

UM OLHAR CRÍTICO À PENA DE PRISÃO: A MINIMALIZAÇÃO DO CÁRCERE COMO USO ALTERNATIVO DO DIREITO

Naiane Leviz da Silva Carlos

Acadêmica do Curso de Direito da UNIVEL-Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel
e-mail: leviznaia@gmail.com

Alessandro Severino Valler Zenni

Pós-doutor em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Professor do Curso de Direito da UNIVEL-Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel

Recebido em: 12/05/2017

Aprovado em: 23/06/2017

RESUMO

O principal objetivo do Uso Alternativo do Direito na justiça é a luta para existir uma sociedade mais fraterna, equilibrada e igualitária e, assim, interpretar a lei de forma a buscar atender a todos, principalmente os menos favorecidos, de modo que se trate o igual como igual, e o desigual na medida de suas desigualdades. Isso porque, a exasperação da aplicação da pena de prisão, nos dias de hoje, bem como a sua utilização de forma inconsciente, não busca engajar socialmente os “monstros” penalizados, ao contrário, abunda danos aos encarcerados que sofrem durante o processo penal, e também no momento da aplicação e execução da pena. Este é o centro nevrálgico do problema enfrentado com a justificação das penas. Por esta razão, se recorre ao Uso Alternativo do Direito com vistas à construção de premissas e respostas que possam consolidar valores os constitucionais, máxime a dignidade da pessoa humana, uma vez que no cotidiano a pena de prisão ainda é discutida como resposta para estagnar a violência na sociedade.

Palavras-chave: Minimalismo Penal. Uso Alternativo do Direito. Exasperação das Penas Privativas de Liberdade.

A CRITICAL VIEW TO PRISON PENALTY: THE PRISON MINIMALIZATION AS AN ALTERNATIVE USE OF THE LAW

ABSTRACT

The main purpose of the Alternative Use of Law in justice is the struggle to become a more fraternal, balanced and equal society, and thus interpret the law in order aid everyone in need, especially the least favored ones, so that those who are equal be treated equally, and those who are unequal be treated unequally to the extent of their inequalities. This is because the

exasperation of the application of prison penalties these days as well as their use in an unconscious way, does not intend to socially engage the penalized "monsters", instead it causes damage to prisoners who suffer during the criminal prosecution, and also at the application and enforcement of the sentence, which is the nerve center of the problem caused by the justification of penalties. Hence, the Alternative Use of Law comes as aid with a view to building premises and answers that can consolidate the constitutional values, mainly the human dignity, as in everyday life the prison penalty is yet being discussed as the answer to keep steady levels of violence in society.

Keywords: Criminal minimalism. Alternative use of Law. Exasperation of prison penalties.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa cingir-se-á a analisar com um olhar crítico a pena de prisão como resposta ao delito, na contramão de um direito justo, nos dias atuais, em âmbito nacional, considerando tais razões de forma clara e objetiva, bem como adotando uma postura que venha a facilitar o entendimento da ciência penal de caráter alternativo, lutando para que este seja efetivamente aplicado pelos operadores do direito.

É estrita a ligação entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os direitos e garantias fundamentais, tendo como resultado numa aplicação de pena equilibrada e o mais justa possível ao fato concreto. Assim, há também a aplicação de um direito mais justo, pois a sociedade, em uma visão geral, é responsável pelos indivíduos que estão no cárcere e pela situação degradante em que se encontram. Nessas condições desumanas, não há que se falar em pena de prisão como solução para a violência na sociedade. Por isso, os magistrados devem se atentar ao sentir os fatos que os circundam para procederem a uma equilibrada aplicação da lei.

A partir disso, buscar-se-á encontrar uma forma para estabelecer o equilíbrio necessário à realidade carcerária brasileira, que denuncia o desrespeito de diversas garantias constitucionais, sendo maquiada por uma legalidade formal e, muitas vezes, defendida pelos meios de comunicação, que propalam sintomaticamente o cárcere como solução ao equilíbrio sistêmico, velando uma forma de controle e segregação social.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Traz-se à baila a importância dos princípios constitucionais no exercício do poder punitivo do Estado, mais especificamente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que é

um dos pilares do sistema jurídico em vigor. Este princípio é encontrado na Constituição Federal brasileira, datada de 1988, a qual preceituou no art. 1º, inciso III, que: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, Constituição, 1988, grifo nosso).

A Dignidade da Pessoa Humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e seu significado abrange muito mais do que apenas as restritas palavras, relacionando-se a uma diversidade de valores existentes na sociedade. Dessa forma, seu conceito deve ser interpretado de acordo com o lugar onde se vive e adequado à modernização do secularismo, ou seja, com as tendências da modernidade, o conceito de Dignidade da Pessoa Humana deve ser adequado às necessidades de cada ser humano. Isso porque se trata de um valor espiritual e moral inerente à pessoa, de tal modo que todo ser humano é dotado dele.

Corroborando com esse pensamento acerca de tal princípio, o filósofo Kant (2004), em sua obra "Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos", sustenta que o homem não deveria ser um meio, mas um fim em si mesmo.

O homem, e em geral todo ser racional, existe como fim em si, não apenas como meio (objeto), do qual esta ou aquela vontade possa dispor a seu talento; mas, em todos os seus atos, tanto nos que se referem a ele próprio, como nos que se referem a outros seres racionais, ele deve sempre ser considerado ao mesmo tempo como fim. (KANT, 2004, p. 58).

Assim, tal princípio basilar é caracterizado por uma qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano. Isso é o que torna esse princípio merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade em geral. Desse modo, a Dignidade da Pessoa Humana é aplicada a um conglomerado de direitos e deveres fundamentais que asseguram à pessoa o não tratamento desumano ou qualquer outro ato de cunho degradante, correspondendo, assim, aos direitos que venham a assegurar uma vida digna (SARLET, 2010).

Nesse contexto, torna-se indispensável observar as ações praticadas pelo Estado na hora de punir. Percebe-se que o Estado, na ação de punir os cidadãos desordeiros, os negligencia, com isso, causa um dos cenários mais desoladores do moderno Estado brasileiro, ao projetar sujeitos aos ergástulos do século XXI, cujo cariz é ambivalente e, a um só tempo, concorrente, no sentido de castigar e ressocializar os indivíduos.

3 AS TEORIAS DA PENA

Ao se analisar a finalidade da pena, levam-se em consideração três grandes teorias que se construíram ao longo da história e que são as mais relevantes, são elas: Absoluta ou Retributiva; Relativa ou Preventiva; e Mista, Unificadora ou Eclética. Assim, com vistas a aprofundar a presente pesquisa, cada uma dessas teorias da pena será a seguir explanada.

Na parte final desse capítulo, discorrer-se-á mais objetivamente sobre qual dessas três teorias é a adotada pelo ordenamento jurídico pátrio na aplicação do Direito Penal, visto que ele é caracterizado pela pena.

3.1 A Teoria Absoluta ou Retributiva

Essa teoria sustenta que a pena encontra um fim em si mesma, ou seja, ela por si só se justifica, sem que possa ser considerada como um meio para fins ulteriores. Entende-se ser a pena uma retribuição ao criminoso pela conduta ilícita realizada, e assim o penalizado entende que desrespeitou a norma jurídica e que sofrerá por isso (ZAFFARONI, 1999).

Definitivamente, esta não é uma forma de ressocializar o penalizado, tampouco reparar o dano por ele causado, mais sim de lhe imputar um prejuízo pelo delito que cometeu, ou seja, a finalidade é retribuir com punição o sujeito que causou o dano (KANT apud BITENCOURT, 2004). Essa teoria é sustentada por Kant e Hegel, e na atualidade não possui adeptos.

Para o ilustre Silva:

[Na] teoria Absoluta ou Retributiva, a pena apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. A pena não tem outro propósito que não seja o de recompensar o mal com outro mal. Logo, objetivamente analisada, a pena na verdade não tem finalidade. É um fim em si mesmo. (SILVA, 2002, p. 35).

Vale dizer que essa teoria tem como fundamento seu caráter de retribuir a pessoa por meio de sanção penal pelo delito por ela cometido, ou seja, pune-se o indivíduo por ele ter cometido o crime, pois é um imperativo categórico, segundo Kant (apud BITENCOURT, 2004), considerado como uma consequência do delito. Assim, com essa retribuição o indivíduo sofreria por ter causado sofrimento a alguém, a pena é, então, entendida como um castigo para ajustar sua moral padecida.

3.2 A Teoria Relativa ou Preventiva

A Teoria Relativa ou Preventiva tem por objetivo a prevenção de novos delitos, ou seja, entende a pena como um meio para obstruir a prática de novas condutas criminosas. Assim, a pena é uma forma de manter o equilíbrio do sistema social, bem como conter os ânimos da sociedade mediante a punição do criminoso, de modo que antes que ele possa cometer novos crimes, já estará encarcerado, o que dificulta a realização das condutas delituosas. De acordo com Bitencourt (2004, p. 81), “Se refere como primordial esta prevenção, para as teorias preventivas, essa necessidade da pena não se baseia na ideia de realizar justiça, mas na função de inibir, tanto quanto possível, a prática de novos fatos delitivos”.

Essa teoria se subdivide em prevenção geral e prevenção especial. A primeira foi sustentada por Feuerbach¹ e surtiria efeito sobre os indivíduos da sociedade como um exemplo da punição para a conduta não ser praticada. Já a outra foi sustentada por Roeder² e agiria sobre o próprio apenado.

Esta teoria não trata apenas de uma necessidade social, pois leva em consideração que, por meio da pena, se desenvolve uma forma de manter um autocontrole social. Nesse contexto, a pena é considerada como uma utilidade, e não um fim em si mesma como defendera a Teoria Retributiva Kantiana. Desse modo, pela Teoria Relativa ou Preventiva a pena seria uma forma de recuperar o preso e restabelecer os bens jurídicos afetados, e evitaria, assim, que outros novos delitos viessem a ser cometidos.

3.3 A Teoria Mista, Unificadora ou Eclética

A última das teorias aqui apresentadas é a Teoria Mista, Unificadora ou Eclética, a qual se desenvolve como uma combinação das duas teorias anteriormente tratadas, esta é a um só tempo absoluta e relativa. Nessa teoria, a pena possui dois desejos específicos: há a retribuição ao penalizado pela realização do fato delituoso e essa mesma retribuição age como uma forma de prevenir a prática de novos delitos, ou seja, é um misto das duas primeiras

¹ Para Feuerbach, a sociedade, ao castigar, exerce o direito que tem de ser a sua própria conservação e não pode conservar-se se não detém os demais, castigando o delinquente. Esta doutrina tem se expressado com a fórmula mais vaga da necessidade política. É esta uma ideia perigosa, porque põe nas mãos da autoridade um arbítrio terrível; e, por outra parte, indica a razão de castigar, mas não demonstra por que a sociedade tem direito de castigar um por temor aos outros e para Roeder o fundamento desta doutrina se expressa dizendo que a sociedade tem direito de castigar o culpável para emendá-lo. Disponível em: <www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/doutrinas/.../direito_penal.doc>. Acesso em: 03 mar. 2016.

² Idem.

teorias. Assim, essa é a teoria mais prestigiada na atualidade (ZAFFARONI, 1999).

Indubitavelmente, com isso forma-se uma tríade, pois há a retribuição, a prevenção e, por fim, a ressocialização do indivíduo penalizado.

Segundo Marques Neto (1999, p. 16), "Das críticas opostas a estas teorias [Absoluta e Relativa] surgiram as chamadas Teorias Mistas ou Ecléticas, que tentam fundi-las, mesclando-se os conceitos preventivos com os retributivos". Portanto, a Teoria Mista surgiu a partir das críticas feitas às Teorias Absoluta e Relativa, resultando, assim, na união ou complementação de ambas.

Santos (2012) revela que há uma ineficácia na aplicação da ameaça penal para inibir comportamentos criminosos, além disso, o autor também comenta a inutilidade das penas cruéis corporais e medievais, que correspondem à nocividade das penas de prisão no ordenamento jurídico brasileiro moderno. Entende-se que não é a gravidade da pena ou o rigor na execução penal que impedirá o cometimento de novos delitos, mais sim a probabilidade de a pena aplicada desestimular o autor a praticar outros crimes. O que se percebe é que, na verdade, a pena é uma forma de controle social realizado por intermédio do sistema penitenciário.

4 O EXCESSO ESTATAL NA APLICAÇÃO DA PENA DE PRISÃO

O Estado, com seu poder punitivo, sempre discriminou os seres humanos, pois estes são aduzidos como inimigos da sociedade e, assim, não devem ter direito aos limites estabelecidos pelo Direito Penal. É contra esses tipos de abusos que existem as garantias protegidas pelo direito internacional dos Direitos Humanos (ZAFFARONI, 2001).

Nesse sentido, o Direito Penal está na sociedade para responder aos anseios de segurança, mas ao mesmo tempo não busca priorizar a dignidade da pessoa humana do acusado, quando, na verdade, deveria, intrinsecamente, considerar os valores constitucionais do ser humano, para escoimar do plano da penalidade a segregação em cárcere, resguardando a pessoa humana das vicissitudes do cenário de terror próprio dos presídios. Nas palavras de Warat:

O Estado abusa do direito enquanto reivindica o lugar do normativo, como instância que provoca a alucinação do outro e exalta um projeto político-jurídico que se basta a si mesmo. O direito aparece, então, como um lugar tópico e utópico inabalável que justifica a normatização total do tecido social. Um discurso "uterino" de socialização, um feitiço que instala, na sociedade, a ilusão de um lugar simultaneamente protetor dos interesses da sociedade e das liberdades pessoais. Em ambos os casos é sempre o indivíduo visto como um selvagem potencialmente

perigoso, como um culpado potencial que deve ser vigiado pelo Estado e pelo Direito (WARAT, 1988, p. 17).

Dessa forma, o judiciário dissimula e mostra-se eficiente, pois dá credibilidade a sua atuação como neutro, mas ao mesmo tempo acaba por escamotear os abusos cometidos pela instituição estatal, os quais são desenvolvidos e decididos atrás das cortinas do juridicismo.³

4.1 A responsabilidade do estado na efetivação das leis que asseguram uma pena justa

Sob a ótica do acima exposto, deve existir a possibilidade de um controle efetivo maior quanto às leis aplicadas para se buscar o máximo de justiça no âmbito do direito. Desse modo, deve-se pensar no uso alternativo do direito⁴ ou na solução justa, pautada na Constituição, como forma de resposta jurisdicional no que se refere às penas imputadas aos criminosos, havendo o resguardo à dignidade humana.

Assim, atribuir a responsabilidade do Estado em relação à sociedade em geral com aplicação de outros meios que a própria lei impõe, sem a devida congruência com a realidade social, pode tornar-se uma causa de desconstrução e, assim, gerar cada vez mais insegurança jurídica, quando se tratar da não observância de direitos fundamentais (BECCARIA, 2012).

É notório que há uma aplicação exorbitante da pena de prisão no Brasil, como se esta fosse uma solução para a violência e os demais problemas enfrentados pela sociedade. Ainda, para contribuir, a sociedade brasileira não demonstra interesse de encontrar respostas para o problema, pois se espanta com a ideia de construir algo novo, ou mesmo de buscar a construção de algo novo, ainda que não encontre as respostas. Entretanto, deve-se abandonar essa certeza de que a pena de prisão é a resposta saudável para todas as coisas, de forma a se questionar sobre o sentido do que a pena de prisão representa, e não o que ela deveria ser (CARVALHO, 2014).

Ressalta-se que o Estado tem o dever de efetivar ao máximo possível as garantias dos seres humanos, mesmo aqueles desordeiros, visto que essas garantias adquirem ainda mais importância em face do surgimento de tantos problemas causados pela superlotação carcerária brasileira. Por isso, é necessário um aprofundamento sobre o assunto, uma vez que a

³ O juridicismo consiste na atitude de apegar-se à letra fria da lei, não a interpretando, sendo sua aplicação puramente técnica, assim aplicando uma paixão exacerbada à norma no ordenamento jurídico. Disponível em: <<http://www.dicionarioinformal.com.br/juridicismo/>>. Acesso em: 06 jul. 2016.

⁴ O movimento Direito Alternativo tem como objetivo o combate à passividade dos juristas – que por vezes se ocultam por trás dos dogmas, agora questionados – frente aos problemas causados por lacunas e injustiça das leis e pela ausência do Estado. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=48>>. Acesso em: 06 jul. 2016.

sociedade, de uma forma geral, é também responsável pelos penalizados que se encontram em condições sub-humanas, que não respeitam, nem ao mínimo, a dignidade da pessoa humana. Além do mais, é de suma importância que os aplicadores do direito se atentem à realidade social brasileira atual, para que possam fazer a aplicação de um direito penal mais justo (CARVALHO, 2014).

O Brasil sempre foi alvo de questionamentos e preocupações tanto em âmbito nacional quanto internacional referentes à exasperação da aplicação da pena de prisão. Isso porque, apesar de o país possuir uma lei que prevê garantias constitucionais aos presos e também a possibilidade de se aplicar outros meios que não a pena privativa de liberdade, essas garantias e penas alternativas não são devidamente efetivadas, são evadidas de descasos em relação aos presos que estão submetidos ao sistema carcerário.

É notório que a situação do sistema prisional brasileiro é desumana, não há condições possíveis para que alguém possa ter um mínimo de dignidade para cumprir a pena que lhe foi imposta, tanto para que consiga sobreviver na sua estadia prisional, quanto no âmbito da ressocialização. Nas palavras de Beccaria (2012), que podem ser perfeitamente adaptadas aos dias de hoje:

A prisão é uma pena que, diferentemente das outras, deve, por necessidade, ser precedida pela declaração do crime; mas esse caráter específico não lhe tira outro essencial, de que somente a lei pode determinar os casos nos quais um homem deve ser penalizado. A lei deve, portanto, determinar o crime, a presunção e a prova suficientes para sujeitar o acusado à prisão e ao interrogatório. [...] quando as penas se tornarem menos severas e as prisões menos terríveis, quando compaixão e humanidade penetrarem os portões de ferro das masmorras e guiarem os obstinados e implacáveis ministros da justiça, as leis poderão, então, ser satisfeitas com menores provas para a ordem de prisão (BECCARIA, 2012, p. 90).

Contudo, por maiores que sejam os acordos e tratados internacionais assinados que tratam da proteção dos direitos humanos e mesmo com a criação da própria Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/1984), que traz em seu bojo muitos benefícios aos penalizados, ainda há a necessidade de efetivação desses direitos, visto que o Brasil nunca alcançou políticas públicas que contribuíssem para esse processo de forma eficaz nem esteve à frente para solucionar os problemas gerados com a pena de prisão e o encarceramento em massa sem controle, ao contrário, sempre se manteve na retaguarda.

Por essas razões, é mister uma análise mais profunda sobre essa questão, pois ela faz parte do cotidiano hodierno e a própria sociedade é responsável pelos acontecimentos que envolvem os presos, os quais têm todos os seus direitos violados diariamente, desde sua chegada à delegacia até seu posterior julgamento, ou o que é ainda mais preocupante, aqueles

presos que nem sequer são condenados, mas que têm suas garantias constitucionais dilaceradas diante dos olhos da sociedade.

Percebe-se que a cultura brasileira atual enxerga a prisão como a única resposta à delinquência, ainda que uma grande parte dos indivíduos que estão privados de sua liberdade nos cárceres nunca deveria ter adentrado no sistema prisional. Mesmo assim, acredita-se que a tendência do caminho histórico brasileiro será a de anunciar que a liberdade deverá ser resguardada. Com isso assevera-se que o Direito Penal tem por escopo proteger e salvaguardar os bens jurídicos mais relevantes e necessários para a sociedade, contribuindo, assim, para a paz social (PASSETTI, 1999).

Beccaria (2012, p. 15) ensina que: “Nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça infligir a qualquer outro membro da mesma sociedade com penas não estabelecidas por lei e nem além dos limites fixados pela lei”.

Finalmente, Lima (1992) discorre que para que ocorra a efetiva mudança a sociedade deve passar por um processo de humanização, para tentar entender o outro como a si mesmo, observando a violência institucionalizada que, muitas vezes, ocorre mascarada como um direito justo e se apresentando com neutralidade diante da problemática.

4.2 O movimento do direito alternativo como possibilidade de aplicação de um direito justo

Presente no ordenamento jurídico pátrio, o Direito Penal tem um caráter conexo com as demais áreas jurídicas, visto que tem como finalidade proteger os bens importantes e essenciais para a sobrevivência da sociedade. O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima, sempre respeitando os princípios constitucionais. Contudo, o Movimento do Uso Alternativo do Direito,⁵ sofrendo os influxos da teoria crítica do direito, tem o desígnio da aplicação da justiça ao invés do direito posto, pois os seguidores dessa corrente consentem que o magistrado tem o dever de agir com justiça, analisando uma realidade social mais de perto, mesmo que essa justiça seja *contra legem*,⁶ mas conforme os princípios e valores constitucionais.

⁵ O termo “Uso Alternativo do Direito” tem sua origem nos fundamentos críticos do direito, sendo amplamente difundido por Luis Alberto Warat, Eugenio Raúl Zaffaroni e Louk Hulsman. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/08/25/o-direito-alternativo-continua-vivo/>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

⁶ Costumes opostos à lei, em que as normas costumeiras contrariam as normas de Direito escrito. Classicamente, o costume *contra legem* também pode ser denominado costume ab-rogatório, por estar implicitamente revogando disposições legais, ou dessuetude, por resultar na não aplicação da lei em virtude do desuso. LINHARES, F. S. **Crimes contra os costumes no direito penal brasileiro** (Resumo de Direito Penal). Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Costume>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

Com isso, é na busca mais avançada pela construção de uma sociedade solidária e justa, e indo na contramão da aplicação puramente tecnicista da lei, que surge o Uso Alternativo do Direito. No horizonte deste movimento, a lei propriamente dita não deve ser observada como um fim em si mesma, mas como um dos meios para que o direito alcance a justiça, cuja senda se aponta a partir de valores constitucionais.

Nesse sentido, Samartin et al. destacam que:

O Direito que tem por base a rápida resolução de problemas e/ou conflitos, estabelecendo um rompimento com a legalidade mediante um "parecer" injusto dos fatos, causando uma nova forma de ver, praticar e ler o Direito. Em outras palavras, o Direito Alternativo é uma nova visão do direito, vinculando sua aplicação à justiça, mesmo que para isso seja necessário não observar a norma jurídica. (SAMARTIN et al., 2009, p. 48).

O Uso Alternativo do Direito surgiu na década de 90 (noventa) no Brasil, mas teve suas raízes desenvolvidas na Itália. Foi desenrolado por um grupo de magistrados do sul brasileiro, mais especificamente no estado do Rio Grande do Sul, onde esses juristas buscavam uma forma mais prática de ver o direito e praticá-lo, a fim de se superarem os problemas do Direito Positivo. Esse movimento não é contra a lei ou o direito posto, mas sim busca analisar o que é mais justo ao caso concreto, valendo-se da axiologia da Constituição. Ademais, atua sob um prisma de interesse social e de aplicação do bem comum à sociedade de modo geral (CARVALHO, 2005). Quando se rasgam as cortinas do sistema prisional brasileiro, apresenta-se o cenário diante do qual o Direito Alternativo tem vez, pois ele se faz justamente quando deve ser posto em prática.

A necessidade real de cada indivíduo que provoca o judiciário é distinta. Assim, o magistrado deve ser literalmente sensível e sentir quais serão os efeitos da sua decisão na prática, para que essa decisão seja a mais justa possível ao caso concreto. Não se deve tratar o Direito Alternativo como mera utopia, pois existe, sim, a possibilidade de colocá-lo em prática, por meio de uma decisão mais justa, mesmo que para tal caso não exista legislação.

Contudo, deve haver uma conscientização dos magistrados e dos aplicadores do direito em geral no que se refere à aplicação da pena privativa de liberdade, de modo que ela seja aplicada somente como *ultima ratio*,⁷ e não como regra para todo caso concreto. Entre as formas de uso alternativo do direito que podem ser aplicadas aos indivíduos que infringem a lei podem-se citar o uso de tornozeleira eletrônica, ou o pagamento de fiança. Assim, supõe-se

⁷ É uma expressão com origem no Latim, em seu significado literal seria o último recurso ou instrumento a ser usado pelo Estado em situações de punição por condutas castigáveis, recorrendo-se a ele apenas quando não for possível a aplicação de outro tipo de direito. No âmbito da dignidade humana previsto na Constituição Federal de 1988, implica-se o uso do Direito Penal em última circunstância e nunca em favor do Estado. Disponível em: <www.filologia.org.br/revista/36/suplemento-36.doc>. Acesso em: 21 mar. 2016.

que a ordem de prisão deveria ficar reservada a situações mais graves.

Desse modo, aos crimes não considerados gravosos pelo tipo penal, a sanção a ser aplicada deveria ser mais branda, tendo em vista que, nos últimos anos vive-se uma epidemia carcerária, ou seja, cada vez mais se quer punir os infratores a qualquer custo, mas isso não muda em nada ou muda muito pouco o cenário atual. Observa-se que a epidemia carcerária já causou vários desconfortos às autoridades que precisam resolver o problema do encarceramento em massa. Além disso, outro fator que contribui para esta epidemia é a própria sociedade, que é manipulada e assim sugere penas degradantes que são inaceitáveis em um Estado Democrático de Direito.

Por essas razões, sabe-se que a prisão nunca cumpriu seu papel para que viesse a servir como solução. Por esse motivo, existem vários tipos de posicionamentos adotados em relação à aplicação das penas, mas mesmo assim não se consegue chegar à resolução da problemática, tanto da ressocialização quanto da punição pelo ato ilícito praticado. O que ocorre com a aplicação das penas é uma situação análoga à de um médico que prescreve um medicamento ao seu paciente e, mesmo percebendo que o medicamento não o está curando, decide por aumentar as doses aplicadas. Com essa atitude, infelizmente não se conseguirá avançar na resolução da aplicação da pena de prisão (FOUCAULT, 2013).

Assim, conforme o ensinamento de Santos:

O problema individual e na concepção de pena como tratamento curativo demonstra o fracasso histórico do projeto técnico-corretivo da prisão, e caracterizado pelo reconhecimento continuado do fracasso, pois está na origem da atual transformação da prisão em instrumento de pura “derretence”, reduzido à prevenção especial negativa de segurança e de incapacitação do preso (SANTOS, 2012, p. 444).

Ainda, Santos (2012) aponta que o juiz que incorpora o papel de limpeza social, adotando a lei e a ordem para defender a segurança e a paz social, representa uma das maiores ameaças ao processo penal e à própria administração da justiça, pois não decide com base nos fatos apresentados. Na verdade, a sua decisão já fora construída na hipótese inicialmente apresentada dos fatos, e, assim, esse juiz decide sobre a pena sem sequer fazer provas e procurar aplicar uma pena mais justa.

A conscientização e a mudança devem partir de cada um, e principalmente dos aplicadores do direito. Contudo, é preciso uma mudança social para que se consiga promover as garantias fundamentais na realidade social, principalmente em relação aos encarcerados.

Salienta-se, em palavras menos robustas, que para que ocorra essa mudança é preciso mudar a consciência da população, pois sabe-se que encarcerar todos aqueles que cometem um delito, ou tentativa deste, é uma forma simplória de resolver o problema. Por esse motivo,

deve-se fazer com que a sociedade e os operadores do direito repensem essa forma de aplicar a pena de prisão como resposta para o caos na sociedade, uma vez que isso corrobora para a violência. Considera-se egoísmo puro achar que esse entendimento é uma verdade absoluta, pois se sabe que o verdadeiro problema está mais relacionado ao “ser” de cada pessoa, do que à necessidade de se encontrar um culpado. Conforme comenta Carvalho (2014), ao se trancafiar esses chamados “monstros” e retirá-los no meio em que vivem na sociedade, o mais certo é que se está criando feras e que, depois, quando colocados em liberdade, eles novamente sairão do cárcere com raiva e dispostos a se vingar de todos (CARVALHO, 2014).

No âmbito da política criminal contemporânea, vale destacar as palavras de Passeti:

[...] para se combater o investimento de dinheiro e suor públicos em prisões para pobres e subversivos, pois sabemos quanto é mais barato responder à vítima com indenização e quanto é estúpido retribuir uma infração com crime, direito penal e teatro-tribunal, com sentenças e prisões podres que renovam os presídios e os ilegalismos em empresas capitalistas, mais ou menos humanizadas. (PASSETTI, 1999, p. 77-78).

Atualmente, a violência tem tomado formas imensas, não sendo apenas vinculada ao sangue, mas também a outros tipos de criminalidade que ganham proporcionalidade a partir de criações punitivas. Estas se constroem em um fenômeno mais significativo no sistema da política criminal, que deve ser considerado como um todo no cotidiano. Tal situação se encaixaria perfeitamente ao chamado “Populismo Punitivo,”⁸ que tem ganhado força na sociedade, em uma busca desenfreada por punir o criminoso com prisão a qualquer custo. Em razão da crescente sensação de medo e insegurança na sociedade, acaba-se justificando a aplicação das penas de prisão como resposta, o que eventualmente resulta em mais crimes e, conseqüentemente, mais penas, o que gera um padecimento total (ÁVILA, 2014).

Modernamente, as informações midiáticas são fortemente distorcidas e lastradas geram imensas interpretações equivocadas e, assim, causam um desajuste na sociedade, levando-a a fazer interpretações punitivas e pré-julgamentos inaceitáveis à democracia, pois todos incorporam o espírito de agentes de segurança (ÁVILA, [2016?]).

É conspícua a presença de lacunas, contradições e ambigüidades no Direito Penal Positivo. O cosmo contemporâneo vive a crise do direito dogmático, pois há insuficiência das fontes estatais, e não se pode esperar resultado outro que não transformar em quimera a

⁸ O Populismo Punitivo também chamado de Populismo Penal, como explica Zaffaroni entre outros, que difunde a torto e direito a ideia de que todo o mal da insegurança pública pode e deve ser resolvido de maneira exemplar com as leis punitivas, uma vez que a sociedade confia na intensa aplicabilidade do poder punitivo do Estado, pela ideologia do movimento da lei e ordem como se fosse a solução para a violência em sociedade. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13214&revista_caderno=3>. Acesso em: 07 jul. 2016.

pretensão do monopólio das normas jurídicas pelo Estado (HULSMAN; CELIS, 1993). Diante disso é que eclode o Movimento do Direito Alternativo, como uma tentativa de suprir essa lacuna, esse vazio que o Estado tem deixado na solução de conflitos.

De acordo com (BONFIM, [2016?]), das divergências entre lei e o direito surge o Direito Alternativo, que se enquadraria perfeitamente em uma aplicação mais justa do direito, de modo que se cederiam às exigências do bem comum da sociedade.

Isso porque, em pleno século XXI ainda se discute a pena de prisão que, por sua vez, é uma prática medieval que foi bruscamente adaptada ao cotidiano hodierno, como resposta para estagnar a violência na sociedade. Sem contar que quem ousa adentrar na discussão acerca desta brutalidade é considerado exótico, pois a sociedade tem um desejo de vingança muito acentuado.

Em uma análise, isto é uma questão de lógica, pois se alguém sofre, logo outro alguém tem que pagar por isso, ou seja, de certa forma há uma vingança. A própria sociedade busca isso junto às supostas vítimas, pois não suporta todo o fato sem apontar algum culpado (CARVALHO, 2014).

Sob um olhar crítico, recrudescer a ingenuidade em crer que a pena privativa de liberdade trará a sensação de segurança, porque tal desiderato retroalimenta a violência, a sede de vingança e a segmentação, por projetar no cárcere aqueles indesejados e que a sociedade em geral tem asco. Eis a ideologia da pena como técnica de divisão e exclusão social travestida de retribuição e tentativa de socialização.

Nas palavras de Carvalho (2014, p. 34), “Não se encaixam nos nossos paradigmas os benefícios do outro, os direitos dos presos são irrelevantes. [...] são anomalias bizarras que os defensores dos direitos dos bandidos querem impor!”.

Aduzem Hulsman e Celis (1993) que a sociedade em geral deve se:

Esforçar por imaginar, tentar interiorizar o que é a prisão, o que é o encarceramento. Aprendemos a pensar sobre prisão de um ponto de vista puramente abstrato, colocamos em primeiro lugar a ordem, o interesse geral, a segurança pública a defesa dos valores sociais... fazem com que acreditemos – e ilusão sinistra – que, para nos resguardar das empreitadas criminosas, é necessário – suficiente! – colocar atrás das grades dezenas de milhares de pessoas. E nos falam muito pouco dos homens enclausurados em nosso nome. (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 61).

Por conseguinte, achar que a causa da violência é a impunidade é uma questão de fé, pois até hoje não foi comprovado que a causa é de fato esta, logo, a fé não se discute e independe de prova. Porém, uma vez que a sociedade acredita nisso, não adianta a realidade mostrar-se diferente, pois o Brasil é um país sintomaticamente punitivo, onde cárceres estão

abarroçados e a violência contínua. Acredita-se nisso como uma hipótese concreta, já que a sociedade em geral não sabe o que fazer com o homem violento. Ademais, o enriquecimento da sociedade não acompanhou o crescimento social, que foi seguido da adoção de políticas econômicas desastrosas, o que acabou por gerar uma desigualdade grotesca (CARVALHO, 2014).

Afinal, precisa-se atentar à aplicação de um direito mais justo ao preso, para que assim haja a promoção da justiça social, voltada à concretização de um direito alternativo, e por meio do qual se possa contribuir para uma aplicação mais justa da pena a cada caso concreto encontrado. Assim, será possível assegurar as garantias e as melhorias das penas aplicadas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perante as considerações acima tecidas a respeito do tema, conclui-se que não se deve mediarizar os conflitos da sociedade em geral e tampouco crer no sistema prisional como resposta àqueles que violaram a lei penal. Deve-se buscar a sensibilidade dos aplicadores do direito na realização de um direito penal mínimo, ou razoavelmente mínimo, pois é sabido que uma política criminal justa não se constrói unicamente com a aplicação de penas de prisão como resposta para estagnar a violência na sociedade.

De acordo com as teorias da pena de prisão apresentadas no decorrer deste trabalho, sabe-se que em seu ordenamento jurídico o Brasil tem adotado a Teoria Mista, que pretende recuperar o condenado e também o punir no intuito de prevenir a possibilidade de cometimento de novos delitos. Essa teoria é a que apresenta maior simetria com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, restando claro que, apesar de todos os acontecimentos problemáticos enfrentados pelo sistema carcerário, busca-se dar um tratamento e uma vida um pouco mais dignos aos encarcerados. Resta evidente que o sistema prisional brasileiro deve ser tratado com mais atenção, pois as práticas adotadas tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Judiciário não têm resultado em acontecimentos importantes para a sua transformação.

Diante do exposto, apresenta-se o uso alternativo de medidas como uma das principais soluções para conter o progresso da crise do cosmo carcerário brasileiro. Isso porque nessa luta da democratização da justiça, o uso alternativo do direito surge como uma hipótese de melhoramento da situação prisional. Logo, os princípios constitucionais devem ser observados, principalmente o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que é um limitador do Direito Penal.

Igualmente importante é a atitude dos aplicadores e operadores do direito, que devem

considerar o uso alternativo de medida a fim de que exista a aplicação da pena mais justa possível ao caso concreto, mas não banalizando a pena privativa de liberdade. Esta última modalidade de pena atualmente é usada como regra no ordenamento jurídico brasileiro, muito embora a lei assegure que ela deve ser usada como forma de exceção aos delitos menos gravosos, exatamente por existirem outras alternativas além da prisão.

Sabe-se que a sociedade e a mídia anseiam pela punição, para, assim, combater os delitos praticados. Mas, antes de buscar a punição, deve-se agir com o dever de cuidar rigorosamente do próximo, para que seus direitos não sejam violados e sejam efetivamente aplicados. Cabe ao Estado, em seu dever, não aplicar penas excessivas, muito menos de cunho degradante, porque, acima de tudo, busca-se reeducar e reintegrar os indivíduos no seio social. Por isso, antes de sujeitá-los aos ergástulos, lhes deve ser dada a oportunidade de conviverem em sociedade, como cidadãos comuns.

O uso alternativo trouxe ao Direito Penal um recurso para humanizar as penas, ou seja, em seu fim ulterior, atingir seu objetivo reabilitador, e com isso, causou a diminuição do encarceramento em massa nos presídios de nosso país.

Com essas ponderações é nítido que o uso alternativo do direito apresenta-se como um meio eficaz no combate à superlotação dos presídios, podendo com seu caráter educativo cumprir com o seu papel na facilitação do retorno do indivíduo ao seu convívio em sociedade.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, G. N. de. **“Abolicionismo Real” e liberdade**: reflexões em tempos de necessidade de (auto) crítica acadêmica. 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/10436076/_ABOLICIONISMO_REAL_E_LIBERDADE_REFLEX%C3%95ES_EM_TEMPOS_DE_NCESSIDADE_DE_AUTO_CR%C3%8DTICA_ACAD%C3%8AMICA_2014>. Acesso em: 21 mar. 2016.

ÁVILA, G. N. de. **Direitos humanos e o tráfico de drogas**: a repercussão do caso "Matemático" nas redes sociais desde um debate concreto. [2016?]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=162c9557a309ce68>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Nery Carvalho de Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONFIM, B. C. **O uso do Direito Alternativo**. [2016?]. Disponível em: <<http://www.solar.com.br/~amatra/cb-37.html>>. Acesso em: 3 mar. 2016.

CARLOS, N. L. da S.; ZENNI, A. S. V. Um olhar crítico à pena de prisão: a minimalização do cárcere como uso alternativo do direito

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 3 mar. 2016.

BRASIL. **Lei de Execuções Penais n° 7.210/1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 3 mar. 2016.

CARVALHO, A. B. de. **Direito alternativo em movimento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, A. B. de. **Eles os juízes criminais, vistos por nós os juízes criminais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento das prisões**. Tradução de Raquel Ramalhete. 41. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

HULSMAN, L.; CELIS, J. B. de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Niterói: Luam, 1993.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LIMA, M. A. O direito alternativo e a dogmática jurídica. In: ARRUDA JÚNIOR, E. L. (Org.). **Lições de direito alternativo II**. São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 42-54.

MARQUES NETO, A. R. Direito alternativo e marxismo: apontamentos para uma reflexão crítica. **Revista de Direito Alternativo**, São Paulo, n. 1, p. 37-53, 1999.

PASSETTI, E. Sociedade de controle e abolição da punição. **São Paulo em Perspectiva**, v. 13, n. 3, 1999.

SAMARTIN, A. et al. **Direito Alternativo**. 2009. Disponível em: <<http://djuris.hypermart.net/doutrina/artigos/direitoalternativo.htm>>. Acesso em: 3 mar. 2016.

SANTOS, J. C. dos. **Direito penal parte geral**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, H. C. da. **Manual de execução penal**. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2002.

WARAT, L. A. O abuso estatal do direito. **Sequência**, Florianópolis, v. 21, n. 12, p. 11-24, 1988.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.