



Universidade Federal de Uberlândia

Curso de Graduação em Direito na Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis

CAROLINA MARTINS DRIGO

A INEFICÁCIA DA APLICAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO BRASIL

Uberlândia/MG

2017

CAROLINA MARTINS DRIGO

A INEFICÁCIA DA APLICAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito de aprovação na disciplina “TCC - 2”.

Orientador: Prof. Dr. Edihermes Marques Coelho

Uberlândia/MG

2017

CAROLINA MARTINS DRIGO

A INEFICÁCIA DA APLICAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO BRASIL

Esta monografia foi julgada APTA para obtenção do título de Bacharel em Direito e APROVADA, em sua forma final, pela Banca Examinadora do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, composta pelos professores:

Prof. Dr. Edihermes Marques Coelho

Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina, Professor Adjunto da Universidade Federal de Uberlândia no Curso de Graduação em Direito, Orientador e Presidente da banca

Prof. Antônio José Franco de Souza Pêcego

Mestre em Direito pela UNAERP, Professor convidado da Pós-Graduação em Penal e Processo Penal na Faculdade Pitágoras, Juiz de Direito de Entrância Especial do TJMG, Membro componente da banca.

Prof. Victor Henrique Machado Duarte

Especialista em Direito Penal e Processo Penal, Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia e Professor de Direito Penal – Parte Especial da Faculdade Esamc de Uberlândia, Membro componente da banca.

Uberlândia-MG, fevereiro de 2017.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, como agradecimento, que tanto se esforçaram para que eu tivesse a melhor formação possível, me incentivando e me apoiando sempre.

AGRADECIMENTOS

A Deus Pai, pois Dele emana toda a sabedoria e sem Ele eu nada seria. A meus Pais, por terem feito tudo por mim nessa caminhada, ensinando-me a batalhar por meus sonhos e dando-me todo o suporte necessário. Ao Professor Doutor Edihermes Marques Coelho, mais que um mestre e orientador, um amigo que nunca economizou paciência na orientação deste trabalho. Aos professores Antônio José Franco de Souza Pêcego e Victor Henrique Machado Duarte pelo apoio e tempo despendido. Aos demais professores, aos atenciosos servidores da Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis pela valiosa contribuição e a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação.

A INEFICÁCIA DA APLICAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO BRASIL

*Carolina Martins Drigo*¹

RESUMO: Estuda-se a história das penas, o surgimento da pena de prisão, bem como os fundamentos do direito de punir. Investiga-se o sistema carcerário brasileiro e suas variáveis, a fim de que se possa chegar à origem de sua deficiência atual. Analisam-se os aspectos negativos da pena privativa de liberdade e o fracasso da ideologia do tratamento. Por fim, abordam-se medidas alternativas, propõem-se mudanças e possíveis soluções para a crise do sistema punitivo brasileiro.

Palavras-chave: História das penas; Pena privativa de liberdade; Crise do sistema punitivo; Ineficácia das prisões; Reintegração; Medidas alternativas.

ABSTRACT: The history of penalties and the emergence of imprisonment are studied, as well as the foundations of the right to punish. The Brazilian prison system and its variables are analyzed, so that you can get to the source of your current disability. The negative aspects of deprivation of liberty and the failure of the ideology of treatment are searched too. Finally, approach to alternative measures, proposed changes and possible solutions to the crisis of the Brazilian punitive system.

Keywords: History of penalties; Custodial sentence; The punitive system crisis; Inefficacy of prisons; Reintegration; Alternative measures.

¹Estudante do nono período do curso de Direito da Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	BREVE HISTÓRICO DAS PENAS	10
2.1	Surgimento das penas privativas de liberdade	13
3	FUNDAMENTOS DA PUNIÇÃO	16
3.1	Porque punir hoje?	21
4	SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	30
4.1	Do Fundo Penitenciário Nacional	35
4.2	Dos problemas do sistema carcerário brasileiro	37
5	ALTERNATIVAS À CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO	44
5.1	Descriminalização	55
6	CONCLUSÃO	59
	REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

A necessidade da punição e como punir são dois problemas antigos do Direito. Acredita-se que o índice de reincidência atual seja agravado pelo ambiente degenerativo a que os condenados são expostos em nosso país. As cadeias perderam seu propósito utilitarista e servem apenas como depósito de delinquentes, pois não apresentam quaisquer condições de reabilitação, sendo, ao contrário, um ambiente com maior potencial criminalístico, além de apresentarem problemas estruturais, de higiene, de convivência, entre outros.

Este trabalho propõe-se a identificar os problemas do sistema penitenciário brasileiro, como a superlotação, e o quanto os problemas identificados afetam a eficácia punitiva. Propõe-se também oferecer esclarecimentos e analisar a possibilidade da descriminalização como forma de solução dos problemas existentes no sistema punitivo, visto que o descaso do governo e a falta de medidas adequadas para tal situação representam um retrocesso do Estado Democrático de Direito e o aumento de diversos problemas causados, entre outros fatores, pelas penas privativas de liberdade. A metodologia empregada para tal foi o método dedutivo, utilizando-se da pesquisa bibliográfica documental.

A fim de proporcionar melhor entendimento sobre o assunto, o presente trabalho promoverá, em seu primeiro capítulo, um estudo sobre a pena privativa de liberdade. Antes de iniciar qualquer estudo sobre a prisão, deve-se analisar o histórico da pena, para preparar o espírito do leitor. Percebe-se que a atual prisão e todas as suas peculiaridades são produto final de um longo processo de tormentos físicos e morais dirigidos ao homem ao longo da história, longe, portanto, de ser uma instituição ressocializadora que tanto se idealiza. Desta forma, o primeiro capítulo abordará um breve histórico sobre as penas, o surgimento da pena privativa de liberdade e sua evolução, para que se esclareça como se deu o desenvolvimento desse instituto.

A pesquisa que deu origem a este trabalho teve como ponto de partida a ideia de que os condenados são homens comuns, parte da humanidade, que não necessariamente representam o mal. E, hoje em dia, com os problemas existentes no sistema punitivo do país, os direitos fundamentais desses homens são totalmente desrespeitados, além do fato de as penas que lhe são impostas concretizarem apenas a função castigo, diferente de sua proposta utilitarista.

Foi no século XVIII, com influência, sobretudo da Igreja católica, que diversos autores difundiram idéias sobre a humanidade da pena. Nesse momento, surgiram ideais iluministas

com propostas de reforma no sistema penal visando o fim dos suplícios e o estabelecimento de limites ao poder de punição e ao direito do suspeito.

Autores como Cesare Beccaria e Jeremy Bentham deram impulso a um processo de laicização do Direito Penal, separando-se a ideia de crime da de pecado, bem como o direito da moral e da religião. É nesse ponto que o objeto da pena muda, passando do corpo do condenado para a restrição de sua liberdade, incluindo seus bens. Nesse contexto também, Luigi Ferrajoli e Claus Roxin mostram-se importantes ao pensamento penal contemporâneo, pois seus estudos tentam harmonizar o sistema punitivo com os princípios atinentes ao Estado Democrático de Direito e ao respeito à dignidade humana.

O segundo capítulo deste trabalho descreverá a função das penas e os objetivos a que elas se destinam, ou seja, busca-se demonstrar os motivos que levam a punir alguém. Para isto, serão analisadas as principais teorias que abordam os fundamentos do sistema punitivo

Após, o terceiro capítulo tratará do sistema penitenciário brasileiro, como se deu a origem da pena privativa de liberdade no país, os problemas apresentados pelo sistema carcerário atual, bem como os motivos que levaram à crise dessa instituição, que teve sua função desviada e não apresenta nenhum aspecto positivo, na prática. O país possui uma das legislações mais benevolentes, principalmente, em relação aos direitos humanos. Entretanto, tem sido observado, no sistema penitenciário brasileiro, um aumento exponencial da violência, tanto individual como coletiva, o crescimento das taxas de reincidência e o aperfeiçoamento criminoso, que põe em risco cada vez mais a segurança dos cidadãos brasileiros, sobretudo, os moradores das grandes cidades.

É nesse ponto que aparecem as divergências. As prisões cumprem seu papel de pena ou são apenas garantias de posse sobre o condenado e seu corpo? A prisão pune ou apenas assegura que temos sob nosso poder o criminoso? *“Treinar homens para a vida livre, submetendo-os a condição de cativo, afigura-se tão absurdo como alguém se preparar para uma corrida, ficando na cama por semanas.”*² A complexa inconsistência existente entre a teoria penal e sua prática nos mostra como é necessário romper com a estrutura atual de encarceramento e desmistificar a visão que a sociedade tem do encarcerado e a prisão.

A pena, portanto, é uma mera ficção jurídica. De um lado, espera-se que as prisões punam e disciplinem rigorosamente; de outro, supõe-se que reformem e ensinem os homens a viver socialmente. As prisões, com todas as suas regras restritivas, ao invés de ensinar os homens a forma com que devem viver honestamente e transformá-los em homens conscientes,

² THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 13.

acabam obrigando o condenado a conviver com a ociosidade, privando-os de qualquer oportunidade de autogoverno.

Partindo do pressuposto que a pena privativa de liberdade teria como objetivo a tarefa de ressocializar, transformar positivamente o condenado, serão analisadas as teorias que tratam dessa finalidade e as práticas adotadas para tal, especialmente, aquelas referentes à educação, profissionalização, lazer, visando, sobretudo, a convivência social e o fim dos prejuízos causados pela “prisonização”, expressão usada na obra de Donald Clemmer, *Prisonização, in the Sociology of Punishment & Correction*³. O último capítulo, deste modo, traz um estudo sobre as alternativas para minimizar o fracasso do sistema penitenciário atual, exibindo as idéias apresentadas pelos doutrinadores para evolução do Direito Penal contemporâneo, não somente para diminuir as taxas de reincidência, mas também indicando quais as melhores medidas a serem tomadas a curto e médio prazo para solução da crise do sistema punitivo como um todo.

³ CLEMMER, Donald apud THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 2. ed – Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 23.

2 BREVE HISTÓRICO DAS PENAS

A pena é uma instituição antiga, presente desde os primórdios da civilização. Etimologicamente, o termo deriva do latim, *poena*, que, por sua vez, deriva do grego, *poiné*, significando dor, punição, sofrimento, trabalho, vingança, recompensa, expiação, entre outros.⁴

A evolução repressiva da pena se mostra em diferentes etapas e por meio de várias culturas e civilizações. Em um primeiro momento, chamado de **período de vingança privada**, era o sentimento que provocava e impulsionava a justiça. Havia, inicialmente, a vingança individual, forma mais remota de manifestação da pena, segundo certos autores, que representava a reação instintiva do ofendido, constituindo nova ofensa, que não era punida por inexistência de autoridade competente. Posteriormente, grupos, ou clãs, interessados na proteção da coletividade, exerciam uma vingança coletiva e ilimitada, sem nenhuma lógica. Com a formação de uma estrutura familiar, a preocupação se encontrava na manutenção da paz social. Aquele que cometia um delito era expulso da tribo, sem bens, armas ou alimentos. Havia, também, a denominada vingança de sangue, que ocorria quando o delito era cometido por membro de outra tribo, entretanto esse tipo de pena acabava provocando retaliação de grupos inteiros e, conseqüentemente, aniquilação da comunidade.

Na segunda idade da pedra, período neolítico, a vingança, até então ilimitada, passou a ser uma vingança limitada, representando uma grande conquista. Embora pelos motivos errados, o novo tipo de pena representava grande avanço, pois estabelecia proporcionalidade entre o delito e a pena imposta. Era a chamada pena de Talião, conhecida pela máxima “olho por olho, dente por dente”.⁵

Com o passar dos tempos, a composição surgiu como uma forma mais moderada de pena, pela qual o condenado comprava a impunidade oferecendo dinheiro ao ofendido e sua família, armas, utensílios e gado, sem passar pelo sofrimento físico e pessoal.⁶

Em um segundo momento, a pena passou pelo **período da vingança divina**, que impunha aos indivíduos normas de conduta provenientes, supostamente, de preceitos divinos e utilizava-se, como principal forma de punição, o talião. O Direito Penal surgia como fruto da própria religião, pois o delito era considerado ofensa à divindade que, por sua vez, era representada pelos reis e imperadores. É possível analisar esse momento da pena em diversas

⁴ OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social**. 3ª edição revisada – Florianópolis: Ed. Da UFSC, 2003, p. 24.

⁵ Ibid., p. 26.

⁶ Ibid., p. 27

regiões do mundo. No Egito, por exemplo, utilizavam-se da fogueira, da crucificação e do sufocamento com cinzas. Na Assíria os condenados eram jogados aos animais ferozes, fornalhas ardentes, amassados pelos pés de animais, flechados, pendurados, mutilados, entre outros. Em diversos outros locais como a China, Babilônia, Pérsia, Israel, Índia, Grécia e Roma, foram utilizadas diversas penas cruéis, como o enterramento em vida, retirada dos olhos, esquartejamento, envenenamento, apedrejamento, derramamento de chumbo derretido pela garganta, retirada do sangue, esmagamento de ossos. Roma, talvez, seja o lugar que mais ficou conhecido pelas suas penas bárbaras. A pena de morte por decapitação simples era oferecida aos patrícios, já a pena de morte com meios degradantes e cruéis era oferecida aos plebeus, e aos escravos cabia a crucificação. As arenas romanas onde o imperador Nero soltava feras para devorar os cristãos existem até hoje, sendo locais turísticos e parte do patrimônio histórico e cultural do país.⁷

Nas sociedades primitivas, portanto, a criminalidade era predominantemente religiosa, pois os crimes atentavam contra as tradições, o coletivo, os costumes dos ancestrais ou chefes de Estado, considerados representantes dos deuses. Com o avanço da civilização, as formas religiosas da criminalidade vão regredindo e sua punição enfraquecendo, dando lugar aos atentados contra a própria pessoa humana. Os sentimentos coletivos de religiosidade vão gradativamente desaparecendo.

Com o fortalecimento do Estado, a composição e a vingança individual foram dando espaço ao poder punitivo estatal. A pena, nesse momento, perdeu seu caráter eminentemente religioso e assumiu um caráter político. Por volta do ano 200 a.C. as penas foram abrandadas e a pena de morte deixou de ser dominante. O Cristianismo exerceu grande influência na moderação das punições cruéis, devido ao valor dado à vida. Santo Agostinho, por volta de 400 d.C., já entendia que a lei humana não deveria castigar mais do que o necessário para correção, emenda, e manutenção da paz entre os homens.⁸

Já no século V, para evitar a pena de morte, a Igreja fez uso da prisão como forma de punição do clero, pois punia e estimulava o arrependimento. Como penitência, o faltoso era recolhido a uma cela solitária e recebia visitas apenas de seu confessor ou diretor espiritual. Nesse momento, surgiu a pena privativa de liberdade, invenção do Direito Canônico, criada com a finalidade de purificar o homem e fazê-lo sofrer pelo seu crime, e que marcou a história da justiça penal, pois significou o triunfo sobre a pena de morte.

⁷ OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social**. 3ª edição revisada – Florianópolis: Ed. Da UFSC, 2003, p. 28-33.

⁸ Ibid., p. 37.

Ainda assim, apesar do esforço da Igreja em tentar abrandar as penas, a Idade Moderna representa o apogeu da repressão. As penas capitais e a tortura passaram a ser ainda mais utilizadas; foi o chamado **período da vingança pública**.

Na obra *Vigiar e Punir*, de Michel Foucault, relata-se a história desses suplícios, das penas corporais dolorosas, bárbaras, caracterizadas pela crueldade, que existiram no globo até por volta do séc. XVIII. Uma pena, para ser considerada um suplício, deveria produzir um sofrimento quantificável, passível de comparação. A morte é um suplício, portanto, não simplesmente por representar a privação da vida, mas por ser considerada como grau máximo de sofrimento que alguém poderia se submeter, pois abrange desde a decapitação, que reduz o sofrimento a um só instante, até o esquartejamento, no qual a vítima se agoniza por muito tempo.⁹

As torturas e suplícios funcionavam como rituais políticos, principalmente porque era o momento de vingança do monarca pela afronta à sua pessoa, ocorrida com o crime; era o momento por meio do qual o acusado era obrigado a reparar os prejuízos trazidos ao reino e aos particulares e pagar pela desordem provocada.

Na maioria das vezes havia a reprodução quase teatral do crime na execução, visto que era realizada nas mesmas condições e com os mesmos instrumentos. Aos olhos de todos, os suplícios deveriam repetir o crime, para que se pudesse manifestá-lo e anulá-lo na morte do culpado. Além disso, o suplício tinha muito mais uma força jurídico-política do que punitiva, pois tinha como finalidade reconstituir a soberania lesada no instante do crime, exibir aos olhos de todos a força do soberano e uma maneira de buscar vingança pessoal e pública, pois é na lei que está presente a força físico-política do soberano, e, atacando a lei, o infrator ataca a própria pessoa do príncipe. É por isso, principalmente, que os suplícios eram espetáculos do desequilíbrio, do excesso, pois não serviam apenas para anular o crime e restabelecer a justiça, mas reativar o poder do soberano e sua superioridade. Assim, nas cerimônias dos suplícios, o personagem principal acabava sendo o povo, cuja presença era fundamental para a realização das cerimônias, pois não haveria sentido desenrolar um suplício secretamente.¹⁰

Além de todo o sofrimento físico, o culpado ainda era o porta-voz de sua própria condenação. Ele era encarregado de proclamá-la pelas ruas, carregar um cartaz consigo durante o suplício para que não se esquecesse de sua sentença, confessar-se publicamente à porta das igrejas e publicar o crime e a justiça que seria obrigado a fazer a si mesmo, tudo isso

⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhe. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. p. 36-37.

¹⁰ Ibid., p. 47-50.

para pagar por suas ações.¹¹ Entre as mais variadas formas de tortura, arrancaram ou furavam a língua do acusado, amputavam as orelhas, nariz, órgãos genitais, marcavam com ferro quente, matavam com azeite fervendo, forca, espada, cegavam, mutilavam, açoitavam, marcavam com ferro em brasa, etc. Os suplícios deveriam permanecer na memória dos homens por muito tempo, por isso, também, se prolongavam, inclusive, depois da morte, com a exposição dos cadáveres queimados, cinzas jogadas ao vento, corpos arrastados e expostos à beira das estradas.

2.1 Surgimento da pena privativa de liberdade

Somente no final do século XVIII e início do século XIX ocorreram as primeiras alterações no sistema punitivo. Surgiram protestos entre filósofos, teóricos do direito, juristas e legisladores que acabaram resultando em importantes mudanças. As autoridades compreenderam a inutilidade do espetáculo ostentado na execução da pena; o simples prazer de punir, com os mais variados suplícios, não causavam mais o horror esperado e, conseqüentemente, não tinham mais a função exemplar de castigar. Além disso, começa a ser difundida a ideia de que a humanidade de cada homem deve ser respeitada. O Iluminismo operou na sensibilidade coletiva, que não mais suportava os sangrentos espetáculos.

Foi a partir daí que se iniciou um novo período da pena, **o período humanitário da pena**. Diversos autores, nesse período, divulgaram suas teorias reformadoras, como Beccaria, cujos princípios despertaram a consciência pública contra as crueldades dos suplícios.

Na França, por exemplo, a confissão pública dos crimes foi abolida definitivamente em 1830, e na Inglaterra em 1837. A punição aos poucos deixou de ser uma cena, acabando-se por compreender o caráter tirânico e desumano dos suplícios¹². Esse período de transição, que durou menos de um século, foi essencial para que as pessoas percebessem a inversão de valores que estavam vivendo. O assassinato, que sempre nos foi apresentado como um crime terrível, era cometido friamente e sem remorsos pelo carrasco, sob ordens do príncipe. Um ritual que deveria anular o crime cometido acabava ultrapassando-o em selvageria, transformando o carrasco em criminoso, os juízes em assassinos e o supliciado em objeto de piedade e admiração.

¹¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhe. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 45.

¹² Ibid., p. 73-74.

A execução pública passou a ser vista como um ritual que acendia a violência, um teatro que causava repulsa, e não mais desviava o homem do crime. Portanto, excluiu-se do castigo a encenação da dor e tentou-se evitar, ao máximo, tocar no corpo do condenado. Tanto que, nos rituais modernos de execução capital já não se vêem espetáculos ou dor; a execução dura apenas um instante, e, ao invés de tentarem prolongar a morte, fazem o possível para atingir mais a vida que o próprio corpo.

O suplício tornou-se intolerável e, dessa forma surgiu uma nova teoria política da penalidade que englobava, na verdade, uma nova “economia política” do poder de punir, ou seja, o poder de julgar não deveria mais pertencer a uma única pessoa ou a um pequeno grupo de pessoas, mas a todo o corpo social. Também o cálculo da pena deveria ser feito não em função do crime, mas em função de sua possível repetição, visando a desordem futura ao invés da ofensa passada. Isto porque, seguindo a linha de raciocínio de que todo crime só é cometido porque traz vantagens para alguém, se a ideia do crime for associada a uma desvantagem maior, ele deixará de ser desejável.¹³

Daí resulta a eficácia da pena, que se encontra, justamente, nessa desvantagem que se espera dela. O que leva à pena, em sua essência, não deve ser a sensação de sofrimento, mas a ideia de um desprazer, de um inconveniente. A lembrança da insatisfação pode impedir a reincidência e, conseqüentemente, causa ao espírito do povo uma impressão mais durável e eficaz do que o sofrimento físico. A representação da pena e suas desvantagens devem ser mais relevantes que o crime e seus prazeres.¹⁴

Já se afirmou que foi na comunidade cristã que a prisão foi utilizada como forma de sanção temporária. Após, passou a ser utilizada como detenção perpétua e solitária, em cela murada, daí a expressão “prisão celular”, nascida no século V. Nesse contexto, como forma de sanção e, posteriormente, também como forma de substituição dos suplícios, aumenta a utilização das prisões. As prisões primitivas apareceram localizadas nos palácios dos reis, templos e muralhas que cercavam as cidades. Em Roma, a mais antiga prisão encontrava-se na fortaleza real, assim como na Idade Média, no castelo senhoril e nas muralhas. Em outros lugares apareciam em fossas subterrâneas, como na Judéia, ou em gaiolas de madeira, no México.¹⁵ Como as condições econômicas e sociais da época não permitiam a construção de estabelecimentos prisionais adequados, muitas prisões já eram locais de disseminação de doenças e podridão. A prisão nessa época, entretanto, não era considerada suficiente, ou seja,

¹³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 80-81.

¹⁴ Ibid., p. 93.

¹⁵ OLIVEIRA, op. cit., p. 47.

utilizava-se como complementação a privação alimentar, cintos, colares de ferro e outros instrumentos.¹⁶

Até então, a prisão tinha como principal objetivo assegurar que o condenado não fugisse à penalidade que lhe fosse imposta. Tratava-se de medida cautelar. Foi somente no fim do século XVIII, início do século XIX, que a prisão foi reconhecida como substituição definitiva à pena de morte e ganhou os contornos que identificamos hoje. Os estabelecimentos prisionais, porém, não obedeciam a nenhum princípio ou normas morais e de higiene pessoal. Foi nesse período que se começou a falar em utilidade das penas e sistematização das penas, onde surgiram as teorias de Beccaria e Bentham, já analisadas.

A formalização legal das penas modernas a configuram não mais como aflições, mas como privações de direitos, precisamente, três direitos específicos: a vida – privada pela pena de morte, a liberdade – privada pelas penas privativas de liberdade, e a propriedade de bens ou poderes econômicos – privada pelas penas patrimoniais. Tais bens e privações são quantificáveis e mensuráveis, o que assegura a proporcionalidade das penas à gravidade dos delitos. A já aludida tese que une Montesquieu, Beccaria, Bentham, de que a pena deve ser a mínima dentre as possíveis foi recepcionada por diversas cartas constitucionais como freio às penas excessivas e arbitrárias, pois a lei deve estabelecer a pena devidamente e estritamente necessária.

¹⁶ OLIVEIRA, op. cit., p. 49.

3 FUNDAMENTOS DA PUNIÇÃO

Punição, conforme descrição do Dicionário Aurélio, é qualquer forma de castigo imposta a alguém por uma falta cometida ou aquilo determinado por um juiz a quem praticou um crime¹⁷. Fundamental reportar-se a Cesare Beccaria e sua obra *Dos Delitos e das Penas* para começar a analisar os fundamentos da punição. Beccaria nasceu em 1738, em Milão, sob a dominação do império Austríaco, pertencia à nobreza. Realizou estudos acerca do arbítrio judicial na aplicação das penas, da atrocidade das reprimendas penais (como a pena de morte e a tortura), e da injustiça decorrente da assistemática e falta de rigor da legislação criminal vigente na Europa continental à época.

Punição é, também, um direito que, de acordo com Beccaria, pertence à sociedade civil, representada por um soberano e se funda na necessidade de defender o depósito do bem comum das usurpações particulares. E, quanto maior a liberdade e a segurança que o soberano garante aos súditos, mais justas são as penas.

Diversos são os autores que tentam explicar o que levou os homens se reunirem e concederem gratuitamente parte de sua liberdade a um soberano. Uma coisa é certa, ninguém o fez visando o bem comum, isso só existe em romances. Provavelmente, o que reuniu os primeiros seres humanos foi a multiplicação de sua espécie e o conseqüente aumento de satisfação das necessidades, que se chocavam cada vez mais. Os homens podem ter percebido que não podiam ter suas necessidades satisfeitas sem que colaborassem uns com os outros. Assim, para garantir o máximo de liberdade possível, a hipótese que parece mais plausível é a de que os homens se reuniram em sociedade por meio de um pacto em que cada indivíduo abriu mão de uma pequena parcela de sua liberdade.

Foi, portanto, a necessidade que fez com que os homens cedessem parte da própria liberdade. É a agregação dessas mínimas porções possíveis que dão origem ao direito de punir. Tudo que passar disso é abuso, e não justiça. Toda pena que não derive da necessidade absoluta é tirânica, injusta, ou seja, as penas não devem ultrapassar a necessidade de conservar o vínculo de justiça.¹⁸ Para Tatiana Bicudo, a punição penal serve dizer aos membros de uma comunidade humana: “isto não se faz!”.

A pena, portanto, não deve ser um ato de vingança, mas um ato que vise restabelecer a paz social e evitar que esta seja perturbada por novos atos criminosos. Para Émile Durkheim,

¹⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. – Curitiba: Positivo, 2004. p. 1660.

¹⁸ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1963. Livro II, p. 565.

o crime rompe o vínculo de solidariedade social, pois ofende a consciência coletiva, e por isso necessita de uma reação, a pena, por meio da qual os vínculos sociais fragilizados são restabelecidos, recompondo a coesão social. Para se evitar a arbitrariedade na aplicação das penas, o Magistrado precisa se manifestar em um silogismo perfeito, “*deve ter em vista como premissa maior: a lei penal geral, aplicável a todos os homens; premissa menor: a ação do indivíduo conforme ou não a lei, e o resultado desse silogismo é a liberdade ou pena.*”¹⁹

Beccaria não se filia à ideia de que a pena teria meramente um caráter retributivo. Para ele, o fundamento da pena está nos princípios da utilidade ou da máxima felicidade, ou seja, na necessidade de garantir a segurança e boa vida dos indivíduos em sociedade, assegurando, assim, maior felicidade para o maior número de concidadãos. Essa maior felicidade global da coletividade é, para Jeremy Bentham, o objetivo geral que caracteriza todas as leis.²⁰ O escopo de toda boa legislação, portanto, deve ser prevenir os delitos, e não puni-los. Dessa forma, as penas são justas se suficientes para desviar os homens do crime, pois a função da pena não é atormentar ou afligir um ser sensível, muito menos desfazer um crime que já foi cometido, mas prevenir novos delitos, evitar danos sociais e garantir a segurança da sociedade.²¹

É por esse motivo que deve haver uma proporção entre os delitos e as penas. Se fosse possível, seria mais correto, de acordo com o pensamento de Beccaria, existir uma escala exata e universal de penas e de delitos, assim seriam evitadas injustiças, como a tirania e a arbitrariedade na aplicação das penas. Não sendo possível, há de haver proporcionalidade na aplicação das penas, caso contrário, se uma pena igual é destinada a determinados delitos que ofendem de forma desigual a sociedade, os homens não notarão um obstáculo forte o suficiente que os impeça de cometer um delito maior, se dele resultar vantagem maior.

É por isso que a finalidade das penas não é atormentar ou afligir um ser sensível, muito menos desfazer o delito já cometido. Os gritos do condenado não trazem de volta do tempo as ações já consumadas. O fim, portanto, é impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e despersuadir os outros de fazerem o mesmo. Por isso é necessário escolher penas que, guardadas as proporções, causem impressões mais eficazes e duradouras nos espíritos dos homens, do que no corpo do réu.

No mesmo sentido, não é a intensidade da pena o principal motor sobre o espírito humano, mas a extensão dela, pois a sensibilidade humana é mais facilmente afetada por

¹⁹ BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que Punir?** Teoria geral da pena. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 49.

²⁰ BENTHAM, 1974 apud BICUDO, op. cit., p. 80-81.

²¹ Ibid., p. 130.

impressões mínimas, porém freqüentes, renovadas, do que por impressões fortes, mas únicas e passageiras. A força do hábito é universal. É por esse motivo que não devem ser permitidos os suplícios ou as penas de morte, porque excessivos para o fim da pena.

A pena de morte, portanto, é mais um espetáculo para espectadores do que um castigo ao réu. Nosso espírito resiste muito mais à violência dos suplícios, passageira, do que ao tempo e ao tédio incessante. Não é a morte ou a tortura, portanto, que fará com que a punição atinja a sua finalidade, mas o longo e sofrido exemplo da privação de liberdade e o trabalho exercido pelos delinqüentes, até porque a morte logo é esquecida pelos espectadores. *“Aquele repetição a si mesmo, eficaz por seu insistente retorno, ‘eu mesmo serei reduzido a tal longa e mísera condição se cometer semelhantes delitos’, é muito mais poderosa do que a ideia da morte, que os homens sempre vêem longínqua e obscura.”*²²

Daqui também surge a ideia de intervenção penal mínima do estado, visando apenas a proteção da liberdade dos indivíduos, do arbítrio. Daí que a partir do século XVIII começa a se falar em utilidade das penas, proporcionalidade e sistematização das penas, o que também é analisado por Jeremy Bentham.

Bentham nasceu em 1748, em Londres, em período no qual se iniciava a Revolução Industrial. Adepto da corrente utilitarista da pena dava muita importância à prevenção do crime. Também realizou estudos opondo-se às práticas arbitrárias, obscuras e injustas das instituições legais da Inglaterra. Com as propostas de Bentham desenvolve-se cada vez mais um sistema de vigilância sobre os indivíduos, que Foucault chamou de sociedade disciplinar, em seu livro *A verdade e as formas jurídicas*.²³

Para Bentham, uma pena só é eficaz e atinge seus objetivos se for capaz de reparar o mal cometido, prevenir novos delitos e impedir que o réu volte a cometê-los. Para isso, toda pena precisa apresentar qualidades como: economia (capacidade de produzir o efeito que se pretende com o menor sofrimento ao réu, ou seja, apenas o necessário), certeza (pois todos que passam por uma mesma pena devem senti-la da mesma forma), divisibilidade (susceptível de maior ou menor grau de intensidade ou duração), analogia entre castigo e crime, comensurabilidade (pois devem ser comensuráveis entre si, permitindo comparações), severidade (que, na verdade, significa que a pena deve ser mais sensível, mais potente, na menor parcela de tempo possível), deve ser ainda exemplar (aparente, que intimide o réu e o público), reparável (podendo ser revogada), popular (pois não devem ser odiosas publicamente), exata (que respeite claramente todos os itens que se compõe, ou seja, deve ser

²² BENTHAM, 1974 apud BICUDO, op. cit., p. 96.

²³ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Ed. Nau, 2002, p. 79-102.

aplicada conforme a lei determina, não sendo possível diferentes interpretações de seu conteúdo pelo juiz) e clara (passível de ser compreendida por qualquer pessoa).²⁴

Assim como Beccaria, Bentham também acredita que quanto mais curta e severa a pena, melhor eficácia ela terá, pois permitirá que os homens relacionem as idéias do crime e do castigo. Beccaria acreditava que quando mais curto o tempo que decorre entre o delito e a pena, mais estreita e durável no espírito humano é a associação dessas duas idéias, de modo que o réu, imediatamente, associe um ao outro e, imperceptivelmente, considera um como causa e outra como efeito necessário e indefectível. A demora faz com que as duas idéias se dissociem; e a pena se torna mais um espetáculo que um castigo, pois a sociedade esquece o horror do delito em particular.

Nesse contexto, a crise do feudalismo e as dificuldades crescentes da agricultura no século XV estão entre as principais causas de evolução da prisão moderna, pois tiveram como consequência o surgimento de contingentes de prostitutas, vagabundos e mendigos devido à miséria que tomou conta das cidades com a devastação, inclusive, das guerras. Entre os séculos XVI e XVII surge uma modalidade de prisão denominada Casa de Correção, criada com a finalidade de segregar esse contingente excedente de pessoas e submetê-las a uma reforma, que consistia em uma disciplina rígida, com trabalho, instrução religiosa e castigos, para a manutenção da disciplina.

Esse pensamento está presente na obra de Bentham, que acreditava que a depravação desses contingentes inferiores está na ociosidade, no descomedimento e nas relações viciosas, as quais devem ser remediadas com educação moral, religiosa e trabalho. Sua proposta para esse modelo de prisão foi chamado de *Panopticon*, um modelo que permitia que os presos fossem classificados e separados, de modo que os mais viciosos não interferissem no estado de reforma dos menos viciosos.²⁵

Para isso, Bentham sugeriu três gêneros de prisão que se diferenciavam de acordo com o tipo de preso, a finalidade da correção e o tipo de arquitetura do local da prisão. A primeira espécie de prisão, criada especificamente para as pessoas que deviam dinheiro, era denominada casa de *segurança ou custódia*; não envolviam crime ou defeitos e apresentavam paredes caiadas, como em hospitais e escolas, para que não lhe fosse associada a ideia de tratamento. A segunda espécie de prisão foi chamada de *casa de correção*, para aqueles condenados à prisão por um determinado período de tempo; apresentavam paredes sombrias

²⁴ BENTHAM, Jeremy. **Teoria das punições legais**. Tradução clássica revisada. São Paulo: Livr. E Ed. Logos, sem data. p. 30-35.

²⁵ BICUDO, op. cit., p. 103.

para que lhe fosse associada a ideia negativa de crime e positiva de reforma do delinqüente. E a última espécie era denominada prisão escura, criada para aqueles condenados à prisão perpétua; apresentavam paredes escuras, negras, com emblemas do crime, perversos, de forma que inspirassem o terror.²⁶

A finalidade de reforma do réu, portanto, é a característica principal do estudo de Bentham, a qual, para ele, se dava através de estudo e trabalho, que criavam na mente do condenado costumes opostos às inclinações criminosas e transformavam o preso em mão de obra útil à comunidade industrial em ascensão. Essa reforma, para que fosse efetuada com êxito, exigia vigilância constante do réu. Por isso, a inspeção no *Panopticon* era contínua, e sua estrutura era de um edifício circular ou polígono radial, com um quarto no centro onde ficava o inspetor, que lhe permitia ver todos os presos e verificar se estavam cumprindo o que lhes fora determinado para sua reforma.²⁷ O condenado era visto e observado todo o tempo, anonimamente, não havendo possibilidade de planejar novos crimes sem ser pego, evadir-se, sofrer violências, roubos, ou más influências e contágios. Referido sistema foi aprovado na Inglaterra, mas, mesmo com a determinação do Parlamento para sua construção, nada foi feito. Ainda assim, sua influência foi notória, pois as prisões radiais povoaram o mundo todo.²⁸

Essa forma de punição proposta por Bentham tem como foco o aprisionamento, o que favorece aquilo que David Garland chama de cultura de controle criminal, em sua obra *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*, em que a aplicação da lei penal se baseia, principalmente, no aprisionamento, o que vem ocorrendo, por exemplo, no sistema penitenciário norte-americano²⁹ e no brasileiro.³⁰

Essa política criminal gera distorções, destaca Garland, pois faz do encarceramento apenas uma forma de controle social da pobreza e de problemas raciais e simples retribuição pelo crime cometido, e não como forma de reforma do réu. Exemplo disso, aponta, é a população carcerária americana, que entre 1972 e 1992 só aumentou, e hoje alcança o número de dois milhões de pessoas, enquanto as taxas criminais mantiveram o mesmo índice ao invés de diminuírem.

Ao longo da história, desenvolveram-se três sistemas norteadores da execução das penas privativas de liberdade: A) Sistema da Filadélfia ou sistema celular (belga ou

²⁶ BICUDO, op. cit., p. 102.

²⁷ BENTHAM, op. cit., p. 106.

²⁸ OLIVEIRA, op. cit., p. 55.

²⁹ BICUDO, op. cit., p. 107.

³⁰ Ibid., p. 107.

pensilvânico), no qual o condenado cumpria a pena integralmente na cela, sem nunca sair; B) Sistema de Auburn ou Auburniano (*silent system*), no qual o preso trabalhava durante o dia e se recolhia à cela durante a noite, sem, contudo, poder se comunicar com qualquer pessoa; C) Sistema progressivo ou Inglês (também chamado de Irlandês), nascido no séc. XX, por meio do qual o preso iniciava o cumprimento da pena isolado em uma cela, nas piores condições, passando, após determinado período de tempo, para uma segunda fase de prestação de trabalho comunitário, recolhendo-se à cela apenas durante a noite. Em seguida, passava ao regime aberto e, por último, tinha direito à liberdade condicional. No Brasil, adota-se o regime progressivo irlandês, que será analisado adiante.

3.1 Por que punir hoje?

Feito um estudo das principais teorias que fundamentam o direito penal, passa-se a uma análise das teorias modernas. É sob a ótica utilitarista que se funda o Direito Penal da época moderna, com a busca por leis claras e simples, anterior ao delito, que reformem e sejam exemplares aos demais, que assegurem os membros da sociedade contra o Estado arbitrário. Entretanto, à medida que a sociedade global se torna cada vez mais complexa, o Direito Penal não é suficiente para manter a saudável ligação entre o sistema punitivo, a ideologia da segurança do cidadão e o poder do Estado, que enfraquece com o passar do tempo. Presenciamos, atualmente, a impotência do Direito quanto à sua capacidade de produzir normas para as novas questões impostas pela globalização.

Para se entender o Direito Penal e os fundamentos da punição na atualidade é necessário estudar os significados sociais e políticos da globalização e da sociedade de risco. Do ponto de vista econômico, a globalização possibilita o desenvolvimento da atividade criminosa em âmbito mundial, como o narcotráfico, o tráfico de armas, de pessoas, órgãos e lixo tóxico, atividades altamente rentáveis.

A fase atual da globalização é marcada pela ampliação geográfica, crescente interação do mercado mundial, conexão global dos mercados financeiros, crescimento do poder das companhias transnacionais, a ininterrupta revolução da tecnologia de informação e comunicação, a pressão por direitos humanos, a iconização de símbolos da indústria cultural global, os conflitos transculturais, etc.³¹ E, grandes são os problemas trazidos pela globalização, tais como o aumento da pobreza, a destruição ambiental mundial, o aumento dos

³¹ BECK, Ulrich. **O que é globalização: equívocos do globalismo. Respostas à globalização.** São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 31.

excluídos e o capital sem trabalho. Hoje, o que se vê em todo o globo, principalmente com as crises econômicas atuais, é um cenário de segundo mundo, do proletariado, dos pobres. Há alguns anos, os ricos necessitavam dos pobres, do consumo, agora não mais, pelo menos não na mesma proporção. Perdeu-se, na era atual, o nexos necessário entre a pobreza e a riqueza, não havendo mais aquela relação de dependência, desfazendo-se, portanto, o vínculo de solidariedade. Desaparecem cada vez mais as relações de dependência e compaixão nessa “*terra de ninguém da sociedade mundial*”.³²

A divisão do trabalho sofre grande influência pela atual situação da globalização, pois os indivíduos que não possuem trabalho são excluídos do espaço social, uma vez que perdem o direito ao consumo, à segurança, à saúde, à escolaridade. O que não perdem são suas obrigações impostas pelo sistema jurídico, principalmente, o penal, já que pequenas infrações são, muitas vezes, punidas rigorosamente a fim de se manter a ordem social.

Nesse ínterim, surgem novas figuras que propõem a flexibilização do Direito Penal clássico, a fim de que se torne menos garantístico, com punições menos intensas do que as tradicionais, mais orientado à prevenção do que à reprovação pessoal ou imposição de penas privativas de liberdade. Esse fenômeno é denominado de administrativização do Direito Penal. Nesse aspecto, importante tomar cuidado para não se colocar em risco os próprios fundamentos da punição. À vista disso é fundamental definirem-se os novos fundamentos do por que punir no modelo penal da modernidade. Por consequência, fundamentais os estudos e apontamentos de Luigi Ferrajoli e Claus Roxin.

Luigi Ferrajoli, jurista italiano, juspositivista crítico, nasceu no ano de 1940, em Florença. Foi Juiz de Direito, professor de Filosofia do Direito e de Teoria Geral do Direito. Em 1980 publicou sua obra *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal* (tradução), na qual propõe um modelo de Direito Penal garantista, em que todos os direitos fundamentais conquistados ao longo da história e positivados em documentos internacionais exercem um papel de limitação do poder punitivo estatal, bem como fornecem os fundamentos da punição do Estado Democrático de Direito.³³ São direitos fundamentais aqueles direitos subjetivos de determinado ordenamento que são universalmente atribuídos a todas as pessoas, são indisponíveis, inalienáveis e provenientes de estatutos de regras gerais e abstratas. Ferrajoli apostou alto e procurou elaborar uma teoria base do Estado de direito fundamentada na defesa da tutela da liberdade do indivíduo, com vistas ao fim do exercício arbitrário do poder.

³²BECK, Ulrich. **O que é globalização:** equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 107-110.

³³BICUDO, op. cit., p. 135

É, portanto, um modelo normativo, racional, de dever ser, com caráter positivo que privilegia a separação entre Direito e Moral, retomando o que já havia sido analisado por Bentham e Beccaria, estendendo, ainda, essa separação para a execução da pena, não concordando com nenhum valor moral ou ético na punição, diferentemente de Bentham, que acreditava ter a pena uma finalidade moral: a reforma do réu, com a prática de exercícios morais, religiosos, assim como educação e trabalho.

Os axiomas de sua teoria expressam proposições prescritivas de condutas e enunciam as condições que um sistema penal deve satisfazer em adesão aos seus princípios normativos e parâmetros de justificação externa. O modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal é garantido por dez axiomas, dez princípios que já foram incorporados nas constituições e codificações dos ordenamentos jurídicos modernos (nada impede, porém, que o modelo possa ser aperfeiçoado e lhe sejam acrescentadas novas garantias):

- 1) princípio da *retributividade* ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;
- 2) princípio da *legalidade*, no sentido lato ou no sentido estrito;
- 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal;
- 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento;
- 5) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação;
- 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal;
- 7) princípio da *jurisdicionariedade*, também no sentido lato ou no sentido estrito;
- 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação;
- 9) princípio do *ônus da prova* ou da verificação;
- 10) princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade.³⁴

Dentre esses, o princípio da legalidade estrita funciona como um modelo regulador, ou seja, exige todas as outras garantias como condições necessárias da legalidade penal, pois garante a sujeição do juiz somente à lei, reduzindo a discricionariedade. Esses dez princípios funcionam como garantias dos cidadãos contra o arbítrio ou o erro penal, não sendo possível admitir em um sistema garantista a

imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.³⁵

Os modelos autoritários caracterizam-se pela ausência de um ou alguns dos limites à intervenção punitiva estatal. Dois extremos onde se tem, de um lado, o modelo identificado no Estado de Direito e, do outro, o modelo identificado no Estado Absoluto ou autoritário. Dois extremos denominados pelo autor de “direito penal mínimo” e “direito penal máximo”. O direito penal mínimo é condicionado e limitado, caracterizando-se pela previsibilidade das condenações e garantindo o grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos em face do

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. 3. ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 91.

³⁵ Ibid., p. 101.

arbítrio punitivo, representando um ideal de racionalidade e de certeza, ou seja, sempre que forem incertos e indeterminados os pressupostos da responsabilidade penal, esta deverá ser excluída. Apenas em poucas situações específicas haverá casos de discricionariedade, a qual será direcionada a fim de se excluir ou reduzir a intervenção penal sempre que não for motivada por argumentos seguros.³⁶ A certeza perseguida pelo direito penal mínimo consiste em não punir nenhum inocente, mesmo que algum culpado fique impune por um equívoco.

Ao contrário, o direito penal máximo é incondicionado e ilimitado, caracterizando-se pela incerteza e imprevisibilidade das condenações, utilizando-se do substancialismo penal e da inquisição processual e dependendo de uma suposta sabedoria e equidade dos juízes. A única certeza deste modelo é a de que nenhum culpado deve ficar impune, “à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido.”³⁷ O modelo não se preocupa em estabelecer as condições necessárias para uma condenação, mas apenas aquelas suficientes para a condenação, bem como as necessárias para a absolvição.

O problema da justificação da pena é um problema clássico que há muito vem sendo estudado. Surgiram, ao longo da história, várias respostas à pergunta *por que punir?*, as respostas positivas, que são apresentadas pelas doutrinas justificacionistas, e as negativas, apresentadas pelas doutrinas abolicionistas, de acordo com a agrupação feita por Ferrajoli.³⁸

As teorias abolicionistas mais radicais não reconhecem nenhuma justificação no direito penal e almejam sua eliminação, deixando a cargo de uma moral superior o controle social. Já as teorias justificacionistas distinguem uma função irrenunciável ao direito penal e podem ser divididas em duas categorias, as teorias absolutas, que concebem a pena como um fim em si mesma, de castigo, reparação, retribuição ao crime; e as teorias relativas, que são, em verdade, as utilitaristas, ou seja, concebem a pena como meio para a realização do fim utilitário de prevenção de novos delitos.

As teorias justificacionistas ou retributivas da pena foram marcadas pelos estudos de Kant e Hegel. Atingindo seus ápices no século XIX, pós-iluminismo, a tese de origem kantiana afirmava que a pena é uma retribuição ética, justificada pelo valor moral da lei penal violada e, conseqüentemente, do castigo que deve ser imposto ao culpado; enquanto que a tese de origem hegeliana sustentava que a pena é uma retribuição jurídica, “*justificada pela necessidade de restaurar o direito por meio da violência, em sentido contrário, que*

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. 3. ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 102.

³⁷ Ibid., p. 103.

³⁸ Ibid., p. 230.

restabeleça o ordenamento legal violado”.³⁹ Em oposição, Ferrajoli acreditava que ambas as teorias não se sustentavam, pois a retribuição, a reparação ou a reintegração são características comuns aos ilícitos civis e esse tipo de vingança espiritualizada, de troca do mal com o mal, acaba não sendo capaz de justificar os sofrimentos impostos pela pena.

Por outro lado as doutrinas justificacionistas utilitaristas concebiam a pena como meio, em vez de como fim ou valor, ou seja, a pena devia perseguir utilidades futuras, como a *emendatio* do réu e a prevenção de novos delitos. Diversos autores, como Beccaria e Bentham, afirmavam unissonamente, que as penas eram preços necessários para se impedir males piores, e não forma de vingança. E, sempre, as concepções utilitaristas eram acompanhadas por alguns princípios garantistas, como a estreita legalidade, a ofensividade, a resposta da pena ao delito, a jurisdicionalização, etc.

As finalidades mais comuns indicadas pelo utilitarismo definiram quatro tipos de doutrinas utilitaristas:

aa) doutrinas da *prevenção especial positiva* ou da correção, que conferem à pena a função positiva de corrigir o réu; ab) doutrinas da *prevenção especial negativa* ou da incapacitação, que lhe dão a função negativa de eliminar ou, pelo menos, neutralizar o réu; ba) doutrinas da *prevenção geral positiva ou da integração*, que lhe atribuem a função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída; bb) doutrinas da *prevenção geral negativa ou da intimidação*, que lhe conferem a função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça que a mesma constitui.⁴⁰

Entretanto, o caráter pedagógico ou ressocializante da pena sustentado por essas doutrinas não podem ser realizados. A experiência secular e dolorosa demonstra que não existem penas de caráter terapêutico, e, ao contrário, o cárcere é criminógeno, posto que repressão e educação não são compatíveis. Além disso, essa finalidade coativa de correção é moralmente inaceitável, um vez que viola o primeiro direito dos homens, o de ser ele próprio e permanecer como é. Sendo assim, a única coisa que se pode esperar do cárcere é que seja o mínimo possível repressivo.

Nesse sentido, pode-se dizer que a história do direito penal e da pena foi pautada em uma longa luta contra a vingança, a fim de solucionar e prevenir os desejos de retaliação privada. Após análise de diversas doutrinas utilitaristas, Ferrajoli chega à conclusão de que o direito penal tem, em verdade, uma dupla função preventiva, “*a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias e desmedidas*”⁴¹. Essas funções servirão de base para elaboração do princípio da proporcionalidade no Sistema Penal Garantista, a fim de que a

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. 3. ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 237.

⁴⁰ Ibid., p. 245.

⁴¹ Ibid., p. 310.

punição seja proporcional ao delito, cumprindo seu objetivo sem acentuar as desigualdades sociais existentes na sociedade.⁴²

Tais objetivos são conflitantes, porquanto trazidos pelas duas partes do processo penal, a acusação interessa-se pela prevenção e punição dos delitos e minimização da violência na sociedade, mas a defesa interessa-se pela prevenção das penas arbitrárias. Dessa forma, o direito penal se mostra, politicamente, como instrumento de tutela dos direitos fundamentais, principalmente, porque visa proteger os direitos do mais fraco contra a violência arbitrária do mais forte e bens jurídicos, cuja ofensa não se justifica nem com delitos nem com punições.

Essa legitimidade do direito penal imposta pela lei de punir e tutelar os direitos de todos é garantista, e não democrática, na medida em que Garantismo significa precisamente:

a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, consequentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário.

Ferrajoli, com a formulação de sua teoria garantista, entendia que somente se concebido desta forma o objetivo do direito penal, era possível se chegar a uma adequada doutrina de justificação. Assim, o sistema penal somente se justifica se a soma dos delitos e das punições arbitrárias que este conseguir prevenir for maior à soma das violências produzidas pelos delitos não prevenidos e pelas penas a estes cominadas, ou seja, a pena não deve ter caráter ressocializador ou moral, mas deve ser menor e menos aflitiva se comparada com as demais reações não jurídicas, justificando as garantias do Direito Penal Mínimo. Para isso, portanto, não se justificam meios violentos. É fundamental perceber que a formalização das penas garantem respeito à pessoa e assegura-lhe a liberdade, ou falsa liberdade, de delinquir ou respeitar as leis, diferente do que ocorre nos controles sociais morais.

No século XVIII, estudos como o de John Howard já demonstravam as condições sub-humanas a que se submetiam os condenados na Inglaterra, na Escócia e outros países da Europa, onde as prisões já sofriam o problema da superlotação, o que era a principal causa da falta de condições de higiene e salubridade, violência das autoridades com os presos e vice-versa, entre outros. Cada vez mais se notava a real função dessas instituições: disseminar doenças e violência, não se prestando para reprimir o delito cometido, dissuadir o condenado

⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. 3. ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 149.

a cometer novo delito, bem como dissuadir terceiros da conduta criminosa, reparar o dano causado pelo crime e tornar o delinqüente útil à sociedade, na medida em que deveria aprender novo ofício e receber educação moral e religiosa.⁴³

Presentemente, a situação carcerária mundial não está tão diferente daquela retratada no século XVIII. Cada vez mais a dignidade humana é desrespeitada durante o cumprimento da pena privativa de liberdade, apontando indícios de que essa forma de execução não é adequada e não respeita os direitos fundamentais do homem, produzindo, dessa forma, efeitos contrários à reeducação e reinserção do condenado à sociedade, além de manter e proliferar a marginalização.⁴⁴

Nessa mesma linha de raciocínio, Ferrajoli afirma que, mesmo que o sistema penitenciário passasse a respeitar a dignidade humana do condenado e permitisse que o preso construísse uma nova história de vida por meio do estudo e do trabalho, não se poderia assegurar que isso seria suficiente para impedir a função perversa e criminógena dos cárceres, local de reprodução das desigualdades sociais e da violência. Por isso, Ferrajoli apóia a abolição da pena privativa de liberdade, assim como a redução quantitativa da intervenção penal, embora acredite ser improvável a extinção do direito penal, mesmo em uma sociedade utópica na qual a delinquência não mais exista.

Afirma, ainda, que as condições de vida dentro do cárcere devem ser as menos aflitivas possíveis, com trabalho facultativo, atividades recreativas e culturais, colóquios, encontros conjugais, permissões e licenças em direitos iguais para todos os condenados. Apesar da excelência teórica, a prática não funcionaria. Isso porque, em primeiro lugar, como já foi dito, a prisão poderia não abandonar sua função criminógena, e, em segundo lugar, a prisão seria muito mais atraente para as classes mais baixas, os excluídos da sociedade, do que a dura realidade social. Se pegarmos como exemplo o afirmado por Bentham, que a maioria dos criminosos são provenientes dos contingentes inferiores da sociedade, excluídos do convívio social e dedicados à ociosidade e à mendicância, a garantia da humanidade, da segurança, a presença de espaços de liberdade, sociabilidade, trabalho facultativo, entre outros, seriam opções muito mais cômodas para os criminosos do que a realidade social, onde todos precisam trabalhar para se manterem. No Brasil, então, com o triste período que a sociedade vem passando, de crise, corrupção, superinflação, desvalorização dos trabalhadores

⁴³FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. 3. ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 150

⁴⁴ Ibid., p. 150.

e servidores, entre outros, a prisão seria um ambiente muito mais agradável para essas pessoas, e o fundamento da punição perderia seu sentido novamente.

Para alguns autores como Silva Sánchez, em sua obra '*La expansion del derecho penal: aspectos de La política criminal em las sociedades portindustriales*', o Direito Penal, atualmente, possui duas faces, a primeira reflete o sistema clássico, com a defesa e manutenção de direitos fundamentais e garantias penais e processuais penais, e a segunda reflete a flexibilização dessas garantias, com a finalidade de resolver os novos conflitos que surgem na sociedade de risco e globalizada, ou seja, um Direito Penal que atue de forma funcional na resolução desses conflitos, não perturbando o funcionamento da sociedade. Esse modelo de Direito Penal funcionalista foi analisado e aprofundado, principalmente, por Claus Roxin, teórico do direito penal contemporâneo.⁴⁵

Claus Roxin nasceu em Hamburgo, na Alemanha, em 1931. Foi professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e Teoria Geral do Direito. Preocupado com a finalidade do Direito Penal de formular regras para a convivência pacífica dos cidadãos em sociedade, formulou A Teoria do Sistema Racional-final ou Teleológica (funcional) do Direito, que se baseou em dois pontos principais:

O Direito Penal como instrumento de proteção dos riscos intoleráveis à convivência social pacífica e harmoniosa, e a punição como resposta a um comportamento pela lei penal, desde que essa punição consiga atingir as suas finalidades. Essas finalidades são constituídas pela prevenção geral de delitos para terceiros respeitadores da lei e pela prevenção especial para quem cometeu o delito, a fim de que não venham a cometer outros.⁴⁶

Dessa forma, Roxin acaba retomando um dos fundamentos da punição postos por Beccaria e Bentham: a segurança da sociedade. E ainda propõe a prevenção geral, em relação a terceiros, e a prevenção especial, em relação àquele que praticou o delito, como sendo funções preventivas da punição. Já que o Estado não é um tutor moral dos cidadãos, o combate ao crime e o objetivo do Direito deve ser a prevenção.

A preocupação de Roxin estava na minimização do Direito Penal e na flexibilização da punição, ou seja, as penas privativas de liberdade só deveriam ser aplicadas se necessárias para a concretização dos objetivos gerais e especiais, em *última ratio*. Conclui em sua obra que:

Em uma sociedade liberal e ordenada segundo o modelo de Estado de Direito, o Direito Penal mais adequado à luta contra o delito não é o Direito Penal da retribuição segundo a culpabilidade, nem um puro Direito Penal da prevenção, mas uma síntese de ambos. Não se pode jamais punir se não houver necessidade de prevenção, mas

⁴⁵ SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria apud BICUDO, op. cit., p. 153.

⁴⁶ BICUDO, op. cit., p. 163.

também a pena somente pode ser aplicada nos limites da necessidade e do escopo da prevenção.⁴⁷

Percebe-se que o panorama do séc. XVIII representa o marco inicial de construção de um sistema no Direito Penal baseado em normas laicas, formais e abstratas, com a finalidade de controlar conflitos sociais e tornar a sociedade pacífica. A primeira metade do séc. XIX representa a reformulação da ideia de pena, com a valorização do indivíduo e a formação do postulado da utilidade social da pena como instrumento de combate ao crime, além do desenvolvimento da teoria tripartida do crime. Já a segunda metade é ilustrada pela aparição de novas modalidades de crimes e altas taxas de reincidência. Foi quando se percebeu que a reforma penal não acabou com a criminalidade, como se esperava.

O começo do séc. XX é marcado pela ideia de ressocialização do condenado e pela exaustão dos sistemas carcerários, com a superlotação dos presídios e altas taxas de reincidência. O final do séc. XX e início do XXI representam um limite do papel do Direito Penal frente aos novos conflitos da sociedade contemporânea, uma sociedade globalizada e de risco, como foi tratada por alguns estudiosos.

⁴⁷ ROXIN, Claus apud BICUDO, op. cit., p. 175

4 SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

O Brasil, na maior parte de sua história, foi bastante influenciado por ditames de outras nações. Recebeu muita influência da legislação portuguesa, especialmente das ordenações Filipinas, e, por essa razão, eram utilizadas penas extremamente cruéis, de tortura, açoite, morte, além de oferecerem tratamento diferenciado ao delinqüente conforme o sexo e a posição social. Somente no período colonial passou-se a utilizar o encarceramento como forma de armazenar detentos, sem que, ainda, fosse implementado um regime punitivo em que se buscasse a reforma dos delinquentes, e sem que as penas corporais deixassem de ser utilizadas, principalmente, durante o período da escravidão.⁴⁸

Nesse passo, conclui-se que o Brasil não possuía um sistema carcerário, e que as cadeias existiam tão somente para assegurar a aplicação da verdadeira penalidade. Era o lugar onde os delinquentes aguardavam a execução. A prisão, portanto, era sinônimo de violência e descaso, e nunca recebia os cuidados de que precisava o que, coincidentemente, não é muito diferente da realidade atual.

Somente em 1824, sob influência do movimento Iluminista, foi outorgada a primeira constituição brasileira, que assegurava alguns direitos individuais, embora mantivesse a escravidão. Em 1830 entrou em vigor o Código Criminal do Império, que trouxe a pena de prisão como forma de punição. Em tese, aos libertos e livres, caberia a pena de prisão, com os ideais de custódia segura, reforma e castigo, enquanto que, aos escravos, caberia ainda a pena dos açoites e morte, verdadeiros suplícios.

Concomitante com a onda de construção de casas de correção aumentavam os movimentos em prol da abolição da escravatura. Após a libertação dos escravos, as muralhas da prisão escondiam “ex-escravos”. A prisão continuava assegurando a escravidão, mas de forma disfarçada e legal.

Em 1890, período republicano, foi elaborado novo Código Criminal, com idéias ainda predominantemente racistas, no qual a prisão era a principal forma de punição. Trazia a prisão disciplinar, o trabalho obrigatório, criação de estabelecimentos agrícolas, reclusão em fortalezas e prisão celular. O Código Penal Republicano ainda marginalizava os imigrantes, as prostitutas, os vadios, os ébrios e, claro, os afrodescendentes, eleitos para ocupar as vagas do sistema carcerário.

⁴⁸ SILVA, Dinis Carla B. da. **A HISTÓRIA DA PENA DE PRISÃO**. Disponível em: <http://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-historia-pena-prisao.htm#capitulo_5>. Acesso em 15 de setembro de 2016.

Era clara a necessidade de reforma da legislação e adoção de um sistema progressivo, ou irlandês, formado sob a ideia de restabelecer gradualmente o equilíbrio e a moral do condenado, reintegrando-o à sociedade civil. Em 1891, a Constituição da República trouxe em seu texto a função ressocializadora da prisão, que não deixou de constar nas próximas Cartas. Na década de 30 a prisão começou a declinar, pois o sistema já sofria os problemas da superlotação e da reincidência. Já se percebia que a prisão era um ambiente reprodutor da delinquência. Em 1940 passou a vigorar o novo Código Penal, que se apresentou com o objetivo de estimular a regeneração do condenado. Conquanto tenha sofrido diversas modificações, vige até os dias de hoje.

Nesse passo, os objetivos da execução penal são os de efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (art. 1º, Lei 7.210/84). Em outra análise, a finalidade da execução penal é concretizar os fins da pena, que, por sua vez, é punir o condenado pelo mal causado, impedir que as outras pessoas pratiquem crimes (prevenção geral negativa), reafirmar nas outras pessoas a convicção de que a lei penal está em vigor e deve ser cumprida (prevenção geral positiva), impedir a reincidência (prevenção especial negativa) e ressocializar o agente (prevenção especial positiva).

Além do sistema panótico, abordado no capítulo anterior, o Brasil, na elaboração do novo Código, como já se afirmou, recebeu influências do sistema progressivo irlandês, que continha um período de preparação para a vida livre. O sistema irlandês adotava uma forma de progressão de regime, ou seja, transferiam os detentos para prisões intermediárias, com um regime de vigilância mais suave, sem a necessidade do uso de uniforme, com permissão para conversar, ir a determinados lugares e trabalhar no campo, tudo como meio de preparar o condenado para o retorno à sociedade.⁴⁹

O Código Penal Brasileiro também adotou um sistema progressivo dividido em quatro períodos. Em um primeiro momento, o condenado é observado por três meses. Após, é submetido ao trabalho, devendo ainda manter-se no isolamento no período da noite. Num terceiro período o detento vai para um estabelecimento semi-aberto, ou colônia agrícola, e, por último, é concedida a liberdade condicional.

Para os crimes punidos com pena de reclusão, são quatro os regimes de cumprimento de pena que podem ser adotados. Para penas maiores que 8 anos, regime inicial fechado; maior que 4 e menor ou igual a 8, sendo o condenado reincidente, fechado, e não sendo

⁴⁹ OLIVEIRA, op. cit., p. 61.

reincidente, semi-aberto; igual ou menor que 4 anos, sendo o condenado reincidente e desfavoráveis as circunstâncias judiciais, fechado, e não sendo reincidente, aberto. Para os crimes punidos com pena de detenção, são três os regimes de cumprimento de pena. Para penas superiores a 4 anos, regime inicial fechado; menor ou igual a 4 anos, sendo o condenado reincidente, semi-aberto, e não sendo reincidente, aberto.

Estabelecimentos penais são os lugares apropriados para o cumprimento da pena nos regimes fechado, semi-aberto e aberto, bem como para as medidas de segurança. Também são apropriados para abrigar os presos provisórios, separados dos presos condenados.

De acordo com a Lei de Execução Penal (LEP), penitenciária é o presídio que abriga condenados sujeitos à pena de reclusão, em **regime fechado** (art. 87 da LEP⁵⁰), onde deve haver cela individual, com dormitório, aparelho sanitário e lavatório, em local salubre e área mínima de seis metros quadrados (art. 88 da LEP). Devem ficar afastadas do centro urbano, mas não tão distantes a ponto de impedir o acesso de visitas (art. 90 da LEP). Nas penitenciárias femininas, haverá seção para gestante e parturiente, bem como creche para assistir ao menor desamparado cuja responsável esteja presa (art. 89 da LEP).

Existe, ainda, o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), nova espécie de sanção disciplinar instaurada pela Lei 10.792/03, que modificou o artigo 53 da LEP. Ao RDD serão encaminhados os presos que praticarem fato previsto como crime doloso (sem a necessidade de decisão transitada em julgado), considerado falta grave e que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sem prejuízo da sanção penal cabível. Possui duração máxima de 360 dias e consiste no recolhimento do preso em cela individual, com acompanhamento psicológico, direito a visitas semanais de duas horas de duração, de no máximo duas pessoas, sem contar as crianças, e direito de banho de sol de duas horas diárias.

O estabelecimento destinado ao cumprimento de pena no **regime semiaberto** é a chamada colônia agrícola, industrial ou similar (art. 91 da LEP). Os alojamentos devem ser coletivos, mas salubres, sem que haja superlotação. O regime semi-aberto foi adotado em diversos países, e foi importante para tirar um grande número de detentos das prisões. Esse tipo de prisão, porém, enseja grande facilidade de fuga e destina-se, sobretudo, a presos oriundos das zonas rurais, pois aqueles oriundos das cidades não conseguem se adaptar à vida no campo. O art. 33 do Código Penal Brasileiro também determina que a execução da pena no regime semi-aberto deve ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento

⁵⁰BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em 19 de setembro de 2016.

similar.⁵¹ Apenas em 11 capitais os apenados cumprem a pena em colônias (institutos penais ou albergues), nas demais, os detentos cumprem suas penas em penitenciárias comuns, destinadas ao regime fechado, nas casas de albergado, destinadas ao regime aberto, em prisão domiciliar ou até mesmo livre, fazendo uso de tornozeleira eletrônica ou mediante comprovação de trabalho.

Por consequência, o Estado tem sido condenado pela Justiça a pagar multas por não abrir espaços nos albergues, ressarcir condenados que ficam mais tempo do que o necessário no regime fechado, e indenizar parentes de presos mortos nas cadeias. Em 2012 foi iniciada uma ação de execução para cobrar multas do Estado, que chegam aos R\$27 milhões. A decisão judicial visa obrigar o Estado a investir nas cadeias, pois a verba das multas vai, em verdade, para o Fundo Penitenciário Nacional.⁵² Além da falta de vagas, o regime semi-aberto é um fracasso também pela quantidade de fugas. Nos últimos 16 anos (1999 a 2015), levantamento realizado pelo Ministério Público confirma que a cada duas horas um preso do regime semi-aberto foge das casas prisionais no Rio Grande do Sul. Foram, no total, 1.864 fugas do regime fechado, 21.538 fugas do regime aberto e 67.173 do regime semi-aberto.⁵³

Outro grande problema enfrentado pelo semi-aberto são as tornozeleiras eletrônicas. A Secretaria de Segurança Pública investiu no monitoramento eletrônico por meio das tornozeleiras, a fim de controlar os presos à distância, em casa, o que nunca aconteceu, principalmente por motivos financeiros. Em maio deste ano, o Supremo Tribunal Federal determinou que as tornozeleiras poderiam ser usadas nos presos que estivessem cumprindo pena em prisão domiciliar aguardando vagas em albergues, e, na falta do equipamento, ficariam em casa sem monitoramento até que os governantes adquirissem mais tornozeleiras. Atualmente, 284 condenados aguardam em casa, sem nenhum monitoramento. Na prática, a tornozeleira não funciona, pois não se pode controlar os atos dos condenados, apenas sua localização. Portanto, um indivíduo pode estar vendendo drogas, mas, para efeitos de monitoramento, estar cumprindo sua pena corretamente. Além disso, o sinal do equipamento pode ser facilmente bloqueado com papel alumínio. Entretanto, se o condenado comete novo crime durante o regime semi-aberto, ou burla o equipamento, deve ser punido com a regressão

⁵¹ BRASIL, Código Penal. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Art. 33, §1º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 29/2016.

⁵² **REGIME semi-aberto praticamente não existe no Brasil**. Autor desconhecido. Publicada em 29 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI194415,101048-Regime+semiaberto+praticamente+nao+existe+no+Brasil>>. Acesso em 29 de agosto de 2016.

⁵³ COSTA, José Luís; Martins, Cid; Dornelles, Renato; Almeida, Fábio. **Um preso foge a cada duas horas no Rio Grande do Sul**. Publicada em 26 de julho de 2016. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/policia/noticia/2016/07/um-presos-foge-a-cada-duas-horas-no-rio-grande-do-sul-6880282.html>>. Acesso em 29 de agosto de 2016.

para o regime fechado, mas, para que isso aconteça, deve ser capturado. Na prática, nenhuma autoridade sai atrás de presos fugitivos, somente incluem seu nome no banco de dados nacional de fugitivos e aguardam até que ele seja pego em uma blitz ou flagrado cometendo novo crime.⁵⁴

O lugar destinado ao cumprimento da pena em **regime aberto**, bem como para a pena de limitação de fim de semana, chama-se casa de albergado (art. 93 da LEP), que deve situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, sem obstáculos físicos impeditivos da fuga, uma vez que, não só o albergado fica fora o dia todo, trabalhando, como também o regime conta com sua autodisciplina e senso de responsabilidade (art. 36 do Código Penal Brasileiro). O regime aberto poderá ser cumprido em recolhimento domiciliar nos casos do art. 117 da LEP: se o condenado for maior de 70 anos, se acometido por doença grave, se condenada com filho menor ou deficiente físico, ou mental, ou se gestante.

O regime aberto é constituído de um estabelecimento onde os presos se recolhem à noite para dormirem, enquanto trabalham ou estudam fora durante todo o dia. Quanto aos fins de semana e feriados, permanecem nesse estabelecimento, que mais se parece com uma residência simples. Esse tipo de prisão permite que o condenado cumpra sua pena como se estivesse em liberdade, permitindo-lhe trabalhar e estudar.⁵⁵

Em 1977, com a vigência de Lei nº 6.416, o Brasil passou a adotar a prisão aberta ou comunitária, conhecida como prisão albergue. Entretanto, o Estado ainda não construiu os estabelecimentos para instalação dos albergues e nem se preocupou em fornecer recursos humanos e materiais necessários para tal, o que dificulta a aplicação desse regime. Por esse motivo, os juízes são obrigados a substituírem tal medida pela pena de prisão domiciliar.⁵⁶

Após a condenação, o magistrado, levando em conta as condições legalmente previstas, pode determinar a **suspensão condicional** da execução da pena privativa de liberdade (*sursis*), instituto de política criminal por meio do qual o condenado responde pelo crime em liberdade, por determinado período de tempo, devendo revelar bom comportamento e atender às condições impostas, sob pena de cumprimento integral da pena imposta. É um benefício para o condenado, embora seja modalidade de satisfação da pena.

O local destinado ao recolhimento de presos provisórios é denominado cadeia pública, que hoje são centros de detenção, que possui estrutura semelhante a dos presídios e com

⁵⁴ COSTA, José Luís; Martins, Cid; Dornelles, Renato; Almeida, Fábio. **Tornezeleiras eletrônicas, uma tentativa que não vingou no Estado**. Publicada em 26 de julho de 2016. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/policia/noticia/2016/07/tornezeleiras-eletronicas-uma-tentativa-que-nao-vingou-no-estado-6879994.html>>. Acesso em 29 de agosto de 2016.

⁵⁵ OLIVEIRA, op. cit., p. 61.

⁵⁶ Ibid., p. 63

maior número de vagas. E, para abrigo dos inimputáveis ou semi-imputáveis, existem os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, destinados a quem cumpre medida de segurança de internação.

É possível a regressão de regime quando o condenado praticar fato definido como crime doloso ou falta grave durante o cumprimento da pena (art. 118 da LEP), após trânsito em julgado da decisão condenatória (Súmula 526, STJ)⁵⁷, se a decisão for incompatível com o regime em que estiver cumprindo pena. No caso de pena de multa, se esta não for paga, deve ser executada como dívida ativa, mas não pode gerar regressão de regime.

4.1 Do Fundo Penitenciário Nacional

Uma das grandes justificativas para o insucesso do confinamento, quanto aos seus efeitos regenerativos, é a deficiência dos recursos empregados no sistema penitenciário.

O Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) foi criado pela Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, e regulamentado pelo Decreto nº 1.093, de 3 de março de 1994. Tem como finalidade proporcionar recursos e meios de financiar e apoiar projetos de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro, basicamente construção, reforma, ampliação de estabelecimentos penais, manutenção de serviços, compra de material, equipamentos e veículos, implantação de medidas pedagógicas, culturais, trabalho profissionalizantes, dentre outros.

O FUNPEN é formado por recursos advindos das dotações orçamentárias da União, custas judiciais recolhidas em favor da União, arrecadação de concursos de prognósticos (sorteios e loterias federais), recursos confiscados ou provenientes da alienação de bens perdidos em favor da União, multas decorrentes de sentenças penais condenatórias transitadas em julgado, fianças quebradas ou perdidas e rendimentos de seu patrimônio. A manutenção do sistema penitenciário demanda despesas muito altas por parte das Unidades da Federação, que não possuem condições de arcar integralmente com o aprimoramento de seus sistemas prisionais, sendo, portanto, necessária a ajuda do FUNPEN.⁵⁸

É evidente que, 22 anos após a criação do FUNPEN, seus objetivos ainda não foram alcançados, e não foi por falta de verba. Desde sua criação até 2011 o FUNPEN arrecadou por

⁵⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 526**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn=%27000001003%27>>. Acesso em 19 de setembro de 2016.

⁵⁸BRASIL. **Fundo Penitenciário**. Ministério da Justiça e Cidadania. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/arquivos/fundo-penitenciario-1>>. Acesso em 07 de setembro de 2016.

volta de R\$3 bilhões, mas os projetos não são executados. Segundo relatório do Ministério da Justiça, os objetivos não são alcançados devido ao contingenciamento das verbas do fundo. Todos os anos o fundo sofre limitações resultantes de contingenciamentos impostos pelo Executivo, com a intenção de garantir os superávits primários. Os recursos entram e não conseguem sair. De acordo com o Relatório de Gestão do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) de 2005,

o orçamento autorizado para o Fundo Penitenciário em 2005 foi de R\$ 272 milhões, todavia, o limite orçamentário disponível foi de R\$ 162 milhões, após o contingenciamento imposto pelo Decreto n.º 5.379, de 25/02/2005, que dispõe sobre a programação orçamentária e financeira. Cerca de quarenta por cento (40%) do orçamento foi contingenciado, o que prejudicou o alcance das metas físicas previstas nas ações sociais (2698, 2526, 2314 e 2730), principalmente.⁵⁹

Entretanto, o problema não está só na falta de repasse. Entre 2001 e 2013, os recursos previstos no Orçamento Geral da União (OGU) atingiram a marca de R\$6,5 bilhões, embora apenas R\$3 milhões tenham sido utilizados. Segundo dados fornecidos pela Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp), os Estados, Municípios e ONG's não conseguem, sozinhos, gastar toda a verba federal destinada à área de Segurança Pública. Nos últimos anos, o governo federal recebeu de volta R\$135,35 milhões que havia sido repassado aos entes e não foi utilizado. De acordo com Senasp, a devolução decorre do mau uso da verba, de irregularidades no projeto ou não execução, ou, ainda, que o projeto foi executado sem necessitar de todo o dinheiro disponível, hipótese menos provável. Além disso, segundo o supervisor de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário do Conselho Nacional de Justiça, Guilherme Calmon, a má utilização dos recursos também é causada pelo excesso de burocracia e exigências por parte do governo federal para sua liberação, como, por exemplo, possuir um terreno para construção da unidade, ou um projeto arquitetônico.⁶⁰

Percebe-se, portanto, que, em verdade, o Governo não pretende investir no sistema penitenciário, não pretende fazer com que a pena privativa de liberdade funcione. É a partir daí, também, que se faz necessário o investimento em novos projetos e em medidas alternativas às penas privativas de liberdade.

⁵⁹ BRAGA, Mariana. **Justiça não aplica o necessário no sistema penitenciário, pois Fazenda e Planejamento não permitem**. Contas Abertas - 16 de maio de 2006. Disponível em:

<<http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/3373>>. Acesso em 07 de setembro de 2016.

⁶⁰ DA REDAÇÃO. **Fundo Penitenciário completa 20 anos sem atingir suas finalidades**. Contas Abertas - 14 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/7530>>. Acesso em 07 de setembro de 2016.

4.2 Problemas do Sistema Carcerário Brasileiro

O sistema carcerário brasileiro já reunia, em junho de 2014, 607.731 mil detentos, último dado oficial disponível. É a quarta maior população prisional do globo, atrás apenas dos EUA, China e da Rússia. E, em relação ao ritmo de crescimento, a população carcerária brasileira é a segunda que mais cresce, com aumento de 136% de 1995 até 2010, atrás apenas da Indonésia, que subiu 145%⁶¹. Não obstante, o Brasil é recordista mundial em homicídios, com uma margem de 60 mil mortes por ano, embora apenas 12% da população carcerária esteja presa por assassinato. A situação é um dos problemas mais sérios que o Judiciário enfrenta hoje, de acordo com Ricardo Lewandowski, a chamada cultura do encarceramento.⁶² E é claro que hoje esses dados estão aquém da realidade, mas nenhum outro levantamento foi realizado até o momento.

Relatório divulgado pela ONG Human Rights Watch (HRW) em 2015 denunciou o descontrole e a insalubridade dos presídios em Pernambuco, onde se encontram as celas mais superlotadas do país. Segundo dados divulgados pelo Ministério da Justiça em 2014, em Pernambuco, a taxa de ocupação prisional chega a 165%, e, para piorar, 59% dos detentos ainda não foram julgados. Parte do controle das prisões foi entregue aos próprios condenados, que possuem chaves das alas e cobram por colchões, dominam a venda de drogas e controlam a disciplina.

Em Recife, um cela da ala disciplinar do Presídio Agente de Segurança Penitenciário Marcelo Francisco de Araújo contém 6 camas de cimento, mas abriga 60 presos, que ficam sem camisas, devido à alta temperatura e umidade, vivem apertados em meio ao fedor de suor, fezes e mofo. Já na Penitenciária Agro-Industrial São João, em Itamaracá, os presos dormem em corredores e áreas comuns, em cima de mesas, no chão e entre os bancos, isso porque o presídio tem capacidade para comportar 630 presos, mas, na verdade, abriga 2,3 mil detentos. Além disso, os presos apenas recebem água três vezes por dia, durante meia hora, na qual cada um utiliza um balde para reservar água para beber, tomar banho e dar descarga.

⁶¹BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN**. Junho de 2014. Ministério da Justiça, Brasília-DF. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 07 de setembro de 2016.

⁶² BARROCAL, André. **Se cadeia resolvesse, o Brasil seria exemplar**. Carta Capital. publicado em 02 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/838/se-cadeia-resolvesse-4312.html>>. Acesso em 07 de setembro de 2016.

A superlotação não é problema da falta de vagas, mas da falta de gestão do sistema. Em alguns casos, por exemplo, os detentos ficam presos por muito tempo apenas esperando julgamento, ou continuam no regime fechado mesmo estando aptos a progredir de regime.⁶³

O sistema prisional atual é visto como uma sociedade, que faz parte de outra sociedade, mas com atitudes e comportamentos radicalmente alterados. Na prisão não há objetivos definidos, exceto a necessidade de segregação do indivíduo para com a sociedade. A manutenção da ordem interna concentra-se nas mãos de poucos, inclusive dos próprios presos, que se submetem a um verdadeiro regime totalitário. Os conflitos entre funcionários e presos são constantes. É um ambiente difícil, de total desconfiança, esperteza e desonestidade.⁶⁴

Os indivíduos que adentram nesse tipo de sociedade, consequência comum de todas as instituições fechadas, acabam passando por um processo de adaptação que Donald Clemmer chamou de *prisonização*⁶⁵, ou seja, os condenados acabam se adaptando aos condicionamentos sociais intramuros, assimilando os hábitos, costumes e imposições carcerárias, fato este que tem o poder de torná-los pior, pois desorganiza a personalidade, deforma o caráter, degrada o comportamento e faz com que os indivíduos abandonem os padrões de conduta social extramuros.⁶⁶

Donald Clemmer baseou sua obra em seu estudo de 2.400 presos durante três anos na Penitenciária do Estado de Illinois, Estados Unidos, onde trabalhou como sociólogo clínico e desenvolveu a noção de existência de uma cultura e uma sociedade de detentos distintas da sociedade geral. Concluiu que no caso de um preso novo, traumatizado, inexperiente, acaba se transformando na vítima já que os guardas o mantêm sob vigilância e os internos o exploram de todas as formas possíveis. O medo das agressões o leva a se submeter às ameaças, já que denúncias aos superiores de nada adiantam. Prisonizar-se, portanto, é a única solução. Acabará assimilando os padrões da penitenciária, estabelecidos pelos internos mais experientes, menos propensos à reforma, e adquirindo qualificações e atitudes de um criminoso habitual, ou seja, os presos novatos ampliam suas tendências criminosas ao invés de anulá-las ou suavizá-las. As pesquisas de Clemmer se originaram em uma prisão de segurança máxima, mas se aplicam a qualquer tipo de estabelecimento penitenciário.⁶⁷

⁶³ MELLO, Daniel. **Human Rights Match denuncia o caos das prisões em Pernambuco** – 20 de outubro de 2015, São Paulo. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitoshumanos/noticia/2015-10/embargodetentos-tem-chaves-e-controlam-prisoas-de-pernambuco-denuncia>>. Acessado em: 14 de agosto de 2016.

⁶⁴ OLIVEIRA, op. cit., p. 76

⁶⁵ CLEMMER, Donald apud OLIVEIRA, op. cit., p. 77

⁶⁶ OLIVEIRA, op. cit., p. 78.

⁶⁷ CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 47.

Os aspectos negativos da pena privativa de liberdade são inúmeros, a começar pela privação da liberdade, um dos piores sofrimentos que se pode impor a um ser humano, pois representa ruptura compulsória dos laços familiares, distanciamento do lar e da sociedade. Em seguida, os condenados são privados de seus bens, objetos pessoais, que são recolhidos assim que adentram o presídio. Outro aspecto negativo é a privação da autonomia, que retira do indivíduo qualquer possibilidade de escolha ou interesse, faz com que os condenados se subordinem à direção do estabelecimento, aos agentes, às normas, aos horários, às revistas, à hierarquia interna, etc.⁶⁸

Além disso, outro problema enfrentado pelos detentos diariamente é a privação de segurança. Com frequência noticia-se a grande violência e ameaça que ocorrem nas prisões, dando origem, muitas vezes, a rebeliões, motins, fugas e mortes. Não existe prisão sem um líder, reconhecido por todos, cuja autoridade advém do constrangimento físico e moral dos outros presos. São diversas as maneiras do grupo dominante explorar o grupo dominado: transformando-os em suas mulheres, tomando-lhe os bens, forçando-o a carregar peso, a distribuir mercadoria proibida, como drogas e bebidas, etc.

A Casa de Detenção de São Paulo, um dos maiores presídios da história do Brasil, implodida há 11 anos, teve sua história marcada por rebeliões e motins. A última terminou com a morte de 111 detentos pela Polícia Militar em outubro de 1992, de acordo com os dados oficiais. Dados extra-oficiais apontam que esse número chegou a 250. Inaugurada em 1920, com capacidade para 1.200 presos, já excedia sua lotação máxima em 1940. Foi ampliada em 1956, mas, mesmo assim, nas décadas de 70, 80 e 90, com o aumento da criminalidade e falta de investimentos na estrutura prisional, o número de detentos já extrapolava o limite novamente. Conhecida como Carandiru, a prisão passou a ter capacidade para 3.300 detentos. No dia do massacre, 2 de outubro de 1992, contava com mais de 7 mil presos. Após o episódio, acabaram sendo implodidos 5 pavilhões, e os últimos 2 foram transformados em escola técnicas.⁶⁹ O motim teve origem na disputa de maços de cigarro, dívida contraída por um detento na compra de uma porção de maconha.⁷⁰

Em seguida, surgiu no país o que veio a se tornar a maior e mais organizada facção criminosa do Brasil, o PCC (Primeiro Comando da Capital). Criada por 8 presos em 31 de agosto de 1993 no Anexo da Casa de Custódia de Taubaté, a prisão mais segura do Estado de

⁶⁸ CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 80.

⁶⁹ BATISTA, Liz. **Era uma vez em SP... Penitenciária do Carandiru**. 16 de julho de 2015. Disponível em: <<http://acervo.estadao.com.br/noticias/acervo,era-uma-vez-em-sp-penitenciaria-do-carandiru,11257,0.htm>>. Acesso em 22 de agosto de 2016.

⁷⁰ OLIVEIRA, op. cit., p. 85

São Paulo, à época. Tinha como objetivo principal o combate à opressão no sistema prisional paulista e a vingança da morte dos mais de cem presos no massacre do Carandiru. O grupo comanda rebeliões, assaltos, seqüestros, assassinatos e o narcotráfico. Funciona principalmente em São Paulo, mas possui membros espalhados em 22 dos 27 estados brasileiros, além da Bolívia e do Paraguai. É financiada pela venda de drogas, roubos de cargas e assaltos a bancos e faturam cerca de 120 milhões de reais por ano. A pior parte, é que uma organização desse porte funciona dentro dos presídios brasileiros, que, em tese, são monitorados, e cresce cada vez mais.⁷¹

Depois do massacre de Carandiru, o episódio que matou mais detentos desde então ocorreu no dia 02 de janeiro de 2017, no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus/AM. A rebelião foi motivada por uma briga entre duas facções, PCC e Família do Norte (FDN), facção que surgiu no Estado do Amazonas para conter o PCC, e ocasionou a morte de 60 presidiários. Durante a rebelião, os detentos assassinados foram decapitados e vários corpos esquartejados.⁷² Em reação, outra tragédia ocorreu no país no dia 6 de janeiro, quando 30 presos foram mortos na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, em Roraima.⁷³

A imagem típica das prisões atualmente é marcada por rebeliões, superlotação, tortura, conspiração entre policiais e marginais, tráfico de entorpecentes e violência sexual. Uma das piores privações impostas pela prisão é o tolhimento da realização de atos sexuais normais. O homem, principalmente, ao ser ferido em sua masculinidade, tenta aplacar a situação apelando para o homossexualismo, além do onanismo. O ócio e a ausência de exercícios físicos ajudam a aumentar o desejo sexual, tornando o ambiente da prisão propício a todas as baixezas e perversões sexuais possíveis. Muitos autores apontam o homossexualismo, tanto masculino como feminino, como uma das conseqüências da vida prisional, pois é a forma encontrada para aliviar as tensões e frustrações advindas da falta de relações sexuais normais e outras carências da prisão.

Sem dúvida, são muitas as conseqüências de tamanha precariedade, o que demonstra nitidamente o descaso, a discriminação, a violência e a humilhação a que estão sujeitos os indivíduos que pretendem se ressocializar algum dia.

⁷¹ **FACÇÃO Criminosa PCC foi criada em 1993.** Folha de São Paulo. 14 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u121460.shtml>>. Acesso em 07 de setembro de 2016.

⁷² **VIOLÊNCIA: rebelião em Manaus perde apenas para Carandiru em número de mortos.** Migalhas, 3 de janeiro de 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI251244,41046-Violencia+rebeliao+em+Manaus+perde+apenas+para+Carandiru+em+numero+de>>. Acesso em 30 de janeiro de 2017.

⁷³ **MAIS de 30 presos morrem na penitenciária de Roraima.** Migalhas, 6 de janeiro de 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI251425,91041-Mais+de+30+presos+morrem+em+penitenciaria+de+Roraima>>. Acesso em 30 de janeiro de 2017.

Um dos principais problemas enfrentados hoje pelo sistema carcerário de nosso país é a superlotação, bem demonstrada em um dos capítulos da obra *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*, organização de João Marcello de Araujo Junior. A obra reúne as conferências pronunciadas durante o “Colóquio MARC ANCEL”, um encontro internacional fechado que ocorreu no Rio de Janeiro em 1990 e que contou com a participação de especialistas em matéria criminal de dez países estrangeiros e de quase todos os Estados brasileiros, ou seja, reúne as mais modernas tendências mundiais direcionadas à instituição de uma política criminal que, ao mesmo tempo, atenderá às necessidades da segurança social e garantirá os direitos fundamentais do homem.

Uma das conferências do colóquio nos mostra que os regimes de execução das penas privativas de liberdade sofrem hoje a maior crise desde o tempo que foram instituídos, em razão, principalmente, do *déficit* de vagas. A falta de presídios e casas de albergado levam a uma distorção na forma progressiva de execução, ou seja, as etapas de regime semi-aberto e aberto estão sendo sacrificadas, o que leva o condenado ou a continuar em regime fechado, embora tenha direito à progressão, ou a ser dispensado de cumprir o restante da pena. Independente da opção já encontramos aqui o problema da inexecutabilidade do inciso XLVIII, do art. 5º da Constituição, que determina o cumprimento da pena em diferentes estabelecimentos, a depender da natureza do delito ou outras situações, como a idade ou o sexo do condenado. Além desses problemas, as prisões atuais também não respeitam requisitos como a salubridade do ambiente ou a área mínima de seis metros quadrados de cada unidade celular. Esses e outros problemas levam ao desrespeito de diversas normas constitucionais e infraconstitucionais, principalmente no que diz respeito aos direitos humanos.

Outro problema abordado pela obra é o problema da ressocialização. Com a estrutura do sistema carcerário atual, as oportunidades de ressocialização do condenado são mínimas. Alessandro Baratta, especialista presente no colóquio, afirmou que “*no se pueden segregar personas y pretender al mismo tiempo reintegrarlas*”.⁷⁴ Entende-se dessa forma, que é necessária uma reforma do sistema para que os cidadãos recolhidos no cárcere se identifiquem com a sociedade e a sociedade se identifique com tais indivíduos. Se observarmos a população carcerária, a maioria dos detentos são indivíduos marginalizados, excluídos da sociedade ativa, e que, ao saírem das prisões, regressam a uma sociedade marginalizada e

⁷⁴ BARATTA, Alessandro apud ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. (Organizador) **Sistema Penal para o Terceiro Milênio**: atos do Colóquio Marc Ancel – Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 254. “Não se pode segregar pessoas e pretender, ao mesmo tempo, reintegrá-las”.

acabam retornando ao cárcere. Um termo melhor que ressocialização, portanto, seria reintegração, que deve corrigir, sobretudo, a sociedade e as condições de exclusão de determinados grupos sociais.

Nesse sentido, nos deparamos, entretanto, com dois polos de opiniões: um realista, que acredita que, embora o desejo de uma sociedade sem crimes seja nobre e que precisamos continuar lutando pelo progresso, devemos nos manter na defesa das conquistas já alcançadas para não acordarmos de repente em uma sociedade pior que a atual; e outro, idealista, que ainda não concorda com o funcionamento do sistema atual e busca ações como as do Movimento de Política Criminal Alternativa, com ideias de igualdade e fraternidade, reintegração social e substituição das penas privativas de liberdade.

Diante da crise universal dos sistemas penitenciários, atendo-se na busca por alternativas, novas idéias vem surgindo no cenário mundial com o intuito de utilizar penas alternativas à prisão, visando não isolar o condenado nem de seu meio familiar nem da sociedade, que não espera o fim da pena dos encarcerados para se desenvolver.

O professor René Ariel Dotti, autor da obra *Problemas atuais da execução penal*, acredita que a prisão só deve ser utilizada para os ilícitos mais graves, enquanto que nos demais casos devem ser utilizadas medidas alternativas, como a prisão domiciliar, prisão albergue, prisão de final de semana, prisão descontínua, penas limitativas de liberdade, proibição de frequentar determinados lugares, liberdade vigiada, trabalho gratuito em prol da comunidade, suspensão condicional da pena, regime de provas, livramento condicional; penas limitativas de capacidade jurídica, interdições, inabilitações; penas pecuniárias, multa, confisco, indenização ao ofendido, reparação simbólica; providências éticas, admoestação, retratação, perdão judicial, exclusão da jurisdição penal, entre outros. Além disso, deve ser executada a pena de prisão em etapas: regime fechado, semi-aberto e aberto.⁷⁵

O ponto básico de uma reforma do sistema penitenciário é garantir a capacidade de absorver toda a clientela em seus estabelecimentos. Entretanto, isso soaria como uma reforma de fachada e não de substância. Se, ao invés de tentar comportar toda a enorme quantidade de presos, deixar a prisão reservada apenas para os condenados pelos piores crimes, estar-se-ia diante de uma inversão de valores. Augusto Thompson explica:

Se afigura inóquo e ilógico inverter grandes somas no sentido de prover de tratamento humano, de confortáveis acomodações, de requintes terapêuticos, exatamente os criminosos piores, uma vez que, só podendo a cadeia comum transferir parte da carga, irá escolhê-la, inexoravelmente, de acordo com os critérios antes assinalados. O que implicaria numa justiça às avessas: para os piores, o melhor, para os melhores, o pior. E, mais grave ainda, excluiria do tratamento penitenciário os

⁷⁵ OLIVEIRA, op. cit., p. 63.

*infratores menos perigosos, tidos como mais recuperáveis, permitindo que se perdessem, definitivamente, no meio deletério das enxovias policiais, restrito que ficaria seu emprego aos criminosos endurecidos, cuja regeneração, mesmo na opinião dos otimistas defensores da terapia prisional, oferece poucas possibilidades de sucesso.*⁷⁶

Já se afirmou que a grande massa dos presídios é composta por presos de pequena periculosidade, que podem, portanto, permanecer em liberdade sem representar perigo à sociedade. Quase toda a população carcerária é composta por pobres, 85% analfabeta.⁷⁷

Na maioria das prisões brasileiras não há espaço para metade dos presos. As celas superlotadas contêm vasos sanitários que nem sempre possuem descarga. Não há água suficiente para higiene pessoal ou consumo. Os homens acabam se tornando verdadeiros animais, com sua identidade humana violada, sujeito à degradação sexual, e corrompido ao crime e à violência, sem nenhum sentimento que os impeça de voltar a delinquir. Por esse motivo a tendência moderna do direito criminal é reservar a prisão de segurança máxima aos casos de alta e comprovada periculosidade. Fora esses casos, *a prisão constitui um verdadeiro paradoxo social.*⁷⁸

Os mais recentes episódios de massacres nos presídios brasileiros, com facções no comando, demonstram, mais uma vez, que nosso sistema penitenciário é falido. Nem o Estado consegue comandar e controlar suas próprias prisões. É urgente, portanto, que se repense o sistema.

⁷⁶ THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 2. ed – Rio de Janeiro: Forense, 1980. p.102-103.

⁷⁷ Ibid., p. 97.

⁷⁸ Ibid., p. 252.

5 ALTERNATIVAS À CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

O retrato atual da prisão brasileira desafia o sistema de justiça penal, a política criminal e a política de segurança pública. O Estado, como ator de pacificação social, precisa, diante da magnitude do problema, reunir esforços na concretização de soluções e estratégias inteligentes

Nesse contexto, o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) propõe uma política nacional de melhoria dos serviços penais, abrangendo quatro eixos: apoio à gestão dos serviços penais e redução do déficit carcerário; humanização das condições carcerárias e integração social; modernização do sistema penitenciário nacional; alternativas penais e gestão de problemas relacionados ao hiperencarceramento.⁷⁹

Cabe analisar, neste trabalho, todos os eixos de melhoria. A começar do apoio à gestão dos serviços penais e redução do déficit carcerário, a Lei de Execução Penal brasileira, em seu artigo 72, inciso III⁸⁰, atribui ao Depen a responsabilidade de assistir tecnicamente as unidades federativas, ou seja, promover o máximo de proximidade entre o Governo Federal e os Estaduais para que se possam estabelecer boas práticas, a fim de qualificar os estabelecimentos prisionais, aumentar a quantidade de vagas, adequá-los arquitetonicamente e repensar a gestão da política e do cotidiano das unidades. Trata-se de uma solução imediata, “operação tapa buraco”, ou seja, investir financeiramente na construção de novos estabelecimentos e ampliação e melhoria de serviços a fim de que possa acolher mais pessoas.

Essa proposta enfrenta dois grandes problemas, o primeiro relacionado à quantidade de presos, que só aumenta. Todos os dias são expedidos novos mandados de prisão, o que demandaria um trabalho incessante por parte do Governo e o levaria a um círculo vicioso. O segundo problema diz respeito à utilização da verba. Como já foi demonstrado, o dinheiro para a implantação de projetos existe, mas não é bem aproveitado devido ao excesso de burocracia por parte do Governo Federal, o que dificulta sua utilização. Não adianta a verba existir no plano jurídico, e não ser bem gerida e utilizada no plano fático. Melhor seria a diminuição do número de presos, o que demanda projetos para aplicação de medidas alternativas à prisão.

⁷⁹ BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN**. Junho de 2014. Ministério da Justiça, Brasília-DF. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 07 de setembro de 2016.

⁸⁰ BRASIL, **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em 13 de setembro de 2016. *Art. 72. São atribuições do Departamento Penitenciário Nacional: [...] III – Assistir tecnicamente as Unidades Federativas na implementação dos princípios e regras estabelecidos nessa Lei.*

O segundo eixo se refere à humanização das condições carcerárias e integração social. Tais estratégias dependem da implantação de políticas públicas de saúde, educação, trabalho, cultura, esporte, assistência social e acesso à justiça. Para que essas políticas funcionem, é preciso colaboração dos gestores estaduais na busca por serviços direcionados ao ambiente prisional. Trata-se também de solução imediata.

Quanto ao terceiro eixo, relacionado à modernização do sistema penitenciário nacional, este deve ocorrer com investimentos em tecnologia, procedimentos e garantias de segurança, aperfeiçoamento do sistema de dados para monitoramento integrado por parte dos órgãos de fiscalização das condições carcerárias e acompanhamento da execução da pena de cada indivíduo. Também se concretiza como técnica imediata na solução dos problemas.

Por último, e mais importante, a busca por alternativas penais e gestão de problemas relacionados ao hiperencarceramento. Este último eixo precisa, na verdade, ser o foco de toda a atuação governamental. Sem a efetivação de projetos relacionados à busca por alternativas e gestão de problemas, nenhum dos outros eixos precisa ser efetivado, pois são apenas medidas paliativas. É necessária a busca por alternativas mais eficazes que o encarceramento, desafio complexo que depende da integração de todos os órgãos do sistema de justiça criminal. Além disso, é necessária profunda reforma nas políticas sociais, principalmente no sistema educacional. São soluções mediatas, que precisam ser trabalhadas para gerarem resultados a longo prazo, mais eficientes e duradouros.

Apona Ferrajoli que um programa de minimização do direito penal exige a determinação de uma pena mínima necessária, como por exemplo:

A redução das demais penas privativas de liberdade com vistas a sua progressiva superação, a transformação em direitos de todos os benefícios do tratamento concedidos hoje como prêmios (permissões, licenças, comunicações etc.) e, sobretudo, a previsão das atuais medidas alternativas como penas diretamente atribuíveis quando da condenação: por exemplo, a liberdade vigiada, as prisões domiciliares ou a semiliberdade, que poderiam se impor como penas exclusivas para os delitos mais leves, e como penas acessórias, após um breve período de pena privativa de liberdade, para os delitos mais graves.⁸¹

A questão mais difícil na superação da pena privativa de liberdade é a escolha de medidas alternativas para sua substituição. Há uma série de medidas que podem ser utilizadas, que não se tratam de novidades, como a prisão domiciliar, a limitação de fim de semana, a liberdade vigiada, entre outras. Algumas privam parcialmente a liberdade pessoal, como a limitação de fim de semana, ou privam a liberdade de circulação, como a proibição de residir/frequentar determinado local, mas todas, de maneira geral, visam, cada vez menos, o

⁸¹ FERRAJOLI, op. cit., p. 377.

uso e aplicação das penas privativas de liberdade e, cada vez mais, a aplicação de penas restritivas de direitos.

Porém, da forma como tais medidas são utilizadas hoje não se tratam de medidas alternativas efetivamente, porque não excluem a pena privativa de liberdade, mas a integram. Portanto, certo seria elevá-las a penas principais para que, pouco a pouco, as prisões deixassem de ser utilizadas.

De imediato, portanto, podem ser propostas medidas alternativas, não para a pena privativa de liberdade, mas para a crise do sistema penitenciário como um todo, visando, sobretudo, a diminuição da quantidade de pessoas presas e o aumento das chances de reintegração, para posterior diminuição dos índices de reincidência.

O Governo Federal, após os massacres na primeira semana de 2017, elaborou um Plano Nacional de Segurança Pública⁸², cujos principais objetivos são: a redução de homicídios dolosos, feminicídios e violência contra a mulher, racionalização e modernização do sistema penitenciário, combate integrado à criminalidade organizada transnacional, modernização do sistema penitenciário e combate integrado às organizações criminosas, principalmente, relacionadas ao tráfico de drogas e armas. Entre as metas do Plano estão: a atualização completa e detalhada, em tempo real, de todo o sistema penitenciário, até dezembro de 2017 e redução da superlotação em 15%, até 2018. Entretanto, o Plano ainda se encontra em discussão e é objeto de muitas controvérsias, o que impossibilita qualquer análise neste momento.

De modo geral, há outras medidas que podem ser tomadas para a solução da crise no sistema penitenciário:

a) Mutirão de audiências de custódia: Em fevereiro de 2015, o CNJ, juntamente com o Ministério da Justiça e o TJSP, lançou o projeto Audiência de Custódia, que garante a rápida apresentação do preso (24 horas) a um juiz nas situações de prisões em flagrante, a fim de que seja entrevistado. Neste momento também são ouvidos os representantes do Ministério Público, da Defensoria Pública ou o advogado do preso. A intenção é fazer com que o juiz analise a legalidade, eventual ocorrência de irregularidades, e a necessidade da prisão, mantendo-a, concedendo a liberdade ou impondo outras medidas cautelares. A projeto prevê também a implantação de medidas alternativas ao encarceramento provisório, como

⁸² MINISTÉRIO da Justiça e Cidadania. **Plano Nacional de Segurança Pública**. 6 de janeiro de 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/1/art20170106-19.pdf>>. Acesso em 30 de janeiro de 2017.

monitoramento eletrônico, serviço de assistência social, câmaras de mediação a fim de evitar a judicialização do conflito, entre outras.⁸³ Antes disso, no estado de São Paulo, regulamentadas por meio do Provimento Conjunto nº 03/2015, as audiências de custódia já estavam sendo realizadas e, desde então, ocorreu a redução de 45% do número de prisões provisórias do estado.⁸⁴

A implementação dessas audiências de custódia já estava prevista em pactos e tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de Nova York e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Mesmo com previsão supra legal, o direito brasileiro não havia criado condições para que esse direito pudesse ser exercido pelo preso. Apenas um ano depois do lançamento do projeto pelo CNJ é que entrou em vigor a resolução que viria regulamentar as audiências no Poder Judiciário, 01/02/2016. Ainda não há nenhuma lei regulamentando a matéria, mas já existe um projeto de lei tramitando no Congresso (PLS nº 554/11).

O projeto enfrenta problemas quanto ao momento de início da contagem do prazo de 24 horas, pois existem casos de extrema complexidade nos quais a lavratura do auto de prisão em flagrante demanda período superior a esse prazo. Assim, o prazo deve ser contado do flagrante, da prisão, da apresentação ao delegado, da ocorrência ou do ato de lavratura da prisão? Outro problema é a escassez de veículos de transporte e escolta para o transporte do custodiado. Todavia, as audiências de custódia são aliadas importantes para o combate à superpopulação carcerária – pois evita a manutenção de prisões desnecessárias, e à efetivação cada vez maior dos direitos humanos – pois garante o direito do preso.

Em conclusão, um mutirão de audiências de custódia seria uma solução significativa que ocasionaria de imediato a diminuição da quantidade de pessoas presas provisoriamente pela prática de crimes sem violência ou grave ameaça.

b) Instituição do trabalho obrigatório no regime fechado: O governo gasta muito com o sistema carcerário atual, e, por mais que o problema maior seja falta de gestão e desvio dessa verba, existem maneiras de recuperar parte desse dinheiro e, ao mesmo tempo, embutir na mente dos condenados a ideia do trabalho, da vida honesta e investir em futuras melhorias

⁸³**AUDIÊNCIA de Custódia.** Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em 13 de setembro de 2016.

⁸⁴PIMENTA, Luciana. **Audiência de Custódia, o que é e como funciona.** 23 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI239559,41046-Audiencia+de+custodia+o+que+e+e+como+funciona>>. Acesso em 13 de setembro de 2016.

do estabelecimento penitenciário. O trabalho serviria, principalmente, para gerar dinheiro para o sustento do sistema, além de permitir ganho real para os internos.

Por essa razão, uma excelente medida é a instituição do trabalho obrigatório, mesmo no regime fechado. Obras públicas ou serviços gerais em repartição pública, por exemplo, poderiam se utilizar da mão-de-obra prisional. Durante todo o tempo de trabalho os internos escolhidos seriam conduzidos, pela manhã, ao prédio a ser construído/reformado, onde permaneceriam, com pequena escolta, até o fim do dia, quando seriam levados de volta ao presídio. Receberiam remuneração, relativamente, baixa.

Existem estudos que tentam provar que a ociosidade é a causa geral da maior parte dos crimes. Em 1749, na cadeia de Gand, em Alost, dados comprovaram que os presos, em sua maioria, eram vagabundos dedicados à mendicância, ao invés de artesãos ou lavradores.⁸⁵ Por essa razão deve-se pensar em uma prisão que incentive o trabalho, sendo possível, por exemplo, que o condenado abata um dia de sua pena por três de trabalho. Deve ser estabelecida uma disciplina, uma técnica específica de um poder que aceite os indivíduos como objetos e, também, como instrumentos de seu exercício, e que, para isto, crie um sistema operacional que consiga associar a sanção à gratificação, onde o desejo de ser recompensado pela vida sem criminalidade seja maior do que o receio dos castigos, como era na época dos suplicios.

Além disso, o preso, dentro da prisão 24 horas por dia, não traz nenhum benefício para o Estado. Até porque, aquele preso que, antes de ser preso trabalhava e recebia salário, tem direito ao auxílio-reclusão, que é destinado à sua família, aos seus dependentes econômicos (para a concessão do auxílio-reclusão, o condenado deve possuir a qualidade de segurado na data da prisão, estar recluso em regime fechado ou semi-aberto, desde que a execução da pena seja em colônia agrícola, industrial ou similar, e possuir o último salário de contribuição menor que o valor máximo previsto na legislação). Referido benefício é pago com os cofres da previdência. Uma forma de reverter os gastos públicos, portanto, é fazer com que o preso trabalhe, sendo que uma parte do seu salário vai pra sua família, outra parte para a manutenção do estabelecimento prisional e outra parte para uma conta fornecida pelo condenado para que o dinheiro seja retirado ao final do cumprimento da pena. Afinal, ao sair da prisão sem dinheiro e sem patrimônio, até que o ex-presos consiga um emprego e receba seu primeiro salário, como ele vai se manter? As chances de voltar para o mundo do crime já crescem na saída da prisão.

⁸⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 120.

Ademais, a cada três dias de trabalho, um dia de sua pena é abatido. São, portanto, quatro incentivos para o trabalho do interno, a diminuição da pena, o sustento da família, futuras melhorias no estabelecimento penitenciário e formação de uma poupança particular. Assim, o trabalho deve deixar de ser um apêndice do regime e subir para o topo da lista de prioridades do sistema prisional, a ponto de se construirem primeiro fábricas, antes de se cogitar a construção de prisões. Pode-se pensar: Tal medida não é desumana? Não transforma o homem em engrenagem? Ora, o mundo livre não é assim? Não é para ele que se quer adaptar o preso? Quando a sociedade livre modificar seus valores e sua rotina, aí sim será a hora de deixar essa medida de lado e adotar outros postulados.

Urgente é a concretização dessa forma de trabalho e fonte de renda para o condenado e o Estado, principalmente, porque já está prevista na nossa legislação há muitos anos. A exposição de motivos da Lei de Execução Penal, publicada no Diário do Congresso em 29.05.1984 prevê em seus itens 50 e 51:

50. A remuneração obrigatória do trabalho prisional foi introduzida na Lei nº 6.416, de 1977, que estabeleceu também a forma de sua aplicação. O Projeto mantém o texto, ficando assim reproduzindo o elenco das exigências pertinentes dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; na assistência à própria família, segundo a lei civil; em pequenas despesas pessoais; e na constituição de pecúlio, em caderneta de poupança, que lhe será entregue à saída do estabelecimento penal.

51. Acrescentou-se a essas obrigações a previsão do ressarcimento do Estado quanto às despesas de manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores (artigo 28, § 1º e 2º).⁸⁶

Percebe-se que muitos problemas enfrentados hoje não seriam um problema se a Lei de Execução Penal fosse executada.

Experiências assim, realizadas da Suécia, parecem ter oferecido sucesso, sendo, talvez, uma das razões que justifiquem possuir um dos melhores sistemas penitenciários do mundo ocidental. O país optou por uma política de reinserção social na qual uma agência governamental supervisiona os detentos e oferece programas de tratamento para aqueles que não conseguem se livrar das drogas. Além dessa reabilitação, educação e treinamento, o país providencia moradia e emprego para aqueles que saem das prisões. Por esse motivo, hoje, a Suécia fecha prisões por falta de prisioneiros.⁸⁷

Uma outra opção de trabalho que é vantajosa tanto para o sistema carcerário como para o detento, e que tem surtido efeitos na diminuição da reincidência é o trabalho de plantio

⁸⁶ BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Exposição de Motivos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2017.

⁸⁷ HESPANHOL, Cibeli. **Prisões suecas**: aqui se reabilitam seres humanos. Publicado em 08 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://outraspalavras.net/blog/2014/01/08/prisoes-suecas-aqui-se-reabilitam-seres-humanos/>>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

e costura desenvolvida no Presídio Professor Jacy de Assis em Uberlândia-MG. Tais trabalhos, além de renderem proventos aos detentos, quando aliados com outros trabalhos internos, são capazes de reduzir o índice de reincidência criminal para apenas 1% entre os envolvidos, segundo a Diretoria da Subsecretaria de Administração Prisional (Suapi)⁸⁸.

c) Instituição de um regime regressivo: Como mostrado anteriormente, o Brasil adota o sistema progressivo irlandês em seu sistema punitivo. Quer dizer que, inicialmente, submete o condenado às piores condições, até suprimir-lhe a personalidade, anulando as memórias da vida livre. Após, o condenado fica em isolamento total por três meses, quando só então será possível se comunicar. Caso a adaptação seja bem sucedida, terá direito ao livramento condicional, quando verá diminuído o prazo de encarceramento.

Dessa forma, o condenado é posto em liberdade sem ter se recuperado ou se adaptado à vida livre. Logo no início do cumprimento da pena, o condenado passa por um tratamento de choque, pela prisonização, até que seja impossível recuperá-lo. Thompson compara o sistema progressivo a uma situação que seria impossível, na realidade, mas que ilustra sua crítica a esse sistema:

O sistema progressivo é algo, assim, como um médico que, diagnosticando no cliente um certo grau de enfermidade (pequeno, médio ou alto), começa o tratamento cuidando de agravar a doença até obter a morte do dito paciente e, depois de deixá-lo enterrado durante algum tempo, para maior certeza do óbito, lança-se à tarefa de conseguir a cura do... cadáver.⁸⁹

Sendo assim, melhor seria a adoção de um sistema regressivo. O condenado começaria cumprindo sua pena em condições semelhantes às existentes no mundo livre, sursis ou albergue, na qual permaneceria em nível estacionário quanto ao grau de desadaptação. Nada estaria sendo feito para corrigir o indivíduo, mas também não estaria agravando seu estado. Caso a conduta do condenado não correspondesse às expectativas, as condições iriam sendo agravadas, chegando até a penitenciária fechada, em rigoroso regime, sem regalias. Ao menos serviria como instrumento de intimidação.

d) Prestação de serviço à comunidade: Uma boa alternativa de sanção, prevista no Código Penal Brasileiro em seu artigo 43, IV, com grande caráter pedagógico, mas pouco utilizada, é a prestação de serviço à comunidade. Essa pena serve como forma de

⁸⁸ MACHADO, Diogo. **Presos de Uberlândia produzem 440 caixas de hortaliças por mês**. 8 de julho de 2015. Disponível em: <<http://www.correiodeuberlandia.com.br/cidade-e-regiao/presos-de-uberlandia-produzem-440-caixas-de-hortaliças-por-mes/>>. Acesso em 21 de outubro de 2016.

⁸⁹ THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 145.

reintegração do condenado, pois o insere na sociedade e firma valores, já que visa fazer com que o apenado perceba a importância daquele serviço e reflita sobre seu comportamento na vida em sociedade, entendendo o reconhecimento desta pelo trabalho realizado; é benéfica para a população em geral, eis que representa diminuição dos gastos do Estado; reduz os problemas causados pela falta de vagas no sistema carcerário, já que diminui a massa presidiária; e evita que delinquentes de menor potencial ofensivo, na primeira condenação, sejam colocados em uma cadeia, evitando-se, também, o retorno traumático do sentenciado à sociedade.

A prestação de serviços à comunidade deve se dar em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos, entre outros. As tarefas devem ser atribuídas conforme aptidões do condenado, devendo ser cumpridas por determinado período de tempo diário previamente determinado, sem prejudicar a jornada normal de trabalho do apenado, caso tenha um. Deve ser um serviço gratuito, para que não se perca o caráter de penalidade, e deve começar a ser aplicado de forma principal, e não como pena acessória, como modalidade de pena efetiva.⁹⁰

e) Reparação do dano nos casos de furto e roubo: Ainda hoje não se admite a aplicação das penas de restituição do bem ou restritivas de direito aos crimes de furto e roubo. As vítimas desse tipo de delito, por mais que consigam ver o criminoso sendo preso e pagando pelo crime que cometeu, nem sempre tem suas coisas reavidas, tampouco substituídas. A justiça penal só se importa em punir o delinquente, mas não se importa com a vítima que teve seu bem tomado. Se a pena para esses tipos de crime se limitasse à restituição do bem ou indenização, a quantidade de presos diminuiria e o problema da superlotação seria abrandado.

f) Cursos educacionais e profissionalizantes: Platão acreditava na correção do preso por meio da arte e da virtude.⁹¹ Era contra a pena de vingança, fosse privada ou divina. Já em sua época se difundia a ideia de que a pena devia ter um propósito utilitário, de reforma ou de cura, sem cunho de vingança ou justiça, apenas para evitar a ocorrência de novos crimes, tanto por parte de quem praticou o delito, quanto para os que observam o castigo. Em sua obra

⁹⁰BARBOSA, Camila Fernandes. **Prestação de serviços à comunidade e seu caráter ressocializador**. 22 de março de 2011. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5576>. Acesso em 24 de outubro de 2016.

⁹¹ BICUDO, op. cit., p. 103.

As Leis, Platão discute o modo de tratamento dos criminosos incorrigíveis por meio da reeducação e emenda.⁹²

Ademais, aquele que passa por um processo educativo tem a chance de exigir e exercer melhor todos os outros direitos, além do fato de que esse processo contribui para que as pessoas melhorem suas condições sócio-econômicas, devido ao aumento das chances no mercado de trabalho atual e da participação consciente na vida política, contribuindo assim para a diminuição da desigualdade social no Brasil e para a melhoria das condições de vida de todos.

Essencial se faz a implantação de medidas que sejam capazes de despertar potencialidades e paixões nos condenados. Sejam educacionais, sejam profissionais. O Plano Nacional de Segurança Pública traz, como uma de suas metas para este ano, o oferecimento de cursos profissionalizantes aos detentos, como cursos de manicure e pedicure, pintor de obras, pedreiro de alvenaria, salgadeiro, artesão, garçom, padeiro, costureiro, maquiador, almoxarife, entre outros. Resta colocar o plano em prática.

g) Investimento no lazer: O lazer também deve ser oferecido nos estabelecimentos penitenciários. Não aquele lazer capaz de fazer com que os presos queiram ficar dentro da prisão, mas aquele lazer que faça com que os condenados sintam alegria, desinibição e retornem à condição de ser humano que a pena privativa de liberdade lhes retira, que faça com que os condenados se sintam novamente integrantes de uma sociedade justa, que não os repudie, que os acolha, e que possa oferecer uma vida melhor do que a vida do crime. O lazer pode se dar por meio do banho de sol diário, importante para a saúde, inclusive, rádio, TV em determinados locais do estabelecimento (não nas celas), jogos de futebol e visitas íntimas aos finais de semana, jogos como sinuca, dama, dominó em dias pré-determinados, entre outros. Momentos de lazer constroem uma ligação do encarcerado com o mundo exterior, faz com que ele sinta coisas que poderia sentir do lado de fora dos muros, e faz com que ele se sinta socialmente útil, desenvolvendo no preso um espírito aberto capaz de não sentir tão fortemente as mudanças que o mundo externo apresenta no momento de sua saída.

h) Trabalho Religioso: Parte do processo de ressocialização deveria se concentrar no campo espiritual. Independente de estar ligado a alguma religião específica, a ação religiosa é benéfica ao encarcerado, pois pode atuar como uma resistência contra o crime e levar a um

⁹² OLIVEIRA, op. cit., p. 33.

equilíbrio e pacificação. Pode servir para abrir caminho de encontro com o interior, que vive solitário e sob constante pressão.

i) Ampliação das APACs: Todos os Estados deveriam investir em programas como os realizados pela Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC), cujo objetivo é humanizar o cumprimento da pena, principalmente. Um dos trabalhos realizados pela APAC é o incentivo à leitura e à escrita, que pode ser acompanhado pelo site da Associação, no qual são postadas diversas poesias escritas pelos detentos. Entretanto a APAC não tem estrutura para trabalhar com todos os detentos, por isso seleciona apenas uma quantidade deles, apenas os presos que realmente querem se recuperar. E pesquisas comprovam que o índice de reincidência daqueles que passam pela Associação é de aproximadamente 0,7%, enquanto daqueles que não passam por ela e não são amparados por outros programas de ressocialização é de quase 70%. As APACs existem apenas em Minas Gerais e no Rio Grande do Sul. Urge que haja uma ampliação das APACs para que seus projetos sejam realizados na maior quantidade de detentos possíveis.

j) Estratégia e Planejamento nos estabelecimentos prisionais: Enquanto a taxa de reincidência nos EUA é de 60%, na Inglaterra 50%, no Brasil 70%, na Noruega é de 20%. Enquanto nos EUA existem 730 presos para cada 100 mil habitantes, nos países escandinavos essa quantidade cai para 70 na Suécia, 74 da Dinamarca, etc. Na Holanda, existem celas vazias disponíveis para aluguel por parte de outros países. Tais diferenças se devem à maneira com que cada país trata seus criminosos. A Noruega, por exemplo, acredita e investe no processo de readaptação. Suas prisões possuem conceitos modernos e trabalham de forma educar os delinquentes, ao invés de puni-los.

A prisão mais famosa da Noruega, a prisão de Bastøy, localizada em uma ilha, possui a estrutura totalmente moderna e inovadora. Além do fato de se encontrar em uma ilha e possuir maravilhosas paisagens, não foi feita com grades, possui estúdio de gravação de músicas, biblioteca, chalés, ginásio e campos para a prática de esportes e oficinas de trabalho. Os presos trabalham, recebem uma pequena remuneração, participam de cursos de formação profissional e cursos educacionais. Apenas a musculação não é permitida, pois, segundo os noruegueses, desperta a agressividade. Os presos não ficam trancados e ociosos o dia todo, ocupam a cabeça com diversas atividades, não sobrando tempo para o planejamento de fugas, ou novos crimes, ou brigas internas. A comida é fornecida pela prisão, mas preparada pelos próprios condenados, que, inclusive, podem comprar diversos ingredientes na loja da ilha para

o caso de refeições especiais. Dessa forma, aprendem a conviver com os demais detentos de forma pacífica e a dividir o pão, criando o senso de coletividade, essencial para a ressocialização. Outro ponto interessante é que os funcionários da prisão convivem normalmente com os presos, sem armas, sentam-se na mesma mesa na hora das refeições e servem de orientadores e motivadores para os detentos. Toda a equipe é preparada para tratar todos com respeito, ensinando, dessa forma, os condenados a respeitarem as pessoas. Além disso, a prisão é ecológica e auto-sustentável, mantém-se com os trabalhos dos detentos, que usam energia solar, fazem reciclagem, utilizam bicicletas para se transportarem, a não ser pelos tratores que os levam para o trabalho. Dessa forma, Bastoy é a prisão mais barata da Noruega.⁹³

A prisão de Halden, também norueguesa, considerada a prisão mais humana do mundo, segue a mesma ideologia de Bastoy e consegue reabilitar 80% dos detentos, que não voltam a cometer delitos. Ambas recebem muitas críticas pela forma como trata os criminosos. Mas, o objetivo das prisões norueguesas é reabilitar o condenado, e não se vingar. A pena é a privação da liberdade, pois os detentos não podem deixar a prisão, e há necessidade de progresso na reabilitação, ou seja, os presos são obrigados a progredir nos treinamentos de qualificação profissional e reabilitação. Caso contrário, são mandados para as prisões tradicionais. Existem em Bastoy apenas duas pequenas celas com grades, escondidas, reservadas para os detentos que quebram as regras. Aqueles que são encontrados com bebida alcoólica, por exemplo, são enviados para estas celas até que sejam encaminhados para alguma prisão comum.⁹⁴

Com certeza, o Brasil e diversos outros países possuem um longo caminho pela frente. Com o tamanho da população carcerária brasileira, é humanamente impossível implantar esse tipo de prisão no território que abarque todos os detentos. Mas, toda grande reforma começa de um pequeno ponto de partida, até que toda ela esteja completa. Uma forma de concretizar este ponto de reforma seria a utilização integral do FUNPEN, outro aspecto abordado pelo Plano Nacional de Segurança Pública de 2017, o que possibilitaria o investimento dos sistemas de segurança, modernização na estrutura das penitenciárias, criação de novas vagas, entre outros. Segundo dados informados pelo Governo Federal, R\$800 milhões foram repassados aos Estados em dezembro de 2016 para construção de penitenciárias e abertura de

⁹³DE MELO, João Ozorio. **Noruega consegue reabilitar 80% de seus criminosos**. Publicada em 27 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-27/noruega-reabilitar-80-criminosos-prisoas>>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

⁹⁴ Ibid.

20 a 25 mil vagas, assim como foram repassados R\$72 milhões para aquisição de 10 mil tornozeleiras.

k) Apoio ao egresso: Um dos grandes motores da reincidência é o estigma formado pela condenação. Todos os detentos, ao saírem da prisão, são rejeitados pelo mercado de trabalho e, por essa razão, não conseguem um meio de obter renda de forma honesta, o que acaba os levando de volta ao mundo do crime. Uma forma de conter o problema é a criação de convênios entre o Estado e determinadas empresas para que o egresso tenha uma chance trabalho honesto ao fim do cumprimento da pena. Esse emprego, claro, seria mantido apenas se o egresso quisesse, ou seja, não se pode obrigá-lo a trabalhar quando o Estado não o tem mais sob custódia.

A Lei de Execução Penal também prevê uma forma de assistência parecida, tanto no decorrer da lei, o art. 10, por exemplo, como em sua exposição de motivos. O item 48 da exposição de motivos dispõe que:

48. A assistência ao egresso consiste em orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade e na concessão, se necessária, de alojamento e alimentação em estabelecimento adequado, por dois meses, prorrogável por uma única vez mediante comprovação idônea de esforço na obtenção de emprego.⁹⁵

Mais uma vez, percebe-se que os objetivos da lei ficaram apenas na frieza do papel, que tudo aceita. A Lei de Execução é inócua e não cumpre seu destino. Muitos problemas vivenciados atualmente poderiam ser evitados se concretizássemos seus comandos.

5.1 Descriminalização

No contexto do surgimento da pena privativa de liberdade e da suposta evolução da política criminal, a ideia de sofrimento e castigo é, em tese, abandonada e substituída por uma ideia mais humana, de terapia social, ou seja, a ideologia do tratamento, que busca a recuperação do delinquente para o convívio em sociedade. A política criminal tradicional, portanto, possui aspectos de prevenção, controle, tratamento e ressocialização.

Com as expressões “ressocialização”, “reeducação”, ou ainda “reinserção social” atribui-se à execução das penas privativas de liberdade uma função essencial, educar e

⁹⁵ BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Exposição de Motivos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2017.

corrigir o delinquente, função que recebe numerosas críticas, a começar pelo termo “ressocialização”.

Apesar de ter sofrido diversas conceituações, a ressocialização, em sua essência, pressupõe a interação e a comunicação entre o indivíduo e a sociedade. Mas não lhe pode ser atribuído um conceito geral e abstrato, pois a ordem social vigente não é imutável, não é perfeita. Além disso, até hoje, a criminalidade e suas causas continuam sendo um enigma. Portanto, a insuficiência dos conhecimentos atuais sobre o fenômeno da criminalidade e sobre a terapia adequada a cada caso, impede a concretização do objetivo ressocialização da pena. Afirmar que o delinquente deve ser tratado é fácil, difícil é dizer como isso deve ser feito.

Como ressocializar alguém que comete um delito contra o patrimônio, enquanto as razões de desemprego, desocupação e crise econômica continuam existindo? Como ressocializar alguém violento, enquanto a sociedade, constantemente, reproduz a violência através dos meios de comunicação, guerras e ofensa aos direitos humanos contra grupos mais fracos e marginais? Como considerar a ressocialização do delinquente em uma sociedade que produz a delinquência? A única terapia social válida de reinserção do desviado seria aquele que se estendesse para toda a sociedade.

Além disso, o sistema carcerário e manicomial geram custos elevadíssimos para o Estado e, em uma situação de crise fiscal, impossível concretizar todas as metas da ideologia do tratamento. As críticas à ideologia do tratamento não se dirigem apenas ao conceito, como tal, mas também ao meio utilizado para alcançá-la: a prisão. Portanto, levando-se em conta a ineficácia da prisão como meio de recuperação social dos delinquentes, impõe-se a busca de outras soluções para o sistema penal, e em todos os níveis: na fase de elaboração das leis, da tramitação do processo e da seleção da pena.

Percebe-se, como já se afirmou, que as prisões são fatores criminógenos de alto poder, que causam a desintegração social e psíquica do indivíduo e desestruturação familiar. Por essa razão, as longas penas privativas de liberdade já deixaram de ser utilizadas em diversos países. Entretanto, as penas curtas também não conseguem prevenir a reincidência, tampouco readaptar o condenado. Podem, no máximo, ter um positivo efeito de choque, mas apenas para determinados tipos de delinquentes e para determinados tipos de criminalidade. Um grande número de delinquentes, por exemplo, praticaram o crime ocasionalmente, mas não são criminosos, não requerem reclusão nem tratamento. Assim como os doentes mentais, os alcoólatras, farmacodependentes, que também não requerem a reclusão, mas sim um tratamento médico-psiquiátrico.

Sendo assim, começa a ganhar força uma corrente reformadora tendente ao processo de desinstitucionalização, ou seja, diminuição da quantidade de presos por meio da desinstitucionalização de condutas de maior monta, tratado por Raúl Cervini, em sua obra *Os Processos de Descriminalização*. Para isso, necessárias três ordens de medidas. Primeiramente, importante colocar em funcionamento prisões abertas, ou prisões albergues, que fluam de acordo com a rotina do mundo externo, com trabalho, estudo, lazer, entre outros. Em seguida, deve ocorrer a substituição das penas privativas de liberdade por outras, basicamente as restritivas de direitos e penas pecuniárias. Por último, a despenalização e descriminalização de certas condutas.

Importante, neste momento, a diferenciação entre descriminalização, despenalização e diversificação. A **descriminalização** ocorre quando se retira formalmente do âmbito do Direito Penal as condutas mais graves, que deixam de ser delitivas. Pode-se manifestar de três formas: a) descriminalização formal ou em sentido estrito, que decorre da necessidade de abstenção por parte do Estado em determinadas situações, deixando a resolução de certos casos para as pessoas diretamente interessadas, por meio da autocomposição, se necessária, como o caso do aborto consentido. Muita polêmica em torno da legalização do aborto, mas é um exemplo válido; b) descriminalização substitutiva, quando a conduta deixa de ser um ilícito penal, mas não deixa de ser antijurídica nem indesejável, cabendo, portanto, respostas alternativas a cada caso; c) descriminalização de fato, que ocorre quando a conduta não perde sua antijuridicidade penal, mas elimina-se a aplicação da pena por razões de conveniência e legalidade. Produz-se em relação aos delitos sem vítima, às infrações de trânsito e aos delitos menores contra a propriedade.⁹⁶

A **despenalização** ocorre quando se diminui a pena do delito, sem que ele deixe de ser considerado ilícito penal. Abrange toda a gama de alternativas penais, como as prisões de fim de semana, prestação de serviços de utilidade pública, multa reparatória, indenização à vítima, controle de condutas em liberdade, prisão domiciliar, entre outras. Cabível, por exemplo, com relação ao uso de drogas leves. O usuário de drogas não deve ser tratado como um criminoso, mas alguém que precisa de tratamento, da ajuda do Estado. Já a **diversificação** significa a suspensão dos procedimentos penais, mesmo o delito mantendo seu caráter de ilícito penal, para dar espaço a outras formas de resolução de conflito, como a arbitragem. Cabível nos casos de problemas entre vizinhos, conflitos ambientais, entre outros.⁹⁷

⁹⁶CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 82-84.

⁹⁷Ibid., p. 85.

Embora a tendência descriminalizadora seja dominante no panorama doutrinário, no âmbito legislativo, ao contrário, não o é. Quer dizer, em muitos países o que se encontra hoje é uma legislação cada vez mais repressiva, com um aumento do número de condutas puníveis, justificável se comparadas muitas legislações atuais com a época de seu surgimento. A maioria das normas tipificadas remonta a sociedades, predominantemente, agrárias. Hoje, na sociedade globalizada e de risco, com o aumento das manifestações de criminalidade e o surgimento de novas e mais prejudiciais condutas, nada mais normal que uma adaptação legislativa, com a ampliação das condutas puníveis

Entretanto, tal situação representa um fracasso coletivo, pois, como já se afirmou, a pena privativa de liberdade representa um mal que deve ser evitado, na medida do possível. *“Quanto mais sejam os conflitos que uma sociedade atribua para seu sistema penal, maior será a incapacidade para resolvê-los, ao mesmo tempo em que revelará seu grau de desintegração comunitária”*⁹⁸.

O legislador, portanto, não deve buscar a solução mais fácil da via punitiva conquanto não tenha aplicado todas as estratégias extrapenais aconselháveis. Por esta razão, a tendência desinstitucionalizadora é medida urgente para colocar o Direito Penal a serviço de uma maior justiça e solidariedade social, pois descongestionará os códigos e aliviará os tribunais dos assuntos de pouca relevância ou não, sentidos pela vítima ou pela sociedade como delitivos. Claro que, o processo de desinstitucionalização deve ser acompanhado de um amplo debate dos atores sociais envolvidos e um conjunto de medidas substitutas do controle penal e eficientes em outros setores da esfera legal ou extralegal.

⁹⁸ ZAFFARONI apud CERVINI, op. cit., p. 224.

6 CONCLUSÃO

As penas, desde sua origem, eram resultados da arte de punir, terrivelmente aflitiva, grandiosa, mesmo com os inúmeros esforços e tentativas para humanizá-la. As penas eram desumanas, corporais, cruéis, dolorosas, caracterizando verdadeiros suplícios, como a tortura, o açoite, a deportação, o confisco, a degradação, a morte civil, a reclusão, confissão pública, entre outras, que eram aplicadas exclusiva ou cumulativamente. A pena de morte normalmente era associada a um grande número de crimes e compreendia muitos modos de ser infligida, como esquartejamento, decapitação, queimaduras e outros, podendo ou não ser precedida de outras formas de tortura. O sistema inquisitivo quase sempre se utilizava da tortura para obter confissões e informações sobre cúmplices.

O sistema penal, até o século XVIII, concebia a pena sob o símbolo da vingança, caracterizando-se como um sistema inquisitivo arbitrário. As penas eram duras e numerosas, sem observar qualquer proporcionalidade com o crime previamente cometido. Os crimes, inicialmente, eram punidos com penas de cunho privado, posteriormente divino e por último de cunho público, pois os crimes eram tidos como pecados, ou faltas morais, e a sua punição estava intimamente relacionada à religião e à moral.

A crueldade das penas, entretanto, não pertence de forma exclusiva ao passado, já que a pena de morte ainda está presente em quase todo o mundo, não só para tempos de guerra como no Brasil. Nesse ponto, tanto a história das penas como a história do pensamento jurídico e filosófico é vergonhosa, pois, por omissão, jamais ninguém levantou sua voz, até o século das luzes, contra a crueldade das penas, e, por ação, a pena de morte sempre foi bastante adotada.

As propostas reformadoras do século XVIII baseavam-se, principalmente, na humanização do Direito Penal, com a adoção de leis simples e claras, desvinculadas de preceitos morais e religiosos, com o fim da arbitrariedade na aplicação das penas, entre outros. A pena deveria passar a expressar a justa medida, tanto com o intuito de remediar o mal cometido como para evitar que outros males fossem cometidos contra a sociedade, sendo proporcional, portanto, ao crime cometido e bastante para atingir as finalidades utilitárias do Direito Penal. Para que cada pena não fosse uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deveria ser essencialmente pública, rápida, necessária, e mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos e ditada pelas leis.

Os ideais humanitários, principalmente da Igreja católica, fizeram com que surgisse uma pena que serviria de substituição das penas cruéis, a pena privativa de liberdade, utilizada

em larga escala nos dias atuais. Porém, o que se percebe no Brasil é a total ineficácia de tais penas, que são, em verdade, desperdício de tempo para o preso, gasto inútil para o Estado, e escola do crime para os condenados, uma vez que não reintegram-se nem recuperam-se. É o que demonstra o índice de reincidência no Brasil, que atinge níveis de 70%, e no mundo, 80%. Ao ingressar nas prisões, os condenados tornam-se figuras anônimas, passam pelo processo de “prisonização”, aceitam a nova ordem social que lhes é imposta, são proibidos de exercer atividades econômicas, intelectuais, artísticas, espirituais, sexuais, de conviver com a família e amigos e têm sua personalidade desorganizada. Após, não conseguem se adaptar à sociedade, pois vivem sob o estigma da marginalização, criado pela sociedade preconceituosa que cada vez mais dificulta os meios de sobrevivência social, moral e econômica de seus integrantes.

A prisão tem sido muito mais do que a privação de um tempo de liberdade. Por apresentar tantos elementos de aflição física, apenas diferenciam-se dos suplícios por não concentrar o sofrimento físico no tempo, mas dilatá-lo ao longo da duração da pena e agravá-lo com a aflição psicológica da solidão, do isolamento, da sujeição disciplinária, dentre outros e a aflição específica relacionada à pretensão reeducativa de transformação da pessoa do preso.

As prisões sofrem, atualmente, uma crise tanto em sua estrutura, que não consegue concretizar o projeto utilitarista, ressocializador, quanto em sua infra-estrutura, que não consegue suportar a quantidade de encarcerados de forma digna e humana. Enquanto a figura da pena guardar seu caráter primitivo e desumano, jamais recuperará o condenado. A opressão e o castigo pelo qual passam os delinquentes na verdade deveriam preparar o apenado para o retorno à sociedade, com atividades terapêuticas e educativas. O paradigma da recuperação não pode conviver com a disposição da penitenciária convencional, pois não se pode ponderar a aptidão e a potencialidade do indivíduo para o convívio social e submetê-lo a estratégias de recuperação ao mesmo tempo em que o segrega em uma cela.

A maioria das pessoas se recusa a reconhecer a verdade: reformar criminosos pela prisão é um verdadeiro engano, e o aumento dos recursos destinados ao sistema penitenciário não vai modificar tal fato. Se todo o orçamento do Brasil fosse investido em construção de penitenciárias, ainda assim não seria resolvido o problema, porque novos mandados de prisão são expedidos todos os dias, o que demandaria a construção de novas penitenciárias. Em termos econômicos, talvez fosse possível, mas em termos de espaço não. Entretanto, mesmo sabendo disso, o Governo não utiliza os recursos disponíveis para nenhum projeto novo, nenhuma reforma.

Teorias mais radicais acreditam na abolição da instituição carcerária como uma das soluções para a crise do sistema punitivo. Entretanto, a total abolição das prisões, sem nenhum substituto ou suporte, não fará com que os indivíduos parem de delinquir. Existem várias medidas alternativas às penas privativas de liberdades, mas que quase não são utilizadas, e quando o são, não são penas principais, mas acessórias a uma pena de prisão. Por isso, várias são as etapas que devem ser cumpridas para que se possa pensar em uma solução para o sistema carcerário e para o fim da cultura do encarceramento.

De imediato, porém, podem ser executadas medidas que visem amenizar os problemas enfrentados atualmente pelo sistema penitenciário, visando, sobretudo, a amenização na superlotação e o aumento das chances de reintegração, para posterior diminuição dos índices de reincidência, como a instituição do trabalho obrigatório no regime fechado, obrigatoriedade de reparação dos danos, cursos educacionais e profissionalizantes, ampliação das APACs, entre outras.

É evidente que o Brasil necessita de uma reforma penitenciária, como, por exemplo, o Plano de Segurança Nacional que o governo pretende colocar em prática em 2017. E a reforma precisa visar dois pontos fundamentais, ela deve ser capaz de oferecer às penitenciárias condições de realizar a regeneração dos condenados e de comportar toda a “clientela” a que lhe é destinada. É hora, sobretudo, do Direito Penal passar a atender as reais necessidades dos homens e caminhar para um futuro de desinstitucionalização, tão difundido doutrinariamente, principalmente com a descriminalização substitutiva.

Deve-se reconhecer a ineficácia das penas privativas de liberdade e a ignorância da sociedade a respeito dos meios capazes de transformar criminosos em não-criminosos. Seria necessária uma reforma nas raízes do problema, na própria organização social que nos envolve, como a melhoria na distribuição de riquezas, aumento do nível educacional do povo, maior assistência à infância, entre outros, o que demandaria uma revolução sócio-político-econômica do país. Se não se sabe como melhorar o paciente, pelo menos não se deve trabalhar para piorá-lo. A sociedade, por enquanto, deve se contentar ao menos em prevenir a deterioração do indivíduo.

REFERÊNCIAS

- AUDIÊNCIA de Custódia.** Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em 13 de setembro de 2016.
- BRASIL. Fundo Penitenciário.** Ministério da Justiça e Cidadania. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/arquivos/fundo-penitenciario-1>>. Acesso em 07 de setembro de 2016.
- BARBOSA, Camila Fernandes. **Prestação de serviços à comunidade e seu caráter ressocializador.** 22 de março de 2011. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5576>. Acesso em 24 de outubro de 2016.
- BARROCAL, André. **Se cadeia resolvesse, o Brasil seria exemplar.** Carta Capital, 02 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/838/se-cadeia-resolvesse-4312.html>>. Acesso em 28 de setembro de 2016.
- BATISTA, Liz. **Era uma vez em SP... Penitenciária do Carandiru.** 16 de julho de 2015. Disponível em: <<http://acervo.estadao.com.br/noticias/acervo,era-uma-vez-em-sp-penitenciaria-do-carandiru,11257,0.htm>>. Acesso em 22 de agosto de 2016.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas;** tradução de Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa – São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- BECK, Ulrich. **O que é globalização:** equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BENTHAM, Jeremy. **Teoria das punições legais.** Tradução clássica revisada. São Paulo: Livr. E Ed. Logos, sem data.
- BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que Punir?** Teoria geral da pena. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRAGA, Mariana. **Justiça não aplica o necessário no sistema penitenciário, pois Fazenda e Planejamento não permitem.** Contas Abertas - 16 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.contasabertas.com.br/webiste/arquivos/3373>>. Acesso em 07 de setembro de 2016.
- BRASIL, Código Penal. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 29 de agosto de 2016.
- BRASIL, Lei de Execução Penal. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Exposição de Motivos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2017.
- BRASIL, Lei de Execução Penal. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em 13 de setembro de 2016.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN**. Junho de 2014. Ministério da Justiça, Brasília-DF. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 07 de setembro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 526**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn=%27000001003%27>>. Acesso em 19 de setembro de 2016.

CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA, José Luís; Martins, Cid; Dornelles, Renato; Almeida, Fábio. **Um preso foge a cada duas horas no Rio Grande do Sul**. Publicada em 26 de julho de 2016. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/policia/noticia/2016/07/um-presos-foge-a-cada-duas-horas-no-rio-grande-do-sul-6880282.html>>. Acesso em 29 de agosto de 2016.

COSTA, José Luís; Martins, Cid; Dornelles, Renato; Almeida, Fábio. **Tornezeleiras eletrônicas, uma tentativa que não vingou no Estado**. Publicada em 26 de julho de 2016. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/policia/noticia/2016/07/tornezeleiras-eletronicas-uma-tentativa-que-nao-vingou-no-estado-6879994.html>>. Acesso em 29 de agosto de 2016.

DA REDAÇÃO. **Fundo Penitenciário completa 20 anos sem atingir suas finalidades**. Contas Abertas - 14 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/7530>>. Acesso em 07 de setembro de 2016.

DE MELO, João Ozorio. **Noruega consegue reabilitar 80% de seus criminosos**. 27 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-27/noruega-reabilitar-80-criminosos-prisoas>>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

FACÇÃO Criminosa PCC foi criada em 1993. Folha de São Paulo – 14 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u121460.shtml>>. Acesso em 07 de setembro de 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. – 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Ed. Nau, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

HESPANHOL, Cibeli. **Prisões suecas: aqui se reabilitam seres humanos**. Publicado em 08 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://outraspalavras.net/blog/2014/01/08/prisoas-suecas-aqui-se-reabilitam-seres-humanos/>>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

JUNIOR, João Marcelo de Araújo (organizador). **Sistema Penal para o Terceiro Milênio: atos do Colóquio Marc Ancel**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

MACHADO, Diogo. **Presos de Uberlândia produzem 440 caixas de hortaliças por mês.** 8 de julho de 2015. Disponível em: <<http://www.correiodeuberlandia.com.br/cidade-e-regiao/presos-de-uberlandia-produzem-440-caixas-de-hortalicas-por-mes/>>. Acesso em 21 de outubro de 2016.

MAIS de 30 presos morrem na penitenciária de Roraima. Migalhas, 6 de janeiro de 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI251425,91041-Mais+de+30+presos+morrem+em+penitenciaria+de+Roraima>>. Acesso em 30 de janeiro de 2017.

MELLO, Daniel. **Human Rights Match denuncia o caos das prisões em Pernambuco.** 20 de outubro de 2015, São Paulo. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitoshumanos/noticia/2015-10/embargodetentos-tem-chaves-e-controlam-prisoas-de-pernambuco-denuncia>>. Acesso 14 de agosto de 2016.

MINISTÉRIO da Justiça e Cidadania. **Plano Nacional de Segurança Pública.** 6 de janeiro de 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/1/art20170106-19.pdf>>. Acesso em 30 de janeiro de 2017.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis.** São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1963. Livro II, p. 565

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social.** 3ª edição revisada – Florianópolis: Ed. Da UFSC, 2003.

PAIXÃO, Antônio Luiz. **Recuperar ou Punir? Como o Estado trata o criminoso.** 2ª. ed. São Paulo: Cortez: Autores Associados, 1991.

PIMENTA, Luciana. **Audiência de Custódia, o que é e como funciona.** 23 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI239559,41046-Audiencia+de+custodia+o+que+e+e+como+funciona>>. Acesso em 13 de setembro de 2016.

PUNIÇÃO. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa.** 3. ed. – Curitiba: Positivo, 2004.

REGIME semi-aberto praticamente não existe no Brasil. Autor desconhecido. Publicada em 29 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI194415,101048-Regime+semiaberto+praticamente+nao+existe+no+Brasil>>. Acesso em 29 de agosto de 2016.

SILVA, Dinis Carla B. da. **A HISTÓRIA DA PENA DE PRISÃO.** Disponível em: <http://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-historia-pena-prisao.htm#capitulo_5>. Acesso em 15 de setembro de 2016.

THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária.** 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1980.

VIOLÊNCIA: rebelião em Manaus perde apenas para Carandiru em número de mortos. Migalhas, 3 de janeiro de 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI251244,41046->>

Violencia+rebeliao+em+Manaus+perde+apenas+para+Carandiru+em+numero+de>. Acesso em 30 de janeiro de 2017.