



2024

LORENN ARAÚJO

A (IN)EFICIÊNCIA DA **PENA PRISIONAL**

UMA ANÁLISE DAS FUNÇÕES DA PENA CRIMINAL
SOB A PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA



EDITORA
CEI

2. PRISÃO E PENA CRIMINAL

Inicialmente, faz-se importante rememorar conceitos trazidos pela doutrina tradicional no que se refere às penas criminais, visitando também as características daquelas que, hodiernamente, estão estampadas em nossos códigos como sendo suas modalidades. Não menos importante é a análise das circunstâncias em que se desenvolveu a pena criminal ao longo da história, suas rupturas e mudanças paradigmáticas até moldar o sistema penal como o conhecemos.

Por tais razões, neste primeiro capítulo, faremos uma abordagem inicial sobre a prisão e a pena criminal, quando falaremos, em primeiro lugar, sobre os aspectos existenciais e conceituais da pena. Em seguida, iremos percorrer as generalidades das penas privativas de liberdade, das penas restritivas de direito e da pena de multa, destacando os principais pontos em cada uma delas, com atenção especial à primeira, pena criminal por excelência, e que se materializa nas instituições prisionais.

Em seguida, faremos uma breve análise acerca da transformação da pena criminal ao longo do tempo, levando em consideração, principalmente, a literatura de Michel Foucault, nos debruçando, enfim, no sistema penal, nos processos de criminalização e no exercício do poder de punir nas sociedades.

Tal abordagem será fundamental para que, nos capítulos seguintes, possamos discutir as funções manifestas da pena em suas principais vertentes, isto é, aquelas formalmente postas pela doutrina tradicional como justificativas da pena prisional.

2.1 O que é a pena: considerações iniciais

A perspectiva tradicional da pena costuma conceituá-la como sendo a consequência jurídica de uma lesão ou de uma ameaça de lesão a um bem jurídico protegido pelo direito penal, de modo que este direito penal se realiza através da pena. Nesse sentido, Masson¹ apresenta a pena como

1 MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. vol. 1. 14. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2020, p. 459.

sendo a primeira de duas vias punitivas que o Estado dá como resposta aos violadores de suas regras, colocando-a em paralelo às medidas de segurança, que seriam a segunda via.

Para ele, a pena é a reação que a comunidade apresenta a um fato que viola suas estruturas fundamentais, o qual é definido como crime. Diz o autor:

Como reação contra o crime, isto é, contra uma grave transgressão das normas de convivência, ela (a pena) aparece com os primeiros agregados humanos. Violenta e impulsiva nos primeiros tempos, exprimindo o sentimento natural de vingança do ofendido ou a revolta de toda a comunidade social, ela vai se disciplinando com o progresso das relações humanas, abandonando os seus apoios extrajurídicos e tomando o sentido de uma instituição de Direito posta nas mãos do poder público para a manutenção da ordem e segurança social.²

Masson ressalta que, suprimindo determinados bens jurídicos do condenado, a pena visa castigá-lo, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, conseqüentemente, intimidar a sociedade quanto à prática de novos crimes ou contravenções penais:

[...] Pena é espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, **com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais.**³ (grifos nossos)

Já Bitencourt destaca que o Estado utiliza do direito penal e da pena para facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade, a fim de proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos, assim considerados em uma organização socioeconômica específica.⁴

2 MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. vol. 1. 14. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2020, p. 459.

3 MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. vol. 1. 14. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2020, p. 460.

4 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Coleção Tratado de direito penal: parte geral**. vol. 1. 26. ed. rev. e atual. São

Em uma linha mais crítica, o autor não ignora que os conceitos de pena e de direito penal estão essencialmente relacionados ao desenvolvimento do Estado no qual essa pena e esse direito penal se sustentam. Por isso, assevera que Estado, pena e culpabilidade formam conceitos dinâmicos e interrelacionados, a ponto de que a uma determinada teoria de Estado corresponde uma teoria da pena, e com base na função e finalidade que seja atribuída a ela, é possível deduzir um específico conceito dogmático de culpabilidade.⁵

Numa análise mais incisiva, Nilo Batista também faz essa observação. Inicialmente, o autor preceitua que o direito penal corresponde a um conjunto de normas jurídicas que preveem os crimes e lhes comina sanções, além de disciplinar a incidência e validade de tais normas, a estrutura geral do crime e a aplicação e execução das penas cominadas⁶.

Mais adiante, Nilo Batista vai asseverar que o desenvolvimento do Estado está intimamente ligado ao da pena, de modo que sua melhor compreensão enseja uma análise que leve em consideração o modelo socioeconômico e a forma de estado em que se desenvolve o sistema sancionador. Por isso ele diz que o direito penal nasce para “cumprir funções concretas *dentro de e para uma sociedade* que concretamente se organizou de *determinada maneira*”⁷ (grifos do autor).

No mais, certo é que as concepções de direito penal e de pena estão intimamente ligadas aos efeitos que devem produzir tanto sobre o indivíduo, que é objeto da persecução estatal, como sobre a sociedade na qual ele está inserido⁸.

Hoje, a resposta máxima do Direito Penal à violação de um bem jurídico não é a reparação do dano causado, mas a supressão de outro

Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 305-306.

5 BITENCOURT, Cezar Roberto. Coleção **Tratado de direito penal: parte geral**. vol. 1. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 305-306.

6 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 24-25.

7 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 19.

8 BITENCOURT, Cezar Roberto. Coleção **Tratado de direito penal: parte geral**. vol. 1. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 306-307.

bem jurídico, agora do autor, que primeiro incorreu em uma violação: a liberdade.

Não existe direito penal sem pena. A pena criminal é a razão de existir do direito penal e sua máxima consequência. E é assim que, como veremos, ela atravessou diversas transformações e rupturas ao longo de sua existência, até encontrar na pena prisional a forma de punir por excelência.

2.2 As penas de acordo com o Código Penal Brasileiro

Pelo ordenamento que nos rege, o bem jurídico de que o condenado pode ser privado ou ter restringido em resposta à prática de um fato definido como crime varia, podendo recair sobre sua liberdade, seu patrimônio ou qualquer outro direito, em conformidade com a legislação vigente. Assim, temos as penas privativas de liberdade, as penas restritivas de direito e as penas de multa como resposta à prática de infrações penais.

2.2.1 Pena privativa de liberdade

A pena privativa de liberdade é a pena criminal por excelência. Retira do condenado seu direito de locomoção ao submetê-lo à prisão, por tempo determinado, sendo vedada sua privação perpétua, à luz do art. 5º, XLVII, “b”, da Constituição Federal.⁹

A reforma penal brasileira de 1984 adotou “penas privativas de liberdade” como gênero, e manteve a reclusão e a detenção como espécies. O legislador atribuiu aos crimes mais graves a punição com pena de reclusão, reservando a detenção para os delitos de menor gravidade. Disso decorre a diferença mais marcante entre essas duas modalidades: a pena de reclusão pode iniciar o seu cumprimento em regime fechado, o mais rigoroso de nosso sistema penal, enquanto a de detenção só permite

9 Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

o início de seu cumprimento nos regimes semiaberto ou aberto. Desse modo, somente o cumprimento insatisfatório da pena de detenção poderá levá-la ao regime fechado, através da regressão.¹⁰

Para Masson, a aplicação da pena privativa de liberdade é “ato discricionário juridicamente vinculado”, uma vez que o magistrado, apesar de adstrito aos parâmetros que a lei estabelece, pode, dentro deles, fazer suas opções até chegar a uma aplicação “justa” da pena. É o que se denomina “teoria das margens”, isto é, dos limites mínimo e máximo que circundam a dosimetria da pena.¹¹

Quanto aos regimes de cumprimento, estes são determinados fundamentalmente pela espécie, quantidade da pena e pela reincidência, aliadas ao mérito do condenado, tudo caracterizando um sistema progressivo¹². Assim, quando a natureza e a quantidade da pena aplicada ou a reincidência não são suficientes para determinar a obrigatoriedade de certo regime, então os elementos do art. 59 do CP¹³ serão responsáveis por subsidiá-los.

O regime fechado de cumprimento da pena deve ser executado em estabelecimento de segurança máxima ou média; o semiaberto, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e, finalmente, o regime aberto será cumprido em casa de albergado ou em estabelecimento adequado. Além deles, a Lei n. 10.792/2003 instituiu o regime disciplinar diferenciado, caracterizado substancialmente pelo isolamento do acusado, o qual pode ter duração máxima de 360 dias, sendo possível sua repetição, desde que não ultrapasse um sexto da pena.

No regime fechado, o condenado cumpre a pena em penitenciária, onde está obrigado ao trabalho em comum dentro do estabelecimento, na conformidade de suas aptidões ou ocupações anteriores, desde

10 BITENCOURT, Cezar Roberto. Coleção **Tratado de direito penal: parte geral**. vol. 1. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1362.

11 MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. vol. 1. 14. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2020, p. 567.

12 BITENCOURT, Cezar Roberto. Coleção **Tratado de direito penal: parte geral**. vol. 1. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1.364.

13 Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...]

que compatíveis com a execução da pena. Já no regime semiaberto, o condenado terá direito a frequentar cursos profissionalizantes, de instrução de 2º grau ou superior, o que pode vir a servir para a remição da pena e para a progressão de regimes. Estará sujeito ao trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou em estabelecimento similar. Por sua vez, no regime aberto, o condenado só deve permanecer recolhido (em casa de albergado ou em estabelecimento adequado) durante o repouso noturno e nos dias de folga, devendo trabalhar, frequentar cursos ou exercer outra atividade autorizada fora do estabelecimento e sem vigilância.¹⁴

Por fim, o critério trifásico de aplicação da pena sustenta sua dosimetria em três etapas. Na primeira, o juiz sentenciante fixa a pena-base, com o apoio nas circunstâncias judiciais elencadas pelo art. 59 do CP. Em seguida, aplica as atenuantes e agravantes genéricas, previstas pelos arts. 61, 62 e 65 do mesmo diploma, seguido, por fim, na terceira fase, da aplicação das causas de aumento e diminuição de pena.

2.2.2 Penas restritivas de direitos

As penas restritivas de direito limitam um ou mais direitos do condenado, em substituição à pena privativa de liberdade. São também chamadas de “penas alternativas”, já que têm o propósito de evitar a desnecessária imposição da pena privativa de liberdade quando diante das situações legalmente estabelecidas, afetas a infrações penais de reduzida gravidade¹⁵. Em rol exaustivo, o art. 43 do Código Penal é responsável por estabelecê-la, de maneira geral:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

- I - prestação pecuniária;
- II - perda de bens e valores;
- III - (vetado)

14 BITENCOURT, Cezar Roberto. Coleção **Tratado de direito penal: parte geral**. vol. 1. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1.374.

15 MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. vol. 1. 14 ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2020, p. 617.

- IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- V - interdição temporária de direitos;
- VI - limitação de fim de semana.

Para Bitencourt¹⁶, a denominação “penas restritivas de direitos” não é a mais adequada, uma vez que somente uma das acima elencadas refere-se especificamente à “restrição de direitos”. No caso, a prestação pecuniária e a perda de bens e valores gozam de natureza pecuniária, enquanto a prestação de serviços à comunidade e a limitação de fim de semana referem-se mais especificamente à restrição da liberdade do apenado. Diz ele:

Teria sido mais feliz a classificação geral das penas em: privativas de liberdade (reclusão e detenção); restritivas de liberdade (prisão domiciliar, limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade); restritivas de direitos (compreendendo somente as efetivas interdições ou proibições) e pecuniárias (multa, prestações pecuniárias e perda de bens e valores.¹⁷

As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade no momento de sua aplicação pelo juiz sentenciante, sendo necessária prévia determinação da quantidade de pena imposta. Se esta não for superior a quatro anos e o crime houver sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, ou se o delito for culposo, o juiz, imediatamente, deverá considerar a possibilidade de substituição. Na ocasião, também serão considerados a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como as circunstâncias do caso concreto, que deverão indicar ser esta uma substituição adequada.

A aplicação das penas restritivas de direito, portanto, resulta de um procedimento judicial de substituição, uma vez que o juiz sentenciante, depois de aplicar a pena privativa de liberdade, efetua sua substituição

16 BITENCOURT, Cezar Roberto. Coleção **Tratado de direito penal: parte geral**. vol. 1. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1.469.

17 BITENCOURT, Cezar Roberto. Coleção **Tratado de direito penal: parte geral**. vol. 1. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1.469.

por uma ou duas restritivas de direitos. Isso ocorre porque os tipos penais não possuem no preceito secundário a previsão direta de penas restritivas de direitos, as quais vêm definidas na Parte Geral do Código Penal¹⁸. É o protagonismo da pena privativa de liberdade.

Para fazer jus à aplicação das penas restritivas de direito, é preciso, ainda, que o réu não seja reincidente em crime doloso. Tal requisito, entretanto, é mitigado no §3º do art. 44 do CP¹⁹, que traz a possibilidade de o juiz aplicar a substituição mesmo diante de condenado reincidente, desde que a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

Cumpridos os requisitos, na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direito.

2.2.3 Pena de Multa

Já a pena de multa incide sobre o patrimônio do condenado. Trata-se da diminuição das riquezas do indivíduo, aplicada por lei como castigo de um delito²⁰, podendo surgir como pena comum (principal), isolada, cumulada ou alternadamente; e como pena substitutiva da privativa de liberdade, tanto sozinha, como em conjunto com a pena restritiva de direitos, independentemente de cominação na Parte Especial.²¹

Masson a define como sendo “espécie de sanção penal, de cunho patrimonial, consistente no pagamento de determinado valor em dinheiro em favor do Fundo Penitenciário”, a ela devendo ser aplicados os princípios da reserva legal e da anterioridade. Ainda segundo o autor,

18 MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. vol. 1. 14. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2020, p. 619.

19 Art. 44. [...] §3º. Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

20 CARRARA, 1979, p. 129 *apud* BITENCOURT, 2020, p. 1.706.

21 BITENCOURT, Cezar Roberto. Coleção **Tratado de direito penal: parte geral**. vol. 1. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1.713.

o Fundo Penitenciário Nacional é instituído no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública e gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar a “modernização e aprimoramento” do sistema penitenciário Nacional.²²

Diferente do que acontece na pena privativa de liberdade, o legislador brasileiro adotou um sistema bifásico para cominação da pena de multa: trata-se do sistema dias-multa, o qual trabalha em duas etapas, a saber, a fixação do número de dias-multa e a fixação do valor de cada dia-multa.

Na primeira etapa, levando-se em consideração a gravidade da infração praticada, fixa-se de 10 (dez) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. Na segunda etapa, considerando-se a capacidade econômica da pessoa que praticou o crime, fixa-se o valor de cada dia multa, os quais não pode ser inferior a um trigésimo do maior salário-mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.²³

Atualmente, a multa não paga é considerada dívida de valor, devendo ser aplicadas as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública. O não pagamento da multa, portanto, não culmina em pena privativa de liberdade.

2.3 A transformação da pena criminal

Para que possamos avançar, é preciso compreender as diversas transformações que acompanharam a história da pena e do nascimento da prisão como pena criminal, fazendo-se necessário percorrer tal trajetória desde a era dos suplícios, que marcam o tempo dos castigos físicos. Era a dor do corpo que constituía as penas.

22 MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. Vol. 1. 14. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2020, p. 643.

23 Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. §1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário-mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.