

UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO

Oswaldo Roberto Reiner de Souza

**DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO:
PROPOSTA PARA SUAS EFETIVIDADES**

**OSASCO - SP
2013**

OSWALDO ROBERTO REINER DE SOUZA

**DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO:
PROPOSTA PARA SUAS EFETIVIDADES**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Centro Universitário FIEO – UNIFIEO, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, tendo como área de concentração “Positivção e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos” no curso de Pós-Graduação “*Stricto Sensu*” em Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Doutor Ivan Martins Motta

OSASCO - SP
2013

FICHA CATALOGRÁFICA

Souza, Oswaldo Roberto Reiner de.

Direitos Humanos no Sistema Prisional Brasileiro: Proposta para suas Efetividades/ Oswaldo Roberto Reiner de Souza, Orientação Professor Doutor Ivan Martins Motta. – Osasco, UNIFIEO: 2013

(...) p.

Dissertação (Mestrado), Direito – Centro Universitário FIEO.

1.Direitos Humanos. 2. Sistema Prisional 3.Sistema Penitenciário.

Autorizo a impressão parcial ou total do meu trabalho acadêmico para fins de divulgação científica.

Osasco, 12 de novembro de 2013.

Oswaldo Roberto Reiner de Souza

TERMO DE APROVAÇÃO

DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: PROPOSTA PARA SUAS EFETIVIDADES

Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito do Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação do UNIFIEO – Centro Universitário FIEO.

OSWALDO ROBERTO REINER DE SOUZA

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Ivan Martins Motta
Orientador – Unifieo – Centro Universitário Fieo

Professor Doutor Luis Rodolfo Ararigboia de Souza Dantas
Unifieo - Centro Universitário Fieo

Professor Doutor Luiz Antônio Alves Torrano
Convidado

Data da Apresentação ____/____/2013

Conceito Final: _____

DECLARAÇÃO DE ÉTICA E RESPEITO AOS DIREITOS AUTORAIS

Declaro para os devidos fins que a pesquisa foi por mim elaborada e que não há, nesta dissertação, cópias de publicações de trechos de títulos de outros autores sem a respectiva citação, nos moldes da NRB 10.520 de agosto/2002.

OSWALDO ROBERTO REINER DE SOUZA
RG 24.564.318-7

A Deus, Todo Poderoso, que não me deixou esmorecer por nenhum momento.

Ao meu pai Oswaldo, e minhas mães Malu e Nivalda pelo amor, vida e educação.

À minha noiva Bruna, pela eterna paixão e companheirismo.

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai Oswaldo e minhas mães Malu e Nivalda, que constituem o maior exemplo que tenho para o desenvolvimento do meu conhecimento pessoal e acadêmico e sempre me apoiaram e valorizaram meu trabalho.

À minha noiva Bruna, que sempre me incentiva em tudo que faço, pelo amor, pela dedicação, pela amizade e pela valorização do meu trabalho.

Aos Professores e funcionários do Centro Universitário Fieo – Unifieo em especial Edlaine, Nadja (*in memoriam*) e Roberta.

Ao meu orientador, Professor Doutor Ivan Martins Motta, pelas ideias e empenho no desenvolvimento da Dissertação.

Ao professor Doutor Luis Rodolfo Ararigboia de Souza Dantas.

Aos profissionais e colaboradores da Pastoral Carcerária da Igreja Católica, que forneceram o apoio necessário à realização da pesquisa, sempre com muito boa vontade e paciência com os meus questionamentos.

À bibliotecária Silvia Helena D. F. Acquaviva que me auxiliou na formatação, correção e apoio.

À banca examinadora, pela sua disponibilidade no julgamento e sua contribuição no aprofundamento da presente produção acadêmica.

Enquanto a cor da pele for mais importante do que o brilho dos olhos, haverá guerra.

Robert Nesta Marley (Bob Marley).

RESUMO

O presente estudo se propõe a analisar os Direitos Humanos Fundamentais no sistema prisional brasileiro, sem a pretensão de esgotar o assunto e sim observando sua estrutura. O sistema prisional no Brasil apresenta dificuldades para atender dignamente aos presos e, na prática, seus direitos humanos não estão sendo respeitados. A realidade que se espelha é de prisões lotadas que não oferecem as mínimas condições sanitárias necessárias para a recuperação dos presidiários. A prisão não está cumprindo com o seu dever de prevenir, reprimir e ressocializar o preso. O sistema prisional brasileiro, bem como a questão da desigualdade social no país, requer um olhar atento das autoridades. Todo sistema desigual tem um preço e, no caso do Brasil, como efeito de políticas sociais mal desempenhadas, observa-se o vertiginoso aumento da população carcerária. Assim, conclui-se que o problema das afrontas aos Direitos Humanos necessita ser revisto, não somente no âmbito prisional, mas em todos os setores marginalizados da sociedade brasileira.

Palavras-chaves: Direitos Humanos. Sistema Prisional. Sistema Penitenciário.

ABSTRACT

The present study proposes itself to analyse the Human Rights in the Brazilian prison system, without claiming to be exhaustive, but rather observing its structure. The prison system has difficulties to meet the prisoners needs with dignity. In practice, the human rights of prisoners are not being respected. The reality that mirrors is crowded prisons with the minimum sanitary conditions necessary for the recovery of the convicts. The prison is not complying with its duty of preventing, suppressing and re-socializing the prisoner. The prison system, as well as the social issue in Brazil, mainly in relation to its immense social discrepancies, requires a watchful eye of the authorities. Every unequal system has its price and in the case of Brazil, as effect of poorly performed social policies, there is a dramatic increase in prison population. Thus, it is concluded that the problem of affronts to Human Rights needs to be reviewed not only within prison, but in all marginalized sectors of Brazilian society.

Keywords: Human Rights. Prison System. Penitentiary System.

LISTA DE ABREVIATURAS

a.C.	Antes de Cristo
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ENAPE	Estratégia Nacional de Alternativas Penais
INFOPEN	Sistema Nacional de Informações Penitenciárias
LCH	Lei dos Crimes Hediondos
LEP	Lei de Execução Penal
MJ	Ministério da Justiça
ONU	Organização das Nações Unidas
PBA	Programa Brasil Alfabetizado
PEESP	Plano Estratégico de Educação no Âmbito do Sistema Prisional
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Ministério da Justiça. Estabelecimentos	70
Tabela 2: Quadro comparativo das penas de reclusão e detenção	73
Tabela 3: Sistema Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)	98
Tabela 4: Vertentes criminológicas	115

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 A PENA DE PRISÃO	17
1.1 Penas no Direito Penal: Conceito e Noções Gerais	17
1.2 A História da Prisão	18
1.2.1 Antiguidade	18
1.2.2 Idade Média	20
1.2.3 Idade Moderna.....	22
1.3 Da prisão-custódia à prisão pena	23
1.4 Grandes Reformadores	27
1.4.1 Beccaria	30
1.4.2 John Howard.....	34
1.4.3 Jeremy Bentham.....	36
2 TEORIAS DA PENA E SUA FUNÇÃO	40
2.1 Teoria absoluta ou retributiva da pena	40
2.2 Teorias preventivas da pena	43
2.2.1 A Prevenção Geral.....	43
2.2.2 Prevenção Especial	45
2.2.3 A prevenção especial e o tratamento penitenciário	49
2.3 Teoria mista ou unificadora da pena	50
2.4 Teoria da prevenção geral positiva	51
2.4.1 Teoria da Prevenção Geral Positiva Fundamentadora	51
2.4.2 Prevenção geral positiva limitadora	54
2.5 Finalidades da pena.....	56
3 SISTEMAS PENITENCIÁRIOS.....	58
3.1 Sistema Pensilvânico	59
3.2 Sistema Auburniano	61
3.3 Sistemas Progressivos.....	64
3.3.1 Sistema inglês progressivo	64
3.3.2 Sistema progressivo irlandês	65
3.3.3 Sistema de Montesinos.....	66
3.4 A pena de prisão no Brasil	68
3.4.1 Os estabelecimentos penais e os regimes prisionais no Brasil.....	69
4 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS DO PRESO	75

4.1 Breve histórico dos Direitos Humanos	76
4.2 Direitos Humanos no Brasil	78
4.3 Direitos do Preso	84
4.4 A violação dos Direitos Humanos no sistema carcerário nacional. 87	
4.4.1 A crise	88
4.4.2 A violência do sistema prisional	91
4.4.3 Prisão como fator criminógeno	93
4.5 Ressocialização: necessidade de trabalho e educação	95
4.5.1 A religião como fator preponderante para a ressocialização	99
4.6 O preconceito contra egressos (ex-detentos)	102
5 PROPOSTAS PARA MELHORIAS DO SISTEMA PRISIONAL	
BRASILEIRO	105
5.1 Alternativa Penais	108
5.1.1 Princípio da Intervenção Mínima <i>ultima ratio</i>	112
5.2 Necessidade de planejamento, pesquisa e formulação de	
políticas.....	117
CONCLUSÃO	120
REFERÊNCIAS.....	123
Anexo 1	134
Anexo 2	135
Anexo 3	136
Anexo 4	139

INTRODUÇÃO

Sem a pretensão de esgotar o assunto, o presente estudo analisará os Direitos Humanos Fundamentais no sistema prisional brasileiro, que é um dos temas mais discutidos na atualidade.

O sistema penitenciário nacional é reconhecidamente ineficiente no sentido em que o poder público não consegue manter uma gestão que proporcione condições íntegras para que o preso tenha a possibilidade de cumprir a sua pena e, posteriormente, reintegrar-se de forma digna à sociedade.

Não é de hoje que a imprensa noticia o descaso das autoridades públicas com relação à questão do sistema prisional brasileiro. Assim, este estudo traz à tona uma discussão sobre até que ponto os Direitos Humanos estão sendo desrespeitados dentro dos presídios brasileiros.

Sabe-se que o sistema carcerário brasileiro precisa de muitos investimentos para que seja atingido um ideário de real recuperação dos detentos.

Muitas das violências praticadas pelos detentos, na verdade, são causadas pelas condições que se caracterizam pela falta de dignidade na maioria das celas brasileiras; estas, de modo geral, estão obsoletas, mal cuidadas e com péssima infraestrutura, carecendo de condições dignas para que um ser humano possa se recuperar e se reintegrar na sociedade.

As cadeias brasileiras não possuem um planejamento eficiente para diferenciação entre presos que ainda serão julgados e presos condenados. Não obstante, há toda a sorte de problemas, tais como: drogas, doentes mentais em presídios comuns, superlotação, condições precárias de higiene, violência sexual, entre outros.

Portanto, é objetivo geral deste estudo analisar a aplicação dos Direitos Humanos no sistema prisional brasileiro. Para atender à essa finalidade, formulam-se as seguintes problemáticas: estão os Direitos Humanos Fundamentais dos presos sendo respeitados nas penitenciárias brasileiras? Se não, quais ações podem ser implementadas para modificar esse cenário?

Ante à situação que encontramos, importa debater os problemas levantados neste estudo, que se estruturam em cinco capítulos, nos quais abordam-se considerações sobre a pena (conceitos, princípios, teorias), sabendo-se que surgiu

com pretensão humanitária para substituir os suplícios, todavia, infelizmente, afastou-se de suas metas. Há que se lembrar que a pena privativa de liberdade tem como fim a retribuição, a prevenção, a ressocialização e a intimidação, porém tais finalidades não estão sendo atingidas. A partir daí, analisa-se o descaso do sistema prisional, que se inicia com o estudo das penas.

Demonstra-se a estrutura do sistema prisional brasileiro e também como o Estado age com seu poder punitivo. Em seguida, apresenta-se a radiografia de como se encontra o sistema carcerário atualmente, com enfoque na superlotação do sistema, suas péssimas condições de bem-estar, não oferecendo padrões para uma ressocialização adequada e confirmando o distanciamento da efetividade dos Direitos Humanos.

Abordam-se, ainda, as questões dos Direitos Humanos Fundamentais dos presos no Brasil, bem como uma proposta para melhorias do sistema prisional brasileiro.

A escolha do tema foi devido à minha convivência, ao meu crescimento em uma área pouco desenvolvida, ou seja, bairro da periferia na cidade de São Paulo e posteriormente na cidade de Campinas. Ainda criança não entendia o porquê de algumas pessoas “sumirem” e voltarem com uma aparência não saudável e com expressão de revolta. Após o amadurecimento, com idade, passei a entender o porquê do sumiço e, portanto, assimilar o “vai e vem” de alguns. Encontrava egressos do sistema prisional, os quais em sua maioria saiam de lá sem perspectiva de vida, de um futuro e com um pensamento muito triste perante a sociedade, que não parecia disposta a dar-lhes outra oportunidade.

Desde criança sempre observava filmes, principalmente americanos, nos quais haviam Tribunais do Júri, com condenações e o fascínio por isso, me levou a cursar Direito, e durante e após o curso, sempre me questionava sobre crimes, pena e sistema prisional, porque sempre foi um assunto atual.

Apesar de não atuar na área penal, sempre fui um apreciador do Direito Penal, ainda mais agora possuindo um olhar voltado aos Direitos Humanos, me perguntei: Por que não estudar a crise pela qual passa o sistema prisional? E por isso acabei definindo meu estudo nessa área.

Sobre a metodologia aplicada, cabe ressaltar que esta pesquisa além de ter como base bibliografias, trabalha também com uma pesquisa de campo envolvendo coleta e análise de materiais, através de entrevistas com policiais, agentes

penitenciários, ex-detentos, visita à delegacias e também visita à Pastoral Carcerária da Igreja Católica, ligada à Confederação Nacional dos Bispos do Brasil.

Foi de grande utilidade também a utilização de periódicos, pois o tema a ser estudado é tratado com grande frequência em jornais, telejornais, revistas, artigos, muito úteis para uma boa atualização.

Também foi uma pesquisa pautada na utilização da história oral, enquanto instrumento de construção de registros ao referente tema. A história oral foi uma técnica que se tornou muito eficiente, utilizada no preparo e utilização da memória para servir de fonte à pesquisa a que nos propusemos.

Entretanto, para não causar nenhum constrangimento aos entrevistados, optamos por omitir seus nomes e lugares de visita, objetivando prevenir todo e qualquer tipo de retaliação, pois se sabe que estamos estudando uma área muito complexa na sua administração e que há bastante obscuridade na prática.

Entendemos ser interessante ressaltar que até encontramos algumas dificuldades quanto à realização de entrevistas, exceto quanto ao pessoal ligado à Pastoral Carcerária, mas buscamos assegurar tranquilidade e segurança aos entrevistados, ao percebermos um certo receio nas respostas que poderiam enriquecer ainda mais as análises dos dados e que não seriam identificados de outra forma.

Posteriormente, apresentam-se as conclusões obtidas e as referências utilizadas.

1 A PENA DE PRISÃO

1.1 Penas no Direito Penal: Conceito e Noções Gerais

Antes de se analisar o sistema prisional no Brasil, devemos determinar conceitos referentes à pena e à sua execução, no que diz respeito à sua definição, à sua natureza. A seguir, importa mostrar de forma mais contundente a pena, que foi e é aplicada em grande escala desde seu surgimento. A pena privativa de liberdade é a penalidade principal, sendo aplicada atualmente àquele que pratica uma infração penal de médio e grande potencial ofensivo.

Com o aparecimento do homem vivendo em comunidades organizadas, ou seja, em sociedade, aparece também a necessidade de valoração de bens e proteção dos mesmos. Portanto, para esses indivíduos, ao elaborarem condutas cabíveis, é natural que também não admitam outras que sejam contrárias a um bom relacionamento do grupo.

Portanto, com o início do Estado, este passa a monopolizar a aplicação legítima dessas respostas. A previsão de penas representa, portanto, uma forma de ameaça de que se vale o Estado para impedir ou reprimir as condutas consideradas contrárias à existência e ao desenvolvimento da sociedade. Nesse caminho, observando o que leciona Rogério Greco¹, nota-se que a pena torna-se o fim que o Estado impõe à pessoa que pratica alguma infração penal.

De uma forma bastante simples e resumida, sem a intenção de se perder muito tempo tratando do assunto, define-se a sanção penal como a resposta dada pelo Estado ao infrator de uma norma incriminadora.

Em verdade, a pena deveria ser encarada sob tríplice aspecto, o substancial, o formal e o teleológico.

Substancialmente, a pena consiste na perda ou privação do exercício de direito relativo a um objeto jurídico (liberdade, patrimônio). Formalmente, está vinculada ao princípio da reserva legal (somente a lei pode criar crimes e estabelecer penas), só podendo ser aplicada pelo Judiciário, sob o princípio do

¹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, 519.

contraditório e da ampla defesa (devido processo legal). E, ainda, teleologicamente (funcionalmente), mostra-se como castigo e forma de defesa social.²

Para Soler, a pena seria:

A sanção imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos.³

Após a conclusão do processo, inicia-se o momento no qual o Estado dá cumprimento ao estabelecido como pena na sentença condenatória, ou seja, a execução penal, tendo como função fundamental a efetivação do que o Estado-juiz decidiu como reprimenda após a verificação da existência de um crime e sua autoria.

1.2 A História da Prisão

1.2.1 Antiguidade

Não se pode deixar de assinalar que a origem da prisão é contraditória, havendo várias opiniões divergentes a esse respeito. Faltam notícias de fontes jurídicas sobre o Direito punitivo e quem se propuser a aprofundar-se na história da pena de prisão corre o risco de equivocar-se a cada passo.

Alguns doutrinadores discorrem que, na Antiguidade, a prisão não tinha caráter de pena, servindo tão somente como depósito, contenção e custódia da pessoa do réu, que aguardava seu julgamento ou sua execução. Elias Neumam doutrina que a privação e a restrição da liberdade não existiam nas práticas antigas

² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo. Atlas, vol. 1, 2007, P. 246.

³ SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino**. V.2, 2ª ed. Buenos Aires: Tipografía Argentina, 1970.

como modalidades de sanção, embora outras espécies de isolamento fossem impostas por diversas razões.⁴

Lembra René Ariel Dotti⁵, que a razão da prisão na Antiguidade era apenas no interesse de assegurar a execução das penas corporais, especialmente a de morte, além de servir para colheita de prova mediante tortura.

Nesse mesmo sentido, leciona Bitencourt:

Nessa época, em verdade, aplicavam-se aos acusados outros tipos de pena, mais graves, como a pena de morte, as penas corporais e penas infamantes, sendo a prisão considerada verdadeira ante-sala dos suplícios⁶.

No entanto, Platão chega a apontar, na Grécia, duas ideias históricas acerca da privação da liberdade. A prisão, segundo ele, era utilizada não só como forma de custódia, mas também como pena, relatando-se, ainda, que se tratava de uma forma de reter devedores para pagamento de dívidas.⁷

Da mesma forma, os romanos tratavam o encarceramento como forma de custódia, embora haja relatos de que a pena de morte poderia ser comutada, em alguns casos, pela pena de prisão perpétua, devendo-se frisar que, em Roma existiam também casos de prisão por dívida.⁸

Por seu turno, o Direito Germânico tampouco utilizava a prisão como forma de punição, predominando, em verdade, as penas capitais e as corporais, uma vez que a pena se confundia com o suplício, tendo caráter evidentemente retributivo.⁹

Excepcionalmente, no entanto, há referências de Calón ao "Edicto de Luitprado" (712-744), que dispunha que cada juiz deveria ter em sua cidade uma prisão, com vistas ao encarceramento dos ladrões por um ou dois anos.¹⁰

Na época, deve-se assinalar, não havia, de fato, uma arquitetura penitenciária própria, e que vários locais acabavam sendo utilizados como prisão, dentre eles, os calabouços, alguns dos aposentos em ruínas ou insalubres de castelos, as torres, os

⁴ NEUMAN, Elias. **Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios**. Buenos Aires: Editorial Pannedille, 1971, p. 20.

⁵ Platão apud DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998, p. 32.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 14.

⁷ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998, 32.

⁸ GUZMAN, Luiz Garrido. **Manual de Direito Penal**. Madrid: Edersa, 1983, p. 75.

⁹ CALÓN, Eugenio Cuello. **La moderna penología**. Barcelona: Bosch, 1974, p.300.

¹⁰ CALÓN, Eugenio Cuello. **La moderna penología**. Barcelona: Bosch, 1974, p.300.

conventos em abandono, os palácios, ou quaisquer outros edifícios, registrando-se que a primeira prisão romana foi erguida pelo imperador Alexandre Severo.¹¹

Com a queda de Roma e seu Império, e com a invasão dos bárbaros, registra-se o término da Antiguidade e o início de uma nova era: a Idade Média, que será estudada a seguir.

1.2.2 Idade Média

Em verdade, na Idade Média, a lei penal colocou-se a serviço do terror e da arbitrariedade dos detentores do poder, servindo como forma de dominação.

O quadro de horror que se desenhou nessa época foi muito bem retratado:

A noção de liberdade e respeito à individualidade humana - afirma Neuman - não existia e as pessoas ficavam ao arbítrio e à mercê dos detentores do poder, que, por sua vez, debatiam-se na instabilidade reinante, típica, por outra parte, dos Estados que procuravam organizar-se institucionalmente. Não importa a pessoa do réu, sua sorte, a forma em que ficam encarcerados. Loucos, delinquentes de toda ordem, mulheres, velhos e crianças esperam, espremidos entre si em horrendos encarceramentos subterrâneos, ou em calabouços de palácios e fortalezas, os suplícios e a morte.¹²

De fato, na Idade Média, predominou o direito germânico, tendo a pena, basicamente, finalidade custodial, aplicável aos que seriam submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas, como a amputação de braços, pernas, olhos, língua, mutilações diversas, queima de carne a fogo, e a morte, em suas mais variadas formas, que se tornaram o espetáculo favorito das multidões.

As sanções criminais ficavam ao arbítrio dos governantes, que utilizavam como critério norteador da aplicação da pena, apenas e tão somente, o status social do réu, não havendo ainda sanções preestabelecidas.

¹¹ GUZMAN, Luiz Garrido. **Manual de Direito Penal**. Madrid: Edersa, 1983, p. 76.

¹² NEUMAN, Elias. **Evolución de la pena privativa de libertad y regimenes carcelarios**. Buenos Aires: Editorial Pannedille, 1971, p.29.

A prisão, como pena, por mostrar-se menos grave na época, somente era aplicada naqueles casos em que, de fato, se constatasse um exagero à aplicação da pena capital ou das penas corporais, como a mutilação.

Pode-se, no entanto, apontar ainda na Idade Média, o surgimento tanto das prisões de Estado como das prisões eclesiásticas.¹³

As primeiras serviam somente para recolher os inimigos do poder (real ou senhorial), que tivessem praticado crimes de traição, ou ainda, para afastar os adversários políticos dos governantes. Essas prisões tanto podiam ser utilizadas como custódia ou como forma de detenção (temporal ou perpétua, ou até receber o perdão real). Como exemplos das prisões de Estado mencionam-se a Torre de Londres, na Inglaterra; a Bastilha, na França e Los Plomos, na Espanha.¹⁴

Por sua vez, a prisão eclesiástica destinava-se aos clérigos rebeldes, respondendo às ideias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, servindo os internamentos como forma de penitência e meditação.

Caracterizou-se, no entanto, a Idade Média pelas ordálias verdadeiras provas a que eram submetidos os acusados, cuja sobrevivência consistia na única forma de provar sua inocência.

Retratando o pensamento da época, Carlos García Valdés afirma que:

a maior prova de maldade do indivíduo é o abandono que dele faz Deus ao retirar-lhe a sua ajuda para superar as provas a que é submetido – da água, do fogo, do ferro candente, etc. – com o que se faz merecedor automático do castigo, julgamento de Deus, cujo resultado se aceita mais ou menos resignadamente (...). O culpado, isto é, quem não supera a prova, convence a si mesmo de sua própria maldade e do abandono de Deus. Se não estivesse em pecado – se não tivesse cometido um delito – sairia feliz da mesma, não há a menor dúvida.¹⁵

E prossegue retratando o descrédito da população diante da corrupção, ressaltando que “não é difícil ter notícia deste sentir popular, expressado em tábuas e máximas, sobre a justiça e penas imperantes. As miniaturas da Idade Média apresentavam, das partes no processo, com as duas mãos estendidas, sopesando o recebido e com cara de inocente”.¹⁶

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 9.

¹⁴ NEUMAN, Elias. **Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios**. Buenos Aires: Editorial Pannedille, 1971, p. 20.

¹⁵ VALDÉS, Carlos García. **Estudios de derecho penitenciário**. Madrid: Tecnos, 1982, p.15.

¹⁶ VALDÉS, Carlos García. **Estudios de derecho penitenciário**. Madrid: Tecnos, 1982, p.15.

Não se pode esquecer, todavia, que a evolução da pena sofreu grande influência da religião, afirmando Hilde Kaufmann que a pena privativa de liberdade foi produto do desenvolvimento de uma sociedade orientada para a consecução da felicidade.¹⁷

Tratando das influências da prisão eclesiástica, assevera Cezar Bitencourt que:

de toda a Idade Média, caracterizada por um sistema punitivo, desumano, e ineficaz, só poderia destacar-se a influência penitencial canônica, que deixou como seqüela positiva o isolamento celular, o arrependimento e a correção do delinquente, assim como outras ideias voltadas à procura da reabilitação do recluso. Ainda que essas noções não tenham sido incorporadas ao direito secular, constituem um antecedente indiscutível da prisão moderna.¹⁸

Sem dúvida, o direito canônico contribuiu e muito para o surgimento da prisão moderna, especialmente no que diz respeito às primeiras ideias sobre a reforma do delinquente.

A título de curiosidade, verifica-se que as palavras "penitenciário e penitenciária" surgiram do vocábulo "penitência", assumindo a pena de reclusão, como objetivo, justamente o arrependimento do pecador.

Também Santo Agostinho, em uma de suas mais importantes obras, *A cidade de Deus*, defendeu que o castigo não deveria orientar-se à destruição do culpado, mas sim ao seu melhoramento. Não se pode comparar o regime da prisão canônica com o da prisão moderna, uma vez que o primeiro serviu somente como antecedente do segundo. Entretanto, não podemos ignorar suas salutares influências.¹⁹

1.2.3 Idade Moderna

Nos séculos XVI e XVII, verifica-se que a pobreza tomou conta de toda a Europa, alastrando-se e trazendo muitos problemas.

¹⁷ KAUFMANN, Hilde. **Principios para la reforma de la ejecución penal**. Buenos Aires: Astrea, 1974, p. 18-19.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.12.

¹⁹ Santo Agostinho apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13.

Então, paralelamente com a miséria, vieram os crimes. Alguns, inclusive, sustentavam que o número de delinquentes era tão grande que não poderiam ser mortos ou enforcados, sob pena de se acabar com a humanidade.

Assim, na segunda metade do século XVI, surgiu um movimento de transcendência no desenvolvimento das penas privativas de liberdade, na criação e construção de prisões organizadas com vistas a corrigir os apenados.

As casas de correção, todas elas de grande valor histórico, foram criadas, pois, para solucionar o problema sociocriminal, que preocupava as pequenas minorias e as cidades.²⁰

Por meio de trabalho e disciplina, os infratores eram corrigidos, tendo as casas de correção, ainda, objetivos relacionados com a prevenção geral, pois desestimulavam a ociosidade e possibilitavam o autofinanciamento do preso.

Em verdade, essas casas de trabalho ou de correção, destinadas à pequena delinquência, já assinalavam o surgimento da pena privativa de liberdade moderna, utilizando-se, na época, o trabalho, o castigo corporal e a instrução religiosa, como meio de reeducar os infratores.

Verifica-se que foram necessários quase dois séculos para que as prisões fossem consideradas um lugar de correção do delinquente e não só como simples custódia do delinquente à espera de um julgamento.

1.3 Da prisão-custódia à prisão pena

Segundo Dario Melossi e Massimo Pavarini,

É na Holanda da primeira metade do século XVII que a nova instituição da casa de trabalho atinge, no período das origens do capitalismo, a sua forma mais desenvolvida. A criação desta nova e original modalidade de segregação punitiva responde mais a uma exigência conexas ao desenvolvimento geral da sociedade capitalista do que à genialidade individual de algum reformador (...). É preciso esclarecer, naturalmente, que essa hipótese, baseada sobretudo na relação entre mercado de trabalho e trabalho forçado (entendido como trabalho não livre), não esgota toda a complexa temática da "workhouse". Ela não é, de modo algum, como já se viu em relação à Inglaterra, o único instrumento através do qual se busca

²⁰ GUZMAN, Luiz Garrido. **Manual de Direito Penal**. Madrid: Edersa, 1983, p. 81.

manter baixos os salários e controlar a força de trabalho, nem tampouco as casas de trabalho têm este como único objetivo. No que diz respeito ao primeiro ponto, já vimos como na Inglaterra – mas, nesse período, isso é válido num sentido mais geral – as casas de trabalho são acompanhadas de tetos salariais estabelecidos por lei, do prolongamento das jornadas de trabalho, da proibição da livre associação dos trabalhadores e assim por diante. Na realidade, a relativa exiguidade quantitativa que sempre caracterizou estas experiências induz a considerá-la mais como uma amostra do nível geral alcançado pela luta de classes do que como um dos fatores que a impulsionam.²¹

Para ambos, a prisão surge quando se estabelecem as casas de correção holandesas e inglesas, cuja origem não se explica pela existência de um propósito mais ou menos humanitário e idealista, mas pela necessidade que existia de ter um instrumento que permitisse não tanto a reforma ou reabilitação do delinquente, mas a sua submissão ao regime dominante (capitalismo). Serviu também como meio de controle dos salários, permitindo, por outro lado, que mediante o efeito preventivo-geral da prisão se pudesse “convencer” os que não cometeram nenhum delito de que deviam aceitar a hegemonia da classe proprietária dos bens de produção. Já não se trata de dizer que a correção sirva para alcançar uma ideia metafísica e difusa de liberdade, mas que procura disciplinar um setor da força de trabalho “para introduzi-lo coativamente no mundo da produção manufatureira”, tornando o trabalhador mais dócil e menos provido de conhecimentos, impedindo, dessa forma, que possa apresentar alguma resistência.

Na realidade, o objetivo fundamental das instituições de trabalho holandesas e inglesas era que o trabalhador aprendesse a disciplina capitalista de produção.

(...) Não só interessa que o recluso aprenda a disciplina de produção capitalista que se submeta ao sistema, mas que faça uma introspecção da cosmovisão e da ideologia da classe dominante (bloco hegemônico).²²

De fato, visava-se somente a preparar os homens, principalmente os mais pobres, desprovidos de bens, para a aceitação de uma ordem e uma disciplina, impostas pelos ideais burgueses, que os transformariam em dóceis instrumentos de exploração.

Não se pode negar que a tese de Melossi e Pavarini parte de um ponto de

²¹ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massino. **Cárcere e Fábrica**: As origens do sistema penitenciário. Século XVI-XIX. Trad. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 39-40.

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.23.

vista marxista, havendo, pois, um repúdio à ideia de que as casas de correção procuravam a emenda do delinquente. Serviam, na verdade, como um simples instrumento de dominação, tanto no aspecto político, como nos planos econômico e ideológico, impondo a hegemonia de uma classe sobre outra e eliminando, desse modo, a possibilidade de reação.

Assim, não se pode afirmar que a prisão somente surgiu porque a pena de morte estava em crise ou porque se queria criar uma pena que se ajustasse melhor a um processo geral de humanização, recuperando-se o delinquente. Era, obviamente, mais uma forma de dominação.

Na verdade, podem-se apontar várias causas como explicação para o nascimento das prisões. Eis algumas delas.

Segundo retrata Foucault, até o século XVII, a pena era tida como um suplício, devendo ser desumana e violenta.

O suplício não restabelecia a justiça, reativava o poder. No século XVII, e ainda no começo do XVIII, ele não era, com todo o seu teatro de terror, o resíduo ainda não extinto de uma outra época. Sua crueldade, sua ostentação, a violência corporal, o jogo desmesurado de forças, o cerimonial cuidadoso, enfim todo o seu aparato se engrenava no funcionamento político da penalidade.²³

Mais tarde, tornou-se um espetáculo, durante o qual o delinquente deveria confessar todos os seus crimes, mostrando-se arrependido de seus atos. O castigo, assim, passou a ser substituído pela vergonha.

Entretanto, tendo se instalado a pobreza no continente europeu, muitos passaram a dedicar-se à mendicância e ao crime, caindo, pois, em desprestígio a pena de morte, que não mais respondia aos anseios de justiça. Impunha-se, pois, a procura de novas reações penais.

Entende Von Hentig que:

A pena privativa de liberdade não tem uma longa história (...). Na segunda metade do século XVIII, o arco da pena de morte estava excessivamente tenso. Não tinha contido o aumento dos delitos nem o agravamento das tensões sociais, nem tampouco havia garantido a segurança das classes superiores, pelourinho fracassava frequentemente em se tratando de delitos leves ou de casos dignos de graça, uma vez que a publicidade da

²³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 24^a ed., Trad. Raquel Ramallete Petrópolis: Vozes, 2001, p. 40.

execução dava lugar mais a compaixão e a simpatia do que ao horror. O desterro das cidades e as penas corporais tinham contribuído para o desenvolvimento de um banditismo sumamente perigoso, que se entendia com impetuosa rapidez quando as guerras e as revoluções haviam desacreditado e paralisado os velhos poderes. A pena privativa de liberdade foi a nova grande invenção social, intimidando sempre, corrigindo amiúde, que devia fazer retroceder o delito, quiçá, derrotá-lo, no mínimo, cercá-lo entre muros. A crise da pena de morte encontrou aí o seu fim, porque um método melhor e mais eficaz ocupava o seu lugar, com exceção e alguns poucos casos mais graves.²⁴

De fato, o fator econômico foi muito importante para o surgimento da pena privativa de liberdade, retrata Foucault, com riqueza de detalhes:

O confinamento, esse fato massivo cujos sinais encontramos em toda a Europa do século XVII, é um assunto de polícia. Polícia no sentido sumamente preciso que se dá ao vocábulo na época clássica, isto é, conjunto de medidas que fazem do trabalho algo ao mesmo tempo possível e necessário para todos aqueles que não poderiam viver sem ele (...) antes de ter o sentido medicinal que lhe atribuímos ou que ao menos queremos conceder-lhe, o confinamento foi uma exigência de algo muito distinto da preocupação da cura. O que o fez necessário foi um imperativo de trabalho. Onde a nossa filantropia quer reconhecer sinais de benevolência à doença, ali encontramos somente a condenação da ociosidade.²⁵

Foucault prossegue afirmando que na Europa o internamento tem o mesmo sentido, pelo menos no início, sendo uma das respostas dadas pelo século XVII a uma crise econômica que afetava o mundo ocidental em seu conjunto tendo como consequências queda de salários, desemprego, escassez da moeda. Foi um conjunto de fatos que ocasionou uma crise da economia espanhola. A própria Inglaterra, que era o país da Europa ocidental menos dependente do sistema, precisou resolver os mesmos problemas.

E conclui:

A época clássica utiliza o confinamento de maneira equivocada, para fazê-lo desempenhar um duplo papel: reabsorver os desempregados, ou, pelo menos, apagar seus efeitos sociais mais visíveis e controlar as tarifas quando houver risco de subirem muito: atuar alternativamente sobre o mercado de mão de obra e os preços de produção. Na realidade, parece que as casas de confinamento não puderam realizar eficazmente a obra que delas se esperava. Se absorviam os desempregados era sobretudo para dissimular a miséria e evitar os inconvenientes políticos ou sociais de

²⁴ HENTIG, Hans Von. **La pena**. v.2, Madrid: Espasa-Calpe, 1968, p. 185.

²⁵ FOUCAULT, Michel. **História da loucura**. Trad. José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 59-60.

uma possível agitação, mas ao mesmo tempo em que eram colocados em oficinas obrigatórias, o desemprego aumentava nas regiões vizinhas e nos setores similares.²⁶

A mesma interpretação era apresentada por Melossi e Pavarini à origem e à função da pena privativa de liberdade no capitalismo desenvolvido. Desse modo, não devemos ser ingênuos a ponto de acreditar que a prisão surgiu em virtude dos ideais humanitários, e na sede de reformar os delinquentes, mas sim em razão do desejo de a classe burguesa dominar o proletariado, fato que, é claro, não retira a importância dos propósitos reformadores que sempre foram atribuídos à prisão.²⁷

1.4 Grandes Reformadores

Protestos contra os suplícios começam a surgir na metade do século XVIII. O povo começou a constatar que não havia necessidade de se atribuir tanto sofrimento para execução das penas, pois havia um cenário de horror que se transformou em compaixão. O rito aplicado nos suplícios passou a ter um cunho negativo, vazio de sentido e assemelhado à mancha do próprio cometimento do crime, com o adicional de que era praticado friamente, sem remorsos. O ponto importante desse momento histórico é preconizado por Foucault:

Desaparece, destarte, em princípios do século XIX, o grande espetáculo da punição física: o corpo suplicado é escamoteado; exclui-se do castigo a encenação da dor. Penetramos na época da sobriedade punitiva. Podemos considerar o desaparecimento dos suplícios como um objetivo mais ou menos alcançado, no período compreendido entre 1830 e 1848.²⁸

Pensadores iluministas passaram a se insurgir contra os excessos existentes na legislação penal e na forma de executar as penas, indicando formas de impedir a previsão de penas que tinham a finalidade de atormentar um ser sensível, ou seja, o próprio homem. Importantes princípios que nos dias atuais representam direitos e

²⁶ FOUCAULT, Michel. **História da loucura**. Trad. José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 59-60.

²⁷ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massino. **Cárcere e Fábrica**: As origens do sistema penitenciário. Século XVI-XIX. Trad. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 41.

²⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 24ª ed., Trad. Raquel Ramalheite Petrópolis: Vozes, 2001, p. 16-17.

garantias indiscutíveis do condenado têm suas origens nesse período, tais como: personalização, proporcionalidade, individualização e humanidade da pena.

Nesse momento histórico começou a desaparecer a punição aplicada sobre o corpo dos sentenciados. É à alma destes que se deve dirigir a aflição causada pela pena. A supressão dos suplícios, entretanto, não significa o triunfo da proporcionalidade entre o crime e a punição. Essa última passou a ser infligida por meio de novas técnicas, que retiravam toda a carga de sofrimento físico que antecedia a morte. Por sua vez, a pena ainda simulava uma morte sem dor, com o uso da guilhotina ou da forca. Apenar alguém passa a significar, nesse momento, a perda de um bem ou direito, que pode ser, porém, a própria vida do condenado.

Em um entendimento de progressiva humanização na execução das penas, a privação da liberdade passou a ser considerada a forma mais racional de legalizar a vingança contra o responsável pelo cometimento de um crime, conforme escreve Cordeiro.²⁹ Portanto, as cobranças do sistema industrial e do novo Estado burguês forçaram o sistema detentivo de execução das penalidades. Todo esse contexto histórico e filosófico observado no século XIX beneficiou o aparecimento da fase de humanização das penas. Observando esse ponto histórico, Foucault leciona:

A prática punitiva do século XIX procurará por o máximo de distância possível entre a pesquisa “serena” da verdade e a violência que não se pode eliminar inteiramente da punição. Será feito o possível para marcar a heterogeneidade que separa o crime que deve ser sancionado e o castigo imposto pelo poder público. Entre a verdade e a punição só deverá haver agora uma relação de consequência legítima. Que o poder que sanciona não se macule mais por um crime maior que o que ele quis castigar. Que fique inocente da pena que aflige.³⁰

O século XIX caracterizou-se pela suavização das penas com a formulação de uma nova legislação criminal, que indicava respeito aos Direitos Humanos, por uma codificação mais clara e uma importante diminuição do arbítrio. Aquele que violar o pacto social terá uma represália da própria sociedade mediante pena.

O objeto de estudo de diversas Escolas Penais foi embasamento real do direito de punir, cujos delineamentos gerais passam a ser expostos das duas principais correntes.

²⁹ CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006, p. 20.

³⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 24^a ed., Trad. Raquel Ramalhete Petrópolis: Vozes, 2001, p. 48.

No século XVIII, surge a Escola Clássica que foi a primeira das escolas a tratar da humanidade da pena. Assevera Bitencourt distinção entre dois grandes momentos desta escola: a) teórico-filosófico, de cunho utilitarista, que pretendia adotar penalidades fundadas na necessidade social. Seus principais representantes foram Beccaria, Filangieri e Romagnosi; b) ético-jurídico, de cunho jusnaturalista, enxergando a pena como uma exigência ética de retribuição. Seus expoentes máximos foram Francesco Carrara, Feuerbach e Pelegrino Rossi. A pena tinha um fim retributivo. Sua finalidade precípua seria castigar o delinquente pelo crime cometido.³¹

A Escola Positivista surge durante o transcorrer do século XIX, preconizando que o crime seria um fato humano e social, razão pela qual seria necessário investigar os motivos que levam o indivíduo a delinquir. Destacou-se nessa escola César Lombroso, com a formulação de sua Teoria do Criminoso Nato. Para este autor, certos homens já nascem criminosos. A criminalidade adviria de fatores biológicos. O indivíduo ao nascer com determinados sinais e anomalias anatômicas e funcionais estaria predisposto a delinquir.³²

Podem ainda ser citados como importantes representantes desta Escola: Rafael Garofalo (1851-1934) e Enrico Ferri (1856-1929).

Imprescindível, aqui, recordarmos a contribuição dos grandes reformadores que foram, sem dúvida, os responsáveis pela humanização da pena de prisão, fazendo nascer a ideia de que tal pena cumpre uma finalidade, a ressocialização, que deve ser perseguida mais do que qualquer outra, caso se pretenda mesmo solucionar o problema carcerário. Portanto, não poderíamos nos esquecer daqueles que doaram as sementes de uma nova visão.

Em verdade, naquele tempo, as leis inspiravam uma ideia de excessiva crueldade, sendo o Direito utilizado de forma arbitrária como verdadeiro instrumento gerador de privilégios aos mais abastados.

O primeiro protesto contra esse ordenamento de atrocidades, contra a pena de morte e contra a ignomínia das cadeias de antanho, vem inspirado no humanitarismo dos enciclopedistas, em Voltaire, em Rousseau, em Montesquieu. Foi o grito, que ainda hoje ressoa, saído das páginas imortais desse pequeno grande livro – Dos Delitos e das Penas – do nunca assaz

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral v.1**, 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 99 – 100.

³² HIBBER Christopher, Las raíces Del mal, p. 209 apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral v.1**, 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100.

louvado Cesare Bonesana, marquês de Beccaria, cuja atualidade é tanto mais consagrada quando se estuda, na ciência penal de nossos dias, o movimento que se avoluma no sentido da abolição das próprias prisões, com o encontro de substitutivos ou alternativas para manifestar a reprovação da sociedade contra o crime.³³

Alguns pensadores, de fato, passaram a criticar a legislação penal vigente no século XVIII, defendendo as liberdades do indivíduo e enaltecendo os princípios da dignidade do homem.

Correntes iluministas e humanitárias passaram a defender que a pena deveria ser proporcional ao crime praticado, devendo-se, ainda, considerar as circunstâncias pessoais do infrator, como forma até mesmo de individualização da aplicação da pena.

O movimento reformista, liderado por Beccaria, Montesquieu, Howard, Bentham, atingiu seu apogeu justamente com a Revolução Francesa, manifestando-se a vontade de se reformar o sistema punitivo.

Estudemos rapidamente seus ideais e sua importância, na luta pela humanização do Direito Penal.

1.4.1 Beccaria

Beccaria, defensor da escola clássica, traçou os delineamentos da defesa social, adotando como lema o pensamento "é melhor prevenir o crime do que castigá-lo". Foi, na verdade, um precursor na defesa dos direitos humanos. Seu livro *Dos delitos e das penas*, datado de 1764, antes da Revolução Francesa, já defendia os direitos do homem.

Revoltava-se contra:

a fria atrocidade que os homens poderosos encaram como um dos seus direitos. (...) os dolorosos gemidos do fraco, sacrificado à ignorância cruel e aos opulentos covardes; os tormentos atrozes que a barbárie inflige por crimes sem provas, ou por delitos quiméricos, o aspecto abominável dos xadrezes e das masmorras, cujo horror é ainda aumentado pelo suplício mais insuportável para os infelizes - a incerteza, tantos métodos odiosos,

³³ ARAUJO JUNIOR, João Marcelo. **Sistema Penal para o Terceiro Milênio**. Rio de Janeiro: Revan, 1998, p. 18.

espalhados por todas partes, deveriam ter despertado a atenção dos filósofos, essa espécie de magistrados que dirigem as opiniões humanas.³⁴

Desde o primeiro capítulo de seu livro, Beccaria invocava o nome e a autoridade de Rousseau, cuja obra *O Contrato Social* foi publicada em 1762, e de Montesquieu, de quem se declara seguidor dos traços luminosos.

Afirmava que o homem, com vistas a evitar conflitos, firmara um contrato social com os demais, abrindo mão de parcela de sua liberdade e legitimando o Estado a criar regras de conduta e respectivas sanções para o seu eventual descumprimento.

Segundo suas palavras, segue dizendo que os homens se reúnem e livremente criam uma sociedade civil, e a função das penas impostas pela lei é precisamente assegurar a sobrevivência dessa sociedade.³⁵

E prossegue:

as leis são as condições em que os homens isolados independentes uniram-se em sociedade, cansados de viver em um contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade que não tinham certeza da utilidade de conservá-la.³⁶

Aponta três pressupostos do contrato social estabelecido: (a) a existência de um consenso entre homens racionais acerca da moralidade e da imutabilidade da atual distribuição de bens; (b) todo comportamento ilegal produzido em uma sociedade é essencialmente patológico e irracional, tendo, pois, a pena um caráter curativo, reabilitador; (c) e os teóricos tinham conhecimento especial dos critérios para determinar a racionalidade ou irracionalidade de um ato.

Verifica-se, no entanto, que o direito penal, construído exatamente em torno do contrato social, não fez nada mais, nada menos, que legitimar as formas modernas de tirania. Afinal, sob a ideia de que o criminoso rompera o pacto social, por ele aceito, considerava-se que se havia convertido em um inimigo da sociedade, devendo, pois, suportar o castigo que lhe seria imposto.

Dispondo acerca das finalidades da pena, sustentava Beccaria que:

³⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Torrieri Guimarães 11^a ed., São Paulo: Hemus, 2000, p. 25.

³⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Torrieri Guimarães 11^a ed., São Paulo: Hemus, 2000, p. 27.

³⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Torrieri Guimarães 11^a ed., São Paulo: Hemus, 2000, p. 27.

o fim, pois, não é outro que impedir o réu de causar novos danos a seus cidadãos e afastar os demais do cometimento de outros iguais. Consequentemente, devem ser escolhidas aquelas penas e aquele método de impô-las, que, respeitada a proporção, causem uma impressão mais eficaz e mais durável sobre o ânimo dos homens e que seja menos dolorosa para o corpo do réu.³⁷

Assim, segundo seu pensamento, os objetivos da pena poderiam ser considerados tanto a prevenção especial como a geral, sendo o objetivo preventivo geral alcançado, justamente, por meio da certeza e eficácia da punição, algo que, nos dias de hoje, parece não estar sendo levado muito a sério. Ainda, acreditava-se que a pena, para atingir seus objetivos, deveria ser imposta sem qualquer demora, não submetendo o acusado aos tormentos da indefinição.

Embora Beccaria reconhecesse que a prisão teria mesmo um sentido punitivo e sancionador, não deixava de insinuar uma finalidade reformadora da pena privativa de liberdade, afirmando que nas prisões não deveria predominar a sujeira e a fome.

Criticava as prisões de seu tempo, afirmando que não deveria prevalecer, no sistema criminal, a ideia de força e prepotência da justiça, sendo inaceitável que se atirassem em uma mesma prisão os denunciados e os condenados.

Afirmava que era extremamente paradoxal falar-se em ressocialização como objetivo da pena privativa de liberdade, sem que houvesse qualquer controle do poder punitivo e uma constante tentativa de se humanizar a justiça e a pena.

Embora tenha sido bastante aplaudido, também recebeu severas críticas de Muryart de Vouglans e Jousse, que queriam, na verdade, manter a legislação em vigor e resistiam às ideias inovadoras de Beccaria.³⁸

Pode-se dizer que a publicação de sua obra colocou em risco a vida e a liberdade de Beccaria, que procurou precaver-se com a ajuda de um nobre italiano, o Conde Firmiani, que protegeu seu livro. Na verdade, Beccaria foi bastante inteligente. Quis defender a humanidade, sem, no entanto, servir de mártir, como alguns antecessores.

³⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Torrieri Guimarães 11ª ed., São Paulo: Hemus, 2000, p. 46.

³⁸ SILVA, Evandro Lins e. De Beccaria a Filippo Gramatica. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo (org). **Sistema penal para o terceiro milênio**. Rio de Janeiro: Revan, 1998, p.3.

Precursor da defesa e do respeito aos Direitos Humanos, Beccaria assim conclui seu livro:

De tudo o que acaba de ser exposto pode deduzir-se um teorema geral utilíssimo, mas pouco conforme ao uso, que é o legislador ordinário das nações. E que para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta e necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.³⁹

Beccaria, sem dúvida, foi um marco na História, sendo fonte de inspiração dos mais antigos aos mais modernos, podendo-se encontrar em sua obra temas que estão na ordem do dia da ciência penal contemporânea.

Confessa Eugênio Raúl Zaffaroni,

consideramo-lo um claro expoente do pensamento iluminista e sua importância, mais que filosófica e teórica, consideramo-la política, tendo sido decisiva, esse ponto de vista, como autor da pedra angular de todas as reformas penais que permitiram o posterior desenvolvimento de nossa disciplina na forma que apresenta contemporaneamente.⁴⁰

Nuvolone lembra bem o humanista que é Beccaria, cujos trechos de seus escritos praticamente se incorporaram à Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, e que até hoje ainda perduram:

A privação da liberdade, sendo uma pena, não pode preceder a sentença senão quando a necessidade o requer. A prisão é pois a simples custódia de um cidadão até que seja julgado culpado; e esta custódia, essencialmente dolorosa, deve durar o menor tempo possível e deve ser também o menos severa possível. A aflição da prisão deve ser a necessária para impedir a fuga ou para evitar a ocultação da prova dos delitos. O processo mesmo deve estar terminado no mais breve espaço de tempo.⁴¹

E ainda:

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido

³⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Torrieri Guimarães 11^a ed., São Paulo: Hemus, 2000, p. 45.

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 88.

⁴¹ NUVOLONE, Pietro. **Trent'anni di diritto e procedure penale**. Padova: Cedam, 1969, p. 432-433.

ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida. Só o direito da força pode, pois, autorizar um juiz a infligir uma pena a um cidadão enquanto se duvida se ele é culpado ou inocente.⁴²

Nuvolone resume a contribuição de Beccaria à evolução do pensamento humano:

Com Beccaria, o problema penal (compreensivo do problema substancial e do problema processual) aflora à consciência crítica, traz da dialética a sua autonomia também de um ponto de vista lógico, que permitirá ainda ultrapassar as promessas e esperanças do século das luzes; certeza, legalidade dos processos e das penas, publicidade de procedimento, instrumentalidade utilitária e não vingança ou retribuição, distinção do tema jurídico-penal do tema moral. Ao mesmo tempo, e como natural consequência, nasce a ciência do direito e do processo penal: nasce como ciência da legislação, como problemática extrapositiva.⁴³

Com Beccaria principia-se a Idade Moderna do Direito Penal, desaparecendo os fanáticos da repressão penal, que impunham as torturas e os castigos mais atrozes para a condenação à morte cruel de inocentes, de suspeitos de heresia ou de condutas consideradas vulneradoras da ordem dominante.

Desde que apareceu, a obra de Beccaria passou a ser o farol, o ponto de luz a indicar o caminho a ser seguido pelos estudiosos do direito penal. As suas premonições faziam antever que um dia, afinal, o homem seria remido e resgatado de toda punição infamante, cruel ou atentatória de sua dignidade. Antes dele ninguém ousara insurgir-se publicamente contra a ignomínia das torturas e contra pena de morte.⁴⁴

1.4.2 John Howard

John Howard teve especial importância ao longo de todo o processo de humanização e racionalização das penas, uma vez que, com um imenso sentido humanitário, nunca aceitou as condições deploráveis em que se encontravam as prisões inglesas, não admitindo que o sofrimento desumano fosse consequência implícita e iniludível da pena privativa de liberdade.

⁴² NUVOLONE, Pietro. **Trent'anni di diritto e procedure penale**. Padova: Cedam, 1969, p. 432-433.

⁴³ NUVOLONE, Pietro. **Trent'anni di diritto e procedure penale**. Padova: Cedam, 1969, p. 438.

⁴⁴ SILVA, Evandro Lins. **Uma visão global da história da pena**. Publicado nos anais do Primeiro Encontro Nacional de Execução Penal, p. 240.

Verifica-se, na época, em razão do grande desenvolvimento econômico e das boas condições do mercado de trabalho, que a prisão perdera a missão de produzir e formar bons proletários, servindo, pois, somente como mais um instrumento de intimidação e de controle político.⁴⁵

Concluía-se, no entanto, que inexistia a possibilidade de a prisão realizar um objetivo de reabilitação ou de ressocialização do delinquente, tendo o esforço de Howard para reformar as prisões dado pouquíssimos resultados concretos, uma vez que as condições estruturais não permitiam alterar a função meramente punitiva e de controle de prisão.⁴⁶

A verdade é que, embora não tenha conseguido grandes transformações, insistiu na necessidade de se construírem estabelecimentos adequados para o cumprimento da pena privativa de liberdade, proporcionando um regime higiênico, alimentar e de assistência médica que permitisse cobrir as necessidades elementares na prisão.

Acreditava que o trabalho obrigatório, inclusive penoso, serviria de meio adequado para a regeneração moral do delinquente, defendendo que a religião seria o meio mais eficiente para se obter a transformação do delinquente, servindo o isolamento como meio para reflexão e o arrependimento, e, ainda, como forma de combate à promiscuidade. Frisava a necessidade de nomeação de carcereiros honrados e humanos, já que acreditava no fim ressocializador da prisão.

A administração de uma prisão – dizia – é coisa muito importante para abandoná-la completamente aos cuidados de um carcereiro. Em cada condado, em cada cidade, é preciso que um inspetor eleito por eles ou nomeado pelo Parlamento cuide da ordem das prisões (...). Se este cuidado fosse demasiado penoso para a mesma pessoa, poder-se-á obrigar a todos os membros de um tribunal a encarregar-se dele, alternadamente, todos os meses ou a cada três meses todos os anos. O inspetor faria a sua visita uma vez por semana ou a cada quinze dias, mudando os dias. Teria um resumo de todas as leis referentes às prisões e verificaria se são observadas ou negligenciadas. Visitaria como faz em alguns hospitais, cada aposento, falaria com todos os presos, ouviria as suas reclamações, atenderia àqueles cujas petições entendesse justas, e, quando tivesse dúvidas sobre elas, remeteria à decisão de seus colegas.⁴⁷

⁴⁵ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massino. **Cárcere e Fábrica**: As origens do sistema penitenciário. Século XVI-XIX. Trad. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.74.

⁴⁶ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massino. **Cárcere e Fábrica**: As origens do sistema penitenciário. Século XVI-XIX. Trad. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.77.

⁴⁷ CALÓN, Eugenio Cuello. **La intervención del juiz en la ejecución de la pena**. Madrid: Anuario de derecho penal y ciencias penales 1953, p. 252-253.

Deve-se observar que Howard⁴⁸ acabou, inclusive, estimulando algumas reformas legislativas, lutando pela eliminação do direito de carceragem, que era, justamente, uma importância que os encarcerados deviam pagar a título de aluguel aos donos dos locais de encarceramento. Sustentava que tal direito, assim como o pagamento dos guardas, deveria ficar mesmo a cargo do Estado.

Na verdade, foi justamente com Howard que nasceu o penitenciarismo, marcando sua obra o início da luta interminável para alcançar a humanização das prisões e a reforma do delinquente.

1.4.3 Jeremy Bentham

Jeremy Bentham foi o primeiro autor consciente da importância da arquitetura penitenciária.⁴⁹

Considerava que o fim principal da pena era, realmente, prevenir delitos semelhantes:

O negócio passado não é mais problema, mas o futuro é infinito: o delito passado não afeta mais que a um indivíduo, mas os delitos futuros podem afetar a todos. Em muitos casos é impossível remediar o mal cometido, mas sempre se pode tirar a vontade de fazer mal, porque, por maior que seja o proveito de um delito, sempre pode ser maior o mal da pena.⁵⁰

Nota-se, no entanto, que ele admitia, de forma secundária, o fim correccional da pena, dispondo ser:

uma grande qualidade da pena poder servir para a emenda do delinquente, não só pelo temor de ser castigado novamente, mas também pela mudança em seu caráter e em seus hábitos. Conseguir-se-á esse fim analisando o motivo que produziu o delito e aplicando-lhe uma pena adequada para enfraquecer tal motivo. Uma casa de correção para atingir esse objetivo deve ser suscetível à separação dos delinquente em

⁴⁸ NEUMAN, Elias. **Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios**. Buenos Aires: Editorial Pannedille, 1971, p. 73.

⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 46.

⁵⁰ BENTHAM, Jeremy. **Principios de La legislación y jurisprudência**. Imprenta de Tomás Jordán. Espanha: La Piqueta, 1934, p. 30.

diferentes seções para que possam ser adotados meios diversos de educação à diversidade de estado moral.⁵¹

Bentham também se preocupava com um tema que continua preocupando os penalistas e penitenciários: a assistência pós-penitenciária. De fato, de nada adianta o objetivo reabilitador, sem que seja ele complementado com um plano de assistência pós-penitenciária.

Seria uma grande imprudência jogá-los no mundo sem custódia e sem auxílios na época de sua emancipação, que podem ser comparados aos rapazes enclausurados muito tempo acabam ficando livres da vigilância e do cuidado de seus mestres.⁵²

Bentham afirmava que as prisões, em regra, apresentavam as melhores condições para impregnar, destruir, corromper o corpo e a alma do recluso. Defendia que as condições inadequadas e seu ambiente de ociosidade retiravam dos réus sua honra e seus hábitos laboriosos. Assim, eles saíam dali, evidentemente, para serem impelidos outra vez pelo delito pelo agulhão da miséria, submetidos ao despotismo subalterno de alguns homens geralmente depravados pelo espetáculo do delito e o uso da tirania. Esses podem ser sujeitos a mil penas desconhecidas que os irritam contra a sociedade, que os endurecem e os fazem insensíveis às sanções. Em relação à moral, uma prisão é uma escola onde se ensina a maldade por meios mais eficazes que os que nunca poderiam empregar-se para ensinar a virtude: o tédio, a vingança e a necessidade presidem essa educação de perversidade.⁵³

A respeito disso, pondera Foucault:

A opinião que nos serve de regra e de princípio é a das pessoas que nos cercam. Esses homens segregados assimilam linguagem e costumes e, por um consentimento tácito e imperceptível, fazem suas próprias leis, cujos autores são os últimos dos homens: porque em uma sociedade semelhante os mais depravados são mais audazes e os mais malvados

⁵¹ BENTHAM, Jeremy. **O Panóptico**, org. Tomaz Tadeu, Trad. Guacira Lopes Louro, M. D. Magno, Tomaz Tadeu 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008, p. 31.

⁵² BENTHAM, Jeremy. **Principios de La legislación y jurisprudência**. Imprenta de Tomás Jordán. Espanha: La Piqueta, 1934, p. 50.

⁵³ BENTHAM, Jeremy. **O Panóptico**, org. Tomaz Tadeu, Trad. Guacira Lopes Louro, M. D. Magno, Tomaz Tadeu 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008, p. 56.

são mais temidos e respeitados. Composta desse modo, essa população apela da condenação exterior e revoga suas sentenças.⁵⁴

É curioso, no entanto, que Bentham já previa o nascimento da subcultura carcerária. Trouxe, ainda, a ideia do panótico, que seria uma espécie de casa de Penitência.

Segundo o plano que lhes proponho, deveria ser um edifício circular, ou melhor dizendo, dois edifícios encaixados um no outro. Os quartos dos presos formariam os edifícios encaixados um no outro. Os quartos dos presos formariam o edifício da circunferência com seis andares, e podemos imaginar esses quartos com umas pequenas celas abertas pela parte interna, porque uma grade de ferro bastante larga os deixa inteiramente à vista. Uma galeria transparente que permite ao inspetor registrar todas as celas sem ser visto. Com uma simples olhada vê um terço dos presos e movimentando-se um pequeno espaço pode ver todos em um minuto. Embora ausente a sensação da sua presença é tão eficaz como se estivesse presente... Todo o edifício é como uma colmeia, cujas pequenas cavidades podem ser vistas todas de um ponto central. O inspetor invisível reina como um espírito.⁵⁵

E acrescenta:

A regra da severidade é essencial, porque uma prisão que oferecesse aos delinquentes uma situação melhor que a sua condição originária no estado de inocência seria uma tentação para os homens fracos e desgraçados, ou, pelo menos, não teria o caráter da pena que deve intimidar quem se sente tentado a cometer um delito.⁵⁶

Segundo Foucault⁵⁷, o panótico seria uma verdadeira máquina arquitetônica que serviria de maneira perfeita à função de criar e manter uma relação de poder, independentemente de quem o exercesse, pois aumentaria substancialmente a eficácia no exercício do poder, evitando que os vigiados pudessem fugir do olhar dominador e vigilante.

Em verdade, o conceito de panótico não chegou a desenvolver-se plenamente, salvo exceções. Entretanto, as ideias de Bentham mostraram-se

⁵⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 24ª ed., Trad. Raquel Ramallete Petrópolis: Vozes, 2001, p.166.

⁵⁵ BENTHAM, Jeremy. **O Panótico**, org. Tomaz Tadeu, Trad. Guacira Lopes Louro, M. D. Magno, Tomaz Tadeu. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008, p. 40.

⁵⁶ BENTHAM, Jeremy. **O Panótico**, org. Tomaz Tadeu, Trad. Guacira Lopes Louro, M. D. Magno, Tomaz Tadeu. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008, p. 46.

⁵⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 24ª ed., Trad. Raquel Ramallete Petrópolis: Vozes, 2001, p.169.

importantes e atuais, tanto do ponto de vista da doutrina penitenciária como do plano arquitetônico.

Ainda, Bentham logrou fazer com que suas críticas servissem para diminuir o castigo bárbaro e excessivo que se produzia nas prisões inglesas, tendo os Estados Unidos acolhido algumas de suas ideias arquitetônicas.

2 TEORIAS DA PENA E SUA FUNÇÃO

Pergunta-se: Qual a função da pena? Para que serve ela? Quais seus verdadeiros fins?

Há doutrinadores que tentam explicar, por meio de suas elaboradas teorias, qual seria a verdadeira finalidade da pena. Essas teorias reconhecem, sob os mais diversos fundamentos (absolutos, relativos ou mistos) legitimação ao Estado para intervir sobre a liberdade dos cidadãos, por meio do direito penal, com vistas à defesa social.

Para isso, segue-se rápida apreciação de cada uma delas.

2.1 Teoria absoluta ou retributiva da pena

Segundo a teoria absoluta, a pena não passa de uma:

Retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida. A expiação sucede a retribuição, a razão divina é substituída pela razão de estado, a lei divina pela lei dos homens.⁵⁸

Resta claro, pois, segundo a teoria retributiva, que a pena existe com o propósito único de realizar a justiça, de retribuir o mal praticado. Assim, caso o autor, podendo agir de acordo com a lei, o fizesse de forma contrária, deveria receber um castigo, que seria, justamente, a pena.

Kant foi um daqueles que acabou adotando tal teoria, afirmando que aquele que não cumpre as disposições legais não é digno do direito de cidadania, devendo, pois, ser castigado "impiedosamente" pelo soberano. Sustentava que o réu merecia ser castigado pelo simples fato de ter delinquido, sem se questionar sobre a utilidade ou não da pena.⁵⁹

⁵⁸ BUSTOS RAMIREZ, Juan; MALARÉE, Hernán. Hormazabal. **Lecciones de derecho penal**. Madrid: Trotta, 1997, p.120.

⁵⁹ KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003. p. 61.

Dessa forma, Kant nega toda e qualquer função preventiva da pena, seja ela geral ou especial.

Leciona Bitencourt⁶⁰ que Hegel também mostrou-se partidário da teoria retributiva da pena, resumindo sua tese na seguinte frase: “a pena é a negação da negação do Direito”.⁶¹ Verifica-se, de qualquer forma, que sua fundamentação acaba sendo mais jurídica que a kantiana, pois acredita que a pena encontra sua justificativa na necessidade de restabelecimento da vigência da vontade geral, simbolizada na ordem jurídica e que foi negada pela vontade do delinquente.

Aceitando que a pena venha restabelecer a ordem jurídica violada pelo delinquente, igualmente se deve aplicar simplesmente porque antes houve outro mal, porque seria – como afirma o próprio Hegel – ‘irracional querer um prejuízo simplesmente porque já existia um prejuízo anterior’. A imposição da pena implica, pois, o restabelecimento da ordem jurídica quebrada.⁶²

Da mesma forma, Francesco Carrara defendia a ideia de que:

O fim primário da pena é o restabelecimento da ordem externa da sociedade. O delito ofende materialmente a um indivíduo, ou a uma família, ou a um número qualquer de pessoas, e o mal que causa não se repara com a pena... o delito agrava a sociedade ao diminuir neles o sentimento de segurança..., e tudo isso porque, tendo perpetrado o delito, ‘... o perigo que ameaçava a tranquilidade dos demais cidadãos apenas começou, de forma que, para evitar novas ofensas por parte do delinquente, a pena deve ser aplicada para poder reparar esse dano com o restabelecimento da ordem, que se vê alterada pela desordem do delito.’⁶³

A pena, sob a ótica da metafísica kantiana, era entendida como um fim em si mesma, visando tão somente a recompensar o mal com o mal.⁶⁴

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 112.

⁶¹ ULRICH Klug, **Para uma crítica de La filofosia penal de Kant y Hegel**, Trad. Enrique Bacigalupo, in Libro homenaje AL profesor Jimenez de Asúa, p. 37.

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 113.

⁶³ CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal**: parte geral. Bogotá: Temis, vol. II, 1956, p. 626.

⁶⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo. Atlas, vol. 1, 2007, p. 244.

Juan Busto Ramirez lembra que, para Mezger, a pena aparece presidida pelo postulado da retribuição justa, isto é, que cada um sofra o que os seus caos valem.⁶⁵

Segundo Maurach,

A característica principal da pena retributiva é a majestade de sua desvinculação de todo fim, como se expressa na exigência de Kant, de que, no caso de dissolução voluntária de uma sociedade, deveria ser aplicada a pena ao último assassino.⁶⁶

A teoria retributiva, pode-se afirmar, chegou a ser até mesmo defendida pela antiga ética cristã.⁶⁷

Entretanto, recebeu algumas críticas, uma vez que:

Não explica quando se tem de sancionar, apenas diz: se for imposta uma pena – sejam quais forem os critérios –, com ela tem de ser retribuído um delito. Dessa forma, uma questão importantíssima fica sem solução, qual seja, de saber sob que fundamento a culpa autoriza o Estado a castigar.⁶⁸

Portanto, segundo Roxin, essa teoria fracassa diante da função de traçar um limite em relação ao conteúdo do poder estatal.⁶⁹

Em segundo lugar, destaca que:

Se afirma sem restrições a faculdade estatal de penalizar formas de condutas culpáveis, continua insatisfatória a justificação da função da culpa, uma vez que a possibilidade da culpabilidade humana pressupõe a liberdade de vontade (livre-arbítrio) e a sua existência, com o que concordam inclusive os partidários das ideias retribucionistas, é indemonstrável.⁷⁰

De fato, a ideia retributiva somente se mostraria compreensível como mero ato de fé, uma vez que não se pode eliminar um mal (delito) com outro mal (pena). Afinal, isso não seria nada mais nada menos que uma simples vingança.

⁶⁵ BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Estado actual de La teoria**: bases criticas de um nuevo derecho penal. Bogotá: Temis, 1982, p. 153.

⁶⁶ MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.

⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 117.

⁶⁸ ROXIN, Claus. **Sentidos e Limites da Pena Estatal**. In: Problemas Fundamentais de Direito Penal. Lisboa: Vegas, 1998, p. 12.

⁶⁹ ROXIN, Claus. **Sentidos e Limites da Pena Estatal**. In: Problemas Fundamentais de Direito Penal. Lisboa: Vegas, 1998, p. 12-13.

⁷⁰ ROXIN, Claus. **Sentidos e Limites da Pena Estatal**. In: Problemas Fundamentais de Direito Penal. Lisboa: Vegas, 1998, p. 13.

Roxin despreza totalmente a teoria retribucionista, porque deixa sem esclarecer os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados seus fundamentos e porque, como conhecimento de fé irracional, além de impugnável, não vinculante.⁷¹

2.2 Teorias preventivas da pena

Essas teorias buscam fins preventivos posteriores e fundamentam-se na sua necessidade para a sobrevivência do grupo social.

Para elas, a pena não visa retribuir o mal praticado, mas sim a prevenir a prática de novos crimes. Não se baseia na ideia de se realizar justiça, mas na função de inibir, tanto quanto possível, a prática de novos delitos, pela prevenção geral e prevenção especial.

2.2.1 A Prevenção Geral

Como bem observa Bitencourt⁷², na concepção de Feuerbach, a pena é, efetivamente, uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos; é, pois, uma 'coação psicológica' com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo. Já não se observa somente a parte, muitas vezes cruel, da execução da pena (que nesse caso serve somente para confirmar a ameaça), mas se antepõe à sua execução a cominação penal.

Presumia-se, dessa forma, que:

O homem racional e calculista encontra-se sob uma coação, que não atua fisicamente, como uma cadeia a que deveria prender-se para evitar com segurança o delito, mas psicologicamente, levando-o a pensar que não vale a pena praticar o delito que se castiga.⁷³

⁷¹ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14.

⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 90.

⁷³ BUSTOS RAMIREZ, Juan; MALARÉE, H. Hormazabal. **Pena y estado: bases criticas de um nuevo derecho penal**. Bogotá: Temis, 1982, p. 38.

A teoria da prevenção geral se baseia em duas ideias básicas: a ideia de intimidação (ou utilização do medo) e a ponderação da racionalidade do homem. Para ela, a ameaça da pena atua como motivação, que o leva a não cometer delitos.

Verifica-se, no entanto, que essa teoria não leva em consideração o fato de que o delinquente, muitas vezes, sequer acredita que será descoberto. Assim, conclui-se que o pretendido temor de aplicação da pena não é suficiente para impedi-lo de praticar a infração.

Na verdade, cada delito já é, pelo só fato de existir, uma prova contra a eficiência da prevenção geral.⁷⁴

Kant, inclusive, reprovava toda tentativa de instrumentalização do homem, expondo que:

Um ordenamento jurídico que não considere o indivíduo como objeto à disposição da coação estatal, nem como material humano utilizável, mas como portador completamente equiparado a todos os demais, de um valor como pessoa, a quem o Estado deve proteger, tem de ser inadmissível à instrumentalização do homem.⁷⁵

Sauer⁷⁶, por sua vez, sustentava que nenhum indivíduo, sob nenhuma justificção, deve ser castigado em benefício de outros.

Assim, tais teorias, como as retributivas, não conseguiam demonstrar quais seriam os comportamentos para os quais o Estado, de fato, teria legitimidade para intimidar. Tampouco, não definiam o âmbito do punível.

Assim como na concepção preventivo-especial não é delimitável a duração do tratamento social-terapêutico e, no caso concreto, pode exceder a medida defensável da ordem jurídica liberal, o ponto de partida preventivo-geral tem, geralmente, a tendência ao terror estatal. Pois quem quiser intimidar através da pena tenderá a reforçar esse efeito tão severamente quanto possível.⁷⁷

⁷⁴ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 18.

⁷⁵ KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003. p. 85.

⁷⁶ SAUER, Guillermo. **Derecho penal**. Trad. Juan Del Rosa y Cerezo. Barcelona: Bosch: 1956.

⁷⁷ ROXIN, Claus. **Sentidos e Limites da Pena Estatal**. In: Problemas Fundamentais de Direito Penal. Lisboa: Vagas, 1998, p. 23.

Alguns problemas empíricos da Teoria Preventiva poderiam, ainda, ser apresentados. O primeiro seria, justamente, o conhecimento da norma jurídica por seu destinatário.

Os destinatários do Direito Penal devem conhecer os fatores que vão desencadear um efeito preventivo geral. Esse é um pressuposto trivial da realização do instrumento preventivo-geral. Se não se demonstrarem ao afetado os dois fatores – cominação penal e execução da pena – não poderão influenciar na formulação do processo motivador. Se os cidadãos comportam-se conforme o Direito, sem ter conhecimento da cominação penal e da possibilidade de execução da pena, esse resultado agradável não se deve a nenhum desses fatores.⁷⁸

Em segundo lugar, tem-se o fator da motivação do destinatário das normas. De fato, acreditava-se que o homem avaliaria as vantagens e desvantagens de sua ação, desistindo de cometer o crime, em virtude da punição. No entanto, não há provas concretas de que esse homem, denominado “*homo economicus*” (homem econômico), que realiza todas essas ponderações, realmente exista.

Outro problema empírico a ser apontado é, justamente, a idoneidade dos meios preventivos, não se podendo afirmar que as pessoas que agem de acordo com o direito, fazem-no, justamente, porque conhecem a pena aplicável e sua execução.

2.2.2 Prevenção Especial

Essa teoria também procura evitar a prática do delito, dirigindo-se, no entanto, exclusivamente, ao delinquente em particular, com vistas a impedir que ele volte a delinquir.

Bitencourt, ao citar Von Liszt em seu livro, lembra que a aplicação da pena obedece à ideia de ressocialização e reeducação do delinquente, à intimação

⁷⁸ HASSEMER, Windried. **Fundamentos de Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1974, p. 382.

daqueles que não necessitem ressocializar-se, e, por último, visa neutralizar os incorrigíveis.⁷⁹

Em resumo, a função da pena e do direito penal seria justamente a proteção dos bens jurídicos pela incidência da pena na pessoa do delinquente, com o objetivo de se evitar que ele pratique novos delitos.⁸⁰

Sua tese poderia ser sintetizada, portanto, em três palavras: intimidação, correção e inocuização.

Segundo a teoria aqui apresentada, o interesse jurídico-penal já não seria mais o de restaurar a ordem jurídica ou intimidar os membros do corpo social.

Trata-se de consolidar a nova ordem, não só de estabelecer um controle geral como o da retribuição e da prevenção geral, como também de intervir diretamente sobre os indivíduos. O delito não é apenas a violação à ordem jurídica, mas, antes de tudo, um dano social, e o delinquente é um perigo social (um anormal) que põe em risco a nova ordem".⁸¹

Estaríamos, pois, na passagem de um Estado guardião para um Estado intervencionista. Roxin e Bustos Ramirez (apud BITENCOURT), no entanto, perguntam-se:

O que legitimaria a maioria de uma sociedade a obrigar a minoria a acomodar-se às suas formas de vida? De onde obtemos o direito de poder educar e submeter a tratamento, contra a sua vontade, pessoas adultas? Por que não podem viver à margem da sociedade – como quiserem – sejam elas prostitutas, mendigos ou homossexuais? O fato de serem incômodas para determinados cidadãos será causa suficiente para impor-lhes sanções discriminantes".⁸²

Temos que apontar, porém, um ponto positivo da teoria da prevenção que é, justamente, o fato de se buscar o homem real, adotando-se uma visão bem

⁷⁹ Von Listz apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 80.

⁸⁰ BUSTOS RAMIREZ, Juan; MALARÉE, H. Hormazabal. **Pena y estado**: bases criticas de um nuevo derecho penal. Bogotá: Temis, 1982.

⁸¹ BUSTOS RAMIREZ, Juan; MALARÉE, H. Hormazabal. **Pena y estado**: bases criticas de um nuevo derecho penal. Bogotá: Temis, 1982, p. 107.

⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 132.

mais humana dele. Além disso, essa teoria acaba chamando a atenção da pena, sob dois aspectos: pragmático e humanizador.⁸³

Conforme nos leciona Ubieto, podemos observar que, de um lado, em sua cooperação em despojar de abstrações a compreensão da pena e em destacar a necessidade de ponderar os benefícios e os prejuízos decorrentes da aplicação da pena, em relação ao fim que esta persegue; de outro, em sua exigência de atender ao homem concreto, procurando adaptar a suas peculiaridades algo de transcendência para ele como é a aplicação da pena.⁸⁴

Levando-se em consideração a política criminal, o que se objetiva evitar é que quem delinuiu volte a fazê-lo, o que podemos dizer que é, justamente, a função preventivo-especial.

Assim, ao mesmo tempo em que, com a execução da pena, intimida-se (prevenção geral), também se busca, muitas vezes, a chamada ressocialização do delinquente.

A prevenção especial permite ainda que se analise a personalidade do delinquente, possibilitando o conhecimento de circunstâncias pessoais que o levaram a cometer a infração, o que, obviamente, facilita uma melhor consideração sobre as possibilidades de aplicação de um substitutivo penal, evitando-se, sempre que possível, o encarceramento.

Temos que ter claro, no entanto, que os fins da prevenção especial se mostrariam ineficazes diante do delinquente que, apesar da gravidade do fato delitivo por ele praticado, não necessite de intimidação, reeducação ou inocuidação, em razão de não haver a menor probabilidade de reincidência, o que, nesses casos, levaria à impunidade do autor.

Em verdade, a prevenção especial trabalha sempre com o conceito de periculosidade, obrigando-nos à realização de um trabalho profético, em que se preveja e acerte qual será a conduta futura do agente, o que é humanamente impossível.

Assim, tem-se que:

⁸³ UBIETO, Emilio Octavio de Toledo y. **Sobre El concepto de derecho penal**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1986, p. 213.

⁸⁴ UBIETO, Emilio Octavio de Toledo y. **Sobre El concepto de derecho penal**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1986, p. 213.

Se não se espera a realização de um delito, de duas, uma: se se trata de afirmar a periculosidade criminal, não há motivo nem base suficiente para que o sujeito seja submetido a um juízo de prognóstico; e se refere ao delito, carece de legitimação para intervir.⁸⁵

Na verdade, segundo se infere, esse conceito de periculosidade, assemelhado ao de associabilidade, sempre deixaria de lado a chamada delinquência do conforto, que é composta, justamente, por indivíduos pertencentes às classes sociais privilegiadas.

Segundo Roxin, o perigo da teoria ocorre quando determinado regime estatal arbitrário autoriza a submissão de seus inimigos políticos a um tratamento penal, desde que considerados pelo regime como inadaptados sociais.⁸⁶

Outro aspecto criticado é, exatamente, o da ideia ressocializadora do delinquente. Afinal, as normas sociais não são algo imutável e permanente às quais o indivíduo deve adaptar-se obrigatoriamente, mas se trata, sim, do resultado de uma correlação de forças sujeitas à influências mutáveis.

Falar, portanto, de ressocialização do delinquente sem questionar, ao mesmo tempo, o conjunto normativo a que se pretende incorporá-lo, significa aceitar como perfeita a ordem social vigente sem questionar nenhuma de suas estruturas, nem mesmo aquelas mais diretamente relacionadas com o delito praticado.⁸⁷

Assim, verifica-se que fracassa o pressuposto fundamental da ideia ressocializadora, isto é, a identidade entre criadores e destinatários das normas. Afinal, uma ressocialização que acuse essa falta de identidade significa simplesmente o domínio de uns sobre os outros.

A ressocialização, como nos leciona Conde, levaria, assim, a uma absurda e perigosa manipulação da consciência individual, deixando sempre sem resolver a questão de qual dos sistemas morais vigentes na sociedade deve-se tomar como referência para a adaptação do indivíduo, salvo já se saiba a resposta de que,

⁸⁵ UBIETO, Emilio Octavio de Toledo y. **Sobre El concepto de derecho penal**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1986, p.214.

⁸⁶ ROXIN, Claus. **Sentidos e Limites da Pena Estatal**. In: Problemas Fundamentais de Direito Penal. Lisboa: Vegas, 1998, p. 21.

⁸⁷ MUNOZ CONDE, Francisco. **La ressocialización Del delincuente**: análisis y critica de um mito. Madrid: CPC, 1979, p. 135.

obviamente, a ressocialização deve estar relacionada ao sistema de valores da classe dominante.⁸⁸

De fato, não podemos deixar de admitir que a ressocialização moral do delinquente não pode ocorrer sem lesão grave aos fundamentos de uma sociedade pluralista e democrática, sendo possível somente ressocializar para a legalidade.

Como o que importa é ressocializar, ou seja, recuperar para a sociedade – e esta é algo mais do que a soma dos sistemas sociais parciais que a compõem (família, classe, subcultura, etc.) – a ressocialização deve consistir em fazer o delinquente aceitar as normas básicas e geralmente vinculantes que regem essa sociedade.⁸⁹

Na verdade, um dos grandes óbices à ressocialização é, justamente, colocá-la em prática. Não se pode pretender reeducar ou ressocializar uma pessoa para a liberdade em condições de "não liberdade", sendo essa uma verdadeira contradição de todo o sistema.

2.2.3 A prevenção especial e o tratamento penitenciário

Segundo alguns doutrinadores, como Muñoz Conde, Bitencourt e Hassemer, que em razão das condições de vida no interior dos presídios, dificilmente há de se conseguir, de fato, a recuperação do sentenciado. Não se podendo ignorar que inexistem meios adequados e nem pessoal capacitado para colocar em prática um tratamento penitenciário que se mostre mais eficaz.⁹⁰

Esses doutrinadores supracitados que acreditam que, de certa forma, qualquer pessoa, inclusive o preso, teria o direito de ser diferente, devendo-se, pois, respeitar sua individualidade. Ainda, tem-se entendido que, para que haja a

⁸⁸ MUNOZ CONDE, Francisco. **La ressocialización Del delincuente**: análisis y critica de um mito. Madrid: CPC, 1979, p. 137.

⁸⁹ MUNOZ CONDE, Francisco. **La ressocialización Del delincuente**: análisis y critica de um mito. Madrid: CPC, 1979, p. 138.

⁹⁰ MUNOZ CONDE, Francisco. **La ressocialización Del delincuente**: análisis y critica de um mito. Madrid: CPC, 1979, p. 140; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 140; HASSEMER, Windried. **Fundamentos de Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1974, p. 358.

ressocialização, deve haver orçamento destinado à contratação de pessoal capacitado e à escolha de meios adequados.

Pode-se notar que, na verdade, a pena privativa de liberdade não está resolvendo o problema da ressocialização do delinquente, uma vez que resta evidente que a prisão, nos moldes em que se apresenta hoje em dia, não está ressocializando o infrator.

2.3 Teoria mista ou unificadora da pena

Merkel, mesclando as teorias absolutas e relativas, criou uma teoria mista, que tem sido bem aceita em todo o mundo. De acordo com Santiago Mir Puig, em verdade, tanto a retribuição como a prevenção geral e especial são simples aspectos da pena.⁹¹

Tal teoria diferencia a finalidade da pena e o seu fundamento. Afirma que a pena se fundamenta, justamente, no fato praticado, ou seja, no delito, afastando um dos princípios básicos da prevenção geral, a intimidação da pena e da prevenção especial, que se baseia naquilo que o delinquente pode vir a fazer, se não receber tratamento.

Puig relata a existência de duas vertentes: a conservadora, que se baseia na retribuição justa, com vistas à proteção da sociedade, desempenhando, neste caso, os fins preventivos um papel exclusivamente complementar, e a vertente progressista, que coloca como fundamento da pena a defesa dos bens jurídicos da sociedade, funcionando a retribuição somente como forma de estabelecer o limite máximo de exigência de prevenção, impedindo, no entanto, que a pena se eleve além do merecido pelo fato praticado.

Assim, as teorias unificadoras aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da pena, que não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato principal, buscando a consecução dos fins de prevenção geral e especial.

⁹¹ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: Parte general. 7ª ed. Buenos Aires: B de F, 2006 p. 46.

As teorias mistas centralizam o fim do direito penal na ideia de prevenção, enquanto a retribuição, seja por meio da culpabilidade ou da proporcionalidade, desempenha um papel limitador das exigências de prevenção.

2.4 Teoria da prevenção geral positiva

Tal teoria originou-se dos inconvenientes verificados com a combinação das teorias mistas ou unificadoras.

Segundo Mir Puig, a teoria da prevenção geral positiva divide-se em prevenção geral positiva fundamentadora e prevenção geral positiva limitadora.⁹²

2.4.1 Teoria da Prevenção Geral Positiva Fundamentadora

Jacobs e Welzel são considerados como os representantes da teoria da prevenção geral positiva fundamentadora.

Welzel⁹³ entende que o direito penal tem uma função ético-social, para a qual, mais importante que a proteção de bens jurídicos, é a garantia de vigência real dos valores de ação da atitude jurídica.

Para Hans Welzel⁹⁴, é missão do Direito Penal amparar os valores elementares da vida em comunidade, portanto, a mais importante missão do Direito Penal é de natureza ético-social. Segundo o autor, há alguns valores que norteiam toda a atividade jurídica e constituem o substrato ético-social das normas de Direito Penal. Portanto, assegurar que os valores estejam constantemente garantidos, mediante a ameaça de aplicação da pena é a finalidade do Direito Penal.

⁹² MIR PUIG, Santiago. **Función fundamentadora de La prevención general positiva**. Madrid: ADPCP, 1986, p.49-50.

⁹³ Hans Welzel apud HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Munõz. **Indroduccion a la criminologia y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blach, 1989, p. 100.

⁹⁴ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 98.

Dessa maneira, o Direito Penal além de amparar o valor que eleva esse bem ao posto de um bem tutelado pelo próprio direito, também tenta evitar possível lesão aos bens jurídicos.

Assim, sendo secundária a tutela do bem jurídico, a finalidade primeira do Direito Penal seria assegurar a validade da observância, do valor informativo da norma, atuando segundo pensamentos jurídicos.

A função mais importante do Direito Penal é de caráter positivo ético-social, sendo a proteção de bens jurídicos somente uma função de prevenção negativa.⁹⁵

Ao proscrever e castigar a violação de valores fundamentais, o Direito Penal expressa, da forma mais eloquente da que dispõe o Estado, a vigência de ditos valores, conforme o juízo ético-social do cidadão e fortalece sua atitude permanente de fidelidade ao Direito.⁹⁶

Em verdade, a posição defendida por Welzel é bem mais próxima à teoria da prevenção geral. Sendo a conduta punível materializada, prevista abstratamente pela norma penal a ser aplicada.

Bitencourt lembra bem ao citar as palavras de Kaufmann em seu livro, dizendo que a função ético-social atribuída por Welzel ao Direito Penal deve ser entendida como um aspecto positivo da prevenção geral, caracterizada como uma socialização dirigida a uma atitude fiel ao Direito, destacando importantes elementos da prevenção geral.⁹⁷

São três os elementos importantes a ser destacados, segundo ele, na prevenção geral: um tipo informativo (que diz o que é proibido), outro de manutenção de confiança (capacidade da ordem jurídica de permanecer e impor-se), e o terceiro, representado pelo fortalecimento de uma atitude interna de fidelidade ao direito. Kaufmann⁹⁸ afirma que a retribuição justa deva substituir a prevenção geral positiva, acreditando que a retribuição é pressuposto da prevenção geral positiva.

Importante dizer ainda que a norma não deixa de existir porque foi violada, pois caso deixasse, a confiança na norma e sua função orientadora estariam

⁹⁵ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 98.

⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 145

⁹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 146.

⁹⁸ Kaufmann apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 146.

abaladas.

De acordo com Mir Puig:

Quando ocorre a infração de uma norma, convém deixar claro que esta continua a existir, mantendo sua vigência, apesar da infração. Caso contrário, abalaria a confiança da norma e sua função orientadora. A pena serve para destacar com seriedade e de forma cara para o infrator que a sua conduta não impede a manutenção da norma. Assim, enquanto o delito é negativo, na medida em que infringe a norma, fraudando expectativas, a pena, por sua vez, é positiva na medida em que afirma a vigência da norma ao negar sua infração.⁹⁹

Mir Puig foi um dos críticos desta teoria, pois estaria obrigando a utilizar-se da norma penal, mesmo quando a proteção do bem jurídico em questão fosse desnecessária, baseado na ideia tradicional de prevenção geral ou de prevenção especial. Também contraria a função única do Direito Penal, pois se a função fosse a de confirmar a confiança na norma, não seria necessária a imposição de um mal ao agente que infringiu a norma, pois o que estaria buscando não é a intimidação, mas apenas evitar que recaiam dúvidas a respeito da vigência da norma violada.

Além de Mir Puig, sustentam a opinião contrária à teoria da prevenção geral fundamentadora, Francisco Munoz Conde¹⁰⁰ e Alessandro Baratta.¹⁰¹

Conforme Baratta, não se explica, no entanto, porque a estabilização de expectativas deve ocorrer por meio da imposição da pena e não por outros meios menos agressivos e funcionalmente equivalentes.

Ainda, de acordo com Baratta, acrescenta-se que fica claro que a teoria da prevenção-integração faz parte de um modelo tecnocrático do saber social, que pode ser considerado alternativo ao modelo crítico, no qual atualmente se inspira a criminologia crítica e os movimentos por uma reforma radical e alternativa do sistema penal.¹⁰²

Segundo Munõz Conde,

O caráter conflitivo da convivência social e o coativo das normas jurídicas –

⁹⁹ MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007, p. 14.

¹⁰⁰ MUNÓZ CONDE, Francisco. **Direito Penal e Controle Social**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 25.

¹⁰¹ BARATTA, Alessandro. **Integración-Prevención: Uma “Nueva” Fundamentación de La Pena dentro de La Teoría Sistémica**. In: Revista Doctrina Penal, nº 29, 1985, p. 16.

¹⁰² BARATTA, Alessandro. **Integración-Prevención: Uma “Nueva” Fundamentación de La Pena dentro de La Teoría Sistémica**. In: Revista Doctrina Penal, nº 29, 1985, p. 21.

neste caso, as penas – desaparece em um entorno técnico, segundo o qual o desvio social ou o delito são qualificados como simples complexidade que deve ser reduzida. A solução do conflito realiza-se onde ele se manifesta, mas não onde se produz, deixando inalteradas suas causas produtoras. Em última análise, a teoria sistemática conduz a uma espécie de neoretribucionismo onde o Direito Penal justifica-se intra sistematicamente, legitimando e reproduzindo um sistema social que nunca é questionado.¹⁰³

Outras críticas também podem ser apontadas. Não se pode impor ao indivíduo, de forma coativa, determinados padrões éticos, algo inadmissível em um Estado Social e Democrático de Direito. Da mesma forma, questiona-se a eliminação dos limites do direito de punir, fato que acaba conduzindo à legitimação e ao desenvolvimento de uma política criminal carente de legitimidade democrática.

Pode-se afirmar ainda que “a invenção penal para garantia de expectativas é um conceito que se manipula esquecendo a especificidade própria do Direito Penal, enquanto meio de controle formal que está condicionada a múltiplos limites e garantias (Hassemer). Parece que tendem a eliminar as barreiras formais entre o Direito Penal e outros meios de controle social menos traumáticos e estigmatizadores (Baratta, Mir Puig, Hassemer). O Direito Penal fica vazio de conteúdo e funções intrínsecas e específicas”.¹⁰⁴

2.4.2 Prevenção geral positiva limitadora

Contrastando com a prevenção geral fundamentadora, a prevenção geral positiva limitadora se baseia em que a prevenção geral deve expressar-se, sendo o limitador do poder punitivo do Estado, isto é, o Direito Penal deve comparecer como mais uma forma de controle social.

O Direito Penal devido à sua formalização se diferencia de outras formas de controle social. A finalidade da pena é a prevenção geral (intimidatória, limitadora), e

¹⁰³ MUNÓZ CONDE, Francisco. **Direito Penal e Controle Social**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 26.

¹⁰⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: **Curso de Derecho penal**. Parte general, Barcelona, 1996, p. 135.

destaca também a prevenção especial, referente à ressocialização do criminoso, que carece de um processo interativo (indivíduo-sociedade), tudo com o Estado agindo dentro de limites que permitam a garantia dos direitos de todos.

Portanto, segundo Mir Puig, o conceito de prevenção geral positiva ganhará legitimidade desde que compreenda que deve integrar todos esses limites, harmonizando suas eventuais contradições recíprocas: se se compreender que uma razoável afirmação do Direito Penal em um Estado social e democrático de Direito exige respeito às referidas limitações. Portanto, o Estado não pode invadir a esfera dos direitos individuais do cidadão, mesmo que este tenha cometido um delito. Os princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade, entre outros, são limites materializados que o Estado deve respeitar ao atuar punitivamente. Dessa forma, é importante ainda integrar todos esses limites, harmonizando suas eventuais contradições, para que assim o Direito Penal atue de acordo com os princípios e valores presentes em um Estado Social e Democrático de Direito.¹⁰⁵

De acordo com Hassemer, a prevenção geral positiva é:

a reação estatal perante fatos puníveis, protegendo, ao mesmo tempo, a consciência social da norma. Proteção efetiva deve significar atualmente duas coisas: a ajuda que obrigatoriamente se dá ao delinquente, dentro do possível, e a limitação dessa ajuda imposta por critérios de proporcionalidade e consideração à vítima. A ressocialização e a retribuição pelo fato são apenas instrumentos de realização do fim geral da pena: a prevenção geral positiva. No fim secundário de ressocialização fica destacado que a sociedade corresponsável e atenta aos fins da pena não tem nenhuma legitimidade para a simples imposição de um mal. No conceito limitador da responsabilidade pelo fato, destaca-se que a persecução de um fim preventivo tem um limite intransponível nos direitos do condenado.¹⁰⁶

Portanto, uma teoria da prevenção geral positiva, além de apresentar os limites necessários para os fins ressocializadores, poderá melhor fundamentar a retribuição pelo fato.

A onipotência jurídico-penal do Estado deve contar, necessariamente, com freios ou limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão. Este seria o sinal que caracterizaria o direito penal de um Estado pluralista e

¹⁰⁵ MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007, p. 54.

¹⁰⁶ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: Fundamentos, Estrutura, Política**. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 137.

democrático. A pena, sob esse sistema estatal, teria reconhecida, como finalidade, a prevenção geral e especial, devendo respeitar aqueles limites, além dos quais não representaria “a afirmação de um Direito social e democrático, mas exatamente a sua negação”.¹⁰⁷

2.5 Finalidades da pena

Entende-se que a pena não tenha uma finalidade única, segundo alguns representantes da doutrina moderna, as penas têm tríplice finalidade: retributiva, preventiva e ressocializadora (com fins de reeducar).¹⁰⁸

O conceito da tríplice finalidade é bastante familiar mesmo ao homem comum do nosso tempo, para quem, ao menos no plano racional, o preso é colocado na penitenciária com vistas a ser punido, intimidado e, principalmente, reformado [...].¹⁰⁹

Não se duvida que a pena, ainda, tenha um caráter de retribuição, de promessa de um mal àquele que praticou uma infração penal. Talvez seja essa a opinião de toda sociedade, sua característica mais forte e antiga, não podendo ser, pois, afastada, mesmo se acreditando que o homem deveria desprender-se de sentimentos de vingança.

Ainda, pretende-se, por meio da imposição da pena, impedir que sejam praticados novos delitos, tendo, portanto, a pena tanto uma finalidade preventiva geral, em que se pretende intimidar a todos os destinatários da norma penal, assim como especial, em que se procura, sobretudo, corrigir o autor do delito.

Lembrando que com a reforma da lei penal em 1984, verificou-se que a pena começou a apresentar natureza mista no Código Penal. Ela é tanto retributiva como preventiva, de acordo com o disposto no artigo 59, *caput*, do Código Penal que estipula: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime,

¹⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 152.

¹⁰⁸ THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 5.

¹⁰⁹ THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 5.

bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. E ainda temos a norma ressocializadora que é a Lei de Execução Penal, que visa também à recuperação dos criminosos, conforme estipula o art. 1º: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para harmônica integração social do condenado e do internado”.

Ainda quanto à Lei de Execução Penal, vale lembrar que na sua exposição de motivo nº 14 salienta que: “Sem questionar profundamente a grande temática das finalidades da pena, curva-se o projeto, na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que as penas e medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e reincorporação do autor à comunidade”.

3 SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

Na história do Direito Penal, a prisão como modalidade de pena teve um surgimento tardio, e o sistema penitenciário surge com o desenvolvimento da instituição prisional.

Heleno Fragoso relata em seu livro a existência de cárceres muito antes que a pena de detenção fosse introduzida. O encarceramento fazia-se em poços, nas masmorras, em mosteiros e castelos, como etapa preliminar da aplicação das penas corporais, notadamente a de morte. Mais tarde, na Idade Média, surgem casas de trabalho e casas de correção, destinadas a mendigos e vagabundos.¹¹⁰

Conforme leciona Manoel Pedro Pimentel, a pena de prisão originou-se na Idade Média dentro dos mosteiros, “como punição imposta aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que se recolhessem às suas celas para se dedicarem em silêncio, à meditação e se arrependem da falta cometida, reconciliando-se assim com Deus”.¹¹¹ E entre os anos de 1550 e 1552, esse conceito serviu de exemplo para a construção da primeira prisão destinada ao recolhimento de criminosos, a *House of Correction*, construída na cidade de Londres na Inglaterra, sendo um grande ponto marcante no século XVIII.¹¹²

No final do século XVIII, a pena de prisão se difunde. Desaparece o corpo como alvo principal da repressão penal. A pena privativa de liberdade institucionaliza-se como a principal sanção penal, e a prisão passa a ser, fundamentalmente, o local de execução das penas. Trata-se agora de controle, por meio de disciplina e correção.¹¹³

Nascem, então, as primeiras reflexões sobre a organização dessas instituições. Não obstante, tratar-se-iam ainda de ideias embrionárias que só seriam desenvolvidas bem mais tarde (século XIX).

¹¹⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.354.

¹¹¹ Pimentel, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 134.

¹¹² MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo. Atlas, vol. 1, 2007, p. 249.

¹¹³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.355.

Segundo C ezar Roberto Bitencourt, os primeiros sistemas penitenciários surgiram nos Estados Unidos e estes sistemas tiveram, além dos antecedentes inspirados em concep es mais ou menos religiosas, conforme já referido, também antecedentes importantes em estabelecimentos de Amsterdam, nos Bridwells ingleses e em outras experiências realizadas na Alemanha e na Suíca.¹¹⁴

Dessa forma, ao longo desse período de institucionaliza o da pena privativa de liberdade, surgem os primeiros Sistemas Penitenciários, dentre eles, estudaremos alguns que se destacaram.

3.1 Sistema Pensilv nico

Esse sistema Pensilv nico (celular, belga, Filadélfia) teve início no ano de 1776 com a prisão de Walnut Street, que foi construída na Filadélfia no Estado da Pensilvânia/EUA, sendo uma pioneira na realiza o de um sistema prisional. Foi uma das precursoras de todo um pensamento de constru o ou reforma de prisão, projetada para manter grupos de prisioneiros em grandes salas. A única pessoa que poderiam ver era um guarda, mesmo assim brevemente, uma vez por dia.  s vezes, os prisioneiros eram autorizados a ler em suas celas, mesmos assim viviam na solidão.

Os Quakers (nome dado aos membros de um grupo religioso protestante, chamado de Sociedade de Amigos) e os membros mais respeitáveis da Filadélfia, em 1790, representados pela *Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prison* fez com que as autoridades iniciassem a organiza o de uma institui o na qual o isolamento em uma cela, a ora o e a abstinência total de bebidas alcoólicas seriam meios adequados para salvar tantas criaturas perdidas.¹¹⁵

Entretanto, o sistema de isolamento celular, *Solitary system*, deixou de ser aplicado, impondo-se o isolamento em celas individuais somente aos indivíduos mais perigosos, sendo os demais mantidos em celas comuns, podendo trabalhar, conjuntamente, de dia, desde que respeitada a lei do silêncio.

¹¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 57-58.

¹¹⁵ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massino. **Cárcere e Fábrica**: As origens do sistema penitenciário. Século XVI-XIX. Trad. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 169.

Embora essa primeira experiência iniciada em Walnut Street Prison não tenha vingado, pois teve um extraordinário crescimento de presos, a sociedade da Filadélfia solicitou nova oportunidade, construindo duas novas prisões: a Penitenciária Ocidental e a Oriental.

Na Penitenciária Ocidental, utilizou-se o regime de isolamento absoluto, pelo qual não se permitia sequer o trabalho nas celas. Verificando-se, no entanto, que esse regime era inviável, inaugurou-se a prisão Oriental, aliviando-se, assim, o isolamento individual, e permitindo-se algum trabalho na própria cela.

Esse sistema se caracterizou, exatamente, pelo isolamento celular nos intervalos, pela obrigação de permanecer sempre em silêncio, pela meditação e pela oração, reduzindo-se, desse modo, os gastos com vigilância, mas verificando-se, mais tarde, que a segregação individual, na verdade, servia como um obstáculo intransponível à introdução de uma organização do tipo industrial nas prisões.

Na verdade, não se tratava de um sistema penitenciário criado para melhorar as prisões e conseguir a recuperação do delinquente, mas era, sim, um eficiente instrumento de dominação.¹¹⁶

Criticou-se o regime celular, afirmando-se que, em verdade, o isolamento total correspondia a uma forma velada de se torturar o apenado.

Comentando a visita que Charles Dickens fez a Eastern Penitentiary, Von Hentig relata:

Eastern Penitentiary recebeu, em 1842, um célebre visitante. Não era somente um jurista, pois toda a sua vida se havia interessado pelo delito e o delinquente. Ao contrário de outros visitantes foi de cela em cela. Colocado em um ponto de confluência das galerias, ficou aterrorizado diante do silêncio que outros haviam admirado tanto. Ruídos apagados procedentes da cela de um sapateiro ou de um tecelão e que atravessavam as grossas paredes e as portas tornavam o silêncio ainda mais deprimente. Põe no preso – conta – uma carapuça escura quando ingressa na prisão. Desse modo levam-no à sua cela, de onde não sairá mais até que se extinga a pena. Jamais ouve falar da mulher ou dos filhos, do lar ou dos amigos, da vida ou da morte que estão além do seu caminho. Além do vigilante não vê nenhum ser humano, nem ouve nenhuma outra voz. Está enterrado em vida, e só com o transcurso lento dos anos poderá voltar novamente à luz. As únicas coisas vivas ao seu redor são um estado angustiante, torturante e um imenso desespero.¹¹⁷

E ainda:

¹¹⁶ HENTIG, Hans Von. **La pena**. v. 2, Madrid: Espasa-Calpe, 1968, p. 225.

¹¹⁷ HENTIG, Hans Von. **La pena**. v. 2, Madrid: Espasa-Calpe, 1968, p. 225.

A prisão celular é desumana porque elimina ou atrofia o instinto social, já fortemente atrofiado nos criminosos e porque torna inevitável entre os presos a loucura ou a extenuação (por onanismo, por insuficiência de movimento, de ar, etc.)... A Psiquiatria tem notado, igualmente, uma forma especial de alienação que chama loucura penitenciária, assim como a clínica médica conhece a tuberculose das prisões. O sistema celular não pode servir à reparação dos condenados corrigíveis (nos casos de prisão temporária), precisamente porque debilita, em vez de fortalecer o sentido moral e social do condenado e, também, porque se não se corrige o meio social, é inútil prodigalizar cuidados aos presos que, assim que saem de sua prisão, devem encontrar novamente as mesmas condições que determinaram seu delito e que uma previsão social eficaz não eliminou (...). O sistema celular é, além disso, ineficaz porque aquele isolamento moral, propriamente, que é um dos seus fins principais, não pode ser alcançado. Os reclusos encontram mil formas de comunicar entre si, seja durante as horas de passeio, seja escrevendo sobre os livros que lhes são dados para ler, seja escrevendo sobre a areia dos pátios que atravessam, fazendo sons nos muros das celas, golpes que correspondem a um alfabeto convencional. Por último, o sistema celular é muito caro para ser mantido.¹¹⁸

Admitiu-se, então, que, em circunstâncias especiais, fosse implementado um regime parecido com o filadélfico, separando-se os internos em celas individuais, no período noturno, evitando os problemas do encarceramento conjunto.

Não se pode dizer que o isolamento não tem nenhuma serventia; pode-se aplicá-lo aos mais perigosos detentos, desde que não se transforme em um simples meio de lesionar a dignidade humana ou como simples forma de tortura. Também poderia mostrar-se valioso, nos casos das penas privativas de curta duração, evitando que os apenados se contagiassem, no contato com os demais.

Conclui-se, no entanto, que o confinamento solitário acabou por converter-se em mais um dos eficazes instrumentos de dominação e controle, sendo utilizado, ainda, com frequência, em algumas prisões modernas.

3.2 Sistema auburniano

O sistema auburniano, também conhecido como *Silent system*, surgiu na

¹¹⁸ FERRI, Enrico. **Sociologia Criminal**. 5ª ed. Madrid: Trotta, 1930, p. 317-318.

cidade de Auburn no Estado de Nova Iorque/EUA em 1818, da necessidade de superação das limitações, defeitos e críticas do regime anterior, ou seja, o celular.

Adotou-se como regra o trabalho em comum, vigorando, ainda, a regra do silêncio absoluto, podendo os detentos conversarem apenas com os guardas, em voz baixa, e licença prévia.¹¹⁹

Em virtude do enquadramento hierárquico estrito, não eram permitidas relações laterais entre o recluso e a autoridade, autorizando-se apenas a comunicação em sentido vertical, habituando-se, desse modo, o detento a considerar a lei como um preceito sagrado, inviolável, sujeito à imposição de um dano justo e legítimo, quando desrespeitada.

Foucault esclarece que a hierarquia implantada tratava-se de mais um meio eficaz de se impor e manter o poder, não servindo, no entanto, como um meio de se corrigir o criminoso.¹²⁰

Nota-se, ainda, um fato curioso. Embora o trabalho fosse um dos pilares do sistema do silêncio, sofreu ele grande oposição das associações sindicais, uma vez que a produção prisional representava menores custos e poderia significar, portanto, competição com o trabalho livre.

Além dos argumentos de caráter econômico, os operários consideravam que, ensinando um ofício ou técnica de trabalho aos presos, poder-se-ia incorporá-los às fábricas, e essa circunstância desvalorizaria aquele ofício aos olhos dos demais trabalhadores. Não se sentiriam à vontade ao lado de um ex-prisioneiro.¹²¹

Com base nessas observações, afirma-se que a estigmatização é, sem dúvida alguma, um dos fatores que mais dificultam a obtenção da tão almejada ressocialização do delinquente.

Assegura Hentig que:

A comunidade posicionou-se em favor dos operários e um abaixo-assinado para suprimir o trabalho nas prisões recebeu 200.000 assinaturas. A produtividade econômica do estabelecimento (Sing-Sing) foi a razão da sua perda. Colocou-se como pretexto que cidadãos decentes não queriam

¹¹⁹ Calon, Eugenio Cuello. **La Moderna penologia**. Barcelona: Bosch, 1974, p.12.

¹²⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 24ª ed., Trad. Raquel Ramallete Petrópolis: Vozes, 2001.

¹²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 74-75.

trabalhar com ex-condenados. O egoísmo desenfreado, longe de pensar no bem comum, colocou os fins superiores do Estado em segundo plano.¹²²

Mostra-se, pois, evidente que a tentativa de humanização e reabilitação dos sentenciados sempre encontrou duas grandes dificuldades, que são: primeiro, de o cidadão comum manter uma atitude vingativa e punitiva a respeito da pena privativa de liberdade, e, depois, o fato de as autoridades públicas, por pragmatismo e oportunismo, não se atreverem a contradizer esse sentimento vingativo.

Outra razão, no entanto, para o fracasso do propósito de industrialização das prisões, com vistas à recuperação do detento, foram, justamente, as técnicas administrativas para converter a prisão em uma eficiente unidade produtiva como as fábricas do mundo exterior.

Para Melossi e Pavarini, a imposição da atividade laboral na prisão cumpriria sempre a função de formar um operário disciplinado e subordinado ao poder econômico industrial.¹²³

Outro aspecto negativo do sistema auburniano a ser apontado é o rigoroso regime disciplinar aplicado, adotando-se um estilo de vida semelhante ao militar, visto que se acreditava não haver outra forma de se organizar e gerir uma vida coletiva complexa.

Assim, como era inevitável, o sistema acabou recebendo várias críticas, entre elas a de que podia permitir a aplicação de tantos castigos cruéis e excessivos, com a única justificativa de que propiciariam a recuperação do delinquente.

Segundo Von Hentig, “apesar de utilizar métodos disciplinares draconianos e cruéis, era espantosa a desordem na prisão de San Quentin, local em que se desenvolveu o *silent system*.”¹²⁴

É um exemplo que mostra a severidade dos procedimentos disciplinares, e resta crer que não garantia nem a ordem nem a recuperação do delinquente. “A disciplina não pode ser considerada como valor em si, mas apenas como meio para alcançar outros valores mais importantes”.¹²⁵

¹²² HENTIG, Hans Von. **La pena**. v. 2, Madrid: Espasa-Calpe, 1968, p. 227.

¹²³ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massino. **Cárcere e Fábrica**: As origens do sistema penitenciário. Século XVI-XIX. Trad. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 175.

¹²⁴ HENTIG, Hans Von. **La pena**. v. 2, Madrid: Espasa-Calpe, 1968, p. 229.

¹²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79.

3.3 Sistemas Progressivos

No século XIX, a pena privativa de liberdade se impôs de forma definitiva, tornando-se, sem dúvida alguma, a "espinha dorsal" do sistema penal atual. As pessoas, pouco a pouco, passaram a se conscientizar da necessidade de que a execução da pena fosse concebida como um sistema de reabilitação do recluso. Por isso, adotou-se um novo regime para a execução da pena: o progressivo.

Sua característica principal seria, justamente, a distribuição do tempo de duração da condenação em períodos, possibilitando, em cada um deles, que o apenado gozasse de novos privilégios, adquiridos em virtude de sua conduta e do aproveitamento demonstrado.

Tal sistema gradual possibilita que o recluso se reincorpore à sociedade, ainda antes do término da condenação, tendo, pois, como meta estimular a boa conduta e a adesão do recluso ao regime aplicado, reformando-o e preparando-o para o retorno à vida em sociedade.

Evidentemente, tal sistema deu maior importância à vontade do recluso, diminuindo-se, de forma significativa, os rigores na aplicação das penas privativas de liberdade.

Seguem-se as diversas vertentes de sistema progressivo.

3.3.1 Sistema progressivo inglês

Tal sistema foi desenvolvido, exatamente, na Inglaterra, pelo Capitão Alexander Maconochie, vindo sua administração a substituir a severidade pela benignidade, e os castigos, pelos prêmios. Consistia, justamente, em se medir a duração da pena por uma soma de trabalho e boa conduta atribuídos ao condenado.

Segundo relatos de Eugenio Cuello Calón, Maconochie observava que:

colocava a sorte do preso em suas próprias mãos, dando-lhe uma espécie de salário, impondo-lhe uma espécie de pena pecuniária pelas faltas que cometesse na prisão, fazendo recair sobre ele o peso e a obrigação de sua manutenção e despertando-lhe hábitos que, depois de livre, dificultariam a

reincidência. Maconochie criou uma espécie de conta corrente para cada um dos apenados, representada pelo sistema de marcas.¹²⁶

Importa assinalar, no direito inglês, que três fases distintas caracterizam o sistema progressivo, idealizado por Maconochie. Em um primeiro momento, passaria o sentenciado por um isolamento celular diurno e noturno. Depois, passaria a exercer trabalhos em comum, sob a lei do silêncio. Por último, ser-lhe-ia concebida a liberdade condicional e, em seguida, a liberdade.

Evidentemente, seu trabalho mostrou-se de grande valia, embora haja que se admitir que a ordem e a disciplina, naturalmente, acabaram reaparecendo, produzindo, no entanto, na população carcerária o hábito do trabalho, e favorecendo, dessa maneira, a sua emenda. Também, devemos relatar que cessaram os motins e os fatos sangrentos, na Ilha Norfolk, na Austrália.¹²⁷

3.3.2 Sistema progressivo irlandês

Walter Crofton foi o responsável pela implantação do sistema progressivo na Irlanda, aprimorando o sistema implantado na Inglaterra, e preparando o recluso para o seu regresso à sociedade.

Verifica-se que Crofton introduziu:

uma ideia original, que foi o estabelecimento de prisões intermediárias. Na realidade, tratava-se de um período intermediário entre as prisões e a liberdade condicional, considerada como um meio de prova da aptidão do apenado para a vida em liberdade.¹²⁸

Esse sistema progredia, assim, de acordo com o ganho de vales merecidos e compreendia quatro fases distintas: (a) a reclusão celular diurna e noturna; (b) a reclusão celular noturna e trabalho diurno em comum; (c) o período intermediário, executado em prisões especiais, onde o preso trabalhava ao ar livre, no exterior do

¹²⁶ CALÓN, Eugenio Cuello. **La moderna penologia**. Barcelona: Bosch, 1974, p. 313.

¹²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 85.

¹²⁸ GUZMAN, Luiz Garrido. **Manual de Direito Penal**. Madrid: Edersa, 1983, p. 136.

estabelecimento, realizando, quase sempre, trabalhos agrícolas, gozando de vantagens como abandonar o uniforme dos presos, não receber castigo corporal, dispor de parte da remuneração de seu trabalho, escolher a atividade laboral e poder comunicar-se com a população livre; (d) e a liberdade condicional.

Em verdade:

a finalidade altamente moralizadora e humanitária do regime ficou comprovada ao fazer o recluso compreender que a sociedade que o condenou está disposta a recebê-lo sem reticências, sempre que demonstre encontrar-se em recuperação.¹²⁹

O sistema irlandês acabou sendo adotado em inúmeros países, sendo que o êxito do sistema era devido, em primeiro lugar, às raras qualidades de inteligência e de caráter do novo diretor e também à influência dos aperfeiçoamentos introduzidos por eles na prática do sistema inglês.¹³⁰

Portanto, ao analisar esse sistema, podemos reparar que é o que mais se assemelha aos ideais da ressocialização e de reintegração social do detento. Isso pelo fato de que o detento vai paulatinamente evoluindo para um dia chegar a tão sonhada regeneração. Essa progressão simboliza a melhora do caráter do detento.

3.3.3 Sistema de Montesinos

Com origem no século XIX, na cidade de Valência/Espanha, um dos aspectos mais interessantes da obra prática do Coronel Manuel Montesinos foi, justamente, a importância que deu às relações com os reclusos, fundadas em sentimento de confiança e estímulo, procurando construir neles a autoconsciência, encontrando-se, assim, um perfeito equilíbrio entre o exercício da autoridade e a atitude pedagógica que permitia a correção do recluso.

¹²⁹ NEUMAN, Elias. **Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios**. Buenos Aires: Editorial Pannedille, 1971, p. 135.

¹³⁰ GUZMAN, Luiz Garrido. **Manual de Direito Penal**. Madrid: Edersa, 1983, p. 136.

Verifica-se que Montesinos não só teorizou, como também implementou suas ideias, impondo uma prática penitenciária que refletia o respeito pela pessoa do preso.

Pimentel lembra bem as palavras de Montesinos que em suas reflexões, confidencia:

convenceram-me enfim de que o mais ineficaz de todos os recursos em um estabelecimento penal, e o mais pernicioso também e mais funesto a seus progressos de moralidade, são os castigos corporais extremos. Esta máxima deve ser constante e de aplicação geral nestas casas, qual seja a de não envilecer mais aos que degradados por seus vícios vêm a elas (...), porque os maus tratamentos irritam mais que corrigem e afogam os últimos alentos de moralização.¹³¹

Insistiu na criação de um código interno dos presídios, com vistas à:

boa ordem dos presídios, porque, nem é justo que a correção de faltas leves fique ao absoluto arbítrio dos comandantes, sem regras, pelo menos gerais, que determinem de algum modo sua conduta; nem julgo conveniente que as leis comuns qualifiquem os excessos dos confinados.¹³²

Convenceu-se de que a prisão deveria buscar, antes de mais nada, a recuperação do recluso, defendendo sempre a ideia de que o trabalho seria o melhor instrumento para conseguir o propósito reabilitador da pena, pois tende a diminuir a repugnância que tinha o antigo mal-estar dos presidiários, e inspirar-lhes, sobretudo, o amor pelo trabalho, que fosse capaz de conter ou de extinguir a poderosa influência de seus vícios e maus hábitos.¹³³

Para ele, o trabalho penitenciário deveria ser remunerado, porque serviria de estímulo para despertar o interesse pelas atividades produtivas, permitindo às empresas na prisão alcançar suficiente força competitiva no mercado. Afirmava também que o trabalho penitenciário não deveria ser somente uma forma de especulação, mas, sim, deveria servir como meio de ensinamento ao preso.

Em verdade, o sucesso de seu trabalho foi tanto, que acabou gerando a indignação dos trabalhadores livres, que pressionaram o governo, que, é claro,

¹³¹ Manuel Montesinos apud PIMENTEL, Manoel Pedro. **Sistemas penitenciários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 267.

¹³² Manuel Montesinos apud PIMENTEL, Manoel Pedro. **Sistemas penitenciários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 254.

¹³³ MONTESINOS Y MOLINA, Manuel. **Bases em las que se apoya mi sistema penal (homenaje al Coronel Montesinos)**. REP n°159, 1962, p. 284.

atendendo aos apelos, diminuiu a qualidade do trabalho do preso, que passou a enfrentar, desde aqueles tempos, a triste sina de ter de ser ineficiente, marginal e improdutivo, desvinculando-se, desse modo, do meio social.

Verifica-se, pois, que, embora se fale na missão ressocializadora da pena, a própria sociedade insiste em ver as prisões transformadas em simples meio de isolamento, onde as possibilidades de conseguir a reintegração social são quase inexistentes.

Montesinos, na verdade, era um homem cheio de ideias. Seu pioneirismo, facilmente, poderia ser notado. Sustentava ser humanamente impossível a ressocialização do apenado, em absoluto isolamento, como pretendiam os regimes prisionais anteriores.

3.4 A pena de prisão no Brasil

No Brasil, a pena de prisão tem seus princípios norteadores enunciados tanto na Constituição Federal, quanto no Código Penal.

Primeiramente, podemos citar o princípio da dignidade da pessoa humana presente no artigo 1º, III, CF, no qual não é permitido penas cruéis ou vexatórias.

Os princípios da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF – não há pena sem prévia cominação legal e art. 1º, CP – princípio da reserva legal): a pena deve estar prevista em lei vigente, não se admitindo que seja cominada em medidas provisórias, regulamento ou ato normativo infralegal.

O princípio da irretroatividade ou retroatividade benéfica (art. 5º, XL, CF), no qual a lei penal nova, inclusive no que diz respeito à pena, não pode retroagir para prejudicar o réu, devemos lembrar que também são aplicados à medida de segurança.

Por seguinte, temos o princípio da personalidade estabelecido no artigo 5º, XLV da CF, o qual afirma que a pena não passará da pessoa do condenado. Nota-se que este princípio vale para qualquer pena criminal, inclusive a pena de multa.

A seguir, apresenta-se o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), indicando que a pena deve individualizar a pessoa e levar em conta as particularidades do fato e características individuais do agente. É um princípio que

tem três momentos, legislador (na confecção das leis. Ele não pode criar leis penais que visam à veda à individualização), aplicação da pena (dosimetria da pena estipulada no art. 59 a 60, CP) e, por seguinte, fase da execução da pena (remição, progressão, livramento condicional entre outros institutos).

Por último e com a mesma importância, temos o princípio da proporcionalidade, que vale lembrar que a gravidade da pena deve ser diretamente proporcional à gravidade do fato ocorrido. (art. 5º, XLVI, XLVIII; art. 98, I; art. 227, parágrafo 4º, C.F.) Este princípio também inclui a proibição do excesso.

3.4.1 Os estabelecimentos penais e os regimes prisionais no Brasil

O estabelecimento penal é o edifício para onde são remetidos os condenados, internados ou presos provisórios, podendo ser quanto à sua natureza, de segurança máxima, média ou mínima. É o local onde o regime se executa. Existem diferentes tipos de estabelecimentos penais definidos pela Lei de Execução Penal em seus artigos 85 e 87. A prisão a que os presos serão destinados dependerá dos crimes que o detento tenha cometido. O art. 5º, inciso XLVIII da nossa carta magna dispõe que: “A pena será cumprida em estabelecimento distinto, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

Penitenciária é destinada aos condenados à pena de prisão, em regime fechado ou os punidos com a detenção por força da regressão (art. 33, *caput* Código Penal e arts. 87 e 118 da Lei de Execução Penal); Colônia Agrícola ou Industrial é adotada no regime semiaberto (art. 33 *caput* e parágrafo 1º, b, Código Penal e art. 91 da Lei de Execução Penal); Casa do Albergado, destinada ao regime aberto (art. 33, parágrafo 1º, c, Código Penal e art. 93 da Lei de Execução Penal); Cadeia Pública, onde devem permanecer os presos provisórios (art. 102 da Lei de Execução Penal); Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, para doentes mentais, ou seja, os inimputáveis e semi-imputáveis, no caso de medida de segurança (art. 99 da Lei de Execução Penal combinado com o art. 26 e parágrafo único do Código Penal); Penitenciária para mulheres.

O Ministério da Justiça também classifica e conceitua os elementos de estabelecimentos penais, como segue:¹³⁴

Tabela 1

a) Estabelecimentos Penais: todos aqueles utilizados pela Justiça com a finalidade de alojar pessoas presas, quer seja em caráter provisório, ou condenadas, ou ainda aquelas que estejam submetidas à medida de segurança;
b) Estabelecimentos para Idosos: estabelecimentos penais próprios, ou seções ou módulos autônomos, incorporados ou anexos a estabelecimentos para adultos, destinados a abrigar pessoas presas que tenham no mínimo 60 anos de idade ao ingressarem ou os que completarem essa idade durante o tempo de privação de liberdade;
c) Cadeias Públicas: estabelecimentos penais destinados ao recolhimento de pessoas presas em caráter provisório, sempre de segurança máxima;
d) Penitenciárias: estabelecimentos penais destinados ao recolhimento de pessoas presas com condenação à pena privativa de liberdade em regime fechado;
d.1) Penitenciárias de Segurança Máxima Especial: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas com condenação em regime fechado, dotados exclusivamente de celas individuais;
d.2) Penitenciárias de Segurança Média ou Máxima: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas com condenação em regime fechado, dotados de celas individuais e coletivas;
e) Colônias Agrícolas, Industriais ou Similares: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas que cumprem pena em regime semiaberto;
f) Casas do Albergado: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas que cumprem pena privativa de liberdade em regime aberto, ou pena de limitação de fins de semana;
g) Centros de Observação Criminológica: estabelecimentos penais de regime fechado e de segurança máxima onde devem ser realizados os exames gerais e criminológicos, cujos resultados serão encaminhados às Comissões Técnicas de Classificação, as quais indicarão o tipo de estabelecimento e o tratamento adequado para cada pessoa presa;
h) Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas submetidas à medida de segurança.

A reforma na legislação penal de 1984 procurou corrigir falhas existentes, permitindo uma melhor individualização da pena, considerando a culpa concreta do autor para fins de sua execução, o tempo cumprido em regime anterior, bem como mérito do condenado.

Apesar do incentivo à forma progressiva de execução no Brasil e tendo vista a atual política penal, a verdade é que, na prática, inúmeras falhas levaram ao descrédito desse sistema, especialmente pela falta de fiscalização no seu efetivo procedimento.

¹³⁴ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Estabelecimentos**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D¶ms=itemID=%7BAB2EF2D9-2895-476E-8516-E63C78FC7C4C%7D:&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 5 de maio de 2013.

Como lembra René Ariel Dotti¹³⁵, as deficiências de técnica e sistematização foram evidentes, surgindo grandes dificuldades práticas quando a Lei Federal deferiu à legislação local ou à sua falta, aos Provimentos do Poder Judiciário a regulamentação de cada um dos regimes, sua progressão ou regressão e a grande maioria dos Estados ainda não legislou a respeito nem providenciou a construção de estabelecimentos adequados.¹³⁶

No Código Penal, podemos observar outras regras determinadas para aplicação da pena no Brasil elencadas no art. 32, CP.

A compreensão do estudo que está sendo tratado exige que se estabeleçam as diferenças entre tratamento penitenciário, sistema e regime.

Tratamento penitenciário é a aplicação dirigida a cada caso particular daquelas influências peculiares, reunidas em uma instituição para remover, anular ou neutralizar os fatores relevantes da inadaptação social do delinquente.

Já o sistema penitenciário é a organização criada pelo Estado para a execução das sanções penais que importem privação ou restrição da liberdade individual.

E, por seguinte, o regime penitenciário é o conjunto de condições e influências que se reúnem em uma instituição para procurar atingir a finalidade particular esperada pela sanção penal relativamente a uma série de delinquentes criminologicamente integrados.

Manoel Pedro Pimentel¹³⁷ leciona que o sistema é gênero enquanto que regime é espécie. Os regimes penitenciários cabem dentro do sistema penitenciário, pois os primeiros representam corpos de doutrina que se realizam pelas formas políticas e sociais constitutivas das prisões. Os sistemas penitenciários, por sua vez, são as formas de administração das prisões e os modos pelos quais se executam as penas, obedecendo a um complexo de preceitos legais ou regulamentares.

Segundo Sérgio Pitombo¹³⁸, regime penitenciário é o conjunto de princípios e regras de Direito Penal, Processual e Administrativo, reguladores do cumprimento

¹³⁵ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998, p. 194.

¹³⁶ Como exemplo pode citar a Lei Federal nº 11.671/08, que dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e dá outras providências, nas quais muitos Estados da federação ainda não têm legislação específica.

¹³⁷ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Prisões fechadas, prisões abertas**. São Paulo: Cortez & Moraes, 1978, p. 57.

¹³⁸ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Os Regimes de Cumprimento de Pena e o Exame Criminológico**. In: Revista dos Tribunais. Volume 583. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

das penas privativas de liberdade. Tal feixe de normas, incidindo sobre os condenados, buscaria tornar efetiva a execução penal da sanção específica.

Primeiramente citamos a pena privativa de liberdade (art. 33 a 42, CP), que comporta as penas de reclusão e tem os regimes penitenciários: fechado, semiaberto e aberto. É a mais utilizada entre as modalidades de penas existentes e surgiu em época remota. Lembrando que inicialmente não era pena propriamente dita, e sim uma retenção provisória para assegurar a presença do réu durante o processo de julgamento, para ao final aplicar-lhe a pena (morte, banimento, mutilação, exílio, trabalho forçado).¹³⁹

A detenção adota somente os regimes penitenciários semiaberto e aberto.

E, por último, temos ainda a prisão simples, no caso de contravenção penal e crimes cuja pena máxima é de até 5 (cinco) anos, conforme estipula o art. 10 da Lei das Contravenções Penais.

Portanto, as principais diferenças entre os regimes de reclusão e detenção é que a primeira tem execução prioritária (art. 76, Código Penal), admite os três regimes iniciais de cumprimento de pena (fechado, semiaberto e aberto); enquanto a detenção só admite inicialmente o aberto e o semiaberto, mas lembrando que, ao se cometer falta grave, pode ir para o fechado, no caso de regressão de regime (art. 33, Código Penal).

A respeito dos regimes de cumprimento de pena, importa esclarecer:

- Regime Fechado: cumpre a pena em estabelecimento penal de segurança máxima ou média, quando a pena de reclusão for superior a oito anos, ou reincidente, em pena de reclusão.

- Regime Semiaberto: cumpre a pena em colônia agrícola, industrial ou em estabelecimento similar, quando o *quantum* da pena for de reclusão superior a quatro anos e inferior a oito anos e o condenado não for reincidente, e no caso da pena de detenção também superior a quatro anos.

- Regime Aberto: a execução se dá em casa de albergado ou estabelecimento adequado, quando o condenado não é reincidente e sua pena for igual ou inferior a quatro anos. O condenado poderá trabalhar ou frequentar cursos em liberdade, durante o dia, e recolhe-se ao estabelecimento que esteja cumprindo a pena à noite

¹³⁹ Conforme citado na história da prisão no subcapítulo 2.2.1 Antiguidade

e nos dias de folga. Se as circunstâncias judiciais forem desfavoráveis ao réu, poderá o juiz aplicar o regime mais gravoso.

Fernando Capez¹⁴⁰ utiliza em seu livro um quadro comparativo das penas de reclusão e detenção:

Tabela 2

Pena Privativa de Liberdade	
Reclusão	Detenção
<ul style="list-style-type: none"> • Regime inicial fechado: pena aplicada superior a 8 anos; • Regime inicial semiaberto: pena maior que 4 anos e não superior a 8 anos; • Regime inicial aberto: 4 anos ou menos; • Réu reincidente: a lei diz que o regime inicial fechado é obrigatório, mas a Súmula 269 do STJ diz que o juiz poderá fixar o semiaberto se a pena aplicada ao reincidente não exceder a 4 anos; • Circunstâncias judiciais desfavoráveis: juiz pode impor regime inicial fechado (é discricionário). 	<ul style="list-style-type: none"> • Regime inicial fechado: não existe na pena de detenção, admitido apenas em caso de regressão; • Regime inicial semiaberto: pena aplicada superior a 4 anos; • Regime inicial aberto: pena igual ou inferior a 4 anos; • Réu reincidente: inicia no regime mais gravoso, ou seja, semiaberto; • Circunstâncias judiciais desfavoráveis: juiz pode impor regime inicial semiaberto (faculdade).

Importante lembrar também um histórico que imperou por algum tempo na legislação brasileira, em que o regime integralmente fechado chegou a ser previsto pela Lei 8.072/90 (LCH) para os crimes elencados no art. 1º deste diploma legal, bem como aos crimes equiparados a hediondos, citados pelo art. 5º, XLIII, CF, exceto o crime de tortura, para o qual a legislação específica (Lei nº 9.455/97) estabeleceu o regime inicialmente fechado. Conforme a Lei de Crimes Hediondos (LCH), fechava-se qualquer possibilidade de progressão de regime para os crimes nela descritos e os a estes equiparados (Art. 2º, §1º, LCH).

Essa disposição, que constituía um óbice à progressão, por muito tempo permaneceu considerada constitucional por entendimento do Supremo Tribunal

¹⁴⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, parte geral: (arts. 1º a 120), Volume I. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 388

Federal. Entretanto, essa mesma Corte, em março de 2006, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 82959-7/SP, decidiu, por maioria apertada (6 x 5), pela sua inconstitucionalidade, por afronta direta ao princípio da individualização da pena. Uma conclusão assertiva do STF, pois beneficia quem cumpre a pena de prisão.

Tal decisão embora tenha ocorrido em sede de controle difuso, tratou-se de importante precedente, integralmente recebido pelas seguintes decisões do STF e STJ a respeito da matéria.

Em razão dessas reiteradas decisões afastando o óbice à progressão de regime, os condenados por crime hediondo ou equiparado estavam progredindo de regime com o cumprimento de um sexto da pena, como determina, genericamente, o art. 112 da LEP. Diante da flagrante inconstitucionalidade da LCH ao vedar a progressão de regime, apressou-se o Congresso Nacional em aprovar nova lei albergando a possibilidade de progressão de regime para os crimes hediondos, mas exigindo como requisito objetivo o tempo de cumprimento de dois quintos (2/5) da pena para os criminosos primários e três quintos (3/5) para os reincidentes.

Esta lei que alterou a Lei de Crimes Hediondos, a saber, Lei nº 11.464, de 29 de março de 2007, revogou a disposição que estabelecia o regime integralmente fechado, prevendo a necessidade, para os praticantes de crimes hediondos ou equiparados, de iniciar o cumprimento de sua pena em regime fechado. Ocorreu que por estarem esses criminosos conseguindo a progressão de regime com um sexto da pena, por força de decisão do STF, não representou, de forma alguma, uma manifestação contrária ao movimento de agravamento das penalidades, mas uma reação a um abrandamento surgido da citada interpretação jurisprudencial.

Há de se lembrar que a incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela só é cabível em crimes punidos por reclusão, sendo este efeito inaplicável na detenção (art. 92, II, CP).

Outra regra importante aplicada no Código Penal são as penas alternativas que comportam a pena restritiva de direito (art. 43 a 48, CP) e a pena de multa (art. 49 a 52). São tipos de pena em que se evita o encarceramento do condenado, substituindo as penas privativas de liberdade, que estudaremos com mais detalhe no capítulo 5.

4 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS DO PRESO

Atualmente, Direitos Humanos é um tema bastante interessante e um dos mais abordados, dada sua amplitude. Porém, é um tanto complexa a sua análise em virtude do ambiente de perturbação e violência vivido nos dias atuais. Contudo, nem mesmo o ambiente desfavorável que vivemos deve ser suficiente para desmotivar um estudo do assunto.

Verifica-se que os estudiosos e orientadores no assunto vivenciam com a desinformação e distorção da maioria das pessoas acerca da natureza e o real sentido dos Direitos Humanos, que erroneamente acreditam que os “Direitos Humanos” se limitam a defender a incolumidade dos “malfeitores” e “criminosos”. Dessa forma, sem os Direitos Humanos muitos marcos históricos da civilização humana não teriam ocorrido, por isso devemos muito a essa ciência, pois sua trajetória trouxe grandes avanços e benefícios para toda a humanidade.

É partindo desse pressuposto que antes de se chegar ao tema central desse trabalho, faz-se necessário conhecer um pouco dessa trajetória percorrida pelos “Direitos Humanos” e seus conceitos.

Os Direitos Humanos também são denominados Direitos do homem e são conceituados como sendo direitos que o homem possui por sua própria natureza humana e pela dignidade a ela inerente. Esse conceito é resultado de uma evolução dos pensamentos filosófico, jurídico e político da humanidade.

Importa esclarecer que esses direitos não resultam de mera concessão da sociedade política, ao contrário, são direitos que essa sociedade política tem o dever de consagrar, e, mais, garantir.¹⁴¹

Uma definição bem abrangente e que deixa claro o papel do poder público em face dos Direitos Humanos é a de Fernando Barcellos de Almeida conforme nos leciona:

Direitos Humanos são as ressalvas e restrições ao poder político ou as imposições a este, expressas em Declarações, dispositivos legais e mecanismos privados e públicos, destinados a fazer respeitar e concretizar as condições de vida que possibilitem a todo ser humano manter e

¹⁴¹ HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de Direitos Humanos**. Gênese dos Direitos Humanos. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 30-31.

desenvolver suas qualidades peculiares de inteligência, dignidade e consciência e permitir a satisfação de suas necessidades materiais e espirituais.¹⁴²

Como é possível observar, Direitos Humanos é um tema amplo e polêmico, contudo de grande repercussão, tendo em vista as diversas culturas existentes. No entanto, apesar das diversidades, segundo Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano, “de forma generalizada, a sociedade entende “Direitos Humanos” como o conjunto dos direitos essenciais da pessoa humana e de sua dignidade”.¹⁴³

Para Norberto Bobbio, o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é o de fundamentá-los e sim o de protegê-los.¹⁴⁴

Partindo desse pressuposto, temos que a proteção desses direitos é a tarefa mais importante. Dessa forma, ao longo da história, foram criados diversos mecanismos de proteção do ser humano contra os abusos de poder. Nessa esteira, é imprescindível demonstrar a evolução histórica desses direitos, classificados como “Direitos Humanos”.

Antes de adentrarmos nos problemas que atingem o sistema prisional brasileiro, faz-se necessário um breve apanhado dos Direitos Humanos com sua história, para dar prosseguimento ao trabalho.

4.1 Breve histórico dos Direitos Humanos

De acordo com João Baptista Herkenhoff¹⁴⁵ desde a Antiguidade, luta-se pelo reconhecimento de tais direitos, como podem ser assinalados: o Código de Hammurabi (Babilônia, século XVIII a.C - antes de Cristo), o pensamento de Amenófis IV (Egito, século XVI a. C.), a filosofia de Mêncio (China, século IV a. C.), a

¹⁴² ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1996, p. 24

¹⁴³ SILVERIA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: Conceitos, Significados e Funções**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 203

¹⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.25

¹⁴⁵ HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de Direitos Humanos**. Gênese dos Direitos Humanos. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 51

República de Platão (Grécia, século IV a. C.), o Direito Romano e inúmeras civilizações ancestrais.

Fábio Konder Comparato¹⁴⁶ defende que os direitos do homem têm origem já no século VI a. C., quando surgem as primeiras instituições democráticas na Grécia, onde os cidadãos reuniam-se em praça pública, para decidirem sobre a vida de sua *polis*, participando, desta forma, na formação da vontade do Estado e, por via de consequência, limitando o poder. E completa dizendo que na fundação da república romana, no século seguinte, vislumbrando traços de origem dos Direitos Humanos, já que é cediço que a participação popular na vontade do Estado e a limitação do poder de seus governantes são características de sua conceituação.

Outro grande momento histórico importante a ser mencionado foi a edição, em 1215, da “Magna Carta”, pelo rei João Sem Terra, da Inglaterra. Premido pelas espadas dos barões, não teve outra alternativa senão conceder-lhes alguns direitos. A necessidade do consentimento dos governados no estabelecimento de tributos, o reconhecimento da propriedade privada e a instituição do princípio do *due process of law* são alguns dos direitos implementados pela “Magna Carta” no sistema jurídico moderno.¹⁴⁷

O pensamento liberal moderno é considerado um dos principais artífice da elaboração teórica e da realização prática dos direitos do homem. Porém, segundo a corrente do direito natural, que procura fundamentar a partir da razão prática e a partir do que é natural ao homem, a doutrina jurídica funda que os direitos humanos é o jusnaturalismo, isto é, a teoria dos direitos naturais.

Os Direitos Humanos até o momento conquistados são resultados de incessantes lutas e conflitos enfrentados pelas instituições jurídicas de defesa da dignidade humana e por “heróis anônimos” cansados de contemplar as injustiças sofridas por indivíduos, grupos e povos, ambos na busca de valorização e respeito da pessoa humana.

O que não se esperava é que “foram necessários 25 séculos para que a Organização das Nações Unidas proclamasse, na abertura da Declaração Universal

¹⁴⁶ KONDER COMPARATO, Fábio. **Afirmção histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 39.

¹⁴⁷ A importância deste documento, todavia, reside quase que exclusivamente no fato de que, através dele, buscou-se restringir o poder do governante, já que havia a exclusão do exercício dos direitos nele previstos por parte da maioria da população da época, composta majoritariamente de vassalos.

dos Direitos Humanos, que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.¹⁴⁸

Contudo, até se chegar à mencionada Declaração, os “Direitos Humanos” percorreram um longo caminho, tendo um grande histórico no âmbito de registros e evoluções, oriundos de acontecimentos revolucionários.

Dentre esses inúmeros acontecimentos que também contribuíram para escrever a história dos Direitos Humanos, importam destacar: a Declaração de Direitos de Virgínia (Em 12 de junho de 1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (aprovada em 26 de agosto de 1789), sendo esta, inspiração para a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (10 de dezembro de 1948).¹⁴⁹

4.2 Direitos Humanos no Brasil

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1798, afirma que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem constituição”.

Seguindo nessa mesma esteira, A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948, prevê em seu preâmbulo o respeito aos “direitos do homem”, depositando “fé nos direitos fundamentais do homem”. Sob este enfoque, alberga o direito à vida e à integridade física do ser humano. Formalmente, é uma resolução, inexistindo força vinculante em seus preceitos, apesar de funcionar como norte a ser seguido pelos Estados.¹⁵⁰

¹⁴⁸ SILVERIA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos**: Conceitos, Significados e Funções. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 103

¹⁴⁹ CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**: Processo histórico – Evolução no mundo, Direitos Fundamentais: constitucionalismo contemporâneo. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 57.

¹⁵⁰ A Declaração Universal de Direitos Humanos foi expressamente elaborada para definir o significado das expressões “liberdades fundamentais” e “direitos humanos”, constantes na “Carta da Organização das Nações Unidas” [estatuto da ONU], obrigatória para todos estados membros. Por este motivo, a DUDH é documento constitutivo das Nações Unidas. Também, muitos advogam e tomam a DUDH como parte da norma consuetudinária internacional, constituindo-se numa poderosa ferramenta de pressão diplomática e moral sobre governos que violam qualquer de seus artigos. A Conferência Internacional de Direitos Humanos da ONU de 1968 anunciou que a DUDH “constitui obrigação para os membros da comunidade internacional” em relação a todas as pessoas. A DUDH prestou-se a fundamento para dois pactos internacionais obrigatórios, o Pacto Internacional de Direitos Humanos e Civis e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seus

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em consonância com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, consagra em seu art. 5º, direitos e garantias fundamentais, dentre os quais se inserem os princípios da igualdade e da proteção individual, inspirando-se na criação de um Estado Democrático de Direito, no qual o respeito ao cidadão constitui seu fundamento e finalidade, e deve haver em seu alicerce a importância à dignidade da pessoa humana.

Reconhece os limites e condições ao conceito de soberania nacional, estabelecendo que sobre qualquer lei nacional prevalecem os Direitos Humanos. Essa previsão está expressa no seu artigo 4º, inciso II:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:¹⁵¹
[...]
II – prevalência dos direitos humanos;

A carta magna também registra claramente, no §2º do artigo 5º, a intenção brasileira de considerar tratados¹⁵² como hierarquicamente equivalentes às legislações internas: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.¹⁵³

A Emenda Constitucional n. 45 de 2004 acrescentou ao art. 5º, os §§ 3º e 4º, que vieram reforçar algumas questões relacionadas a Direitos Humanos. O § 3º cuidou de regras para aprovação de tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos, e o § 4º refere-se à submissão do Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional. Contudo, no Brasil, o Sistema de proteção aos Direitos Humanos foi oficializado na Constituição Federal de 1988, mas ganhou contornos a

princípios estão detalhados em tratados internacionais tais como Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e muitos outros.

¹⁵¹ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2006 e p.9.

¹⁵² Tratados são acordos de reconhecimento universal, celebrados por escrito entre sujeitos de direito internacional, e constituem a principal fonte de obrigações desses celebrantes no plano internacional. Os termos tratados aplicam-se apenas aos países que aderirem formalmente, passando a ser incorporados em seus sistemas jurídicos.

¹⁵³ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2006 e p.15.

partir da redemocratização do País, com a realização de eleições diretas em 1985, depois de anos de ditadura militar.

Portanto, podemos dizer que os Direitos Humanos estão amplamente protegidos no Brasil, seja pelo texto da própria carta magna, seja pelos tratados ratificados, sendo ela conhecida como “Constituição Cidadã”.

A Carta Magna proclama a proteção dos direitos do indivíduo a partir da prática da infração penal, momento em que o direito de punir, de abstrato, transforma-se em concreto, surgindo a *persecutio criminis in iudicio*¹⁵⁴ como dever do Estado. Constituída a relação jurídico-punitiva, estabelece-se o litígio entre a pretensão punitiva estatal e os direitos penais subjetivos de liberdade do delinquente, que deve ser regido por normas objetivas e justas, resguardando o equilíbrio entre os bens e interesses inerentes à natureza humana e a tutela da segurança social. Daí porque nossa Constituição Federal disciplina não somente os postulados que regem a liberdade individual como também preceitos que são verdadeiras normas diretoras da atuação estatal, conduzindo a política pública criminal e penitenciária sob a égide de ideais pautados pelo respeito aos direitos do indiciado, réu, condenado ou recluso (art. 5º, incisos XXXV, XXXVI, XXXVII, XXXVIII, XXXIX, XL, XLI, LIII, LVI, LVII, LXI, LXII e LXIII, CF), à individualização e humanização da pena (art. 5º, incisos XLVI e XLVII, CF), à integridade física e moral do preso (art. 5º, inciso XLIX, CF) e à regularidade no cumprimento da prisão (art. 5º, inciso LXXV, CF).

Portanto, se faz necessária uma atenção especial à questão penitenciária, em harmonia com o crescente interesse nacional e estrangeiro, por que não sobre as modernas tendências de resposta estatal no sentido da imposição de medidas que efetivem os Direitos Humanos.

Nesse sentido, há de se lembrar que a evolução do pensamento penal¹⁵⁵, desde o Iluminismo, conduz à observância do Princípio da Humanidade, isto é, à

¹⁵⁴ Em outras palavras é o caminho adotado pelo Estado, para atingir o objetivo de punir o autor de ações violadoras dos bens jurídicos, é o que denominamos de persecução criminal do Estado ou “*persecutio criminis*”, visando aplicar a sanção prevista na norma penal secundária. Mas como essa atividade não é auto-aplicável, o Estado o faz, utilizando o “princípio do devido processo legal” (due process of law), representado por um conjunto de princípios constitucionais (juiz natural, contraditório, ampla defesa, entre outros). O papel do Estado se distribui pelo Estado-Executivo (Polícia Judiciária, na 1ª fase) Estado titular do “*jus puniendi*” e Estado - Jurisdição (Ministério Público e Magistratura na 2ª fase) e o Estado – Executivo (Dirigentes do sistema da execução da pena).

¹⁵⁵ Conforme estudado no subcapítulo 2.4 Grandes Reformadores.

obediência à regra da proibição de penas desnecessárias, desumanas, cruéis ou degradantes. A pena de prisão está nos dias atuais francamente desacreditada na maioria de suas funções, principalmente a de ressocializar o delinquente.

Os presos têm direito ao respeito à sua dignidade humana, sendo os seus direitos considerados invioláveis. Em decorrência desse fundamento republicano, ganha outro princípio de suma importância, o princípio da humanização, conforme Haroldo Caetano da Silva leciona:

O princípio da humanização da pena decorre de diversos dispositivos constitucionais que conferem limites à atuação estatal no exercício do jus puniendi, em respeito à vida e à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o inciso XLVII do art. 5º dispõe: “Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”. Por sua vez, prevê o inciso XLIX que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, dispondo ainda o inciso L que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.”¹⁵⁶

Shecaira e Corrêa Junior, ainda sobre o princípio da humanização da pena, doutrinam:

O Estado Democrático de Direito elenca como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/88). Portanto, o homem deve ser a medida primeira para a tutela do Estado, alcançando ainda maior destaque no direito penal, onde o condenado será encarado como sujeito de direitos e deverá manter todos os seus direitos fundamentais que não forem lesados pela perda da liberdade em caso de pena privativa. Note-se que a pena é privativa da liberdade, e não da dignidade, respeito e outros direitos inerentes à pessoa humana.¹⁵⁷

Piovesan preleciona que no universo da principiologia a pautar o Direito Constitucional de 1988, o Direito Constitucional contemporâneo, bem como o Direito Internacional dos Direitos Humanos, desponta a dignidade humana como o valor maior, a referência ética de absoluta primazia a inspirar o Direito erigido a partir da segunda metade do século XX. Sendo assim, como já apreciado, o valor da dignidade humana, incorporado pela ONU na Declaração Universal de 1948, constitui o norte e o lastro ético dos demais instrumentos internacionais de proteção

¹⁵⁶ SILVA, Haroldo Caetano da. **Execução Penal**. 3ª. Ed. Porto Alegre: Magister, 2006, p.36-37.

¹⁵⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Pena e constituição**: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 31.

dos direitos humanos. Todos eles injetam, no marco do positivismo internacional dos direitos humanos, a dignidade humana como um valor importante.

Assim, seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do Direito Constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, deste modo, um 'verdadeiro superprincípio constitucional', a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido.¹⁵⁸

Deve haver, portanto, uma conveniência e necessidade de se passar da ótica da reflexão sobre princípios políticos-criminais para o plano prático da implantação de efetivas reações aos delitos. Como se tem reconhecido em eventos, congressos, a resposta penal clássica da pena de prisão, além de representar a forma mais drástica e violenta de comportamento estatal diante do delito, pouco está contribuindo para evitar a reincidência e assegurar a paz social. Ao contrário, é consciência mundial de que o cumprimento de pena em cadeia maltrata, corrompe e degenera o homem.

Em uma época em que os Direitos Humanos são considerados como pilar fundamental de uma sociedade civilizada, a situação de abandono em que se encontram os presos na maioria dos estabelecimentos penais e o menosprezo a que estão relegados podem em muito surpreender a todos na sociedade.

Portanto o Estado tem por obrigação respeitar os Direitos Humanos em sua demanda interna, bem como garantir e proteger essas demandas, a fim de evitar que terceiros afrontem esses direitos. As medidas de proteção do Estado não podem ficar restritas ao direito pátrio, pois há uma realidade no âmbito universal de fortalecimento e proteção aos Direitos Humanos.

O principal tema previsto constitucionalmente com relação à proteção da integridade física e moral dos indivíduos é a vedação veemente à tortura e a qualquer outro tratamento desumano ou degradante. Sobre a tortura também cabe ressaltar um histórico importante que ao final da Segunda Guerra Mundial, os Tribunais de Nuremberg, na Alemanha (1945), e de Tóquio, no Japão (1946), definiram e julgaram os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade. A

¹⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

inconformidade diante das atrocidades de que a dignidade dos seres humanos deveria ser respeitada em qualquer lugar ou situação histórica. Daí surgiu a convicção de que a violação da dignidade atinge não apenas indivíduos, mas o conjunto da humanidade, sendo necessário o estabelecimento de normas legais para protegê-la. Nesse sentido, dispõe o inciso III do art. 5º, CF: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Esse dispositivo constitucional buscou inspiração no art. 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, que está assim redigido: “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

Nesse sentido, a tortura também é reconhecida universalmente como crime contra a humanidade, porque viola o ser humano em sua essência.

E também, desde 15/2/1991, a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura entrou em vigor no Brasil e expressa no seu primeiro artigo que tortura é:

qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.

Atualmente a tortura ainda é praticada em locais de privação de liberdade, indiscriminadamente. Apesar de alguns avanços na política mundial e brasileira na condenação moral e jurídica, a prática continua vigente, como um recurso de Estado e de governos para arrancar informações e confissões, confirmar testemunhos, punir e eliminar, ou até em casos extremos o puro prazer de se fazer “o mal”. Portanto, deve-se ter um enfrentamento perante a tortura, em qualquer circunstância, sendo um dos grandes desafios dos programas de defesa e promoção dos Direitos Humanos. A política de combate à tortura somente será eficaz, se contar com ampla participação de setores representativos da sociedade, com a parceria do conjunto de instituições que integram o sistema de justiça criminal, com o fortalecimento de uma rede ética e cidadã constituída por instituições governamentais e não governamentais, que permitam avançar na convicção de que a tortura é crime contra

a humanidade em todos seus aspectos, seja dentro ou fora de estabelecimentos prisionais.

Destacam-se aqui as brilhantes palavras de Pierre Sane:

Prisioneiros são só isso: prisioneiros, e não animais. Foram considerados culpados de crimes e pagam por isso. É preciso garantir que a sociedade brasileira, ao privá-los da liberdade, não os prive da dignidade humana.¹⁵⁹

Nesse sentido, mesmo que o indivíduo seja submetido a uma pena privativa de liberdade, esse importante direito fundamental permanece sob a sua titularidade. Desse modo, o Estado, ao aplicar tal penalidade, não se transforma em titular da disponibilidade sobre a integridade física e moral do preso, lembrando que a Constituição protege, indistintamente, todos os indivíduos, brasileiros e estrangeiros, em qualquer circunstância.

4.3 Direitos do preso

O direito à preservação da dignidade humana é universal e está previsto no art.1º, incisos II e III da nossa Carta Magna e deve ser entendido como absoluto respeito aos direitos fundamentais de todo ser humano, assegurando-se condições dignas de existência para todos. Assim, compreende-se que todos os brasileiros em quaisquer situações em que se encontrem, têm esse direito, sendo, portanto, os presos também destinatários legítimos desse direito garantido constitucionalmente.

Importante ressaltar nesse momento os direitos postulados pela nossa Constituição Federal, sejam eles os Direitos Sociais. Direitos fundamentais de segunda geração que, além dos sociais, abarcam os econômicos e culturais. Em outras palavras, objetivam melhorar as condições de vida para todos os indivíduos, cuidando de prestações positivas do Estado em benefício dos menos favorecidos e dos setores socialmente e economicamente mais fracos da sociedade, ou seja,

¹⁵⁹ SANE, Pierre. **Prisões e Violações de Direitos Humanos**: Folha de São Paulo, 1999, p. 3

compensar as desigualdades sociais e econômicas surgidas no seio da sociedade.¹⁶⁰

Seja de uma forma geral ou em face de grupos específicos (aqui diga-se os presos), são direitos que têm por escopo garantir que igualdades formais se convertam em reais, mediante o assecuramento das condições a tanto necessárias, permitindo que o homem possa exercitar a sua personalidade de acordo com o princípio da dignidade humana, mesmo estando preso.

Muitas são as divergências doutrinárias quanto aos direitos fundamentais de segunda geração, porém podemos dizer que dentre outros são a educação, a seguridade social, a proteção à saúde, a habitação, o lazer, a cultura.¹⁶¹

O objeto do direito social é, tipicamente, uma contraprestação sob a forma de prestação de um serviço. O serviço escolar, quanto ao direito à educação, o serviço médico-sanitário-hospitalar, quanto ao direito à saúde, os serviços desportivos, para o lazer, etc., ou, na impossibilidade de satisfazer o direito por uma prestação direta, uma contrapartida em dinheiro.
¹⁶²

Contudo, além dos direitos consagrados pela carta magna, importa trazer ao estudo, direitos previstos no Código Penal e em legislação própria, qual seja, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7120/84), uma vez que esta última disciplina direitos e deveres, tanto do apenado quanto das autoridades envolvidas no processo de execução da pena.

O preso conserva todos os direitos não atingidos pela condenação, impondo-se à todas as autoridades o respeito a sua integridade física e moral, conforme expresso no art. 38 do CP, artigos 3º e 40 da LEP e no art. 5º, XLIX, da CF.

¹⁶⁰ Os direitos fundamentais de segunda geração costumam ser denominados direitos positivos, pois reclamam não a abstenção, mas a presença do Estado em ações voltadas à minoração dos problemas sociais. Definição de ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional. São Paulo:** Saraiva, 2001, p. 86.

¹⁶¹ Gerações ou dimensões de direitos são originárias de circunstâncias históricas-culturais da sociedade e de suas necessidades. Tem-se apontado como direitos de primeira geração os relativos à liberdade, ou os assim chamados direitos de defesa. São direitos que demarcam uma não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder; de segunda geração, os direitos sociais, identificados com uma ação positiva do Estado; os de terceira geração têm sido tidos como os direitos cujos sujeitos não são os indivíduos e sim, os grupos humanos, como a família, o povo, a nação, a humanidade, ou seja, caracterizados pela titularidade coletiva.

¹⁶² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 50.

Nota-se, portanto, que no encarceramento, as condições acima mostradas não são aplicadas. E mais, são ignoradas, impondo uma subsistência totalmente inadequada, desrespeitando o art. 40 da Lei de Execução Penal. Compete ao Estado permitir que o preso tenha: Assistência Material; Assistência Saúde; Assistência Jurídica; Assistência Educacional; Assistência Social; Assistência Religiosa e Assistência ao egresso.

Assistência ao Preso, ao Internado, ao Egresso e aos seus Dependentes e Familiares faz referência a um movimento de promoção dos direitos destes, criando condições para que estes possam exercer a sua autonomia. Esse processo deve ser mediado pela inclusão dos beneficiários na agenda das políticas públicas de governo e pelo apoio a ações de instituições públicas e privadas, de caráter permanente, que tenham como objetivo prestar atendimento e assistência aos beneficiários, na forma e nos limites da lei: material, jurídica, educacional, social, religiosa e principalmente à saúde.

Ademais, integram o rol de direitos dos presos os estabelecidos no art. 41 da LEP:

Art. 41 – Constituem direitos do preso:

- I – alimentação suficiente e vestuário;
- II – atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III – previdência social;
- IV – constituição de pecúlio;
- V – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, descanso e a recreação;
- VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
- VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
- IX – entrevista pessoal e reservada com advogado;
- X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
- XI – chamamento nominal;
- XII – igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
- XIII – audiência especial com o diretor do estabelecimento;
- XIV – representação e petição à qualquer autoridade, em defesa de direito;
- XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes;
- XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. [...].

Não obstante os presos dispuserem dos direitos mencionados, é necessário observar que são fixadas condições que o sistema prisional deve obter para o cumprimento da pena.

Dessa forma é proposital a utilização da literalidade da lei nesse momento, pois para demonstrar a violação de direitos, ressalte-se “Direitos Humanos”, é necessário demonstrar sua existência e detalhes.

Para os que conhecem a realidade de nossas prisões, a longa enumeração de direitos que aparece na lei gera um natural ceticismo. A realidade da prisão, realmente, nos conduz à perplexidade, porque ela necessariamente estabelece um sistema de poder conflitivo e arbitrário, que não se ajusta com facilidade ao esquema de direitos e deveres.

4.4 A violação dos Direitos Humanos no sistema carcerário nacional

O sistema penitenciário nacional, em um panorama geral, sofre uma deficiência tamanha em vários aspectos, o que acarreta um prejuízo à população carcerária.

A decadência do sistema prisional é uma das consequências mais graves da falta de políticas públicas no campo da prevenção criminal e da execução da pena.

Os problemas são inúmeros, sejam estruturais, administrativos ou jurisdicionais, e são resultantes da falta de compromisso do Estado. Certamente um dos grandes problemas que fomentam a crise e a violência no sistema carcerário nacional é a superlotação dos presídios.

O retrato de nosso sistema prisional, feito a partir dos dados consolidados do Ministério da Justiça, permanece terrível. As prisões brasileiras somadas têm capacidade para receber 311 mil detentos, mas abrigam hoje mais de 548 mil, e 44% dos quais são presos provisórios. Um déficit de 237 mil vagas no sistema prisional. (Anexo 1)

4.4.1 A Crise

Evidentemente, quando a prisão passou a ser a principal resposta estatal à prática de crimes, acreditou-se que ela seria o meio adequado para conseguir a reforma do delinquente, logrando-se, assim, atingir todos os seus intentos.

Entretanto, verificamos que, já há muito tempo, o sistema prisional encontra-se em grande parte falido, podendo-se afirmar, de uma forma geral, que os estabelecimentos prisionais, ao invés de reeducar o condenado, têm caminhado no sentido inverso.

Embora haja irrisórias tentativas de ressocialização, o ambiente carcerário, totalmente distinto do ambiente natural, livre, impede a realização de um trabalho reabilitador sobre o recluso. De fato, parece contraditório querer socializá-los, justamente, segregando-os da sociedade, e reunindo-os a outros antissociais.

Nesse sentido:

A pena não ressocializa, mas estigmatiza, não limpa, mas macula, como tantas vezes se tem lembrado aos expiacionistas que é mais difícil ressocializar uma pessoa que sofreu uma pena do que outra que não teve essa amarga experiência; que a sociedade não pergunta por que uma pessoa esteve em um estabelecimento penitenciário, mas tão somente se lá esteve ou não.¹⁶³

Alguns, levando às últimas conseqüências o descrédito na eficácia das penas privativas de liberdade, sustentam que o problema da prisão somente restaria resolvido com a sua extinção.

Vale ressaltar o entendimento de Bitencourt, acerca da situação caótica que se encontram as prisões:

Quando a prisão converteu-se na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se

¹⁶³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Manual de criminologia**: introducción a las teorías de criminalidad. Madrid: Espasa Calpe, 1988, p. 41.

possam conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.¹⁶⁴

A problemática da pena de prisão tem sido abordada pelos estudiosos do direito do mundo inteiro, em Seminários Internacionais de Direito Penal, como também por escritores, visto que hoje é bastante frequente depararmos com literatura especializada sobre a crueldade e a desumanização do ambiente carcerário, como é o caso descrito pelo médico Dráuzio Varella em seus livros.¹⁶⁵

Trata-se de uma questão que não tem atormentado somente os países de terceiro mundo, como o Brasil, mas que vem assumindo dimensões globais, já que a sociedade mundial se sente oprimida pelo problema da crescente violência.

Dentre as deficiências mais frequentes apontadas pela literatura e noticiários, podemos mencionar maus-tratos físicos e verbais, superpopulação, falta de higiene, condições inóspitas de trabalho, serviços médicos deficitários, assistência psiquiátrica deficiente ou abusiva, regime alimentar inapropriado, elevado consumo de drogas, reiterados abusos sexuais, ambiente propício à violência.

Entretanto, a questão somente se resolveria caso fosse efetuada uma série de reformas no Direito Penal e no Sistema Penitenciário Brasileiro, que permitissem que fossem cumpridas as leis, assim como as finalidades das penas privativas de liberdade.

O aumento do número de prisões pode ser justificado pelo acréscimo do número de detentos, embora isso não signifique que tenha havido investimentos para a melhora das prisões já existentes.

A população carcerária só vem aumentando seu número a cada ano, um dado muito interessante referente ao crescimento da população carcerária, conforme leciona Sérgio Salomão Shecaira¹⁶⁶, em 1994 a relação preso/habitante era de 129/100.000, e no ano de 2010, passou para 261/100.000 hab. (Anexo 2)

¹⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 154.

¹⁶⁵ Drauzio Varella escreveu o *Estação Carandiru e Carcereiros*, que descrevem como é a vida dentro das prisões no Brasil.

¹⁶⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **A expansão do Direito Penal e o superencarceramento**. USP: São Paulo, 2011.

Pode-se destacar também o Estado de São Paulo, que é o maior em número de presos no país e que no ano de 2010 os índices eram 386/100.000 preso/habitante.¹⁶⁷ (Anexo 2)

Deve-se mencionar que o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo conforme segue:

Com cerca de 500 mil presos, o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo e um sistema prisional superlotado. O déficit de vagas (quase 200 mil) é um dos principais focos das críticas da ONU sobre desrespeito a direitos humanos no país. Ao ser submetido a uma Revisão Periódica Universal - instrumento de fiscalização do Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU -, o Brasil recebeu como recomendação "melhorar as condições das prisões e enfrentar o problema da superlotação". Segundo a organização não governamental Centro Internacional para Estudos Prisionais (ICPS, na sigla em inglês), o Brasil só fica atrás em número de presos para os Estados Unidos (2,2 milhões), China (1,6 milhão) e Rússia (740 mil).¹⁶⁸

A grande parte dos presos no mundo, hoje, está relacionada ao tráfico de drogas. É o caso de mais de 20% da população carcerária brasileira, segundo dados do Ministério da Justiça.¹⁶⁹

Um dado interessante mostrado por Shecaira¹⁷⁰ é que do ano de 1994 até o ano de 2009 ocorreu um aumento de 21% da População Brasileira (de 157 para 191 milhões). Por outro lado, houve um aumento da População Carcerária de 290% (passando de 88 para 261 presos por 100.000 habitantes).

Esse aumento não é acompanhado por um planejamento social que melhore as condições das prisões. Acredita-se que políticas sociais deveriam ser colocadas em prática para conter o aumento da criminalidade, como a expansão de um ensino de qualidade com ampla oportunidade de frentes de trabalhos. As políticas públicas de alguma forma precisam desencorajar o aumento da criminalidade.

¹⁶⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **A expansão do Direito Penal e o superencarceramento**. USP: São Paulo, 2011.

¹⁶⁸ BBC BRASIL. Brasil tem 4ª maior população carcerária do mundo e déficit de 200 mil vagas <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120529_presos_onu_1k.shtml>. Acesso em: 10 de setembro de 2013.

¹⁶⁹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Sistema Prisional. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 05 de maio de 2013.

¹⁷⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **A expansão do Direito Penal e o superencarceramento**. USP: São Paulo, 2011.

Voltando à questão prisional, os presídios não estão preparados para receber essa demanda de presos ocorrida nos últimos anos.

4.4.2 A violência do sistema prisional

Os presos têm “sobrevivido” em locais absolutamente insalubres em muitos casos. Alguns estabelecimentos prisionais se encontram em péssimo estado de conservação (instalações elétricas, hidráulicas e sanitárias comprometidas), ignorando o comando do artigo 88, parágrafo único, letra a, da Lei de Execução Penal, que dispõe: “salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana”.

Com a superlotação, presos são obrigados a dormir sob condições impróprias. É de se verificar, por meio das fotos presentes neste trabalho, que os internos vivem em situação absolutamente desumanas e degradantes.

Como visto nas linhas passadas, o quadro em que se encontram muitos estabelecimentos prisionais pelo país fere os mais básicos direitos fundamentais do homem. (Anexo 3).

Diz o item nº 100 da Exposição de Motivos da Lei da Execução Penal: É de conhecimento geral que “grande parte da população carcerária está confinada em cadeias públicas, presídios, casas de detenção e estabelecimentos análogos, onde prisioneiros de alta periculosidade convivem em celas superlotadas com criminosos ocasionais, de escassa ou nenhuma periculosidade, e pacientes de imposição penal prévia (presos provisórios ou aguardando julgamento), para quem é um mito, no caso, a presunção de inocência. Nestes ambientes de estufa, a ociosidade é a regra; a intimidade, inevitável e profunda. A deterioração do caráter, resultante da influência corruptora da subcultura criminal, o hábito da ociosidade, a alienação mental, a perda paulatina da aptidão para o trabalho, o comprometimento da saúde são consequências desse tipo de confinamento promíscuo, já definido alhures como 'sementeiras de reincidências', dados os seus efeitos criminógenos”.

Muitos dizem que a prisão falhou, que não atende mais aos seus objetivos, todavia, observando bem, a Lei das Execuções Penais sempre ampararia a

Constituição Federal, se a administração das prisões fossem seguidas conforme estipula a norma, as críticas que tanto vemos e ouvimos, diminuiriam certamente.

4.4.3 Prisão como fator criminógeno

A prisão, hoje, tem sido considerada um fator criminógeno, visto que não diminui os índices de delinquência, pelo contrário, alimenta-os, possibilitando a prática de atozes desumanidades. Assim, ao invés de servir à ressocialização do apenado, acaba degradando-o.

Apontamos diversos fatores criminógenos que contaminam, dia a dia, a vida carcerária, podendo-se classificá-los em fatores materiais, psicológicos e sociais.

Como fatores materiais, podemos apresentar, justamente, a deficiência de alojamentos e de alimentação que, evidentemente, facilita o desenvolvimento de doenças de todos os tipos. Também as más condições de higiene, originadas, muitas vezes, pela falta de ar, pela ausência de luz, pela umidade, existentes nos estabelecimentos penais, e que acabam destruindo a saúde dos detentos.

Não podemos deixar de mencionar a divisão inadequada do tempo dedicado ao ócio, ao trabalho, ao lazer e aos exercícios, que acabam, sem dúvida alguma, produzindo danos físicos e psíquicos ao condenado.

Dentre os fatores psicológicos, podemos apontar a mentira, que acaba tornando-se um verdadeiro hábito entre os detentos. Esse costume arraigado, certamente, acaba dando ensejo à prática de delitos penitenciários, geralmente praticados com artimanhas (furtos, jogos, estelionatos, tráfico de drogas, e outros).

Ainda, a própria violência, empregada como forma de corrigir os apenados, acaba servindo de verdadeiro alimento às tendências criminosas, no interior das prisões. Isso leva ao princípio de que aquele que for tratado de forma animalesca, inevitavelmente, comportar-se-á como animal.

Além disso, não há como negar que a convivência com os demais reclusos acaba desenvolvendo uma verdadeira consciência coletiva que, no caso, gera a estruturação definitiva do amadurecimento criminoso, podendo-se, pois, afirmar que as prisões são verdadeiras universidades do crime.

Nessa ótica podemos visualizar também a ocorrência de grupos criminosos organizados que controla internamente o sistema carcerário, que são frutos de décadas de desigualdades sociais e econômica crescente, de um Estado em grande parte inerte e incapaz de cumprir com suas obrigações constitucionais, tendo assim o sistema prisional entrado em colapso. As mais importantes organizações

criminosas que atuam dentro dos presídios estão nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, as quais, de dentro dos presídios e também utilizando de novas tecnologias de informações (como o telefone celular e internet), conseguem impor um controle para execução de ações dentro e fora dos presídios e cadeias. Controlam, dessa forma, não apenas os presídios internamente, mas conseguem pôr em prática suas atividades criminosas com extrema facilidade e relativa tranquilidade.

Há de se lembrar também de que essas organizações criminosas articulam ações coordenadas com a intenção de fazer rebeliões. Essas rebeliões, além de se apresentarem como fruto de exigências imediatistas, têm também um objetivo de desarticular e desacreditar a administração pública, que é a mantenedora da ordem e da segurança pública.

Chama a atenção também para a capacidade articuladora dessas organizações, que mesmo dentro de instituições onde se objetiva retirar toda a perspectiva socializadora e sociabilizante, eles conseguem construir, dentro destas, redes de interligações que chegam a se fundamentar enquanto forças ativas e organizadas. Estas se pautam em valores e elementos simbólicos ligados exatamente àquilo que a sociedade não tolera, o crime como ponto de partida para construção dessas relações sociais e de poder ligadas à pena e ao castigo social e juridicamente impostos.

Quanto aos fatores sociais, verifica-se que a segregação da pessoa acaba gerando uma desadaptação, que torna cada vez mais difícil a reinserção social. O isolamento e as pressões exercidas pelos próprios companheiros de cela acabam sendo fatores realmente decisivos para a incorporação definitiva do agente ao mundo do crime.

Todos esses fatores acabam evidenciando ser a prisão um meio criminógeno.

Ainda, não se pode negar que a vida moderna acaba, todos os dias, afastando os sentenciados do objetivo da reabilitação. Afinal, um sujeito que passa anos encarcerado, alheio aos avanços tecnológicos, reencontrará, ao sair, um mercado de trabalho mais fechado e competitivo, além de ter que enfrentar os preconceitos de sociedade para se reposicionar.

E não é tudo. Há de se notar que a experiência da prisão não exerce influência em todos os reclusos. Muitas vezes, os delinquentes ocasionais acabam,

tranquilamente, fugindo das influências maléficas da prisão, nota-se que há interesse em certos detentos em se ressocializar.

Na verdade, temos de admitir que, cientificamente, não se chegou a estabelecer, de forma precisa, qual seria o verdadeiro alcance da prisão como fator criminógeno. Não se sabe, ao certo, se a personalidade do recluso, suas experiências anteriores e o meio social poderão servir como fator criminógeno ainda mais importante que a própria prisão. Entretanto, não se ignora que o ambiente carcerário exerce influência negativa no recluso.

4.5 Ressocialização: necessidade de trabalho e educação

Há uma grande necessidade de ser implantada uma política de ressocialização. A reinserção do apenado somente poderá ocorrer, caso o Governo invista em sua educação e profissionalização. Afinal, na vida livre, em regra, o trabalho mostra-se essencial. É verdadeiro meio de sobrevivência.

No entanto, é de se notar que o mercado de trabalho está cada dia mais competitivo. Assim, se colocarmos nas ruas pessoas que, em sua maior parte, já eram desqualificadas, e, pior ainda, passaram anos na ociosidade, longe dos avanços tecnológicos e das exigências do mercado, bem provavelmente, voltarão a delinquir. Verifica-se, pois, a necessidade de torná-los todos aptos a disputar sua vaga em um mercado lícito.

Sem dúvida, como reza o adágio popular, “o ócio é, de fato, a morada do próprio capeta”. Por isso, precisamos manter a mente dos apenados ocupada. E isso só se consegue por meio do trabalho.

Muitas pessoas, distantes da realidade carcerária, acreditam que “os presos são todos uns vagabundos, que vivem às nossas custas... deveriam era trabalhar...” Entretanto, poucos sabem que o Estado não propicia meios para tal, mais uma vez se afastando do determinado na Lei de Execução Penal.¹⁷¹

¹⁷¹ VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

O trabalho não é somente um dever do preso, mas, sobretudo, um direito. Os presos, como bem diz Dráuzio Varella¹⁷², gostam, e muito, de trabalhar. Afinal, como os presos mesmo relatam, trabalhando, o dia passa mais rápido, e a noite, simplesmente, voa, porque o sujeito cansado dorme como um anjo. Além disso, há ainda uma grande vantagem: três dias trabalhados equivalem a um dia a menos de pena, segundo o instituto da remição (artigo 126 da Lei de Execução Penal).

Não há dúvida de que a única forma de recolocar o sentenciado nas ruas é dar-lhe condições de sobrevivência no mundo livre. Portanto, enviá-lo de volta, sem qualquer preparo, é o mesmo que nunca mais retirá-lo das prisões, crucificando-o no drama da prisão perpétua.

Verifica-se que os estabelecimentos penais em que se aplica a Lei de Execução Penal, garantindo trabalho e educação aos presos, são os que mais recuperam, diminuindo, os altos índices de reincidência, o que deixa claro que este é mesmo o caminho a ser trilhado, se o almejado é a recuperação do sentenciado.

A própria Organização das Nações Unidas, discutindo a questão da ressocialização dos presos, acabou editando algumas regras mínimas (Regras de Tóquio¹⁷³), que servem como inspiração para a Administração Penitenciária de todos os países.¹⁷⁴

A implantação do trabalho nos presídios tem dupla finalidade: tanto a de atenuar a desvantajosa concorrência do mercado livre, quanto a de qualificar profissionalmente o condenado, de maneira que, retornando à liberdade, possa inserir-se com maior facilidade no mercado de trabalho.

Afinal:

os grandes males do sistema penitenciário são a promiscuidade e a ociosidade. A promiscuidade implica a convivência forçada de criminosos primários com reincidentes contumazes, facilitando o fenômeno da prisionização, em que o microcosmo social facilita a erosão dos freios éticos e morais, contribuindo para o aviltamento e degradação do homem. Por outro lado, a ociosidade estimula o desenvolvimento da cultura das prisões, estabelecendo regras de convivência que obrigam todo recém-chegado ao universo carcerário à adaptação a esse meio deletério. Portanto, fomentar atividades nas prisões é meio eficiente de evitar a rápida degradação do

¹⁷² VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

¹⁷³ As Regras de Tóquio constituem fonte inesgotável de recomendações, sugestões e orientações sobre a aplicação e execução das alternativas penais. A observância de seus princípios configura passo certo no sentido da implantação de um sistema criminal humano e moderno, capaz de fornecer uma eficiente resposta ao delito.

¹⁷⁴ Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário, 2008, p. 29.

homem. Nada obstante, o Estado tem sido incapaz de proporcionar o desenvolvimento de atividades fabris.¹⁷⁵

Vale destacar que a remuneração pelo trabalho será destinada ao recluso e sua família, visando sempre a sua reabilitação, tanto pessoal, e, o quanto possível, financeira.

Há tempos, é sabido da relevância do trabalho para transformação do condenado. Foucault analisa essa questão e defende que o trabalho insere, no ambiente prisional, a ordem, a regra. Portanto, o trabalho acima de tudo, é uma ferramenta que pode requalificar o delinquente, fazer com que tenha uma expectativa de vida.¹⁷⁶

Foucault rebate as críticas do século XVIII acerca do trabalho prisional, argumentando que não é fator decisivo na economia e seus benefícios são inúmeros.

O trabalho penal deve ser concebido como sendo por si mesmo uma maquinaria que transforma o prisioneiro violento, agitado, irrefletido em peça que desempenha seu papel com perfeita regularidade. A prisão não é uma oficina; ela é, ela tem que ser em si mesma uma máquina de que os detentos-operários são ao mesmo tempo as engrenagens e os produtos; ela os “ocupa” e isso continuamente, mesmo se fora com o único objetivo de preencher seus momentos. Quando o corpo se agita, quando o espírito se aplica a um objeto determinado, as ideias importunas se afastam, a calma renasce na alma.¹⁷⁷

Portanto, a utilidade do trabalho penal não é o lucro, é, na verdade, o afastamento da ociosidade.

Sobre o trabalho e a renda, verificam-se os seguintes dados mais atuais referentes ao ano de 2011, de acordo com o Sistema Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen):¹⁷⁸

¹⁷⁵ BALDASSINI-FAINI, Giancarlo. **II lavoro carcerario**. Roma: Istituto Italiano di Medicina Sociale, 1974, p. 465-466.

¹⁷⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 24^a ed., Trad. Raquel Ramallete Petrópolis: Vozes, 2001, p. 228.

¹⁷⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 24^a ed., Trad. Raquel Ramallete Petrópolis: Vozes, 2001, p. 229.

¹⁷⁸ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Reintegração Social**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BDA8C1EA2-5CE1-45BD-AA07-5765C04797D9%7D&Team=¶ms=itemID=%7B14A64773-0CFB-45A4-BA6F-EC41D9AFE2BB%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>> Acesso em: 05 de maio de 2013.

Tabela 3

<ul style="list-style-type: none"> • População carcerária no País: 513.802 pessoas;
<ul style="list-style-type: none"> • Homens: 93%; Mulheres: 7%;
<ul style="list-style-type: none"> • 48% são jovens com menos de 30 anos de idade.
<ul style="list-style-type: none"> • Realizando trabalho interno, existem: <ul style="list-style-type: none"> a) 33.996 pessoas no apoio ao estabelecimento penal; b) 24.184 em parceria com a iniciativa privada; c) 2.834 em parcerias com órgãos do Estado; d) 281 em parcerias com paraestatais (sistema S e ONGs); e) 12.704 realizando trabalhos artesanais; f) 1.026 realizando atividades rurais; g) 4.005 realizando atividades industriais.
<ul style="list-style-type: none"> • Realizando trabalho externo, existem: <ul style="list-style-type: none"> a) 8.482 pessoas em parceria com a iniciativa privada; b) 2.573 em parcerias com órgãos do Estado; c) 559 em parcerias com paraestatais (sistema S e ONGs); d) 2.573 realizando trabalhos artesanais; e) 391 realizando atividades rurais; f) 1.208 realizando atividades industriais.

Em relação à assistência educacional, observa-se que a Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 11/7/1984, tem como objetivo “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, conforme disposto no artigo 1º. Nesse sentido, a lei prevê a prestação de determinadas assistências e dispõe que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”, conforme estipula o art. 10.

Em relação à educação, os artigos de 17 a 21 estabelecem:

Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

Art. 18. O ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa.

Art. 19. O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico.

Parágrafo único. A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição.

Art. 20. As atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados.

Art. 21. Em atendimento às condições locais, dotar-se-á cada estabelecimento de uma biblioteca, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos.

Atualmente existe projeto voltado para esse âmbito, de acordo com o Ministério da Justiça:¹⁷⁹

Programa Brasil Alfabetizado (PBA) - programa do governo federal realizado pelo MEC desde 2003 voltado à alfabetização de jovens, adultos e idosos; e Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional (PEESP) - instituído pelo Decreto n.º 7.626, de 24 de novembro de 2011, tem a finalidade de ampliar e qualificar a oferta de educação nos estabelecimentos penais, através de uma ação conjunta da área de educação e de execução penal dos estados e Distrito Federal, que deverão apresentar um Plano de Ação aos Ministérios da Educação e Justiça, responsáveis pela execução do PEESP.

O projeto de reintegração social engloba ações para melhorar o trabalho e a renda, a assistência à saúde e a assistência educacional.

Cerca de 20 mil pessoas se tornam egressas do sistema penitenciário por ano, provenientes de indultos, alvarás de soltura e *habeas corpus*, dentre outras formas. Para continuar o fomento do desenvolvimento do trabalho, deve-se desenvolver programas de capacitação profissional e implantar oficinas de trabalhos. Projetos voltados para implantação de oficinas permanentes de capacitação em estabelecimentos penais e oferecimento de cursos com essa finalidade para pessoas em cumprimento de pena.

Com a implantação de oficinas permanentes e disponibilizando aos presos e presas o acesso à capacitação profissional no estabelecimento penal e, aliando-se à inserção profissional, a remição de pena pelo estudo (no caso da capacitação) e pelo trabalho (caso haja uma linha de produção implementada). Com tudo isso se espera um melhor resultado na reintegração do delinquente.

¹⁷⁹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Assistência educacional.** Disponível em: <

4.5.1 A religião como fator preponderante para a ressocialização

O sistema prisional brasileiro, fundamentado no art. 5º *caput*, inciso VII da CF, garante aos presos a liberdade e assegura a prestação da assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva. Entretanto, há formalidades definidas na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), em que se encontram as obrigações do Estado em relação aos presos, que em sua maioria vem de uma ambiente familiar desestruturado, sem apoio. Dessa maneira, a LEP assegura a estes em seu art. 11 assistências como já vistas, dentre elas, a religiosa.

Desse modo, dispõe a lei no seu art. 24:

A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa.

Parágrafo 1º No estabelecimento haverá local apropriado para cultos religiosos.

Parágrafo 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

Muitos métodos e tentativas foram criados pelo Estado para a ressocialização desses presos, mas observa-se que nenhuma é tão eficaz como a religião como influência positiva na vida de cada um.

Lembramos que a sociedade, por muitas vezes, não quer enxergar o que está patente aos seus olhos, que todos somos responsáveis por cada preso, porque se eles estão lá, é porque temos como sociedade, negligenciado a educação, fechando os olhos, tapando ouvidos e esquecendo das necessidades daqueles que precisam. O preconceito fala mais alto, mas é a sociedade que tem um grande papel também de ressocializar, por meio de atitudes, hábitos, em nosso cotidiano.

Pesquisa em que a Pastoral Carcerária forneceu, informa relatos de como a religião foi decisiva na recuperação do delinquente, apontando uma nova perspectiva de vida, como novos valores e princípios, como exemplo, podemos citar que o índice de penas disciplinares entre adeptos a uma religião é baixíssima. Já aqueles que não praticam nenhuma religião, a ocorrência de penas disciplinares é bem superior.

O que se percebe é uma recuperação a partir de um trabalho religioso, realizado com os delinquentes que eram por muitos viciados em drogas, álcool, cuja

realidade passou a ser outra quando encontraram por intermédio da religião, um novo sentido de vida.

Percebe-se também que a religião tem benefícios a muitos dentro dos presídios, pois traz ao cotidiano dos presos uma nova perspectiva de encarar não só a vida enquanto se cumpre a pena, mas os prepara para ver de forma positiva quando saírem, podendo conquistar seu espaço, sendo reinseridos na sociedade.

Na verdade, deve-se dar cada vez mais valor à influência religiosa como uma das causas principais de ressocialização dos delinquentes, pois levamos em conta que são anos isolados, excluídos da sociedade, sendo assim, fazer da prisão um “retiro” espiritual, moral e educacional dos presos que ali estão, trazendo uma nova consciência, de forma que serão reeducados e de que não precisarão cometer mais crimes, pois estarão seguros consigo mesmos e, em relação à sociedade, se sentirão restaurados.

Existem vários projetos de entidades que trabalham com visitas aos presos, os encorajando com “palavras” a se arrependem de seus crimes e prosseguirem para um caminho novo. As mais conhecidas entre elas, como já ditas aqui, são a Pastoral Carcerária da Igreja Católica e a Pastoral da Igreja Evangélica, nas quais os presos têm demonstrado recuperação.

Dentro da prisão, ao serem considerados “irmãos de fé” na religião, ficam obrigados a confessar o crime, possuir bom comportamento e não usar drogas e armas. Falam de Deus, arrependimento e paz. Por esse motivo, sua prática é incentivada pelas autoridades carcerárias que a consideram um dos meios mais eficazes de ressocialização no sistema prisional.

Nesse mesmo sentido, Michel Foucault encara a rotina na prisão, descrevendo que o preso religioso tem uma capacidade de suportar melhor a prisão do que os outros presos.

Só vejo em vossa cela um horroroso sepulcro, no qual, em lugar dos vermes, os remorsos e o desespero avançam em vossa direção para roer-vos e fazer de vossa existência um inferno antecipado. Mas... aquilo que para o prisioneiro sem religião não passa de uma tumba, um ossuário repulsivo, torna-se para o detento sinceramente cristão, o próprio berço da imortalidade bem aventurada.¹⁸⁰

¹⁸⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 24ª ed., Trad. Raquel Ramalhete Petrópolis: Vozes, 2001, p. 201.

E de certo devemos ressaltar que o comportamento do preso é fundamental para uma boa avaliação, no que tange à aspiração de uma conquista de benefícios (livramento condicional, progressão para regime menos severo, entre outros). E tem-se levado em consideração quando o preso participa de grupo religioso, sendo considerado elemento favorável na realização do exame criminológico.

4.6 O preconceito contra egresso (ex-detento)

Inicialmente, faz-se necessário caracterizar a natureza do preconceito no Brasil, onde tal prática não se constituiu de certa forma, como política de Estado ou de governo. O preconceito brasileiro nasce de uma discriminação por parte da elite nacional em relação à classe social e à cor da pele.¹⁸¹

Um dos grandes problemas da população atual é a discriminação que se espalha em diversos setores da sociedade. Existe o preconceito contra negros, pobres, nordestinos, gordos e outros diversos. Mas um é latente em quase todas as classes sociais e equânimes quase em todo o Brasil: é o distanciamento em relação aos ex-detentos.

De acordo com o Portal Agente Sócio Educativo: uma pesquisa publicada em fevereiro, pela Fundação Perseu Abramo, para 21% dos brasileiros, os ex-presidiários são o grupo que as pessoas menos gostariam de encontrar ou ver. Os ex-presidiários despertam sentimentos de repulsa ou ódio em 5% dos brasileiros, antipatia em 16% e recebem a indiferença de 56% dos entrevistados.¹⁸²

Como se pode notar na citação acima, o ex-detento é visto como um perigo para a sociedade. A maioria dos entrevistados não acredita que o sistema prisional realmente pode ajudar na recuperação dos presos.

A fundação Perseu Abramo realizou uma interessante pesquisa de campo, por meio da qual avaliou os grupos sociais e as vítimas de intolerância. Entre os

¹⁸¹ GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Racismo e Antirracismo no Brasil**. 2ª edição. São Paulo : Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Editora 34, 1999.

¹⁸² **FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO**. Grupos sociais vítimas de intolerância. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/galeria/capitulo-2-grupos-sociais-vitimas-de-intolerancia>>. Acesso em 03 de maio de 2013.

grupos mais citados na pesquisa estão os negros, os usuários de drogas, aqueles que não acreditam em Deus e os ex-detentos.

Segundo o Dr. Fernando Afonso Salla, pesquisador da Usp, a sociedade teve uma percepção de estigma em relação ao presos: “Não queremos conviver com essas pessoas, como se elas fossem portadoras para sempre de uma marca”.¹⁸³

Portanto, quem passa pelo sistema penitenciário brasileiro, mesmo após ter cumprido a pena que foi estabelecida, estará marcado para sempre pelo estigma de ser um ex-detento.

Quando ainda estão aprisionados, os presos que trabalham não estão sujeitos às regras da CLT, o que acaba por ser um benefício à contratação de presidiários por parte das empresas. Nesses casos, a remuneração mínima é de 3/4 do salário mínimo. Presos dos regimes fechado e semiaberto não são, ainda, considerados segurados obrigatórios da Previdência Social.

Entretanto, após saírem da prisão, contudo, os ex-detentos são considerados cidadãos comuns e, quando contratados, são regidos pela CLT, tornando-os menos atrativos para os empregadores. Além disso, a legislação trabalhista não diz, especificamente, se uma empresa ao contratar um empregado, se pode pedir atestado de antecedentes, o que afastariam a candidatura de um ex-detento a um emprego formal. Infelizmente, ficará difícil conseguir um emprego e a tão almejada ressocialização.

O grande problema de inserir os ex-detentos no mercado de trabalho é o preconceito, não conseguindo um estímulo, voltando assim à prática de crimes.

Também interessante dizer relatos de ex-presos que quando estavam presos, havia cursos profissionalizantes, trabalhos, e ainda contavam com a remição.¹⁸⁴

Um outro grande problema relatado pela Pastoral Carcerária e também relacionado pelo Ministério da Justiça, aproximadamente 75% dos 548 mil presos que estão aprisionados, têm até o ensino fundamental, o que dificulta ainda mais a busca pelo emprego quando se tornam egressos.

¹⁸³ SALLA, Fernando Afonso. **O encarceramento em São Paulo**: das enxovias à penitenciária do Estado. São Paulo, 1997. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

¹⁸⁴ Estabelecido pelo art. 126 da LEP : “O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.”

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; (Acrescentados pela L-012.433-2011)

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

Ou seja, o sistema pune, mas não consegue cumprir a função de educar e de capacitar essas pessoas para enfrentar as mesmas condições que as levaram a praticar um delito.

Há projetos muito bons quanto à reinserção de ex-detentos como o do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que assinou acordo com o governo federal, por meio do Ministério do Esporte, para contratação de presos, ex-detentos, para obras e serviços necessários à realização dos jogos do mundial de futebol.¹⁸⁵

Também o governo do Estado de São Paulo criou um programa de inserção no mercado de trabalho de egressos do sistema penitenciário, o Pró Egresso¹⁸⁶, nos quais órgãos estaduais poderão exigir de empresas vencedoras das licitações de obras e serviços, que 5% do número total de vagas sejam destinadas aos ex-detentos.

É necessário encontrar caminhos sólidos para aqueles que pagaram pelos seus crimes e desejam viver novamente em paz sendo reinseridos na sociedade, caso contrário, ficaremos sempre presos nesse círculo vicioso da criminalidade que só tende a aumentar.

A sociedade, com apoio do Estado, precisa fazer um grande esforço para romper essas barreiras, que mais atrasam do que defendem os cidadãos. E também, iniciativas de mutirões, por exemplo, para facilitar a liberação de presos que já cumpriram suas penas, mas ainda permanecem encarcerados, como políticas de ressocialização, afim de que é possível avançar nesse ideal.

¹⁸⁵ Conselho Nacional de Justiça. **Projeto Começar de Novo**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8445&Itemid=675>. Acesso em 05/09/2013.

¹⁸⁶ Secretaria do Emprego e Relação de Trabalho. **Programa de Inserção de Egressos do Sistema Penitenciário**. Disponível em: <<http://www.emplo.sp.gov.br/emprego/pro-egresso>>. Acesso em 05/09/2013.

5 PROPOSTAS PARA MELHORIAS DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Para a melhoria do sistema prisional brasileiro é preciso que as autoridades cumpram os dispositivos presentes na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal.

Sabe-se que a realidade das prisões é superlotação, presos misturados em celas, pouquíssimas condições de higiene, problemas de ociosidade.

É preciso que os presos trabalhem quando estão cumprindo penas, é importante que eles recebam ajuda psicológica, é necessário que eles possam estudar e ter contato com a família.

A imagem que a sociedade tem dos presos nunca vai se modificar se eles não tiverem oportunidades de se profissionalizarem, de auferirem condições para obter um emprego justo fora da prisão. Sem auxílio e sem o cumprimento das normas legais já vigentes, torna-se realmente impossível ao ex-detento se reintegrar à sociedade sem o estigma de criminoso.

A realidade carcerária pede reformas estruturais, legislativas, uma vez que tudo o que se fez ao longo do tempo e até então não fora suficiente para minimizar os graves problemas que envolvem presos e prisões.

Há de ser ponderado que a pena de prisão surgiu em uma época em que se impunha a abolição das penas cruéis existentes¹⁸⁷, sendo ela a única forma de manter-se a vida que tão amiúde era o preço pelo crime praticado. No entanto, passados tantos anos durante os quais foi a sanção, por excelência, alcançando enorme prestígio, que atualmente a experiência apontada pela doutrina e pelos noticiários permite-se uma defesa de alternativas penais.

Importante também lembrar as lições de René Ariel Dotti:

no final deste século, com a memória voltada para o fenômeno da revolução que transfigurou as penas desde os castigos corporais até a esperança da salvação das almas e do organismo social, será que a recuperação social do condenado não seria um mito redivivo, assim como um estágio moderno de antigos projetos de redenção espiritual?¹⁸⁸

¹⁸⁷ No século XVIII, com pensadores Iluministas, conforme dito no subcapítulo 2.4 Grandes reformadores.

¹⁸⁸ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998, p. 41-42.

Para Elias Neuman¹⁸⁹, a expressão readaptação social do delinquente ganhou destaque no campo jurídico, no sentido de que teria o Estado o direito de oprimir a liberdade ética do preso, impondo-lhe um comportamento que não seja condizente com a sua formação e convicções?

Hoje, em vários congressos científicos, o que se debate e se procura é encontrar meios de impedir que a prisão venha a alimentar, cada vez mais, a marginalidade criada pela segregação, tendo com um grande problema da política criminal, salvo exceções, de se desembaraçar a prisão.

A prisão é de fato uma monstruosa opção, virou um cativo que tende a perpetuar-se ante a insensibilidade da maioria, como uma forma ancestral de castigo, que não está recuperando nem ressocializando. Na maioria das vezes não se vê alguém que saia do cárcere melhor do que quando lá esteve, e ainda resta o estigma da prisão, que leva e obriga a uma quase fatal marginalização.

Hassemer utiliza bem suas palavras, expondo que:

Existe hoje no Brasil a falsa crença de que somente se reduz a criminalidade com a definição de novos tipos penais e os agravamentos da pena de prisão, orientação mundialmente generalizada.¹⁹⁰

Necessita dizer, também, que a pena de prisão não pode desaparecer drasticamente, pois assim, como aqui no Brasil, ela se encontra no âmago dos sistemas penais de todos os povos. Leciona Tucci que:

não se pretende combater a pena privativa de liberdade como resposta penal básica ao delito; o que se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade, pois da análise do Código Penal, verifica-se que o direito positivo brasileiro mantinha essa sanção como o principal remédio para todos os males, variando apenas sua graduação.¹⁹¹

Portanto, aponta-se que a prisão, ou seja, a segregação cabe certamente só para os perigosos, para aqueles que põem em risco a incolumidade alheia.

¹⁸⁹ NEUMAN, Elias. **Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios**. Buenos Aires: Editorial Pannedille, 1971, p. 80.

¹⁹⁰ HASSEMER, Windried. **Fundamentos de Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1974, p. 94.

¹⁹¹ TUCCI, Rogério Lauria. **Progressão na execução das penas privativas de liberdade**: breve estudo sistemático, v. 630. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1988, p. 269.

Luiz Flavio Gomes lembra que duas vêm sendo as premissas básicas dessa política puramente repressiva no Brasil, o incremento de penas (penalização) e a restrição ou supressão de garantias ao condenado.

E ainda assevera que:

A sanção detentiva é cominada para delitos de grande e de pequeno poder ofensivo, sendo de pouca aplicação as medidas e penas alternativas. De modo que encontramos cumprindo pena privativa de liberdade, muitas vezes sem separação celular, infratores de intensa periculosidade e condenados que poderiam estar submetidos a medidas sancionatórias não detentivas. Não se faz distinção entre criminalidade de alta reprovação e a criminalidade pequena ou média.¹⁹²

Portanto, quanto aos demais, deve-se promover as alternativas penais e outras formas de procurar reinserir na sociedade ou de nela conservar os que se conduzem de modo desviado e os que são recuperáveis.

É muito importante que o condenado se integre socialmente e devemos possibilitar-lhe essa conquista de melhoria do comportamento, após ter recebido orientação e instrução adequadas. Mas tudo deve ser feito com cautela, observação e prudência.

Portanto, a crise da prisão já alcançou quase toda sua plenitude. Bitencourt¹⁹³ afirma que “a pena privativa de liberdade, como sanção principal e de aplicação genérica está falida”. É preciso novos processos com a adoção de alternativas às providências de fundo institucional que se têm colocado, nos últimos séculos, como frentes avançadas para combater a criminalidade em geral.

Mas reformas no sistema de penas se efetivarão tendo como bases que delimitem seus contornos e fundamentem os seus destinos com a consagração e a garantia dos direitos humanos e, também, reconhecimento de que a comunidade é parte importante de irradiação de valores que devem ser preservados. Dentro desse horizonte, abrem-se maiores possibilidades para fortalecer os rumos e as relações para uma política criminal mais justa. As exigências da culpa, da legalidade estrita e da retribuição proporcionada ao grau de reprovabilidade, são próprias de um Estado Democrático de Direito, que declara e protege os princípios da personalidade e da humanidade das sanções penais.

¹⁹² GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 31.

¹⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

É nesse sentido que se advoga em favor de uma promoção de alternativas penais para atingir um equilíbrio e racionalização de políticas de justiça penal, como veremos a seguir.

5.1 Alternativas Penais

Como já dissemos, existem cada vez mais dúvidas sobre se a prisão permite reabilitar os delinquentes. Diz-se amiúde que a prisão pode converter os delinquentes em criminosos ainda piores e que, por essa razão, a cadeia deve ser reservada àqueles que pratiquem delitos mais graves e que sejam perigosos. A prisão, que por si mesma é dispendiosa, acarreta outros custos sociais.

A pena privativa de liberdade, quando aplicada genericamente a crimes graves e leves, o que Michel Foucault denominou “punição generalizada”, só intensifica o drama carcerário e não reduz a criminalidade.¹⁹⁴

A aplicação irrestrita da pena de prisão e seu agravamento, como vem acontecendo no Brasil, não reduzem a criminalidade. Em outro plano, a imposição de pena privativa de liberdade sem um sistema penitenciário adequado gera a superpopulação carcerária, de gravíssimas consequências, como vistos em rebeliões de presos, fenômeno que vêm ocorrendo não só no Brasil, como em outros países.

Nos estabelecimentos penais em que esse problema é muito grave, pode ser impossível dar condições aos presos para que, ao voltar à liberdade, levem a vida sem infringir a lei.

Nas palavras de Bitencourt:

A cadeia fracassou, devendo ser reservada para casos especiais. Dado importante está nas estatísticas que nos apresentam: a reincidência é maior em relação aos condenados que cumpriram pena privativa de liberdade; menor no tocante aos submetidos à medidas alternativas[...]. Essas informações não são novas. Há duas décadas que nos Estados Unidos a reincidência do egresso prisional varia de 40 a 80%; na Espanha, chega a

¹⁹⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 24ª ed., Trad. Raquel Ramallete Petrópolis: Vozes, 2001, p. 69.

60%. No tocante a quem cumpriu pena ou medida alternativa, a reincidência não supera 25%.¹⁹⁵

Por esses fatos, acredita-se mais e mais que é melhor impor sanções alternativas como condições para que as penas sejam proporcionais ao delito cometido pelo delinquente e propiciem maiores possibilidades de reabilitação e reinserção construtiva na sociedade.

René Ariel Dotti¹⁹⁶, utilizando suas palavras, certifica que a prisão seja imposta somente em relação aos crimes graves e delinquentes de intensa periculosidade. Nos outros casos, deve ser substituída pelas medidas e penas alternativas.

Nesse sentido, mostram-se as alternativas penais, que são medidas que visam impedir que ao autor de uma infração penal venha a ser aplicada pena privativa de liberdade, mas sim penas alternativas que, por sua vez, são sanções de natureza criminal diversas da prisão, como multa, a prestação de serviços à comunidade e as interdições temporárias de direitos, pertencendo ao gênero das alternativas penais.

As alternativas penais acabam por não restringirem, tanto quanto a prisão, a liberdade do delinquente. Este não precisará deixar sua família ou comunidade, abandonar suas responsabilidades ou perder seu emprego. São sanções que devem ter grande importância na Justiça Penal, como meio de tratamento de delinquentes.

Também devemos ter a consciência de que as alternativas ou também chamadas de “não privativas de liberdade” são sanções que não envolvem a perda da liberdade. Isso, todavia, não deve ser interpretado como se significasse que a perda de liberdade ou a prisão seja a principal sanção penal e que as medidas ou sanções que mantêm o delinquente no seu convívio social sejam secundárias ou menos importantes do que a prisão. Ao contrário, a evolução da opinião mundial com referência aos problemas relacionados à penas de prisão tem criado um crescente interesse em encontrar meios eficientes para ajudar os delinquentes dentro da comunidade, sem recorrer à prisão.

¹⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 149.

¹⁹⁶ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998, p. 477.

Para isso, à execução de uma medida não privativa de liberdade, as autoridades competentes devem ter o poder de exigir que os delinquentes obedeçam a determinadas condições e que se abstenham de certas atividades. Para exercer esse poder, as autoridades precisam de informações sobre as atividades e condutas dos delinquentes. Também, as autoridades devem ter o poder de modificar ou revogar as condições durante a execução das medidas, caso o delinquente não as respeitem, podendo ter graves consequências àquele que não as cumpriu, aí sim determinando uma sanção mais rígida, como a prisão.

Logicamente que as alternativas penais devem ter uma garantia de respeito aos Direitos Humanos e à dignidade humana e requerem que se estabeleçam normas para imposição e execução de quaisquer restrições e condições. Destaca-se a necessidade de que as medidas não privativas de liberdades sejam formuladas dentro dos limites da legalidade. É importante também salientar a importância de adotar um enfoque geral da formulação e promoção das medidas não privativas de liberdades no âmbito da Justiça Penal e da política social. Devem ser feitas com o devido respeito aos Direitos Humanos, à justiça social e à reabilitação.

De acordo com o Ministério da Justiça, novas regras para criação de núcleos de “penas alternativas” nos Tribunais Estaduais, Ministérios Públicos e Defensorias Públicas Estaduais já podem oferecer recursos do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) para criar Núcleos de Acompanhamento das Penas e Medidas Alternativas e Núcleos de Defesa dos Presos Provisórios. O Ministério informa que políticas públicas têm sido implementadas com o objetivo de liberar verbas para a implantação dos Núcleos de Acompanhamento das Penas e Medidas Alternativas.

Ainda de acordo com o Ministério da Justiça, o Sistema Brasileiro de Penas e Medidas Alternativas teve seu modelo reconhecido pela Organização das Nações Unidas (ONU) como uma das melhores práticas para a redução da superlotação carcerária no mundo. O Depen empenha esforços para fomentar a adoção de alternativas à prisão, especificamente para os delitos de menor gravidade. Em dezembro de 2011, foi criada, no âmbito do Ministério da Justiça, a Estratégia Nacional de Alternativas Penais (Enape), cujo objetivo é fomentar a política e a criação de estruturas de acompanhamento à execução das alternativas penais nos Estados e municípios.

Portanto, acredita-se que das formas eficazes de melhorar e desafogar as penitenciárias brasileiras seja, sem dúvida, a adoção de alternativas penais.

De acordo com o Ministério da Justiça:

A aplicação das penas e medidas alternativas volta à pauta de discussões com a elaboração das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade, as chamadas Regras de Tóquio, recomendadas pela ONU a partir de 1990, com a finalidade de se instituírem meios mais eficazes de melhoria na prevenção da criminalidade e no tratamento dos delinquentes. Posteriormente, a Lei nº 9.099, de 1995 e a Lei nº 10.259, de 2001, que criaram os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Estadual e Federal, respectivamente, abriram importante via alternativa de reparação consensual dos danos resultantes da infração. Da mesma forma a Lei nº 9.714, de 1998, que ampliou consideravelmente o âmbito de aplicação das penas alternativas, alcançando até mesmo os condenados até quatro anos de prisão (excluídos os condenados por crimes violentos) e instituindo dez sanções restritivas em substituição à pena de prisão.¹⁹⁷

Sergio Salomão Shecaria¹⁹⁸ lembra também que não é possível a diminuição da criminalidade sem o fim do abismo social que separa a nossa sociedade. Defende que somos um país injusto e é a contemplação da riqueza pela pobreza que cria a principal matriz da criminalidade. O autor ainda levanta a questão social, apontando que é necessário e urgente que os dirigentes públicos repensem a prisão e o aprisionamento. Na verdade, como foi falado, defende-se que a prisão deveria ser utilizada como último recurso.

Entende-se que as medidas não privativas de liberdade possam constituir, portanto, um meio eficaz de tratar os delinquentes no seio da coletividade, tanto em seu interesse quanto no dos membros que a integram.

Nesse sentido, o aspecto punitivo do Direito Penal só deve intervir quando o fato apresenta lesividade, legitimando a aplicação da pena. Assim, convém que seja reservado para o caso grave, quando os outros ramos do Direito não conseguem impedir a conduta ilícita.

¹⁹⁷ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Alternativas Penais.** Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID={47E6462C-55C9-457C-99EC-5A46AFC02DA7}¶ms=itemID={38622B1F-FD61-4264-8AD4-02215F6598F2};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>>>. Acesso em 05 de maio de 2013.

¹⁹⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **A expansão do Direito Penal e o superencarceramento.** USP: São Paulo, 2011.

Deve-se considerar a possibilidade de ocupar-se com os delinquentes na comunidade, evitando-se, tanto quanto possível, recorrer a processos formais ou julgamentos perante tribunais, de acordo com as garantias legais e as normas jurídicas.

Portanto, posiciona-se que as medidas não privativas de liberdade devem ser utilizadas de acordo com o princípio da intervenção mínima.

5.1.1 Princípio da Intervenção Mínima *ultima ratio*

Pode-se posicionar que o desenvolvimento e a utilização de medidas não privativas de liberdade no contexto do movimento em favor da limitação e redução da utilização do Direito Penal e da quantidade de pessoas afetadas por ele, à medida que se modifica a situação social. O respeito aos direitos e liberdades individuais, conforme estabelecido nos instrumentos internacionais (ONU), recomenda que não se imponham medidas penais quando não possam ser justificadas, usando critérios restritos.

Pode-se afirmar nas palavras de Gianpaolo Smanio e Humberto Fabretti¹⁹⁹ que se trata “de um típico princípio liberal tanto que se encontra nas obras dos mais importantes pensadores do liberalismo, tais como John Locke, Montesquieu, Rousseau e Beccaria”.

Conceitualmente, o princípio da intervenção mínima pode ser entendido como a *ultima ratio* do sistema jurídico, ou seja, conforme Munõz Conde descreve:

O Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do Direito.²⁰⁰

O Direito Penal é um remédio sancionador extremo, conforme assevera Claus Roxin²⁰¹, devendo ser ministrado apenas quando qualquer outro remédio se revele ineficiente. De modo que o Direito Penal não deve intervir quando a lesa jurídica é

¹⁹⁹ SMANIO, Gianpaolo Poggio. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao Direito Penal: criminologia, princípios e cidadania**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 155.

²⁰⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975, p. 59-60.

²⁰¹ ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 34.

mínima, reservando-se para as ofensas graves. O princípio tem sido adotado na jurisprudência brasileira em casos de:

- 1) Furto de bagatela (JTACrimSP 69:441; STJ, RHC 4.311, 6ª Turma, relator Ministro Vicente Cernicchiaro, DJU 19 de junho de 1995, p. 18.751);
- 2) lesões corporais mínimas (JTACrimSP, 69:442 e 78:336; STJ, RHC 3.557, 5ª Turma, DJU, 02 de maio de 1994, p. 10.016, tratando de lesão culposa levíssima);
- 3) maus-tratos (JTACrimSP, 78:44 e RT, 725:6134);
- 4) estelionato de bagatela uma passagem de ônibus (RT, 713:361);
- 5) descaminho de pequena monta (TRF, 1ª região, Acrim 94.02.03892, 3ª Turma, EJTRF, Brasília, vol 1, 5:76) e também: furto de caixinha de ovos. Absolvição (TACrimSP, ACrim 614.803, RJDTACrimSP, 9:75 e 76). Lesão insignificante ao Fisco (TRF 1ª região, Porto Alegre, Acrim 940.407.385, DJU, 3 de agosto de 1994, p. 41.161; TRF 1ª região, Brasília, Acrim 940.107.888, DJU, 8 de agosto de 1994, p. 4.178.²⁰²

Assim, se os outros ramos do direito (direito civil, direito administrativo e outros) conseguirem conter os ataques a determinado bem jurídico, não há por que ter intervenção do direito penal. Por isso se diz que a intervenção do direito penal deve ser a mínima possível. Afinal, será por intermédio do direito penal que o Estado imporá as consequências mais drásticas contra o seu cidadão: a pena de prisão.

É nesse sentido que asseverou Cezar Bitencourt: “se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável”.²⁰³

Bruno Pinheiro²⁰⁴ ensina que o mencionado princípio pode ser também designado de *ultima ratio*, ou pelo brocardo em latim *Nulla Lex poenalis sine necessitate*, como “princípio da necessidade ou da economia em direito penal”.

Em suma, o princípio da intervenção mínima fornece elementos fundamentais e de obrigatória relevância para o legislador e aplicador da lei penal. Permite-se então dizer de acordo com o pensamento de Merolli²⁰⁵ que a “contenção do possível arbítrio legislativo a identificação de alguns critérios que nos informem acerca da idoneidade da tutela penal”. Ou seja, o conceito delineado sobre a intervenção mínima está profundamente conexo com a própria dogmática penal.

²⁰² Exemplos jurisprudenciais que aplicaram o Princípio da Intervenção Mínima.

²⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 35.

²⁰⁴ PINHEIRO, Bruno. **Teoria Geral do Delito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 8.

²⁰⁵ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 320.

Devemos também ressaltar o princípio da subsidiariedade ou do caráter residual do Direito Penal. Entende Maurach²⁰⁶ que a natureza subsidiária do Direito Penal é “uma exigência político-jurídica dirigida ao legislador”. Sobre o aludido princípio, esclarece também Queiroz²⁰⁷ que “a natureza principal e não subsidiária, do direito penal diante de outras formas de controle decorre, em primeiro lugar, da circunstância de o direito penal constituir a forma mais violenta de intervenção do Estado na vida dos cidadãos”.

Em resumo, o Direito Penal é a *ultima ratio* do Estado ou, como afirma Paulo Queiroz “um direito residual” que só deve ser chamado (diga-se, criminalizar condutas), quando os demais ramos do direito que interferem de forma menos drástica da vida do cidadão (por exemplo, civil, administrativo e outros) falharem na tutela de algum bem jurídico. Sobretudo:

Assim, já não se justifica, nos dias atuais, a punição do adultério (que inclusive já foi revogado) ou da bigamia, por exemplo, visto ser suficiente a disciplina do direito civil para resguardar a fidelidade conjugal e a preservação da instituição do casamento: separação, divórcio, anulação.²⁰⁸

Complementando o estudo temos o princípio da fragmentariedade ou do caráter fragmentário do Direito Penal. Este princípio é uma decorrência direta do princípio da intervenção mínima, ou seja, deriva, surge, ecoa, diretamente da intervenção mínima. Conforme analisa Cleber Masson “estabelece que nem todos os ilícitos configuram infrações penais, mas apenas os que atentam contra os valores fundamentais para a manutenção e o progresso do ser humano na sociedade”.²⁰⁹ Para tal autor, o princípio da fragmentariedade deve ser analisado no plano abstrato, isto é, no momento da atividade legislativa.

Roxin demonstra também o princípio da insignificância, que é uma decorrência lógica do princípio da fragmentariedade. Esse princípio da insignificância é analisado no caso concreto pela atividade judiciária e não legislativa. Logo, quem toma como guia o princípio da fragmentariedade é o aplicador da lei (o juiz) e não o criador da lei (o legislador).

²⁰⁶ MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal**: parte general. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 34

²⁰⁷ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 29

²⁰⁸ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 29.

²⁰⁹ MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal esquematizado**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 32.

O princípio da intervenção mínima, embora estudado no direito penal, está intimamente relacionado ao estudo da política criminal. Conforme salienta Claus Roxin: “o direito penal seria a *ultima ratio* (o último recurso) da política social”.²¹⁰

O que leva Eugenio Raul Zaffaroni afirmar que:

O estado de direito contemporâneo acha-se ameaçado por um crescimento ilimitado do aparato punitivo, sobretudo de suas agências executivas penitenciárias. Por isso, a política criminal e, muito especialmente, a engenharia institucional penal, são saberes fundamentais para a sua defesa e fortalecimento. Em suma, a política criminal é resultante da interdisciplinaridade do direito penal com a ciência política com a engenharia institucional.²¹¹

Resumidamente pode-se dizer também que o princípio da intervenção mínima tem ligação direta com a criminologia para a qual Shecaira apresenta quatro vertentes para uma melhor compreensão. Para entender a temática proposta, devemos levar em consideração que o delito é um fenômeno social e comunitário. Mas, o que levaria esse fenômeno social e comunitário a se tornar um delito do ponto de vista formal, isto é, um fato previamente tipificado?

Conforme assevera Shecacia “quais são os critérios ensejadores de cristalização de uma conduta como criminosa?”.²¹² O aludido autor cita quatro vertentes criminológicas que devem ser observadas previamente pelo legislador antes da tipificação de qualquer conduta como criminosa, vejamos:

Tabela 4

a) Incidência massiva do fato na população. Ou seja, não será qualquer fato isolado, ainda que tenha causado certa comoção, que vai ensejar na criação de um crime. Se o fato não se reitera, desnecessário tê-lo como criminoso.
b) Incidência aflitiva do fato praticado. Significa dizer que os fatos sem qualquer relevância para a nossa sociedade sejam incriminados. Por isso se dizer que o direito penal deve intervir quando o fato pernicioso produzir dor na vítima ou na sociedade.
c) Persistência espaço-temporal do fato. Não há que ter como delituoso um fato, ainda que seja massivo e aflitivo, se ele não se distribui por nosso território, ao longo de um certo tempo.
d) Inequívoco consenso do fato como criminoso. O fato deve despertar no seio doutrinário um sério comprometimento ao convívio social. Assim, deve haver um consenso na comunidade jurídica que determinado fato deve ser combatido pelo direito penal, e não por outros meios de intervenção na criminalidade.

²¹⁰ ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 8.

²¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, vol. 1, 2003, p. 275.

²¹² SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 49-51.

Sobre o assunto, arremata Shecaria que “qualquer reforma penal deveria averiguar o preenchimento dos critérios acima elencados para a verificação do juízo de necessidade da existência de cada fato delituoso”.²¹³

Por fim, entende-se também de acordo como assegura Coelho, que o princípio da intervenção mínima decorre do pensamento de uma corrente do Direito Penal adepta do “Direito Penal Mínimo”, que se contrapõe ao denominado movimento “lei e ordem”, defensor de um processo de expansão do Direito Penal como forma de coerção e de correção de condutas por eles consideradas lesivas ao convívio social.²¹⁴

Na verdade, o que o direito penal mínimo busca é a descriminalização, despenalização e diversificação de certas condutas no sistema penal, isto é, outras formas de solução que não a prisão. Por isso se fala em deixar com o direito penal as condutas mais atentatórias ao convívio social, e estas devem ser o mínimo possível, surgindo assim, o direito penal mínimo.

Sobre o tema, acrescenta Gianpaolo Smanio e Humberto Fabretti²¹⁵ que no sentido de se operar uma redução da intervenção punitiva do Estado, normalmente encontram-se 3(três) processos: a descriminalização, a despenalização e a diversificação.

A descriminalização é renúncia formal do Estado em punir penalmente determinada conduta. Pode-se citar como exemplo dessa vertente a revogação do crime de adultério do Código Penal brasileiro no ano de 2005. A despenalização seria o ato de diminuir a pena de um delito, sem, no entanto, descriminalizá-lo. Citamos como exemplo, o caso do porte de uso de drogas para consumo próprio, previsto no art. 28 da Lei nº. 11.343/2006.

Por fim, a diversificação é a possibilidade de suspensão do processo penal em determinado momento para que se alcance a solução do conflito como de forma não punitiva. Citamos como exemplo o art. 89 da Lei nº 9.099/1995, que trata do instituto da suspensão condicional do processo, onde se o indivíduo seguir determinados requisitos por determinado período de tempo, sua punibilidade restará extinta.

²¹³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 49-51.

²¹⁴ CARNEIRO COELHO, Yuri. **Introdução do Direito Penal**: conceito, teorias da pena, direito penal constitucional, hermenêutica e aplicação da lei penal. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 103-104.

²¹⁵ SMANIO, Gianpaolo Poggio. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao Direito Penal**: criminologia, princípios e cidadania. São Paulo: Atlas, 2010, p. 163 a 165.

Não por menos, Paulo Queiroz²¹⁶ afirma que tal perspectiva conduz, pois, a um modelo de política criminal radicalmente descriminalizador; conduz, enfim, a um modelo de direito penal mínimo, que julgamos constituir a formulação mais condizente com a Constituição brasileira, em particular, sobretudo pela sua declarada vocação libertária.

5.2 Necessidade de planejamento, pesquisa e formulação de políticas

Como aspecto essencial de processo de planejamento, devem ser enviados esforços para que as entidades, tanto públicas como privadas, colaborem na organização e promoção de pesquisa sobre tratamento de detentos. Devem ser realizadas periodicamente pesquisas referentes a problemas que enfrentam destinatários das medidas penais, bem como os profissionais, a comunidade e os órgãos normativos.

Dentro do sistema de Justiça Penal, entende-se que sejam criados mecanismos de pesquisa e informação para obtenção e análise de dados e estatísticas sobre a execução de tratamento de delinquentes dentro do regime de penas.

Vale ressaltar que dentro dos presídios e graças a estudos, é comprovada a eficácia da prática de Yoga e da Meditação para os mais diversos desequilíbrios do corpo físico e emocional. Para professores, alunos, praticantes e estudiosos do Yoga, a prática e o estudo de sua Filosofia está crescendo bastante e abrindo possibilidades inclusive dentro da administração pública, e presídios como no caso em Santa Catarina e Rio de Janeiro.

Para colocar o projeto em ação foi feito um estudo da população, baseado principalmente num trabalho realizado pela administração penitenciária, que estudava vários parâmetros socioeconômicos e culturais dos presos de ambos os sexos. Foram feitas várias visitas de campo, com conversas e exames de pulso de energia (baseados na Medicina Ayurvédica) para determinar uma técnica de Yoga

²¹⁶ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 188.

(alongamentos, respiração e meditação) específica para as reais necessidades dessa população.

Os resultados têm sido ótimos, tendo em vista a satisfação dos funcionários que observam uma nítida mudança no comportamento da maioria dos presos, ficando mais tranquilos e alegres, isto mostra uma grande evolução nas pesquisas e planejamentos.²¹⁷

A obtenção e o intercâmbio de informações, de forma sistemática, paralelamente com os resultados de pesquisas e as análises das políticas, são desejáveis para avaliar e promover medidas de não privação da liberdade, bem como para planejar programas e revisões periódicas.

Esse intercâmbio de informações pode facilitar o desenvolvimento de uma resposta adequada para os problemas urgentes da Justiça Penal e ser utilizados para promover melhor compreensão por parte da sociedade das vantagens das medidas não privativas de liberdade.

Podemos destacar também a implantação do primeiro campus universitário do Brasil dentro de um presídio, na Penitenciária Regional Raymundo Asfora na cidade de Serrotão, em Campina Grande. O seu funcionamento será possível graças à parceria entre a Secretaria de Estado da Administração Penitenciária e a Universidade Estadual da Paraíba, com a implantação do curso “Gestão Penitenciária e Direitos Humanos”. Certamente é um projeto que visa à quebra paradigmas e abre horizontes para quem sonha com a liberdade e busca a reabilitação e o convívio com a sociedade. Mais uma amostra de que com planejamento e pesquisa e vontade, é possível a realização de um social.²¹⁸

Mas é também importante que sejam feitas avaliações por instituições tanto governamentais, quanto as não governamentais, sendo fundamental que tenham acesso a documentos pertinentes às medidas. Devem também ser destinados recursos financeiros para pesquisas científicas para melhor estudo do sistema prisional.

E, contudo, deve-se dar apoio amplo às medidas não privativas de liberdade para que possam ser aproveitadas todas as possibilidades que elas oferecem. As

²¹⁷ **Projeto Yam.** Disponível em: <<http://www.projetoym.com.br/>>. Acesso em 10 de setembro de 2013.

²¹⁸ Universidade Estadual da Paraíba. Disponível em: <<http://www.uepb.edu.br/universidade-estadual-inaugura-no-serrotao-o-primeiro-campus-universitario-dentro-de-um-presidio-no-pais/>>. Acesso em: 10 de setembro de 2013.

organizações de pessoal preparado e voluntários sendo meio pelos quais os membros da sociedade podem participar, expressar suas ideias e preocupações e influir na evolução do social.

E por fim nas palavras de Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes:

Não há caminhos para humanidade concretizar a dignidade humana que não seja o da realização dos seus direitos fundamentais por meio de políticas públicas que ofereçam proteção adequada e eficiente, orientadas pelos princípios instrumentais da vedação de retrocesso, do dever de otimização, da garantia do núcleo essencial mínimo dos direitos (mínimo existencial) e da proteção às minorias.²¹⁹

Portanto, o Estado com a obrigatoriedade de promover a dignidade da pessoa humana, deve praticar um número cada vez maior de políticas públicas e solucionar as questões delicadas.

²¹⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; Nascimento, Carlos Valder do (Coord.). **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 593.

CONCLUSÃO

No início questionou-se a seguinte formulação: Estão os Direitos Humanos Fundamentais dos presos sendo respeitados nas penitenciárias brasileiras? Se não, quais ações podem ser implementadas para modificar esse cenário?

São muitas as demandas que o sistema prisional brasileiro enfrenta para atender dignamente aos presos. Os direitos humanos dos presos na prática não estão sendo respeitados.

A realidade que se espelha são prisões lotadas, com condições insalubres de uso, que não oferecem as mínimas condições para a recuperação dos presidiários.

Embora aparentemente falido, acredita-se, infelizmente, que o instituto da prisão não pode, simplesmente, ser abolido, uma vez que se trata de um "mal necessário", devendo subsistir enquanto não se encontra uma maneira mais humana e eficiente de tratar nossos delinquentes.

Observou-se que a desigualdade social, a falta de empregos, a falta de investimento voltado para as crianças e adolescentes, o descaso com a educação, a falta de interesse dos políticos em resolver as questões sociais, a falta de aparatos policial e judicial, a remuneração irrisória, que acaba transformando policiais em "bandidos", são fatores, dentre outros, que contribuem para alta taxa de criminalidade.

Acredita-se que é emergente a adoção de políticas públicas que melhorem as condições de renda e de educação de qualidade, criando oportunidades para prevenir a busca do crime como solução para geração de renda.

É extremamente necessário que a sociedade brasileira se conscientize do problema, apoiando o processo de recuperação do homem existente dentro do delinquente.

Afinal, é sempre uma maneira muito cômoda essa de repetir certos chavões como: 'lugar de delinquente é na cadeia', 'uma vez meliante, sempre meliante', ou 'criminoso bom é criminoso morto'. De fato, são pessoas que pouco entendem da criminalidade e dos criminosos, e que procuram demonstrar um falso saber sobre a problemática de uma sociedade doente e comprometida.

De regra, criticam as instituições que estão comprometidas com os Direitos Humanos. Somente se lembram da utilidade desse maravilhoso instituto denominado 'Direitos Humanos', quando dele necessitam e dele se socorrem. Poucos acreditam ser possível realizar um trabalho sério. Não que não acreditem na reinserção social, apenas é prático negar essa possibilidade e permanecer na prática reacionária e preconceituosa de negar o mínimo de oportunidade àquele que um dia delinuiu.

Havendo um constante boicote da sociedade, certamente os presos não conseguirão mesmo se reestabelecer, se reestruturar, se recuperar, abandonando o mundo do crime.

Importa lembrar à sociedade que, se prosseguir caminhando sempre na contramão da ressocialização, somente contribuirá para que os apenados saiam das prisões mais violentos, mais perigosos e mais revoltados que antes, o que, evidentemente, não deve ser seu anseio.

Conscientizada a sociedade da importância de sua intervenção, mostra-se também necessário que os presos sofram um processo de educação e profissionalização, que os qualifique e lhes proporcione condições de disputarem o mercado de trabalho, ombro a ombro com os homens livres.

Isso só, porém, não basta. O Estado deve proporcionar emprego aos egressos, através de convênios com empresas públicas ou privadas, e de incentivos fiscais.

Lembrando que se faz bastante necessária a construção de novos presídios, solucionando o problema da superlotação carcerária, mostra-se também necessário um investimento humano, na formação e na especialização dos agentes penitenciários, uma vez que eles serão, sem dúvida alguma, os responsáveis diretos pelo trabalho de ressocialização.

Analisaram-se algumas propostas do Ministério da Justiça para a ressocialização dos presos. Entre elas, observa-se a existência de propostas como as alternativas penais, a reintegração social e a educação em serviços.

Ademais, sem a participação da comunidade não é possível conseguir administração eficaz da Justiça Penal, somente mediante os esforços dos órgãos governamentais. É fundamental mobilizar toda a variedade de recursos comunitários para ajudar e apoiar as autoridades encarregadas da administração da Justiça Penal a fim de conseguir a reinserção social do delinquente.

A participação da sociedade pode ajudar os delinquentes a estabelecer vínculos significativos na comunidade, tomar consciência do interesse que a comunidade tem por eles e ampliar as possibilidades de relação e apoio que podem continuar mesmo após ter terminado a aplicação de medidas não privativas de liberdade, contribuindo para a reintegração do delinquente na sociedade. São fatos que não beneficia somente a sociedade, bem como o sistema de Justiça Penal.

A ONU recomenda a imprescindível colaboração da comunidade na execução das medidas não privativas de liberdade. As autoridades devem estudar a conveniência de celebrar acordo com grupos comunitários, especificando a natureza da sua participação e a forma como devem trabalhar.

Se todos esses projetos surtiram efeitos, certamente seria um avanço no sistema prisional brasileiro, em relação à defesa dos Direitos Humanos.

Porém, isso ainda é uma utopia. O sistema prisional, bem como a questão social do Brasil, principalmente em relação às suas imensas discrepâncias sociais, precisa de um olhar atento das autoridades.

Todo o sistema desigual tem um preço, e no caso do Brasil, com os efeitos de políticas sociais mal desempenhadas, observa-se o vertiginoso aumento da população carcerária. Assim, conclui-se que os problemas das afrontas aos Direitos Humanos necessitam ser revistos não somente no âmbito prisional, mas em todos os setores marginalizados da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo. **Sistema penal para o terceiro milênio**. Rio de Janeiro: Revan, 1998.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BALDASSINI-FAINI, Giancarlo. **Il lavoro carcerario**. Roma: Instituto Italiano di Medicina Sociale, 1974.

BARATTA, Alessandro. **Integración-Prevención: Uma “Nueva” Fundamentación de La Pena dentro de La Teoria Sistémica**. In: Revista Doctrina Penal, nº 29, 1985.

BBC BRASIL. **Brasil tem 4ª maior população carcerária do mundo e deficit de 200 mil vagas**
<http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120529_presos_onu_1k.shtml>.
Acesso em: 10 de setembro de 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Torrieri Guimarães. 11ª ed. São Paulo: Hemus, 2000.

BENTHAM, Jeremy. **Principios de La legislación y jurisprudência**. Imprenta de Tomás Jordán. Espanha: La Piqueta, 1934.

BENTHAM, Jeremy. **O Panóptico**, org. Tomaz Tadeu, Trad. Guacira Lopes Louro, M. D. Magno, Tomaz Tadeu. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral v.1**, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Estado Actual de La Teoria:** bases criticas de um nuevo derecho penal. Bogotá: Temis, 1982.

BUSTOS RAMIREZ, Juan; MALARÉE, Hernán. Hormazabal. **Lecciones de Derecho Penal.** Madrid: Trotta, 1997.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Manual de Derecho Penal.** Bogotá: Temis, 1984.

BUSTOS RAMIREZ, Juan; MALARÉE, H. Hormazabal. **Pena y Estado:** bases criticas de um nuevo derecho penal. Bogotá: Temis, 1982.

CALÓN, Eugenio Cuello. **La intervención del juiz en la ejecución de la pena.** Madrid: Anuario de derecho penal y ciencias penales 1953.

CALÓN, Eugenio Cuello. **La moderna penologia.** Barcelona: Bosch, 1974.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, parte geral:** Volume I. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNEIRO COELHO, Yuri. **Introdução do Direito Penal:** conceito, teorias da pena, direito penal constitucional, hermenêutica e aplicação da lei penal. Salvador: Juspodivm, 2009.

CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal:** parte geral. Bogotá: Temis, vol. II, 1956.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos:** Processo histórico – Evolução no mundo, Direitos Fundamentais: constitucionalismo contemporâneo. São Paulo: Saraiva. 2010.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Questões Penais.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CIPRIANI, Mário Luís Lírio. **Das Penas:** suas teorias e funções no Direito Penal. Canoas: Ulbra, 2005.

Conselho Nacional de Justiça. Projeto Começar de Novo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8445&Itemid=675>. Acesso em 05/09/2013.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro.** Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006.

DEPEN. **Dados Consolidados**. Brasília: Ministério da Justiça, 2008.

DE GROOTE. Michele Ristich. **La locura através de los siglos**. Barcelona: Bruguera Libro Amigo, 1970.

DONDERIS, Vicenta Cervelhó. **Derecho Penitenciario**. Valência: 2001.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.

FALCONI, Romeu. **Sistema Presidial: reinserção social?** Prefácio Dirceu de Mello. São Paulo: Ícone, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA, Marcela. **A deficiência estrutural dos presídios e penitenciárias brasileiras como fator de obstrução do processo de ressocialização do preso**. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Marcella%20Ferreira.pdf>> Acesso em 20 de março de 2013.

FERRI, Enrico. **Sociologia Criminal**. 5ª ed. Madrid: Trotta, 1930.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los Derechos Fundamentales**. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2003.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura**. Trad. José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 24ª ed., Trad. Raquel Ramalhete Petrópolis: Vozes, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral** 16ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2003.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Grupos sociais vítimas de intolerância**. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/galeria/capitulo-2-grupos-sociais-vitimas-de-intolerancia>>. Acesso em 03 de maio de 2013.

GALLI, Maria Beatriz e DULITZKY, Ariel. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Manual de criminología**: introducción a las teorías de criminalidad. Madrid: Espasa Calpe, 1988.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 1996.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coords.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos Humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GUERRA, S. **Curso de Direito**. São Paulo: Lúmen Júris, 2000.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Racismo e Antirracismo no Brasil**. 2ª edição. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Editora 34, 1999.

GUZMAN, Luiz Garrido. **Manual de Direito Penal**. Madrid: Edersa, 1983.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal**: Fundamentos, Estrutura, Política. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos de Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1974.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Munõz. **Indroduccion a la criminologia y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blach, 1989.

HENTIG, Hans Von. **La pena**. V. 2, Madrid: Espasa-Calpe, 1968.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de Direitos Humanos**. Gênese dos Direitos Humanos. São Paulo: Acadêmica, 1994.

HOSMANY, Ramos. **Pavilhão 9 – paixão e morte no Carandiru**. São Paulo: Geração Editorial, 2001.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

KAUFMANN, Hilde. **Principios para la reforma de la ejecución penal**. Buenos Aires: Astrea, 1974.

KONDER COMPARATO, Fábio. **Afirmção histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

LEAL, César Barros. **Prisão: crepúsculo de uma era**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

LISTZ, Franz von. **La Idea del fin en el Derecho Penal**. Bogotá: Editora Temis, 1998.

LISTZ, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. São Paulo: Ícone, 2007.

LOPEZ, Angel Torio. **El sustracto antropológico de lãs teorías penales**. Revista de La Facultad de Derecho de La Universidad Complutense de Madrid. Madrid, n. 11, 1986.

MAGNABOSCO, Danielle. **Sistema penitenciário brasileiro: aspectos sociológicos**. Jus Navigandi, Teresina, 1998 (3), n. 27, 23 dez. 1998.

MARCIAL, Fernanda Magalhães. Os direitos humanos e a ética aplicada ao sistema penitenciário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 132, 15 nov. 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; Nascimento, Carlos Valder do (Coord.). **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.

MAZZUOLI, V. O. **Curso de Direito**. São Paulo: RT, 2011.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massino. **Cárcere e Fábrica: As origens do sistema penitenciário. Século XVI-XIX**. Trad. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MINISTÉRIO DA JUSTICA. **Estabelecimentos**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D¶ms=itemID=%7BAB2EF2D9-2895-476E-8516-E63C78FC7C4C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 5 de maio de 2013.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Medidas Alternativas Penais**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID={47E6462C-55C9-457C-99EC-5A46AFC02DA7}¶ms=itemID={38622B1F-FD61-4264-8AD4-02215F6598F2};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>>>. Acesso em: 5 de maio de 2013.

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: Parte general**. 7ª ed. Buenos Aires: B de F, 2006.

MIR PUIG, Santiago. **El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1999.

MIR PUIG, Santiago. **Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Bosch, 1982.

MIR PUIG, Santiago. **Función fundadora de La prevención general positiva**. Madrid: ADPCP, 1986.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo. Atlas, vol. 1, 2007.

MONTESINOS Y MOLINA, Manuel. **Bases em las que se apoya mi sistema penal (homenaje al Coronel Montesinos)**. REP n°159, 1962.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal especial**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MUNÓZ CONDE, Francisco. **Direito Penal e Controle Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MUNÓZ CONDE, Francisco. **Doctrina Penal**. Buenos Aires: Depalma, 1979.

MUNÓZ CONDE, Francisco. **La ressocialización Del delincuente**: análisis y crítica de um mito. Madrid: CPC, 1979.

NEUMAN, Elias. **Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios**. Buenos Aires: Editorial Pannedille, 1971.

NEUMAN, Elias. **El problema sexual en las cárceles**. Argentina: Criminalia, 1965.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: parte geral. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 1999.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008.

NUVOLONE, Pietro. **Trent'anni di diritto e procedure penale**. Padova: Cedam, 1969.

OLIVEIRA, Nelmo Versiani. **Ofensa à progressão de regime e a recuperação do condenado**. In: Boletim do Instituto de Ciências Penais, n° 53, 2004.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **La Distinción entre Delitos Propios (Puros) y Delitos Improprios de Omisión (o de comisión por omisión)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, 1990.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**: Evolução histórica. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Prisões fechadas, prisões abertas**. São Paulo: Cortez & Moraes, 1978.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Sistemas penitenciários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

PINHEIRO, Bruno. **Teoria geral do delito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Os Regimes de cumprimento de pena e o Exame Criminológico**. In: Revista dos Tribunais. Volume 583. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

PORTAL AGENTE SÓCIO EDUCATIVO. **Preconceito contra ex-detentos impede sua reabilitação**. Disponível em: <<http://agentesocioeducativo.blogspot.com.br/2010/06/preconceito-contr-ex-detentos-impede.html>>. Acesso em 03 de maio de 2013.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **Execução penal e garantismo: as alterações introduzidas na lei de execuções penais sobre o exame criminológico**. In: Boletim IBCCRIM, São Paulo, n° 146, 2005.

Projeto yam. Disponível em: <<http://www.projetoym.com.br/>>. Acesso em 10 de setembro de 2013.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo.: Curso de Derecho penal. Parte general, Barcelona, 1996.

RABINOVICH, Ricardo. **Principios generales del derecho latinoamericano**. Buenos Aires: Astrea, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, vols. 1 e 2, 2004.

Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, v.1, nº 21: Brasília, 2008.

REIS, Marco Antonio Santos. **Novos rumos da dogmática jurídico-penal: da superação do finalismo e de sua suposta adoção pelo legislador brasileiro a um necessário esclarecimento funcionalista**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2009.

ROBLES, Manuel Ventura. **La Corte Interamericana de los derechos humanos**. UNHCR: San José, Costa Rica. 2003.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte geral. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. **Sentidos e limites da pena estatal**. In: Problemas Fundamentais de Direito Penal. Lisboa: Vegas, 1998.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SALLA, Fernando Afonso. **O encarceramento em São Paulo**: das enxovias à penitenciária do Estado. São Paulo, 1997. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

SANE, Pierre. **Prisões e violações de Direitos Humanos**: Folha de São Paulo, 1999.

SAUER, Guillermo. **Derecho penal**. Trad. Juan Del Rosa y Cerezo. Barcelona: Bosch: 1956.

Secretaria do Emprego e Relação de Trabalho. **Programa de Inserção de Egressos do Sistema Penitenciário**. Disponível em: <<http://www.emplo.sp.gov.br/emplo/pro-egresso>>. Acesso em 05/09/2013.

SHAN, M. **Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **A expansão do Direito Penal e o superencarceramento**. São Paulo: EDUSP, 2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Evandro Lins e. De Beccaria a Filippo Gramatica. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo (org.). **Sistema penal para o terceiro milênio**. Rio de Janeiro: Revan, 1998.

SILVA, Evandro Lins e. **Uma visão global da história da pena**. Publicado nos anais do Primeiro Encontro Nacional de Execução Penal. Brasília, 1998.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Execução penal**. 3ª ed. Porto Alegre: Magister, 2006.

SILVERIA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: Conceitos, Significados e Funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino**. V. 2, 2ª ed. Buenos Aires: Tipografía Argentina, 1970.

SOUZA, Percival de. **O sindicato do crime: PCC e outros grupos**. São Paulo: Ediouro, 2006.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. **Progressão na execução das penas privativas de liberdade**: breve estudo sistemático, v. 630. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1988.

UBIETO, Emilio Octavio de Toledo y. **Sobre El concepto de derecho penal**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1986.

Universidade Estadual da Paraíba. Disponível em: <<http://www.uepb.edu.br/universidade-estadual-inaugura-no-serrotao-o-primeiro-campus-universitario-dentro-de-um-presidio-no-pais/>>. Acesso em: 10 de setembro de 2013.

ULRICH Klug, **Para uma crítica de La filofosia penal de Kant y Hegel**, Trad. Enrique Bacigalupo, in Libro homenaje AL profesor Jimenez de Asúa.

VALDÉS, Carlos Garcia. **Estudios de derecho penitenciário**. Madrid: Tecnos, 1982.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

VASCONCELLOS, Patrícia Mara Cabral. **Segurança nas Américas**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa San Tiago Dantas, Convênio UNESP/PUC-SP, Unicamp: 2007.

VIZENTINI, Paulo G.F. **Relações Internacionais e desenvolvimento: o nacionalismo e a política externa independente: 1951-1964**. Petrópolis: Vozes, 1995.

WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Campinas: Romana, 2003, tradução de Afonso Celso Rezende.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, vol. 1, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Anexo 1

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen																		
QUADRO GERAL																		
Referência:12/2012																		
UF	Fechado		Semi-Aberto		Aberto		Med. Seg. - Internação		Med. Seg. - Tratamento		Provisório		F1	Vagas - Sistema		F2	Presos da SSP	
	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.		Masc.	Fem.		Masc.	Fem.
AC	1706	139	633	1	4	0	4	0	2	0	986	70	3545	1816	143	1586	0	0
AL	1023	29	946	49	642	23	41	4	0	0	1276	120	4153	1034	79	3040	448	13
AM	1206	76	641	81	410	102	29	0	0	0	3905	364	6814	2823	253	3738	915	46
AP	833	50	502	10	5	0	5	0	3	0	586	51	2045	756	94	1195	-	-
BA	3166	123	1925	58	151	4	49	5	0	0	4379	391	10251	6590	329	3332	2742	112
CE	3932	176	2137	74	3372	86	41	0	64	0	7316	424	17622	10083	527	7012	984	13
DF	5134	279	3220	163	1	0	62	4	0	0	2341	195	11399	6019	422	4958	39	0
ES	5463	434	2100	281	43	1	45	1	1	0	5738	626	14733	11026	1510	2197	57	0
GO	3901	167	2086	114	468	23	18	1	0	0	4146	294	11218	7430	114	3674	856	39
MA	1048	63	719	43	32	0	0	0	0	0	2235	101	4241	1950	269	2022	1111	65
MG	12885	515	4849	216	572	41	0	0	0	0	24596	1866	45540	28744	2316	14480	5685	373
MS	5489	422	1209	133	799	63	9	1	19	0	2691	463	11298	5826	875	4821	780	92
MT	3549	215	1051	38	50	0	25	0	0	0	5255	430	10613	5456	304	4853	0	0
PA	4539	248	911	37	45	0	109	8	0	0	4638	454	10989	6642	558	3789	817	0
PB	3469	175	1144	77	484	29	83	3	0	0	2969	290	8723	5208	186	3329	-	-
PE	4514	713	2877	256	1801	142	431	32	0	0	17237	766	28769	10490	988	17291	0	0
PI	580	18	270	12	98	4	20	0	0	1	1843	81	2927	2062	176	689	0	0
PR	8870	286	1858	157	7103	659	387	26	0	0	2545	131	22022	17044	898	4080	8411	879
RJ	10166	625	7511	322	318	11	48	4	0	0	11178	723	30906	22750	1465	6691	2776	144
RN	2422	151	904	70	390	57	38	0	8	0	1690	115	5845	2942	230	2893	1191	105
RO	3304	235	1631	93	436	171	39	0	0	0	1407	132	7448	4285	387	2776	-	-
RR	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RS	13550	868	5453	420	1352	50	191	16	204	53	6591	495	29243	20272	1175	7796	0	0
SC	5780	456	3163	251	1964	88	125	0	0	0	4125	359	16311	9137	669	6505	260	52
SE	832	44	656	0	0	0	0	0	15	0	2427	156	4130	2054	181	1895	-	-
SP	95932	7577	21302	1783	0	0	878	101	210	202	61230	1613	190828	93877	8435	88516	3469	1398
TO	830	35	197	13	13	1	14	0	1	0	954	42	2100	1788	0	312	350	68
Tota l	20412 3	1411 9	69895	4752	20553	1555	2691	206	527	256	184284	10752	513713	288104	22583	203470	30891	3399

Total Geral de Presos no sistema e na polícia:

548003

Anexo 2

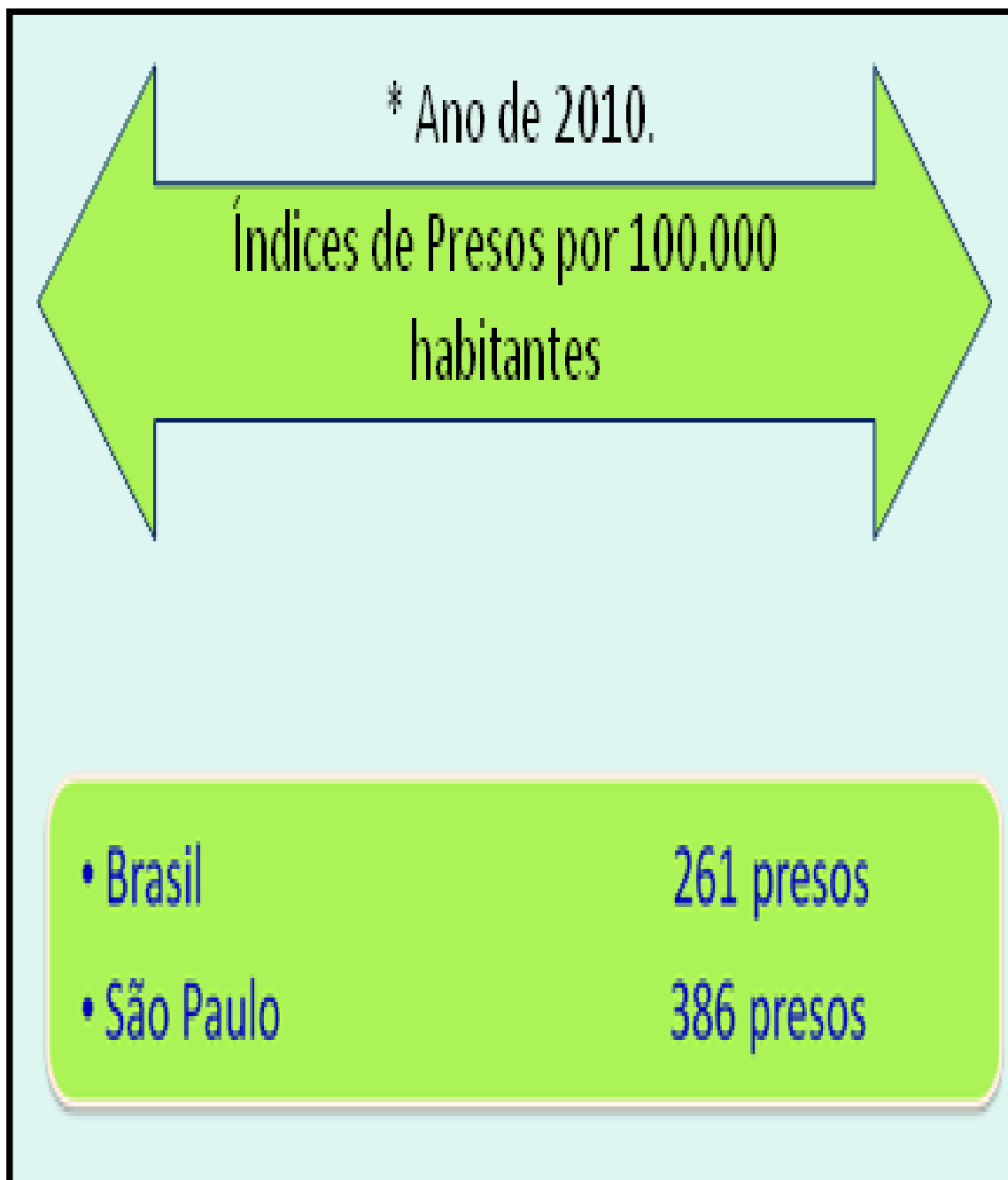


Figura: Índice de presos por 100.000 habitantes

Fonte: Sergio Salomão Shecaira. **A expansão do Direito Penal e o superencarceramento.** USP: São Paulo, 2011.

Anexo 3



Figura: No espaço entre as celas, o lixo descartado pelos detentos se acumula.
Foto: Conectas
Fonte: <http://blogs.estadao.com.br/crimes-no-brasil/category/sem-categoria/page/2/>

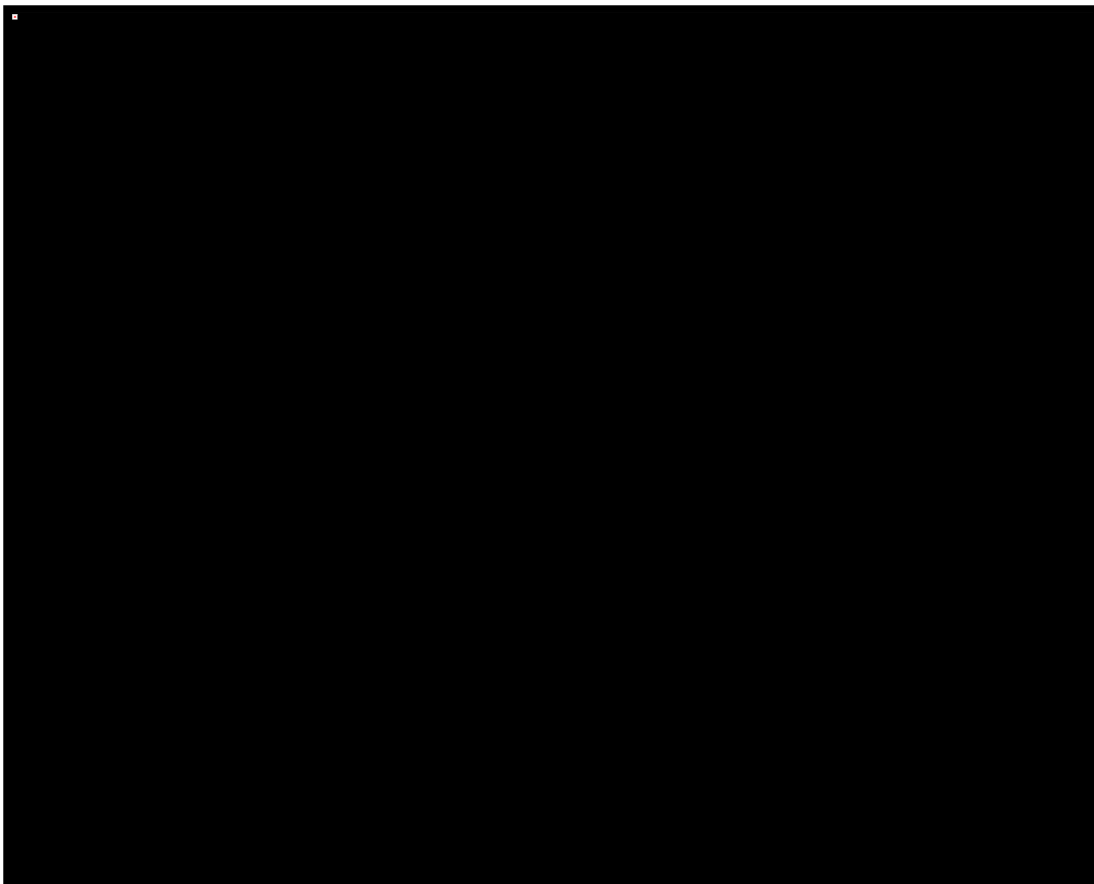


Figura: Condições precárias das prisões

Foto: Junior Costa

Fonte: http://jornalentrevista.com.br/site/?p=noticias_ver&id=449



Foto: Acervo Amafavv

Figura: Lixo e esgoto em presídio de Novo Horizonte.

Foto: Conectas

Fonte: <http://blogs.estadao.com.br/crimes-no-brasil/category/sem-categoria/page/2/>

Anexo 4

Respostas concedidas pela Pastoral Carcerária da Igreja Católica, como realização da pesquisa de campo.

Questionário:

1 Qual é o objetivo do trabalho da pastoral, no aspecto de reintegração à sociedade?

Pe. Ney: O objetivo maior da Pastoral Carcerária é o indicado por Jesus, em Mt 25,36: “visitar os presos”. Essa visita certamente contribui para “integrá-los à sociedade”.

2 Qual o resultado do ensino da teologia no meio da massa carcerária?

Pe. Ney: Não há, nem é possível haver, “ensino da Teologia no meio da massa carcerária”. O que há, na medida do possível, é a abordagem da religião, durante as visitas, alguma celebração religiosa, leitura individual da Bíblia etc

3 Qual a maior dificuldade que a Pastoral encontra ao realizar suas atividades no sistema prisional?

Pe. Ney: São várias as dificuldades. As maiores: falta de voluntários, e restrições do Sistema

4 Além da função religiosa, a Pastoral tem função assistencial?

Pe. Ney: A função assistencial é obrigação do Estado, segundo a Lei de Execução Penal, LEP, de 1984. Supletivamente, a Pastoral a presta, na medida de suas possibilidades.

5 Existe alguma experiência a ser compartilhada com relação ao resgate dos valores éticos, morais e espirituais de presos ou ex-presos?

Pe. Ney: Existe, sem dúvida, embora seja conhecida a alta taxa de reincidência dos egressos do Sistema. Aponto a experiência exitosa da APAC, com presídios geridos

por voluntários da comunidade e pelos próprios presos, experiência iniciada em S.José dos Campos, SP, em 1974, e hoje florescente em Minas Gerais.

6 Tem experiência de casos de presos que buscaram a Instituição por motivos outros que não fosse pela questão espiritual?

Pe. Ney: Quanto aos “motivos”, a “questão espiritual” não é a que mais influi na busca. Os “motivos” são, em geral, todo tipo de carência.

7 O Governo ajuda a pastoral?

Pe. Ney: Não é o caso de o Governo “ajudar a Pastoral”, pois o que cabe ao Governo é cumprir as obrigações da já citada LEP, que, nos seus artigos 12 a 27, prescreve assistência integral ao homem/mulher preso/a: assistência material, de saúde, jurídica, educacional, social, religiosa, ao egresso... Quanto à Pastoral, cabe ao Governo facilitar, não dificultar, a atuação da Pastoral no Sistema.

8 Há preconceito contra ex detento na sociedade e no mercado de trabalho?

Pe. Ney: Infelizmente, esse preconceito existe.

29 de outubro de 2013

Pe. Ney Brasil Pereira é um dos Coordenadores da Pastoral Carcerária