penal:

É o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade de medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado.

Sob outra perspectiva, se apercebe na sociedade contemporânea a evolução de um novo ideal, um conceito alternativo de Direito Penal – evolução no sentido de modificação de fundamentos anteriores, não necessariamente do surgimento de uma conceituação socialmente e eticamente mais aceitável – advindo dos estudos do alemão Günther Jakobs; estes foram os alicerces que sustentaram um novo entendimento acerca do Direito Penal dentro das sociedades contemporâneas: o Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*).

De fato, aduz-se da teoria elaborada por Jakobs a proposição de duas tendências principais, buscando a concretização de uma finalidade maior: a partir do direito penal do Inimigo e do Cidadão, o professor alemão almeja legitimar a atuação e o direito de punir mais rigorosos do Estado em face daqueles considerados como infratores, ou seja, daqueles que incidem repetidamente em violações que demonstram um descaso e uma não aceitação da ordem jurídico-social estabelecida.

Günther define em sua obra, portanto, dois tipos de direito penal diferentes que, no entanto, convivem no mesmo plano, sendo interdependentes; explica o mesmo (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 21): "não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas de descrever dois polos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal". São destacados, então, dois tipos de direito penal associados a duas “espécies” de indivíduos diferentes: o cidadão e o inimigo.

O cidadão seria aquele que poderia vir a praticar um ato ilícito, contrário ao ordenamento jurídico e aos valores sociais, mas que, por ser indivíduo com grau de periculosidade mais reduzido, ainda tem sua identidade como pessoa, como titular de direitos e garantias fundamentais, preservada. O cumprimento de eventual pena por esse cidadão, que viesse a cometer delito, teria o condão apenas de reestabelecer a integridade da ordem jurídica.

O inimigo, por outro lado, seria o ser mais vorazmente danoso à sociedade, eis que comete atos de gravidade comprovada, afastando-se de forma mais definida do Direito, daquilo que se erige como correto e justo dentro da sociedade; logo, por se distanciar progressivamente do “estado de cidadania”, erguendo-se contra a ordem jurídica implantada, o inimigo não pode se valer das prerrogativas inerentes à pessoa – ele é uma não-pessoa (não sendo, logo, cidadão) e a ele se aplica, portanto, um direito penal diferente do destinado àquela.

Em face da característica de inimigo do Estado e da ordem jurídica, Jakobs impõe e legitima a necessidade estatal de punir aqueles que, deixando de lado seus aspectos de cidadãos, passam a ser vistos como máculas à sociedade. Justifica que o ente estatal deve proteger, principalmente, seus cidadãos em face dos inimigos, empregando a eles medidas de caráter amplamente rígido e restritivo, uma vez que estes, em opinião mais extremada, não são considerados nem mesmo seres humanos.

Assim, o Direito Penal do Inimigo seria um amplo sistema de criação e aplicação de normas penais, limitação e supressão de direitos, bem como de anulação de garantias fundamentais desses indivíduos considerados inimigos da sociedade, em virtude de suas condutas danosas.

Essa visão extremamente intransigente adotada pelo direito penal, em face dessa Teoria do Direito Penal do Inimigo, vem ganhando corpo e adeptos notadamente em locais nos quais a população detém uma maior sensação de impunidade e insegurança emanantes da atuação (ou falta dela) do poder estatal perante os violadores da ordem social e jurídica. Logo, em países nos quais grande parte da população não demonstra confiança em seu corrente sistema de responsabilização e punição dos criminosos, tal teoria se dissemina com uma força estrondosa.

Malgrado a fundamentação teórica do professor Günther Jakobs, bem como a difusão dessa teoria entre parte da doutrina penalista contemporânea, é necessário fazer a alusão à sua clara incompatibilidade com a vigência do atual Estado Democrático de Direito, defendido e estimado pelos Estados da era contemporânea.

Isso porque, a implicação de imposição de tratamento diferenciado aos indivíduos de uma sociedade, bem como a supressão de seus direitos e garantias penais e processuais (também os constitucionais), normalmente encravados nas Constituições dos Estados, seria uma afronta direta aos princípios basilares que sustentam o Estado Democrático de Direito, tais como a Isonomia, o direito à Ampla Defesa, a proteção à Dignidade Humana, dentre outros.

Assim, não obstante ser uma visão bastante recente e de surgir como uma nova perspectiva de aplicação do Direito Penal, a Teoria de Günther Jakobs demonstra um extremismo exacerbado que não condiz com o modelo de Estado e sociedade que se adotou no século XXI, como o ideal. Em resumo, estabelece Inácio Belina Filho (2005, p. 2):

O que denota que o inimigo do Estado deveria ser condenado, sumariamente, sem contraditório, ampla defesa, devido processo legal, ou quaisquer outros preceitos ínsitos a dignidade humana. Aliás, os difusores dessa vertente do Penal e Processual, liderados pelo alemão Günther Jakobs, chegam ao absurdo ao afirmarem que os inimigos não merecem a incidência dos direitos e garantias fundamentais, pois, não são seres humanos. Esse discurso simplista está se irradiando pelo mundo afora, provocando polêmica e infelizmente ganhando adeptos.

No Estado brasileiro também podem ser notados traços da influência do Direito do Inimigo, principalmente em sua legislação e nas regras de execução penal; isso porque em face do descrédito da sociedade em relação ao modelo clássico de direito penal diante das novas formas de criminalidade, insurgiram-se novos discursos acerca da obsoleta proteção estatal, assim como exigindo maior efetividade e concisividade do poder punitivo do Estado.

Desta feita, o legislador penal, inflamado por esse discurso bastante difundido no Brasil – país com altas taxas de criminalidade associada à impunidade - iniciou uma adoção, ainda que incipiente, do Direito do Inimigo, imputando normas mais gravosas a situações antes já regulamentadas pela lei penal, assim como tipificando um sem-fim de outras condutas “reprováveis”. Exemplo claro é a Lei 9112/90, que trata dos Crimes Hediondos:

A Lei dos Crimes Hediondos é um dos grandes exemplos da presença do Direito Penal do inimigo na legislação penal brasileira, uma vez que trata determinados criminosos de maneira mais rigorosa, chegando ao ponto de retirar-lhes alguns dos direitos e garantias assegurados pela Constituição.¹

Analisando a Teoria do Direito do Inimigo, percebe-se sua incisiva influência em vários dos aspectos do direito e do sistema penal brasileiro contemporâneo, por isso a importância dessa prévia discussão. O que importa perceber, no entanto, é que seu rigorismo legislativo/punitivo afiado nem sempre se mostra como a solução mais adequada aos problemas jurídico-penais enfrentados por uma sociedade, fato que pode ser observado com clareza na realidade criminal brasileira.

2.2 Eficácia Jurídica das Normas Penais Brasileiras

Teleologicamente, eficácia é uma característica proveniente daquilo que é eficaz, que satisfaz os propósitos que se dispôs a cumprir. No âmbito jurídico, a eficácia de uma norma

¹ BINATO JÚNIOR, Otávio; RIBEIRO, Gabriela Sanchez; GOUVEIA NETO, Honorato Gomes de. Novos rumos do direito penal contemporâneo. *Revista Científica do Itpac*, Araguaína, n.1, p.1-21, 06 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.itpac.br/hotsite/revista/artigos/51/6.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2012.

de direito pode apresentar, em geral, duas facetas: a eficácia jurídica e a social, as quais são independentes entre si, mas, constantemente, confundidas.

Nesse sentido, nos ensinamentos do jurista Luis Roberto Barroso, uma norma implantada juridicamente vem a adquirir obrigatoriedade jurídica de cumprimento perante a sociedade – obrigatoriedade esta garantida por meio de quaisquer espécies legítimas de sanção ou coação por parte do poder estatal – é dotada do que se denomina eficácia jurídica *strictu sensu*. Já a vertente da eficácia social diz respeito, precipuamente, à aceitação social em se sujeitar ao cumprimento de determinada disposição legal estabelecida pelo Estado; questão esta que será posteriormente aprofundada.

Portanto, a ideia de eficácia jurídica em sentido restrito gira em torno principalmente da questão de produção, validade e vigência da norma jurídica: a validade se refere à sua adequação ao ordenamento jurídico em que se insere, tendo sido criada por processo legislativo idôneo; a vigência, por sua vez, é o poder concedido à lei de gerar obrigações, tendo força para impor seu cumprimento, gerando efeitos sobre a sociedade. Tal sentido restrito de “eficácia” vê-se englobado, por uma progressão lógica, pela eficácia *lato sensu* – aquela que conglomerava tanto o aspecto jurídico quanto o social da efetividade de cumprimento e aceitação das regras legais componentes de um ordenamento jurídico.

2.3 Aceitação Social e Pluralismo Jurídico no Brasil

Na perspectiva da segunda faceta da eficácia de normas jurídicas brasileiras, mormente aquelas componentes do Direito Penal, faz-se mister, de início, esclarecer seus fundamentos, características e exemplificar sua aplicação na realidade concreta da nossa sociedade.

Nesse sentido, tendo o Direito Penal como um de seus mais relevantes princípios regentes o Princípio da Legalidade, finda por apresentar como característica ínsita a ampla produção normativa – ao menos no Estado brasileiro – uma vez que a lei escrita é o mecanismo precípua e legítimo para realizar a tipificação de condutas e aplicar as consequentes sanções.

Entretanto, em face desse aspecto, é importante ressaltar que, por ser o direito penal um aparelho de conciso controle social, deve ele ser limitado, se restringir, precipuamente, à

proteção exclusiva dos bens jurídicos mais importantes para o convívio em sociedade – com base em outro de seus princípios-base, o Princípio da Mínima Intervenção².

O que se percebe atualmente é o constante embate entre esses dois princípios, bem como a latente contradição em relação à suposta função social à qual objetiva o direito penal e sua concreta atuação. Isso porque, comprova-se que um dos aspectos mais constantes do penalismo brasileiro é o inequívoco produtivismo legislativo exacerbado de normas incriminadoras, estendendo o já amplo direito penal brasileiro. Demonstrando esse feitio do legislativo no Brasil, em pesquisa apresentada por texto do penalista brasileiro Luiz Flávio Gomes³, tem-se que de 1940 a 2010 o legislador brasileiro aprovou 136 leis que promoveram a alteração do nosso sistema penal, sendo 104 mais gravosas, 13 mistas e apenas 19 de caráter mais benéfico do que as que vieram a suprimir.

Nesse ínterim, o que se observa no ambiente jurídico brasileiro é um inchaço desregrado do sistema penal, principalmente em sua vertente legislativa: se nota claramente a intensa produção de normas incriminadoras⁴, visando incentivar uma – diga-se de passagem, falsa – impressão de seguridade e estabilidade do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, do meio social. Deve-se destacar que devido ao supracitado Princípio da Legalidade e ao fato de ser a população a responsável por eleger e manter o poder legislativo do nosso país, chega-se, por vezes, ao errôneo consenso de que tudo aquilo que é legal é legítimo, é justo, é aceito pela sociedade, pois, foi produzido por ela – seus representantes – e para ela.

No entanto, essa realidade afeta, em grande medida, a eficácia social do direito penal brasileiro.

É perceptível que, apesar de se constituírem como regras penais de eficácia jurídica – *strictu sensu*, tendo em vista os conceitos aqui previamente estabelecidos – concretamente instituída (uma vez que são produzidas de forma idônea, entrando em vigência e estabelecendo obrigações jurídicas em relação ao meio social), a elaboração dessas novas regras surge como uma clara tentativa de fortalecer o sistema penal do nosso país; o que

² “Significa que o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (*prima ratio*) do legislador para compor conflitos existentes em sociedade e que, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes. Há outros ramos do Direito preparados a solucionar as desavenças e lides surgidas na comunidade, compondo-as sem maiores traumas. O direito penal é considerado a *ultima ratio*, isto é, a última cartada do sistema legislativo, quando se entende que outra solução não pode haver senão a criação de lei penal incriminadora, impondo sanção penal ao infrator.” (NUCCI, 2005, p. 45-46).

³ GOMES, Luiz Flávio. *Análise da produção legislativa criminal*. Disponível em: <<http://www.diariosp.com.br/blog/detalhe/13815/Analise+da+producao+legislativa+criminal>>. Acesso em: 30 out. 2012.

⁴ “Às normas penais incriminadoras é reservada a função de definir as infrações penais, proibindo ou impondo condutas, sob a ameaça de pena.” (GRECO, 2009, p. 21).

ocorre é, em grande parte, o inverso. Logo, ao apostar na construção de um direito penal “rigoroso” demais, deixando de lado a sua efetividade e eficácia precipuamente perante o meio social, o legislador brasileiro findou por dificultar a aplicação de uma grande fração das leis que produz, levando, por esse motivo, a torná-las quase que ineficazes na prática, transformando-as em meros símbolos de uma tentativa frustrada de impor um rigor excessivo ao direito penal brasileiro.

Algumas normas penais, desse modo, caem muitas vezes no vazio, diante da dificuldade de serem aplicadas à realidade prática, o que esvai, assim, seu significado. Há, então, uma perda de sua eficácia social – já que a norma não consegue tutelar de modo pleno o bem jurídico que lhe foi destinado, perdendo assim sua função social – de parte do direito penal, ocasionando um subsequente descrédito da população em relação ao cumprimento e à efetividade do penalismo brasileiro.

Tal falta de credibilidade apresentada pelo direito penal brasileiro reflete-se na insegurança jurídica e social, visto que o não cumprimento assíduo de normas gera a sensação de impunidade penal, uma situação incômoda, na qual se tem a ideia de uma sociedade sem lei. Tal fato incita na população a defesa fervorosa de uma, ainda maior, constrição do direito penal, acreditando na ideia do fortalecimento das leis punitivas em razão da proteção social. Em pesquisa apontada pelos criminalistas Carlos Magalhães e Evânio Moura (2010, p. 78), é claro o posicionamento de fração majoritária da população em relação não só ao endurecimento das normas penais, como também à redução dos direitos dos eventuais criminosos – resquício evidente do Direito Penal do Inimigo de Gunther Jakobs:

[...] tem-se de forma incoerente o entendimento para um terço da população de que “os direitos humanos deveriam ser só para pessoas direitas”; 43% dos pesquisados entendem que “bandido bom é bandido morto”; e 73% dos cidadãos inquiridos pela pesquisa se declaram ser favoráveis ao “endurecimento das condições [carcerárias em desfavor] dos presidiários”. Além disso, a maioria dos entrevistados é a favor da redução da maioridade penal (71%) e dá prisão perpétua (70%) [...].

Este comportamento se torna mais aparente, mormente, em períodos pós-crime chocante à sociedade, cujos acontecimentos tenham sido amplamente divulgados pela mídia. Os cidadãos passam a recriar o discurso de a única solução para o problema da impunidade no Brasil ser a criação de novas leis em detrimento dos direitos dos réus. Exemplo relevante deu-se com a comoção gerada pelo caso do garoto João Hélio, de 6 anos, que, em 2007, foi arrastado por um carro roubado por 3 menores de idade – a população exigiu a punição dos

acusados, mesmo sendo estes inimputáveis⁵ para o sistema penal brasileiro – e foi acesa, mais uma vez, o debate acerca da diminuição da maioria penal no Brasil.

Tal intensificação da atividade legislativa, incitada pelo clamor popular, não favoreceria positivamente o quadro brasileiro, visto que apenas incrementaria a construção de um Direito Penal Simbólico, amplamente ineficaz e improdutivo, embasado em uma pseudo-atuação estatal sob a figura de autoridades atentas aos problemas do sistema penal brasileiro, mas que, realmente, não apresentam respostas efetivas à solução de seus mais profundos problemas, encobrindo-os com uma falsa ilusão de segurança. Sobre o assunto, disserta Claus Roxin, afirmando ele que a expressão "direito penal simbólico" deve ser entendida como o conjunto de normas penais que tem sua elaboração derivada do clamor público, suscitado geralmente na ocorrência de crimes violentos de grande repercussão na mídia e que envolvem, normalmente, pessoas famosas no Brasil; a população, então, direciona a atenção para esses casos, específicos e escolhidos sob o critério exclusivo dos operadores da comunicação, os quais objetivam escamotear as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade e apresentam a criação de novos e mais rígidos tipos normativos penais como a única resposta para a criminalidade e falta de segurança na sociedade (ROXIN, 2000).

Portanto, o Brasil encontra-se em um ciclo vicioso concernente ao Direito Penal e sua funcionalidade: em face da produção excessiva de normas penais “vazias” de eficácia prática, a sociedade se vê em meio a um angustiante sentimento de impotência em relação aos criminosos, desejando, como forma de proteger-se efetivamente, que mais leis, cada vez mais rígidas sejam formuladas e postas em ação.

Assim, acerca desse cenário, o essencial seria, não o intento almejado por grandes parcelas da população, e sim a realização de uma varredura legislativa, avaliando normas que não se encontrem, materialmente, eficazes, e a implementação de políticas criminais eficazes para fazer valer as leis já vigentes. Sobre isso reiteram Carlos Magalhães e Evânio Moura (2010, p. 88):

Em verdade, existe um reducionismo evidente, segundo o qual se acredita que aumentando penas, sendo rigoroso no cumprimento das sanções penais, criando dificuldades para o detento, vai-se combater a criminalidade. Eis uma premissa equivocada que traz sérias consequências para o nosso povo.

Enfim, ensina-nos Javier Augusto de Luca, que o direito penal tem, hodiernamente, por objetivo mor, ao menos em teoria, o amparo, a proteção da dignidade humana, bem como

⁵ Código Penal, art.27: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.”.

de todos os valores humanos elementares em todos os seus aspectos, desde os momentos da formação até a aplicação das normas penais; no entanto, tal finalidade de grandiosa importância somente será atingida quando o penalismo se liberar desse positivismo exacerbado, vindo a se incorporar na ordem social como instrumento que permita ao homem sua plena realização individual e de suas potencialidades⁶.

Diante do que se expôs, surge não só no Brasil, mas também em diversos outros ordenamentos, um fenômeno jurídico-social que se fundamenta, imensamente, na questão da insatisfação popular com a inefetividade das ordens estatais: é o denominado Pluralismo Jurídico.

O pluralismo jurídico compreende um fenômeno social, cuja característica mais marcante é a multiplicidade de manifestações normativas em um mesmo território; essas manifestações convivem ao mesmo tempo, em um mesmo espaço, coexistindo. No entanto, nem todas elas são de ordem estatal. Regra geral, apenas uma delas é reconhecida pelo Estado, as demais tendendo a existir de forma paralela na sociedade, à revelia da ordem implantada estatalmente.

Normalmente, um ordenamento paralelo é criado por sujeitos sociais que, cotidianamente, sentem a sua dignidade atingida pelas injustiças cometidas intrinsecamente ao ordenamento jurídico cuja origem é estatal. Estes sujeitos se veem como vítimas da deficiência do processo participativo na sociedade. E mais: sentem-se reprimidos quanto à satisfação de suas necessidades mínimas.

A razão para a existência da pluralidade jurídica encontra-se, em plano menos superficial, na exclusão e na privação que os supramencionados sujeitos sociais sofrem. Tais sujeitos são também coletivos e populares e por isso, tornam-se capazes de criar e impor novos “direitos”, novas regras ao meio social em vivem. Ou seja, pode-se afirmar que tais outras manifestações normativas se fazem presentes em decorrência da ineficácia do atual ordenamento jurídico positivado.

Esta ineficácia se dá, em grande medida, em virtude da inaplicabilidade, ou, por vezes, da aplicabilidade a apenas certas camadas da sociedade das normas positivadas pelo Estado; quase sempre essa aplicabilidade se dá em detrimento das classes menos abastadas.

⁶ LUCA, Javier Augusto de. *Funcion de la dogmática en la administración de la justicia penal*. In: GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *A dogmática jurídico-penal em questão: possibilidades e limites do século XXI*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/portal_imagem/A__DOGMATICA_JURIDICO_PENAL_EM_QUESTAO.pdf>. Acesso em: 29 out. 2012.

Com isso, as necessidades e particularidades de uma grande massa populacional não são atendidas ou, sequer, conhecidas.

Para além dessa concepção, o advogado brasileiro Antônio Carlos Wolkmer (2001, p. 158) justifica o surgimento dos ordenamentos paralelos como o símbolo da busca, realizada por cada grupo social, pela satisfação das suas necessidades fundamentais. Estas necessidades se situam em mais de um plano, que seja, nos planos existencial, material e cultural. Wolkmer acredita ser a incompatibilidade dos valores de determinado grupo com os do ordenamento que os regula, uma das causas que visam o reconhecimento dos direitos não positivados das comunidades sociais em tela.

Costumeiramente, são nas sociedades marcadas pela dominação política, espoliação econômica e desigualdade social que mais surgem os ordenamentos paralelos. Isto porque são nessas esferas que existem, em maior dimensão, contradições e demandas por direitos; direitos esses relativos à liberdade, à segurança, à participação política, à democratização da vida comunitária, à subsistência e à melhoria nas condições de vida. Como as demandas não são acolhidas pelos órgãos legislativos, a solução que estas sociedades encontraram foi a criação de um novo sistema de normas que responda aos anseios da respectiva população.

De forma geral, os ordenamentos paralelos surgem nas localidades em que o Estado é ausente. Não é à toa que as diversas favelas existentes no Brasil apresentam, em seu interior, uma forma distinta daquela imposta por força estatal para resolver os seus problemas, organizar o seu próprio meio social e regular as suas relações. O mesmo acontece em presídios, em comunidades mais afastadas dos centros urbanos, em aglomerações de cultura distinta da nossa, mas que vivem no território brasileiro, dentre tantos outros exemplos.

Além disso, o pluralismo se faz necessário, atualmente, visto que as sociedades díspares exigem que sejam reguladas por um ordenamento díspar. Isto porque regular os diferentes com um ordenamento totalmente igual consiste em gritante injustiça. Deve-se levar em conta que apesar de as leis da classe dominante serem as únicas positivadas pelo Estado, elas não são as únicas existentes na totalidade do contexto social.

No âmbito do direito penal, é assaz comum o surgimento, principalmente em comunidades povoadas por classes menos favorecidas, de “ordens jurídicas” próprias, de normas alternativas às determinações impostas pelo Estado, que regulamentam, de maneira mais próxima, a realidade desses grupos sociais. É nessa perspectiva que se instauram verdadeiros núcleos alheios ao poder estatal em comunidades como as favelas, as quais tem líderes próprios que se valem de sua posição para se intitular dos três poderes estatais: são os

responsáveis pela criação de regras a serem cumpridas (legislativo), pela responsabilização e imposição de sanções (judiciário) e pela aplicação destas aos culpados (executivo).

É necessário, então, que, para evitar essa descentralização do poder estatal nas mãos de particulares, os quais instauram microrregimes legislativo a seu bel prazer, principalmente no que concerne às normas de punição penal, o Estado busque dar uma maior efetivação às suas próprias regras cogentes, de modo que a população sinta que estas serão justa, igualitária e concretamente aplicadas, não necessitando ela de uma nova esfera normativa que venha a atender seus interesses não só enquanto entidade social, mas também no âmbito de seus indivíduos.

2.4 Direito Penal *versus* Sistema Penal

Faz-se mister realizar uma distinção importante entre dois conceitos presentes no universo jurídico penal brasileiro: o direito e o sistema penal. São caracteres conexos do ordenamento penal que, não obstante sua indubitável vinculação e interdependência, merecem focos específicos em seus aspectos próprios, eis que são distintos entre si.

Em face da prévia descrição do que seria o direito penal, sintetizada será sua explanação: caracteriza-se como o conjunto de princípios e normas jurídicas que preveem condutas ilícitas e consequentes sanções para aqueles que as praticarem. Incluem-se nessa categoria não só as normas penais simples, mas também normas de caráter processual, normas reguladoras da aplicação e execução das sanções, leis de organização judiciária, dentre outras. É, em resumo, a vertente legislativa, ou principiológica e normativa, do penalismo brasileiro.

Por outro lado, explica Nilo Batista (2007, p. 25) – cientista do penalismo no Brasil – há o sistema penal, que de uma forma ou de outra, é corolário do direito penal, surgindo com o intuito de fazê-lo executar-se, fazê-lo cumprir-se efetivamente. É, pois, entrelaçado intimamente com o direito – como sistema normativo – como um todo, tendo, no entanto, características distintas.

Nesse viés, o grupo de instituições policiais, jurídicas e penitenciárias que se prestam ao papel de realizar o direito penal na sociedade, dá-se a denominação geral de sistema penal. Tem por finalidade precípua a garantia de uma ordem social justa e segura, operacionalizando os ditames legais, de modo a efetivar suas determinações no seio social.

Sendo, de fato, assaz relevante instrumento de regulação e controle social, o sistema penal, em todas as suas facetas, deve se encontrar em sintonia com os anseios sociais e com os

objetivos legislativos externados não só por meio das normas penais, mas também aquelas erigidas pela força da Lei Maior brasileira, a Constituição Federal.

O que se percebe, no entanto, é que esse “organismo” possuidor de tantas ramificações distintas, contradiz-se piamente em relação ao que se propõe a ser, com o que veio a se tornar na realidade do âmbito social brasileiro: de sistema supostamente igualitário, justo e comprometido com princípios essenciais à vivência humana digna, os microssistemas judiciário, policial e carcerário brasileiros, componentes do nosso decaído sistema penal, mostra-se falido em cada um desses aspectos: apresenta-se amplamente discriminatório, repressivo e estigmatizante, como aponta o penalista Nilo Batista em sua obra “Introdução Crítica ao Direito Penal brasileiro”.

É, portanto, de incomensurável importância não só focar nos aspectos formais e teóricos que envolvem e permeiam o estudo das normas e princípios de direito penal, mas, para se chegar ao cerne da problemática do penalismo brasileiro, é essencial que se faça uma análise principalmente de seus aspectos fáticos, concretos. Entra em cena, portanto, a dissecação e apreciação dos elementos que compõem o sistema penal brasileiro, a qual será feita a seguir.

3 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O sistema prisional tem a sua origem na Idade Média, mais especificamente no interior dos mosteiros. Isto porque os monges ou os clérigos, quando faltosos, sofriam a seguinte punição: isolar-se em suas celas para que pudessem reanalisar os seus comportamentos, com o intuito de arrependem-se pelas faltas cometidas. Foi inspirada nessa forma de punir que surgiu a primeira prisão, erguida em Londres entre 1550 e 1552, com o objetivo de recolher os criminosos. Tal edificação era, pois, a *House of Correction*.

O Brasil, seguindo os parâmetros históricos do século XVI - instaurados com a já mencionada *House of Correction*, que serviu como uma espécie de esboço para prisões atuais - adotou um sistema prisional, cujo intuito é o de recolher aqueles que cometeram infrações penais. O recolhimento dos transgressores, no entanto, está voltado à finalidade precípua de suprimir, quase que absolutamente, o direito à liberdade individual, cuja garantia encontra-se na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. O infrator deve, pois, ser eximido da capacidade de gozar desse direito, em razão de ter cometido alguma infração penal de

modo a prejudicar a sociedade. E é em face desse malefício causado ao meio social, bem como desse desrespeito às normas imperativas instauradas, que o Estado brasileiro admite que o supramencionado direito não seja resguardado, em absoluto, para tais transgressores.

Assim, para que o nosso Estado possa garantir essa retirada dos infratores do convívio social, ele faz uso de um conjunto de unidades de regime. Essas unidades voltam-se ao recolhimento de condenados que estejam em cumprimento de pena privativa de liberdade, pois esta é a única, entre as três tipologias de pena – restritiva de direitos, privativa de liberdade e multa –, que permite ao Estado suprimir o já referido direito à liberdade individual. Ademais, a pena privativa de liberdade pode ser desempenhada em três tipologias de regime: aberto, semi-aberto e fechado. É de acordo com a determinação do regime inicial de cumprimento da punição que os infratores são divididos nas unidades de regime, podendo, pois, estabelecerem-se na unidade de regime aberto, semi-aberto ou fechado. Desta feita, cabe elucidar cada um desses regimes.

O regime aberto é o mais brando entre os demais. Nele, o condenado está prestes a voltar ao convívio social absoluto. Por isso, pode sair do estabelecimento em que se encontra para trabalhar, frequentar algum curso, praticar alguma atividade autorizada, sem que haja a necessidade de vigilância. Durante a noite, ele deve, obrigatoriamente, voltar para ficar recolhido. A pena é, pois, cumprida em estabelecimento, cuja denominação é Casa do Albergado.

Já em se tratando do regime semi-aberto, é sabido que ele corresponde a um regime menos brando de cumprimento da pena. Isto porque o infrator não pode sair do local em que exerce a sua sanção, a não ser que seja para trabalhar ou frequentar algum curso. Contudo, para tanto, ele precisa receber autorização, que é baseada em seu comportamento ao longo do período em que está recluso. Ainda: ele pode trabalhar em comum com os demais condenados, desde que em período diurno. A pena deverá ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento semelhante.

Por fim, o regime fechado. Este é o mais severo dos regimes. O detento não poderá se ausentar da prisão e, ainda, deverá ficar isolado durante o repouso noturno. A ele é admitido o trabalho no período diurno. Tal tipologia de pena deve ser efetivada em penitenciárias, podendo, inclusive, ser cumprida em penitenciárias de segurança máxima.

3.1 Função Social da Pena

A função social da pena não é assunto pacífico nos debates intelectuais, levantando discussões não só no âmbito jurídico, como também no sociológico e no criminológico. Assim sendo, dentre as várias teorias a cerca da função social da punição, pode-se ressaltar três, tendo em vista o maior número de adeptos: teorias absolutas, teorias relativas e teorias mistas.

As teorias absolutas, também conhecidas como de retribuição ou retribucionistas, defendem que a sanção penal tem por função garantir a justiça. Neste diapasão, a pena seria uma retribuição jurídica ao agente infrator, pois, ao transgredir a lei, ele havia causado algum mal à sociedade, e com a punição, o mal gerado voltaria a ele. Segundos os defensores dessas teorias, apenas com essa “retribuição do mal” é que se alcança a igualdade, e esta, por sua vez, é a responsável por trazer à tona a justiça.

Vale salientar que para esse pensamento, o castigo é uma imposição ética, cuja função é anular o crime cometido. É preciso mencionar, ainda, que essas teorias dão diferentes enfoques para o ideal de retribuição: ora a retribuição detém caráter divino, ora moral, ora jurídico. Isto acontece em face de vários serem os adeptos a essas teorias. Por fim, cumpre lembrar que a pena aqui não vislumbra nenhum fim socialmente útil, a finalidade da sanção é algo independente do seu efeito social.

Por sua vez, as teorias relativas, também chamadas de utilitárias ou utilitaristas, entendem que a função social da pena é a prevenção. Assim, elas atribuem um caráter exclusivamente prático às sanções. Contudo, o critério da prevenção é dividido, havendo a prevenção geral e a especial. A prevenção geral também é bipartida, podendo ser negativa ou positiva. A negativa tem por intenção aplicar a pena para intimidar os demais, de forma a gerar a reflexão em todos. Assim, as demais pessoas, tomando como exemplo aquele que está preso, refletiriam antes de praticar qualquer infração às leis penais. Já a prevenção geral positiva tem por fito mostrar a necessidade de se respeitar determinados valores, bem como se respeitar o direito, para que assim se promova a integração social.

Como dito, a prevenção pode ser, ainda, especial. Esta também se subdivide, podendo ser negativa ou positiva. A negativa busca neutralizar o infrator, por meio do cárcere. Pois, uma vez preso, ele não poderá mais cometer novas infrações penais. Já a prevenção especial positiva tem por finalidade educar o infrator, a fim de que ele desista de cometer outras transgressões.

Por fim, existem as teorias mistas, denominadas, ainda, de ecléticas. Elas correspondem a uma união das duas teorias supramencionadas, quais sejam: absolutas e

relativas. Isto porque as teorias ecléticas calcam-se tanto no caráter retributivo da pena, como também no caráter preventivo dela, voltando-se contra outras possíveis infrações. Assim, as sanções devem retribuir o mal causado pelo agente infrator, resguardando, pois, o aspecto moral da punição.

Contudo, as sanções necessitam, ainda, prevenir que tanto o agente punido, quanto os demais que assistem a esse castigo, cometam novas transgressões. Por isso, a finalidade da prevenção deve estar associada, segundo essas teorias mistas, à educação e à correção. Desse modo, tem-se que as teorias ecléticas resguardam o fundamento tradicional da pena, mas entendem que a esse fundamento devem ser somadas outras medidas para que haja a punição efetiva dos infratores.

Em meio a essas teorias, cabe indicar a qual delas o Brasil se filiou. A partir da análise do art. 59 do Código Penal, tem-se que a codificação brasileira adotou as teorias mistas. Vejamos o *caput* do mencionado artigo: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, (...), estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para *reprovação e prevenção* do crime.” (grifo nosso).

Assim sendo, o sistema penal do Brasil detém o compromisso de estabelecer punições aos transgressores, levando em consideração o seguinte: a reprovação do mal produzido pela conduta do infrator, e a prevenção a outras infrações, buscando impedir que o indivíduo punido se torne reincidente, e que a sociedade, tendo por base o exemplo da punição do autor do crime, não cometa novas infrações.

No entanto, apesar de ser certa a elucidação de que o Brasil adota as teorias mistas, é preciso atentar para um fato: os sociólogos estão incorporando ao sistema penal brasileiro, de forma gradativa, porém incisiva, o ideal da ressocialização do transgressor. Com base nesse novo pensamento sobre as penas, valoriza-se o papel do Estado de, por meio de políticas incentivadoras, atuar como órgão de apoio ao condenado. Para tanto, o Estado deve prestar auxílio aos infratores no momento de sua volta ao meio social. Tal auxílio deve ter em vista a educação dos transgressores quando ainda se encontram em estabelecimento penal, para que no momento da reinserção na sociedade eles possam estar “recuperados”, tendo abandonado a vida criminosa.

Ademais, o apoio do governo também deve buscar garantir que, agora de volta ao seio social, os ex-condenados não sejam marginalizados. Por isso, o sistema punitivo brasileiro está incumbido da função não apenas jurídica de aplicar a pena ao agente infrator, como também da função social de ressocializá-lo.

3.2 A Problemática do Sistema Prisional

Com a adesão do Código Penal brasileiro às teorias mistas, os princípios da retribuição e da prevenção das penas devem ser resguardados. Que as penas retribuem o mal cometido pelo infrator, não há dúvidas. Contudo, as punições conseguem cumprir com o seu dever de prevenção? Ademais, é certo que o Brasil vem aderindo à teoria da ressocialização. No entanto, o sistema prisional vem aplicando as penas com o compromisso de ressocializar o condenado?

Apenas com a análise do caso concreto, quer seja dos índices e dos dados relacionados ao sistema prisional, é que esses questionamentos podem ser respondidos, uma vez que a teoria só se faz efetiva quando observada, claramente, na realidade social concreta brasileira.

Começamos, então, pelos índices de reincidência. Segundo dados anunciados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2010, cerca de 80% dos condenados à pena privativa de liberdade reincidem⁷. Ou seja, de cada 10 ex-condenados, 8 cometiam novos delitos quando da saída das penitenciárias. É importante ressaltar que esse percentual não é comprovado com segurança, pois há outras pesquisas, de mesma natureza, cujo percentual da população carcerária que volta a cometer transgressões, quando alcança a liberdade, chega aos incríveis 90%.

No que concerne ao crescimento da população carcerária temos que, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), entre 1995 e 2005, a população prisional brasileira saiu de pouco mais de 148 mil condenados para 361.402. Isto significa que no transcorrer de uma década, o Brasil apresentou crescimento de 143,91% no número de seus presos⁸.

No seminário *Justiça em Números*, realizado pelo coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (DMF) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o juiz Luciano Losekann, foi avaliado o crescimento da população carcerária nos

⁷ Dado disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21439/80-dos-condenados-a-pena-de-prisaosaoreincidentes#ixzz2AcsbvzbB>>. Acesso em: 28 de out. de 2012.

⁸ Números extraídos da página virtual da InfoPen, sistema de informações penitenciárias. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B364AC56A-DE92-4046-B46C-6B9CC447B586%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 28 de out. de 2012.

últimos cinco anos. Constatou-se que entre o ano de 2005 e 2010, o número de presos aumentou em 37%. Com isso, 133.196 pessoas foram inseridas nas penitenciárias brasileiras.

O Depen, ainda por meio de pesquisa intitulada “Sistema Penitenciário no Brasil – Dados Consolidados”, divulgou os números da população carcerária brasileira em 2008 e 2009. Em dezembro de 2008, a população prisional nacional era de 451.219 condenados. Após exato um ano, em dezembro de 2009, a população prisional nacional aumentou para 473.626 condenados. Isso indica que, no intervalo de um ano, 22.407 pessoas adentraram as penitenciárias brasileiras, o que significou um aumento de quase 5% do número de sancionados.

E mais: de acordo com a supramencionada pesquisa realizada pelo Depen, denominada “Sistema Penitenciário no Brasil – Dados Consolidados”, em dezembro de 2009, de cada 100 mil habitantes brasileiros, 247 eram presos.

A partir dos dados acima divulgados, o Brasil alcançou a terceira posição no *ranking* de países com a maior população carcerária do mundo, perdendo apenas para os Estados Unidos e para a China⁹. Diante dos dados expostos, é de fácil aceção que a função preventiva da pena não está sendo executada. As penalidades não estão sendo capazes de gerar reflexão tanto no condenado, quanto na sociedade, de forma a impedir que eles venham a cometer infrações. Ademais, com base nos números expostos, as sanções também não estão conseguindo cumprir com a função de mostrar à sociedade a importância de se respeitar a lei e os valores estabelecidos socialmente.

Além disso, os índices também nos mostram que o Estado não está sendo capaz de “neutralizar” os infratores. Isto porque quando eles alcançam a liberdade, voltam a cometer novas transgressões, ou seja, reincidem. É por essa mesma razão que se pode afirmar que as penas não estão educando os apenados, pois se estivessem, quando os ex-condenados voltassem ao convívio social, não mais incorreriam na vida criminosa. Assim, não há dúvidas de que o Estado brasileiro está diante de um problema: não há qualquer aplicação da função preventiva das penas.

Não nos olvidemos da análise da função ressocializadora das sanções. Ainda no interior dos estabelecimentos penais, os condenados devem ser preparados para o momento de sua volta ao meio social. Por isso, o Estado deve garantir que os presidiários tenham acesso ao trabalho e à educação, incluindo aqui os cursos profissionalizantes, no interior dos presídios. É preciso destacar que essas obrigações do governo brasileiro estão firmadas na Lei de

⁹ Informação prestada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/noticias/conteudo.php?not_id=13670>. Acesso em: 28 de out. de 2012.

Execução Penal (LEP). No art. 18 da referida lei há a seguinte disposição: “O ensino de primeiro grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da unidade federativa.” Ademais, no art. 28 da mesma lei tem-se: “O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.”

Contudo, pesquisa divulgada pelo site de notícias R7¹⁰ indicam que apenas 19% dos presos trabalham, e esse percentual cai quando se trata da educação: só 8% deles estudam. Certamente, há entre a enorme população carcerária brasileira aqueles que não detêm qualquer interesse por trabalhar ou estudar, contudo a razão para os baixíssimos índices de condenados voltados a essas ações decorre da omissão estatal.

Estudos realizados demonstram que a baixa qualidade do atendimento educacional no nosso sistema penitenciário advém de uma série de motivos. São eles: falta de profissionais de educação no interior dos estabelecimentos prisionais, ausência de projeto pedagógico e de infraestrutura, carência de material didático e de apoio ao plano educacional, descontinuidade, resistência dos agentes carcerários e das direções de unidades prisionais, desarticulação entre os organismos estatais, falta de planejamento e de políticas de estado, pequeno investimento financeiro na causa, entre tantos outros.

Da mesma forma, faltam os meios cruciais para proporcionar aos detentos a possibilidade de trabalho. Isto porque* o dever de garantir acesso ao trabalho encontra óbice na falta de interesse político dos governos estaduais, já que não dão a devida importância a tal dever, bem como não lhe destinam recursos necessários.

Tendo em vista as informações acima mencionadas, quando chega o momento de retornar ao meio social do qual foi retirado, o ex-detento é lançado de volta à sociedade totalmente desamparado; consequência, principalmente, de, ainda no interior das penitenciárias, o ex-condenado não ser suficientemente preparado para ser reinserido socialmente, seja porque não recebeu a devida assistência educacional, seja porque a ele foi negado o dever de aprender um ofício, de trabalhar.

Inevitavelmente, esse indivíduo que acabou de sair da penitenciária é marginalizado, vivendo, na maioria das vezes, sob o estigma de ex-presidiário. É por isso que se pode afirmar que a função ressocializadora da pena também não é cumprida pelo Estado brasileiro.

3.3 (In)Eficácia do Sistema Prisional

¹⁰ Informação divulgada pelo site R7 de Notícias. Disponível em: <http://noticias.r7.com/brasil/noticias/lei-permite-mas-so-19-dos-presos-trabalham-no-brasil-20110816.html>. Acesso em: 30 de out. de 2012.

Diante de tudo o que foi exposto, ficou comprovado que o Estado brasileiro descumpre, no momento da aplicação das sanções, o seu dever de concretizar a função social das penas. Vê-se, que as penalidades impostas pelo sistema penitenciário não seguem os preceitos da prevenção e da ressocialização dos ex-condenados. Vale salientar que tais preceitos estão instaurados e consagrados pelo próprio Estado, tanto no Código Penal, quanto na Lei de Execução Penal (LEP).

Com a violação à função preventiva da pena, o aparelho prisional brasileiro se torna ineficaz. A razão para tanto é que a sanção não consegue impedir que o condenado seja reincidente, e, muito menos, consegue prestar a função de conscientizar a população com base na pena imposta ao agente transgressor. Contudo, este não é o único fundamento. É sabido, também, que a punição imposta não é capaz de neutralizar o condenado, pois inúmeros são os detentos que comandam crimes realizados no âmbito externo às penitenciárias. Assim, não há que se falar em neutralização, pois o agente punido, vivendo sob a égide do sistema prisional, continua a transgredir as leis.

Vale ressaltar que as transgressões também ocorrem com a concretização de crimes no âmbito interno das prisões, como as violências praticadas contra colegas de cela, agentes carcerários, sem contar, ainda, com os homicídios cometidos lá dentro. Por essas razões, a face educativa da função de prevenir também não é respeitada. Pois se o agente condenado continua a insurgir no mundo do crime, ele, obviamente, não foi educado no sentido de deixar de praticar condutas ilícitas.

Já com a violação à função ressocializadora da pena, os condenados cumprem o seu respectivo tempo de reclusão na ociosidade, pois a eles foi negado o direito de trabalhar ou de estudar enquanto estão reclusos. A consequência dessa violação é o fato de que os condenados, em momento posterior, quando libertados, não conseguiram voltar ao convívio social. Eles, na maior parte dos casos, são “devolvidos” à sociedade.

Não contando com qualquer amparo do Estado, os ex-condenados voltam sem qualquer aprimoramento psicológico para a nova realidade que os aguardam. E, uma vez retornando a essa realidade, passam a viver sob o estigma de ex-presidiários, o que contribui enormemente para a marginalização e discriminação desses indivíduos. É sabido que em alguns casos, por não conseguirem encontrar espaço para viver dentro da sociedade, aos expunidos só resta uma solução: voltar ao mundo do crime.

Assim sendo, fica provada a, talvez completa, ineficácia do sistema prisional brasileiro. Calcado em três pilares: retribuição, prevenção e ressocialização, tal sistema só

consegue manter o pilar da retribuição. Contudo, ele sozinho não é suficiente para cumprir com a função da pena, que é punir o indivíduo, de forma que a ele seja retribuído todo o mal que causou à sociedade, ao mesmo tempo em que garante a prevenção. Ou seja, garante que esse agente não mais irá incorrer no mundo criminoso. Fazendo, ainda, com que este mesmo indivíduo seja preparado para retornar à sociedade, o que ocorre por meio da ressocialização.

4 CONCLUSÃO

Ainda que expressado adesão às teorias mistas, ou ecléticas, o sistema prisional brasileiro não cumpre com os fins a que essas teorias se dedicam. E mais: não cumpre com a teoria da ressocialização, cuja inserção foi dada pelos sociólogos e, cuja atuação advém da Lei de Execução Penal (LEP).

Baseado em propósitos bem consistentes, que representam a base do sistema prisional brasileiro, quais sejam: a retribuição, a prevenção e a ressocialização, tal sistema não consegue colocá-los no plano prático. A incapacidade para tanto detém grande razão de ser na inércia do Estado. Os dados aqui apresentados provam, por si só, que falta investimento e apoio por parte do governo, e que isso acaba por tipificar um descumprimento dos preceitos legais que regulam a aplicação da pena.

Assim sendo, as punições impostas aos condenados se tornam, conseqüentemente, ineficazes para fazer sucumbir as transgressões. Portanto, pode-se inferir que a ineficácia, já comprovada, do sistema prisional dá-se pela falta de respeito ao plano teórico deste mesmo sistema.

Desse modo, a ineficácia do sistema prisional é uma realidade. Contudo, a grande solução para torná-lo eficaz é, tão somente, respeitar às teorias a que o Brasil se filia, que são as mistas e a teoria da ressocialização. Ademais, também é crucial o respeito às codificações penais, que, inclusive, consagram as já mencionadas teorias.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damaceno. **A Realidade Atual do Sistema Penitenciário Brasileiro.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero39/artigo09.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2012.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BELINA FILHO, Inácio. **Considerações sobre o Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/33224/public/33224-42184-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2012.

DAMÁZIO, Daiane da Silva. **O Sistema Prisional no Brasil: problemas e desafio para o serviço social**. Disponível em: <<http://tcc.bu.ufsc.br/Geografia283197.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2012.

GOMES, Luis Flávio; BUNDUKY, Mariana Cury. **80% dos Condenados a pena de prisão são reincidentes**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21439/80-dos-condenados-a-pena-de-prisao-sao-reincidentes#ixzz2At3Ba1oN>>. Acesso em: 28 de out. de 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 11. ed. Niterói: Editora Impetus, 2009.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **A Dogmática Jurídico-penal em Questão: Possibilidades e limites no século XXI**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/portal_imagem/A__DOGMATICA_JURIDICO_PENAL_EM_QUE_STAO.pdf>. Acesso em: 25 out. 2012.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MAGALHÃES, Carlos Antônio de; MOURA, Evânio. DIREITOS HUMANOS, PENA DE MORTE E SISTEMA PRISIONAL. In: VENTURI, Gustavo et al. **Direitos Humanos: percepção da opinião pública: análise de pesquisa nacional**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010. p. 77-92.

MARQUES, José Frederico. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1954. V.1, 2 e 3.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. 25 ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

BRAZILIAN PENAL SYSTEM: JURIDICAL AND SOCIAL EFICACY IN CONTEMPORARY SOCIETY

ABSTRACT

This article intends to do a juridical and social analysis of some problems present on the reality of brazilian's penal system, in a contemporary society, approaching certain aspects and characteristics concerning the Penal Law and brazilian's prison system. Also, it'll be pointed out the social efficacy of these two instruments of social control, especially their acceptance in brazilian's society.

Keywords: Penal System. Social problems. Juridical and social efficacy. Juridical pluralism.