

Valdeci Ataíde Cápuá



SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Da normatização e precariedade



Valdeci Ataíde Cápua

SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Da normatização e precariedade

Copyright © 2019 Brasil Multicultural Editora

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem a expressa autorização do autor.

Diretor editorial

Décio Nascimento Guimarães

Diretora adjunta

Milena Ferreira Hygino Nunes

Coordenadoria científica

Gisele Pessin

Fernanda Castro Manhães

Design

Fernando Dias

Foto de capa: Shutterstock

Gestão logística

Nataniel Carvalho Fortunato

Bibliotecária

Ana Paula Tavares Braga – CRB 4931

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C255s Cápua, Valdeci Ataíde
Sistema penitenciário brasileiro : da normatização e precariedade / Valdeci Ataíde Cápua. – Campos dos Goytacazes, RJ : Brasil Multicultural, 2019.
144 p.

Inclui bibliografia
ISBN 978-85-5635-116-6

1. PRISÕES – BRASIL 2. DIREITO PENITENCIÁRIO – BRASIL
3. PRISIONEIROS - BRASIL 4. PENA (DIREITO) 5. PRISÃO –
BRASIL I. Título

CDD 371.9123



Instituto Brasil Multicultural de Educação e Pesquisa - IBRAMEP
Av. Alberto Torres, 371 - Sala 1101 - Centro - Campos dos Goytacazes - RJ
28035-581 - Tel: (22) 2030-7746
www.editorabrasilmulticultural.com.br
contato@brasilmulticultural.com.br

Comitê científico/editorial

Prof. Dr. Antonio Hernández Fernández - UNIVERSIDAD DE JAÉN (ESPAÑA)

Prof. Dr. Carlos Henrique Medeiros de Souza - UENF (BRASIL)

Prof. Dr. Casimiro M. Marques Balsa - UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA (PORTUGAL)

Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai - MPMA (BRASIL)

Prof. Dr. Daniel González - UNIVERSIDAD DE GRANADA - (ESPAÑA)

Prof. Dr. Douglas Christian Ferrari de Melo - UFES (BRASIL)

Profa. Dra. Ediclea Mascarenhas Fernandes - UERJ (BRASIL)

Prof. Dr. Eduardo Shimoda - UCAM (BRASIL)

Profa. Dra. Fabiana Alvarenga Rangel - UFES (BRASIL)

Prof. Dr. Fabrício Moraes de Almeida - UNIR (BRASIL)

Prof. Dr. Francisco Antonio Pereira Fialho - UFSC (BRASIL)

Prof. Dr. Francisco Elias Simão Merçon - FAFIA (BRASIL)

Prof. Dr. Helio Ferreira Orrico - UNESP (BRASIL)

Prof. Dr. Iêdo de Oliveira Paes - UFRPE (BRASIL)

Prof. Dr. Javier Vergara Núñez - UNIVERSIDAD DE PLAYA ANCHA (CHILE)

Prof. Dr. José Antonio Torres González - UNIVERSIDAD DE JAÉN (ESPAÑA)

Prof. Dr. José Pereira da Silva - UERJ (BRASIL)

Profa. Dra. Magda Bahia Schlee - UERJ (BRASIL)

Profa. Dra. Margareth Vetis Zaganelli - UFES (BRASIL)

Profa. Dra. Marília Gouvea de Miranda - UFG (BRASIL)

Profa. Dra. Martha Vergara Fregoso - UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA (MÉXICO)

Profa. Dra. Patrícia Teles Alvaro - IFRJ (BRASIL)

Prof. Dr. Rogério Drago - UFES (BRASIL)

Profa. Dra. Shirlena Campos de Souza Amaral - UENF (BRASIL)

Prof. Dr. Wilson Madeira Filho - UFF (BRASIL)

Dedicatória

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, autor do meu destino, meu guia, meu amigo. À minha amada Margareth, esposa que tanto me ajudou e incentivou nesta caminhada, acreditando em mim e nunca me deixando desistir. Ao meu filho querido, Enzo, razão do meu ser. Grande amor de minha existência e o qual me faz feliz e querendo melhorar a cada dia. Aos meus pais, Adecir e Erlinda, que nunca se abstiveram de me auxiliar com palavras amigas, nas augúrias da vida. À minha irmã Tereza e ao meu cunhado João José, balizadores de minha jornada, edificando meu ser com palavras de afeto, carinho, disciplina e respeito ao próximo.

“A ação não surge do pensamento, mas de uma disposição para assumir responsabilidades”.

Dietrich Bonhoeffer

Sumário

Considerações iniciais.....	12
I	
Das penas.....	16
II	
Sistema prisional brasileiro.....	54
III	
O encarceramento em massa e a eficácia da pena privativa de liberdade.....	79
Considerações finais.....	140
Referências.....	143

Considerações iniciais

O presente trabalho tem por objetivo tratar do encarceramento em massa no Brasil frente à eficácia da pena privativa de liberdade. O cárcere no Brasil tem gerado efeitos que destacam cada dia mais as deficiências estruturais dos estabelecimentos penais, sendo a principal delas a superlotação dos estabelecimentos prisionais.

As condições precárias em que é cumprida a pena de reclusão nos principais presídios brasileiros, por si só, já configuram ofensa a um dos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, o da dignidade da pessoa humana. A superlotação dos estabelecimentos prisionais impede a ressocialização do detento. A prisão já possui clara natureza segregativa, o que dificulta, e muito, a ressocialização. O grande volume de detentos em um mesmo presídio, ou até mesmo, em uma mesma cela, atrapalha imensuravelmente a aplicação de um método de ressocialização eficiente, uma vez que o sistema não possui estrutura para o atendimento a todos, ofendendo, ainda, o princípio da individualização das penas.

Verifica-se, dessa forma, que a pena privativa de liberdade tem se pautado somente na retribuição do crime cometido, não se preocupando com a reeducação e reintegração do detento que eventualmente retornará à sociedade. Por esse motivo que o apoio da sociedade na busca da ressocialização do ex-condenado é fundamental e, diante disso, é que inúmeros projetos do setor privado em parceria com

o poder público vêm sendo desenvolvidos e colocados em prática, com o intuito de auxiliar na ressocialização e integração do detento na sociedade, buscando evitar efeitos criminógenos da prisão.

O ordenamento jurídico brasileiro, tendo a ressocialização do ex-condenado como um dos objetivos, vem despenalizando várias infrações, permitindo dessa forma que sejam aplicadas penas restritivas de direitos em substituição às penas privativas de liberdade, procurando com isso aplicar ao detento uma pena mais pedagógica.

A legislação brasileira possui uma Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho 1982) das mais evoluídas do mundo, no que diz respeito a uma execução efetiva no conceito ressocializador da pena privativa de liberdade. Ocorre, no entanto, que o Estado não possui condições de aplicar a lei em sua integralidade, provocando dessa forma a o fracasso do sistema prisional brasileiro.

Assim, a problematização do presente trabalho se funda no seguinte questionamento: até que ponto a pena privativa de liberdade pode ser considerada benéfica para o ordenamento jurídico brasileiro, quando se avalia a sua efetividade diante de um dos objetivos da pena, que é a ressocialização do delinquente, quando o sistema carcerário não possui a estrutura necessária para promover com sucesso a reintegração desse indivíduo à sociedade, sem que este volte a se valer de condutas criminosas?

Como objetivo deste trabalho, busca-se analisar a efetividade da pena privativa de liberdade frente ao encarceramento em massa no Brasil, que nos faz questionar se a pena privativa de liberdade vem realmente cumprindo sua função ressocializadora, uma vez que as instituições carcerárias não estão adequadas às disposições previstas na Lei de Execuções Penais e na própria Carta Magna, desrespeitando dessa forma os direitos fundamentais do condenado, suas garantias constitucionais e os direitos humanos, e com isso limitando o caráter ressocializador da pena privativa de liberdade.

A presente pesquisa justifica-se pela necessidade de se estabelecer um modelo mais efetivo de aplicação da pena privativa de liberdade, a fim de que esta possa atingir o máximo possível um dos seus objetivos principais, que é a ressocialização do detento para eventual retorno à sociedade. Dessa forma, torna-se essencial para a concretização desse objetivo o respeito às normas de proteção ao detento previstas na Lei de Execução Penal e na própria Constituição.

A metodologia do presente trabalho trata-se de uma pesquisa bibliográfica levantando o conhecimento atual veiculado nas bibliografias nacionais sobre o tema em comento. O levantamento bibliográfico foi feito por meio de leitura crítica da doutrina, legislação e jurisprudência, uma vez que tem como fundamento metodológico a dogmática jurídica. Após o levantamento bibliográfico, procedeu-se à leitura analítica do material, a fim de compreender as análises textual, temática e interpretativa.

Este livro é composto por três capítulos uniformes, em que o primeiro trata a pena de forma geral, trazendo, assim, seu conceito, finalidade, princípios, características e espécies. No capítulo seguinte, o sistema prisional brasileiro é abordado e, por fim, o terceiro capítulo tratará do encarceramento em massa nos presídios e penitenciárias brasileiras.



Das penas

Origem e evolução histórica

A pena possui sua origem desde a época do homem primitivo. Quando os homens começaram a se reunir em grupos, para garantirem sua sobrevivência, se viram na necessidade de reprimir qualquer tipo de agressão que algum membro do grupo viesse a sofrer, passando assim a punir o estranho que se opusesse a algum valor coletivo ou individual. Se fosse membro da tribo, este era banido; se fosse um forasteiro, era punido com a morte.

A punição inicialmente era privada, apesar de quase sempre vir lastrada por justificativas religiosas. Garcia, sobre a particularidade das penas, discorre:

[...] era a vingança privada, violenta e quase sempre eivada de demasias. Sem observar, mesmo aproximadamente, a lei física da reação igual e contrária à ação, o ofendido e os do seu agrupamento procediam desordenada e

excessivamente, de modo que, às vezes, aquilo que constituía ofensa a um indivíduo passava a sê-lo relativamente à comunidade toda a que ele pertencia, travando-se lutas e guerras que o ódio eternizava (GARCIA, 1982, p. 13).

As penas buscavam reparar a ira das divindades, com o intuito de garantir a ligação entre homem e deuses. Isso se dava diante do caráter religioso das normas, e quando estas eram violadas, as divindades eram ofendidas automaticamente, sendo as penas aplicadas como uma forma de garantir que os deuses continuassem a protegê-los e restaurar a harmonia entre o grupo.

Posteriormente, as tribos viram a necessidade de a pena ser mais proporcional, tendo em vista que era basicamente uma vingança privada. Sobre o tema, explica Nogueira:

Com o passar do tempo, as penas foram se caracterizando pela vingança privada, a qual não estava submetida a qualquer critério de proporcionalidade. O mal do delito correspondia a outro mal, numa forma de reação cega, não regulada por noções de justiça. Durante este período, o cometimento de um delito provocava não só a reação da vítima, mas também de seus parentes e até de toda a tribo ou clã. Com isso, criou-se a necessidade de limitar-se a extensão da pena, para que viesse atingir tão só o autor imediato e direto do delito (NOGUEIRA, 2006, p. 12).

Surgiu, assim, o Código de Hamurabi, na Babilônia, que ficou conhecido como “Lei de Talião”. Tal norma buscava evitar o fim das tribos e limitar a retaliação do mal sofrido, devendo a pena ser proporcional a este, o que evitava que a vingança se estendesse a outros membros da família. A Lei de Talião, tratou-se de importante precedente do princípio da proporcionalidade entre a ofensa sofrida e a punição.

Quando da fundação de Roma, a pena possuía o mesmo caráter religioso, e era necessária para aplacar a ira dos deuses. Com a separação do Estado e da religião, em 509 a. C., e a criação da República romana, a pena passou a ser responsabilidade do Estado e, uma vez que o soberano era a figura de Deus na Terra, a pena continuou mantendo o caráter religioso, só que agora sua finalidade real era a manutenção da autoridade e do poder do soberano.

Ao longo do tempo, a pena passou por diversas mudanças, principalmente após o surgimento do Estado, que passou a ser o único com legitimidade para exercer o *jus puniendi*. Prado, sobre a pena e sua evolução, dispõe:

Primeira época, *crimen* é atentado contra os deuses. Pena meio de aplacar a cólera divina; Segunda época, *crimen* é agressão violenta de uma tribo contra a outra. Pena, vingança de sangue de tribo a tribo; Terceira época, *crimen* é a transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo poder do Estado contra a vontade individual oposta à sua (PRADO, 2001, p. 34).

Outra fonte que influenciou fortemente na evolução das penas foi o Direito Canônico, originado na Igreja Católica, que aos poucos se expandiu, passando a reger também a população em geral e não só os membros da Igreja. Esta foi um dos principais influenciadores da humanização das penas no processo penal, uma vez que tinha por finalidade fazer com que o infrator se regenerasse por meio do arrependimento.

Logo em seguida, surge o Direito Penal Comum, que se caracterizou pela cruel execução da pena, onde se almejava, por meio de tortura alcançar a confissão dos acusados. A estes não era concedido nenhum direito de defesa.

Tais excessos só começaram a ser combatidos com a propagação da filosofia iluminista, surgindo um forte apelo pela humanização do Direito Penal. A partir dos ideais iluministas, houve a separação da pena com a religiosidade, pois se tinha a ideia de que o delito violava o contrato social.

Cesare Beccaria foi um dos principais nomes no combate à tortura das penas. Ao escrever sua obra “Dos Delitos e das Penas”, ele criticou fortemente as práticas de tortura e humilhação aplicadas às penas, assim como a pena de morte. O renomado autor deu início ao período humanitário no Direito Penal. No entanto, somente com a Revolução Francesa, no ano de 1789, é que os Direitos Humanos se consolidaram e a pena privativa de liberdade foi escolhida para ser o meio de punição para as pessoas que viessem a cometer um crime. O Iluminismo, portanto, alcançou uma reforma normativa na área do Direito Penal, ao conseguir fazer com que a pena adquirisse um caráter mais humanitário.

Conceito de pena

O homem, como ser social, tende a ser naturalmente abusivo no exercício de seus direitos. Daí surge a necessidade da intervenção estatal, que estabelece normas que regulamenta a convivência social, para que os membros da sociedade possam viver em harmonia. O Estado, assim, buscando inibir eventuais abusos de direito e pacificar as relações de conflito, se vale de dispositivos de punição. Assim surge a pena, como um modo de retribuir o mal causado à sociedade pelo rompimento do ordenamento jurídico. Portanto, as sanções impostas aos membros de uma sociedade, por violar as normas de convivência social, são consideradas *ultima ratio*.

Luiz Regis Prado dispõe que: “O Direito Penal é o setor ou parcela do ordenamento jurídico público interno que estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas consequências jurídico-penais ou medidas de segurança (conceito formal)” (PRADO, 2006, p. 34).

O ramo do Direito Penal tem por objetivo a tutela dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade. E a pena é vista como uma sanção por uma conduta que afronte esses bens jurídicos, merecedores de proteção por parte do Estado.

Quando se tem em análise a pena, vários são os conceitos que se encontram nas doutrinas brasileiras, no entanto, em todos eles, a finalidade retributiva se apresenta como característica elementar.

Pode-se dizer que a pena se trata de uma sanção pela violação de uma norma protetora de um determinado bem jurídico.

Fernando Capez conceitua pena como sendo uma:

[...] sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade (CAPEZ, 2011, p. 384-385).

Para Greco, pena “é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*” (GRECO, 2015, p. 533).

Nucci dispõe que a pena “é a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes” (NUCCI, 2014, p. 308).

Assim, diante dos conceitos apresentados, verifica-se o caráter retributivo da pena, mas outras finalidades podem ainda ser observadas, como a preventiva, em que a pena serve como meio de coibir que eventuais condutas delitivas venham a ocorrer.

Imperioso salientar que sanção penal é gênero que tem como subespécies as medidas de segurança e as penas, sendo que a pena tem como pressupostos a culpabilidade (imputáveis e semi-imputáveis não perigosos), enquanto que a medida de segurança tem como pressuposto a periculosidade (inimputáveis e semi-imputáveis perigosos).

Conforme se extrai da Súmula 527-STJ, observa-se que o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado (3ª Seção. Aprovada em 13/05/2015. DJe 18/05/2015).

Outro ponto a ser destacado é antes da reforma do Código Penal, feita pela Lei nº 7.209/84. O sistema adotado era o do duplo binário, pelo qual o semi-imputável cumpria a pena, e, depois, se ainda necessitasse de especial tratamento curativo, era submetido à medida de segurança. Hodiernamente, o semi-imputável cumpre pena diminuída ou medida de segurança. Logo, percebe-se que o CP adotou o Sistema Vicariante ou unitário, pelo qual o réu somente cumpre uma das sanções penais, as quais, repita-se, não são cumuláveis. Assim, o semi-imputável não é inimputável. É um imputável ao qual, uma vez condenado, se aplica a redução da pena de 1/3 a 2/3 (causa obrigatória de diminuição de pena), podendo o juiz converter a pena em medida de segurança se entender que essa conversão é benéfica ao réu (artigo 98 do CP).

Atualmente, surge uma nova proposta, consistente na justiça restaurativa, fundada basicamente na restauração do mal provocado pela infração penal. A partir daí, o litígio – antes entre a justiça pública e o responsável pelo ilícito

penal – passa a ter como protagonistas o ofensor e o ofendido, e a punição deixa de ser o objetivo imediato da atuação do Direito Penal. Surge a possibilidade de conciliação entre os envolvidos (autor, coautor ou partícipe e vítima), mitigando-se a persecução penal, uma vez que não é mais obrigatório o exercício da ação penal. Um primeiro passo no Brasil para a implantação da justiça restaurativa operou-se com a Lei nº 9.099/1995, notadamente quando se dispõe a evitar a aplicação da pena privativa de liberdade, seja com a composição dos danos civis, seja com o instituto da transação penal.

Além do que fora escrito acerca do conceito de pena, é importante trazer à baila algumas finalidades desta, como o objetivo buscado pelo Estado com a sua aplicação.

Nesse ponto, vislumbra-se a teoria absoluta, tendo a finalidade retributiva, em que, para o Estado, a pena deixa de ser absolutista (relação intrínseca com a religião, poder divino dos reis) para ser burguesa. Nesse campo o modelo é o contrato social, sendo que com essa concepção liberal de Estado, a pena não pode continuar mantendo seu fundamento baseado na já dissolvida identidade entre Deus e soberano. Ela passa então a ser concebida como a “retribuição à perturbação da ordem jurídica adotada pelos homens e consagrada pelas leis”. É absoluta porque o fim da pena, nesse sentido, é independente, desvinculado de seu efeito social.

Segundo Ferrajolli, são teorias absolutas todas aquelas que concebem a pena como um fim em si mesmo, ou seja, como “castigo”, “reação”, “reparação” ou, ainda, “retribuição” do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico.

É o castigo. Para eles, a pena é um mal justo para punir o mal injusto do crime.

Noutra vertente, temos a teoria relativa – finalidade preventiva. Não se baseia na ideia de realizar justiça, mas na função de inibir, tanto quanto possível, a prática de novos fatos delitivos. Urge para evitar a prática de novos crimes. Essa prevenção se divide em:

- **Geral:** dirigida à coletividade. O Estado pune para evitar a prática de crimes pelos demais membros da sociedade.

A prevenção geral positiva possui duas vertentes:

Prevenção geral positiva fundamentadora (Welzel e Jakobs): preconiza a garantia de vigência real dos valores de ação da atitude jurídica. A proteção de bens jurídicos constitui somente uma função de prevenção negativa.

Prevenção geral positiva limitadora (Mir Puig e Hassemer): a prevenção geral deve expressar-se com sentido limitador do poder punitivo do Estado. O conceito de prevenção geral positiva será legítimo desde que compreenda que deve integrar todos os limites de atuação estatal (princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, ressocialização, culpabilidade etc), 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.

- **Negativa:** prevenção especial mínima. Evitar a reincidência.

Vislumbra-se a neutralização daquele que praticou a infração penal, por meio de sua segregação no cárcere. Isso o impede de praticar novas infrações penais, pelo menos junto à sociedade da qual foi retirado.

- **Máxima:** positiva. Busca a ressocialização do condenado. O Estado não se contenta em evitar a reincidência. O Estado quer preparar o criminoso para o retorno à sociedade.

Atribui à pena a missão de fazer com que o autor do crime desista de cometer futuros delitos. Denota-se, aqui, o caráter ressocializador da pena, fazendo com que o agente medite sobre o crime, sopesando suas consequências, inibindo-o ao cometimento de outros. Busca evitar a reincidência.

Quanto ao critério de prevenção especial positiva ou ressocialização, a crítica reside no fato de que, num sistema penitenciário falido, a reinserção é inviável. Além disso, questiona-se se o objetivo é impedir que o condenado volte a praticar novas infrações penais ou fazer dele uma pessoa útil para a sociedade.

Já para o Garantismo Penal (Ferrajolli), a pena tem por finalidade não apenas prevenir futuros delitos, mas, sobretudo, prevenir reações informais públicas ou privadas arbitrárias. O direito penal é um sistema de garantias do cidadão perante o arbítrio do Estado ou da sociedade. Critica a prevenção especial, alegando que não incumbe ao Estado alterar a personalidade do réu.

Penalista portuguesa Anabela Rodrigues – já que o Estado não consegue aplicar uma pena ressocializadora, então no mínimo a pena precisa ser não dessocializadora.

No Brasil, adota-se a Teoria Mista ou unitária (ecclética, conciliatória ou intermediária), tendo a pena de apresentar uma tríplice finalidade (pode-se falar em dupla, quando não especificar a ressocialização fora da prevenção):

- Retribuição;
- Prevenção geral;
- Ressocialização (prevenção especial).

Doutrinadores críticos à teoria negativa salientam que ela leva à instrumentalização do condenado e isso viola a dignidade humana. O ser humano deve ser o fim e jamais o meio.

Além disso, seus efeitos são duvidosos, pois seria necessário o inequívoco conhecimento de todos os cidadãos das penas cominadas e das condenações (pois, do contrário, o Direito Penal não atingiria o alvo a que se propõe) e a motivação dos cidadãos obedientes à lei a assim se comportarem em razão da cominação e aplicação de penas.

Teorias das Penas

Quando se trata do problema da criminalidade, várias questões indicativas de como solucionar o problema foram apresentadas ao longo do tempo. Essas soluções ficaram conhecidas como teorias da pena, que se resumem em opiniões científicas sobre a pena, buscando discutir sobre sua utilidade e objetivos. Dentre essas teorias, destacam-se, para o presente trabalho, a teoria absoluta; a teoria da prevenção e a teoria mista.

A primeira das teorias é a teoria absoluta, ou, como também é conhecida, teoria retributiva. Para essa teoria, a finalidade da pena é simples e unicamente punir aquele que comete um delito, basicamente fundada na Lei de Talião, em que a premissa maior é “olho por olho, dente por dente”. Essa teoria não tem a preocupação de atingir qualquer outro fim da pena, a não ser punir o agente

agressor, a punição seria um meio de se fazer justiça, uma retribuição pelo que causou a outrem.

Para Kant, citado por Mirabete, “a pena é um imperativo categórico, consequência natural do delito, uma retribuição jurídica, pois o mal do crime impõe-se o mal da pena, do que resulta a igualdade e só a igualdade traz a justiça” (KANT, 1976 *apud* MIRABETE, 2000, p. 244).

Assim, tal teoria busca a vingança, não se preocupando com a readaptação social do agente infrator, tão somente com a retribuição “justa do mal injusto cometido pelo criminoso” (BARROS, 2001, p. 433).

Tal teoria é duramente criticada pela doutrina, uma vez que viola o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, ao priorizar a punição sobre o bem-estar do sujeito.

A segunda teoria é a preventiva, ou, como também pode ser denominada, relativa ou utilitarista. Para essa teoria, a pena possui caráter preventivo, diferente da teoria absoluta. Essa teoria possui dois segmentos, o da prevenção geral e o da prevenção especial.

A prevenção geral seria a cominação da pena em abstrato, sendo esta direcional a toda e qualquer pessoa, já a prevenção especial é voltada para o caso concreto e pessoa específica, que é o infrator.

A referida teoria surgiu como meio de inibir a reincidência criminal, buscando desencorajar as pessoas a cometerem crimes ou voltarem a cometer novo crime após serem punidas pela prática de um delito.

Noronha, um dos principais apoiadores dessa teoria, esclarece que “o delito não é causa da pena, mas ocasião para que seja aplicada” (NORONHA, 2001, p. 25), ou seja, a pena existe para todos, e todos devem ter o conhecimento dela, mas somente deve ser aplicada quando alguém comete o delito.

Sobre a finalidade dupla dessa teoria, disserta Barros:

A pena serve a uma dupla prevenção: a geral e a especial. Prevenção geral porque a intimidação que se supõe alcançar através da ameaça da pena surte efeitos em todos os membros da coletividade, atemorizando os virtuais infratores. Prevenção especial porque atua sobre a consciência do infrator da lei penal, fazendo-o medir o mal que praticou, inibindo-o, através do

sofrimento que lhe é inerente, a cometer novos delitos (BARROS, 2001, p. 433).

Dessa forma, para essa teoria a pena não deve ser apenas o resultado de um delito, mas deve ainda possuir um caráter preventivo, pois, além de punir o infrator, evitando que ele volte a praticar um delito, deve, ao mesmo passo, servir como potencial meio de intimidação para que as demais pessoas não venham a cometer novos delitos.

A prevenção geral tem como objetivo o controle da criminalidade por meio da prevenção, sua manifestação pode se dar de forma positiva, quando o infrator é enquadrado e punido pela prática de um tipo penal; e ainda de forma negativa, onde a pena estipulada serve para intimidar as pessoas para que estas não cometam crimes, por medo de serem aplicadas as penas estipuladas para os delitos.

Ou seja, com a ameaça da pena, em que a sociedade é alertada sobre quais ações são consideradas injustas e merecedoras de punição, de modo que ficam inibidas a cometê-las ou ainda quando se aplica a pena ao agente infrator, está a cumprir o comando da ameaça realizada, fazendo da punição um exemplo para todos.

A prevenção geral se funda, portanto, nas ideias básicas de intimidação, de utilização do medo e ainda ponderação da racionalidade do ser humano, onde a ameaça da pena serve como uma motivação para que não se cometam delitos.

A prevenção especial, por sua vez, busca evitar a prática do delito novamente pelo agente infrator, objetivando que este não retorne à prática do crime.

A teoria da prevenção especial não visa o grupo social, mas somente aquele indivíduo que praticou um delito, para que não mais volte a praticá-lo.

E, por fim, temos a teoria mista ou eclética, ou, ainda, unificadora, que se trata da junção das duas teorias anteriores, onde a pena possui tanto o caráter retributivo como caráter preventivo, o que significa que a pena tem por objetivo retribuir, punir o agente pelo mal causado, ao mesmo tempo que busca a reeducação do agente para que não mais volte a cometer delitos, e ainda busca a prevenção da sociedade, buscando inibi-la do cometimento de delitos, ao saber que para esse tipo de ação existe uma retaliação.

Barros entende que:

[...] a pena tem caráter retributivo-preventivo. Retributivo porque consiste numa expiação do crime, imposta até mesmo aos delinquentes que não necessitam de nenhuma ressocialização. Preventivo porque vem acompanhada de uma finalidade prática, qual seja, a recuperação ou reeducação do criminoso, funcionando ainda como fator de intimidação geral (BARROS, 2003, p. 434).

Essa teoria busca unir os aspectos mais relevantes das duas teorias, a absoluta e preventiva e, por este motivo, se tornou a teoria com maior força e adesão na maioria dos países. Dessa forma, entende-se a pena por si só tem natureza claramente retributiva, no entanto, pode apresentar ainda um aspecto moral, onde algumas novas finalidades devem ser acrescentadas, tais como a prevenção, que se identifica como um misto de educação e correção.

Assim, verifica-se que a pena deve resguardar o seu caráter principal, que é a retribuição, a punição. No entanto, outras medidas devem acompanhá-la quando da aplicação ao agente delinquente; são as denominadas medidas de urgência, que surgem diante da periculosidade e inimizabilidade do agente.

Ressalta-se que a pena não pode ser fundamentada em nada diferente que não seja o ato delituoso praticado, e, portanto, a teoria unificadora aceita a retribuição e a culpabilidade do agente como limitadores para aplicação da pena, não devendo a pena ir além do fato praticado. Isso para evitar que a pena perca sua utilidade, provoque ainda a revolta do agente apenado e dificulte seu retorno ao convívio em sociedade, a sua reeducação.

Não se pode negar, portanto, a importância do caráter retributivo da pena, mas destaca-se o seu aperfeiçoamento com a junção das finalidades de prevenção e ressocialização da pena, mesmo que essas últimas duas não estejam sendo totalmente satisfatórias na fase de execução da pena no sistema penitenciário brasileiro.

Princípios Constitucionais das Penas

Princípio da legalidade

Segundo a doutrina, o princípio da legalidade se desdobra em três postulados: reserva legal, determinação taxativa e a irretroatividade.

A reserva legal está expressa no artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso XXXIX, pelo qual apenas a lei pode criar normas incriminadoras e punições.

O mesmo mandamento está inserido no artigo 1º do Código Penal, com a seguinte redação: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Dessa forma, nenhuma pessoa pode ser considerada criminosa por ter cometido um fato, se tal fato não é considerado crime e não tem sanção cominada a ele.

A taxatividade obriga o legislador a criar normas que sejam objetivas, claras e precisas, a fim de que sejam evitadas interpretações errôneas.

Quanto à irretroatividade, a lei penal não poderá retroagir para que sejam impostas penas àqueles que cometeram o fato antes do início de sua vigência. Assim declara a Carta Magna, no artigo 5º XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

A irretroatividade não é absoluta, pois impede o alcance do fato apenas se a norma a ser aplicada for mais severa ou não vigesse à sua época, podendo perfeitamente retroagir em se tratando de norma mais benéfica ao réu, como está disposto no parágrafo único do artigo 2º do Código Penal: “A lei posterior que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Princípio da personalidade

Expresso no artigo 5º, XLV, da Constituição Federal, o princípio da personalidade ou pessoalidade implica em que nenhuma pena deverá passar da pessoa do condenado. Dessa forma, se o agente não concorreu, ao menos culposamente, para que o evento criminoso ocorresse, não poderá ser responsabilizado.

Segundo Giuseppe Bettiol (1976) *apud* Shecaira & Alceu Corrêa (2002, p. 79):

[...] A responsabilidade penal está intimamente ligada à pessoa do agente, assim como o pressuposto da pena, isto é, a culpabilidade tem caráter estritamente pessoal (...) não se pode punir por motivo algum quem não participou, de algum modo, da prática de um crime. A responsabilidade penal, assim como não se comunica a estranhos, não se transmite a herdeiros.

De forma alguma pode ser imposta a sanção se o acusado não concorreu para a infração nem ao menos culposamente, portanto a responsabilização é eminentemente subjetiva, não se admitindo a responsabilidade objetiva em se tratando de matéria criminal.

Princípio da individualização

Esse princípio está insculpido no artigo 5º, XLVI, da Carta Magna, que consiste na aplicação da pena levando em conta o caso em concreto. Tem atuação em três momentos, quais sejam: momento legislativo (cominação da pena), em que o legislador ordinário deve estar atento às limitações e vedações constitucionais; momento judicial (aplicação da pena), no qual o juiz deve estar atento à cominação da pena ao delito cometido, atentando-se aos limites legais, devendo fixar a pena de acordo com as circunstâncias do crime, as suas condições e também a culpabilidade do agente; e, por fim, momento executivo (execução da pena), em que a pena será executada.

Já com relação ao tratamento do apenado, este será determinado de acordo com a natureza do crime, idade e sexo do mesmo, como expressa o artigo 5º, XLVIII, da Constituição Federal: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

A individualização da pena visa à sua mensuração de acordo com o caso concreto, devendo corresponder a cada delito uma sanção a ser aplicada ao infrator.

O momento legislativo da individualização da pena é direcionado ao legislador infraconstitucional, que deve observar as sanções que o ordenamento jurídico permite, ao cominá-las às condutas incriminadoras. Dessa forma, o

legislador ordinário deve conformar a pena com a Carta Magna que expressa quais são aquelas permitidas (artigo 5º, XLVI, CF/88).

Há de se ressaltar que o rol contido no artigo 5º, XLVI da Constituição Federal, é meramente exemplificativo, abrindo-se a possibilidade de criação de outras penas, desde que sejam semelhantes às citadas ou compatíveis com os desideratos da pena e princípios democráticos.

Ademais, deve o legislador observar as vedações que a Constituição enuncia no artigo 5º, XLVII, sendo essas rol taxativo.

Ao sentenciar o condenado, o juiz deve respeitar o princípio da individualização da pena, para que esta venha a atingir apenas o indivíduo que cometeu o fato delituoso, de forma proporcional ao delito cometido.

É o que tinha em vista o legislador ao inserir o artigo 59 e seus incisos, no Código Penal, o juiz deve escolher uma das espécies de pena cominadas ao crime (artigo 59, I, CP), devendo fixar a quantidade da pena, observando os limites legais (inciso II, artigo 59, CP). Por fim, deve fixar o regime em que se iniciará o cumprimento da pena, em se tratando de pena privativa de liberdade, devendo substituí-la sempre que possível (artigo 59, III e IV, CP).

Por derradeiro, o princípio da individualização da pena abrange a fase executiva da sanção penal. A norma regulamenta a individualização da execução da pena, devendo o condenado receber tratamento diferenciado, de acordo com a natureza do crime, idade e sexo (artigo 5º, XLVIII, CF/88).

Um dos maiores problemas que evidenciam a crise penitenciária é o desrespeito a esse princípio em sua fase executiva. O que ocorre na realidade é uma mesclagem de delinquentes de todos os tipos, o que influencia a maioria dos reclusos. A ausência do tratamento individualizado a cada caso “contribui para o fracasso da pena como instrumento de reinserção social, criando inclusive as condições adequadas para que o condenado retorne à delinquência” (SHECAIRA, 1993, p. 84).

Em conclusão, a cominação em abstrato e em concreto da pena, assim como a sua execução, no que tange à espécie, quantidade e forma de cumprimento, são informadas pelo princípio da individualização da pena.

O desrespeito a esse direcionamento, destarte na fase executiva, é uma equação que necessita de solução o mais rápido possível, sob pena de que o

sistema prisional continue sendo uma “escola do crime” e não um estabelecimento direcionado à recuperação e à ressocialização de infratores condenados.

Princípio da humanidade ou dignidade da pessoa humana

Num Estado Democrático de Direito, a pessoa humana deve ser o núcleo central da tutela do Estado, devendo ter todos os seus direitos fundamentais mantidos, desde que não atingidos pela condenação.

Segundo Regis Prado (2006, p. 227), “em um Estado Democrático de Direito, veda-se a criação, a aplicação ou a execução da pena bem como de qualquer outra medida que atentar contra a dignidade humana”.

Dispõe a respeito a Constituição Federal em vários de seus dispositivos, como, por exemplo, no artigo 5º, III: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

A Carta Magna, consagrando o princípio da humanidade ou dignidade da pessoa humana, em seu artigo 5º, XLVII, proíbe a pena de morte, salvo hipótese excepcional; assim como proíbe a pena de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e penas cruéis. Consagra, ainda, o disposto artigo, em seu inciso XLIX, que: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Princípio da proporcionalidade

Apesar de não estar expressamente previsto no ordenamento jurídico, encontra-se insculpido em diversos dispositivos da Carta Magna, como no artigo 5º, XLVI, ao tratar da individualização da pena, no artigo 5º, XLVII, ao proibir expressamente determinadas espécies de sanções, ao estabelecer o direito de resposta proporcional ao agravo praticado no artigo 5º, V, entre outros.

A ideia de proporcionalidade tem início remoto, podendo ser observada já na Lei de Talião, tendo maior amplitude com o Iluminismo do século XVII, quando surge a ideia de limitação do poder estatal.

Ilustrando o pensamento da época, discorre sobre o tema o ilustre pensador Beccaria (1997-1999, p. 32):

Se a geometria fosse adaptável às infinitas e obscuras combinações das ações humanas, deveria haver uma escala correspondente de penas que descesse da mais forte para a mais fraca; mas bastará ao sábio legislador assinalar os seus pontos principais, sem perturbar a sua ordem, não decretando para os delitos de primeiro grau as penas de último grau. Se houvesse uma escala exata e universal das penas e dos delitos, teríamos uma medida provável e comum dos graus de tirania e de liberdade, do fundo de humanidade ou de malícia das diversas nações.

O princípio da proporcionalidade é observado em três momentos distintos: o momento legislativo, em que ocorre a cominação do preceito sancionatório ao preceito primário, o momento judicial, com a cominação em concreto da pena e, por fim, o momento executivo, com a sua execução.

O preceito secundário da norma deve conter pena que seja proporcional à gravidade da conduta incriminadora. O juiz deve aplicar a pena segundo o caso concreto. Doutrinariamente, essas duas fases são denominadas como proporcionalidade em abstrato e proporcionalidade em concreto, respectivamente.

As vedações constitucionais das penas

A nossa Constituição regula quais são as espécies de penas que podem existir em nosso ordenamento, dispondo da seguinte forma:

Art. 5º - [...]

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos,

XLVII - [...].

Seguindo essa orientação, o legislador infraconstitucional disciplina, no Capítulo I do Título V da Parte Geral do Código Penal, com o nome júrís “Das Espécies de Pena”, quais são as sanções concernentes aos tipos legais previstos na Parte Especial do Código Penal.

Dessa forma, dispõe o artigo 32 do aludido Código que: “As penas são: I – privativas de liberdade; II – restritivas de direitos; III - de multa”. O texto constitucional inovou trazendo a pena restritiva de liberdade, permitindo ao legislador a criação de alternativas penais, como a prisão domiciliar, a proibição de frequentar determinados lugares, que tem natureza de restrição da liberdade de locomoção.

Mas como não poderia deixar de ser, por ser uma Carta extremamente atenciosa às liberdades e garantias individuais e aos princípios básicos de Direito Penal, limita a aplicação de penas, vedando algumas espécies.

Desse modo, fica proibida, em nosso ordenamento jurídico, a pena de morte, pena perpétua, de trabalho forçado, de banimento e penas cruéis. É o que enuncia a Constituição no artigo 5º, XLVII, que: “a) não haverá penas 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”.

Importante ser lembrado que as espécies de penas permitidas no ordenamento jurídico constituem um rol meramente exemplificativo, enquanto que o a enumeração das penas proibidas é expressa e taxativa, e nessas não pode o legislador infraconstitucional dispor sobre tal matéria em lei ordinária.

Pena de morte

A pena capital foi a sanção mais utilizada nas primeiras civilizações, principalmente em Estados de regime totalitário, pois externavam a força do soberano, com o fim de intimidação geral. O espetáculo precedente à sua execução visava intimidar o povo para impedir o cometimento de novos delitos, por meio da demonstração de poder e força do rei.

O momento precedente à sua execução propriamente dita constitui um instrumento de enorme crueldade, posto que imprime grande aflição do condenado nos momentos em que aguarda o seu fim, revelando desde já crueldade e desproporcionalidade entre conduta e sanção. Para Shecaira e Alceu Correa Junior (2002, p. 113), “a demora da execução e a alternância entre os

sentimentos de esperança e desengano já se constituem em uma espécie de pena cruel, aflitiva e desproporcional ao delito”.

A maioria dos países que adotam em sua Constituição princípios democráticos e humanitários aboliu a pena de morte de seus ordenamentos.

O Brasil não adota a pena de morte. Expressamente, a Constituição Federal a proíbe (artigo 5º, XLVII), excepcionando essa proibição em caso de guerra declarada, quando autorizada pelo Congresso Nacional ou por ele referendada em caso de intervalo nas sessões legislativas, conforme disposto no artigo 84, XIX, da Constituição Federal de 1988.

Essa disposição constitucional está inserida no capítulo referente aos direitos e garantias individuais, compondo, dessa forma, as chamadas cláusulas pétreas ou núcleos intangíveis (artigo 60, par. 4º, IV, CF/88), e, portanto, em nenhuma hipótese poderá ser suprimida, sequer por emenda constitucional visando sua alteração ou subtração.

Pena de caráter perpétuo

Trata-se de espécie de pena privativa de liberdade em que o agente condenado permanece recolhido ao cárcere pelo resto de sua existência.

Segundo René Ariel Dotti (1998):

Trata-se, em suma, de medida cruel e infamante. Cruel porque atrofia quando não anula completamente no encarcerado a soma de esperanças que compõe o seu mural de sacrifícios feito de memórias e fé nas possibilidades de ser feliz em liberdade.

A nossa Carta Magna, em seu artigo 5º, XLVII, “b”, expurga as penas de caráter perpétuo de nossa Legislação.

Das espécies de pena adotadas no Brasil

No Brasil, os tipos de pena adotados são os seguintes: as privativas de liberdade, as restritivas de direitos e as multas. Como o nosso enfoque está nas

penas privativas de liberdade, estas serão tratadas no próximo tópico. Passa-se, agora, ao estudo das outras duas modalidades.

As penas restritivas de direito suprimem de forma parcial ou total o exercício de alguns direitos do agente apenado. São penas aplicadas de maneira autônoma em substituição às penas privativas de liberdade, desde que estas não sejam superiores a quatro anos, o crime não tenha sido cometido com o emprego de violência ou grave ameaça, ou nos crimes culposos, qualquer que seja a pena, conforme determina o artigo 44, I e II, do Código Penal Brasileiro.

As penas restritivas de direito estão especificadas no artigo 43 do Código Penal, veja-se:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I - prestação pecuniária;

II - perda de bens e valores;

III - limitação de fim de semana;

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V - interdição temporária de direitos;

VI - limitação de fim de semana.

Portanto, a pena privativa de liberdade só poderá ser substituída pela pena restritiva de direito, em apenas dois casos, quais sejam, nos casos de crimes dolosos, quando a pena aplicada ao agente apenado não ultrapasse quatro anos e o agente não tenha na prática do delito se valido de uso de violência física ou grave ameaça. O segundo caso se apresenta frente aos crimes culposos, independentemente da pena aplicada.

Relevante destacar ainda que esse tipo de pena só pode ser aplicado aos réus que não ofereçam periculosidade à sociedade, podendo assim serem libertados. Tal pena, portanto, não favorece muito como mecanismo para diminuir o sistema carcerário, tendo em vista que a maior parte dos presos é considerada de acentuada periculosidade à sociedade.

As penas restritivas de direito, em regra, terão a mesma duração que as penas privativas de liberdade, mas quando a pena for maior que um ano, o

apenado poderá cumprir a pena substitutiva em menor tempo, no entanto, esta nunca poderá ser inferior que metade da privativa de liberdade.

O artigo 44 do Código Penal apresenta os requisitos necessários para que possa ser aplicada a pena restritiva de direito em substituição à pena privativa de liberdade.

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º (VETADO) (Incluído e vetado pela Lei nº 9.714, de 1998).

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

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

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal

decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

O artigo supra, nos incisos I e III, apresenta ainda alguns requisitos que são subjetivos do agente apenado, ou seja, que correspondem a condições especiais da pessoa a qual a pena será aplicada. Com isso, o apenado não pode ser reincidente em crime doloso, deve ser analisada sua culpabilidade, os seus antecedentes, sua conduta social, sua personalidade, bem como as circunstâncias e motivos que levaram à prática do crime, para assim se analisar se a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito é suficiente para cumprir os objetivos da pena.

Ressalta-se que o apenado pode iniciar o cumprimento da pena com uma privativa de liberdade, e esta pode ser posteriormente substituída por uma pena restritiva de direito, por meio da conversão. A conversão, prevista no artigo 180 da Lei de Execução Penal, somente poderá ser aplicada quando a pena privativa de liberdade não for maior que dois anos, e o condenado estiver cumprindo a pena em regime aberto, e que um quarto da pena já tenha sido cumprido, devendo ainda ser observados os requisitos subjetivos do apenado, o que indica que seus antecedentes e sua personalidade recomendem a conversão como medida favorável aos objetivos da pena.

Outra pena aplicada no ordenamento jurídico brasileiro é a pena de multa, também denominada de pena pecuniária. Essa pena se configura em uma obrigação de pagar determinada quantia em dinheiro para o Estado. É uma pena duramente criticada, por vir se apresentando cada vez mais como ineficaz aos objetivos da pena. Para pessoas mais carentes, a multa se torna totalmente inadequada, pois somente agravaria a situação de miserabilidade do agente e, para pessoas mais abastadas, a multa não cumpre o seu caráter reparador tornando-se, na maioria das vezes, irrisórias.

A pena de multa está prevista no artigo 49 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.

A multa pode ser calculada por meio de dois sistemas, sendo eles o de renda real, no qual o valor é calculado por meio dos valores reais diários do agente apenado, e o da renda potencial, por meio do qual o cálculo diário é realizado com base na renda possível do seu capital. O Brasil adota como critério para o cálculo o da renda potencial.

O valor da multa deve ser calculado observando fatores subjetivos do réu, tais como sua situação econômica, seu patrimônio, sua renda, o seu nível de gastos, entre outros fatores, além de se observar ainda a natureza do crime.

O pagamento da pena de multa deve ocorrer no prazo de dez dias após o trânsito em julgado da sentença, no entanto, pode ainda o sentenciado requerer ao magistrado o parcelamento da multa. A multa pode ainda ser descontada dos vencimentos ou do salário do apenado, devendo, nesse caso, ser preservado o sustento do réu e de sua família. O desconto ou o parcelamento só podem ser autorizados no início da execução, conforme determinado no artigo 51 do Código Penal.

Não cumprindo o condenado com o parcelamento ou desconto, pontualmente, tais benefícios podem ser revogados.

Não se pode a pena de multa ser convertida em pena privativa de liberdade. Após o trânsito em julgado da sentença, a multa passa a ser considerada dívida de valor pecuniário, e passam a ser aplicadas as normas referentes às dívidas da fazenda pública.

Passa-se, agora, ao estudo da pena privativa de liberdade.

Pena privativa de liberdade

Como já vimos, a pena privativa de liberdade surgiu para substituir as penas cruéis anteriormente adotadas pelos sistemas penais. As penas antigamente eram basicamente compostas de torturas físicas e psicológicas, e foi buscando atender aos apelos humanistas que passaram a surgir que a pena privativa de liberdade passou a se destacar como forma de sanção imposta pelo Estado àqueles que infringiam as normas de condutas da época. A prisão, antes disso, tinha como finalidade a custódia do meliante antes da aplicação da pena, que geralmente se dava por meio de suplícios e mutilações.

A pena privativa de liberdade trata-se do cerceamento da liberdade do indivíduo, retirando o infrator do convívio social comum. No Brasil, como em diversos outros Estados, a pena privativa de liberdade tem sido o principal meio de punição do Direito Penal. Apesar das diversas críticas, é notória a sua necessidade como meio de reprimenda, pois sem a pena seria impossível a convivência em sociedade.

A pena apresenta três objetivos, quais sejam, ser punido, intimidado e, o principal, reeducado para retornar à vida em sociedade. O que tem falhado no ordenamento jurídico brasileiro, pois a pena privativa de liberdade não tem atendido a essa última finalidade, ou seja, não tem correspondido como meio de reeducar o preso.

A pena privativa de liberdade se divide em três espécies, reclusão, detenção e prisão simples, sendo a última em regra aplicada às contravenções penais. Terminologicamente, as expressões detenção e reclusão não se diferem entre si, no entanto, para o legislador brasileiro, a detenção seria aplicada aos crimes menos graves, enquanto que a pena de reclusão, aos mais graves, conforme se depreende do artigo 30 do Código Penal Brasileiro, que dispõe que “a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção em regime semiaberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado”.

Dessa forma, observa-se que os estabelecimentos carcerários no Brasil são destinados para os condenados à pena de reclusão que devem cumprir sua pena inicialmente em regime fechado. Ao contrário da pena de reclusão, na pena de detenção, o regime em regra deve ser o semiaberto ou aberto. O regime semiaberto deve ser realizado em colônias agrícolas, industriais ou

militares, onde o preso pode praticar o trabalho externo, conforme art. 35 do Código Penal e 91 da Lei de Execução Penal. Já no Regime aberto, o preso deve cumprir a pena nas Casas de Albergados, e se fundamenta na autodisciplina e no senso de responsabilidade, onde o apenado tem liberdade de trabalhar e estudar sem vigilância, devendo se recolher durante a noite e nos dias de folga, conforme o artigo 36 do Código Penal.

O regime da pena privativa de liberdade estipulada em sentença penal condenatória pode ser alterado posteriormente, ele não é definitivo, mas sim inicial, podendo o condenado progredir para regime mais brando, a depender de bom comportamento e critério temporal, mas pode também progredir para regime mais gravoso, quando descumprir os requisitos legais. Assim dispõe o art. 112 da Lei de Execução Penal:

Art. 112 – A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Ressalta-se que a Lei nº 10.792/2003 acabou por alterar a lei de execução penal, estabelecendo um novo regime, diferenciado. Trata-se de um regime de que se caracteriza por apresentar um maior isolamento do detento e também maiores restrições com o mundo exterior. Podendo este ser aplicado tanto ao preso definitivo quanto ao preso provisório, desde que haja autorização judicial. Tendo prazo máximo de 360 dias ou ainda pode ser autorizado como medida preventiva e acautelatória para os casos determinados no art. 52, §§1º, e 2º da Lei de execução penal.

A pena privativa de liberdade como um dos principais meios de sanção na legislação tem por finalidade, como já mencionado, a ressocialização do condenado, no entanto, no Brasil, e também em outros Estados, e a pena privativa de liberdade tem enfrentado diversos obstáculos, o que tem dificultado imensamente o alcance da ressocialização.

Antes, via-se na pena privativa de liberdade como a melhor forma de se educar um criminoso, no entanto, consequências foram surgindo, como o superlotamento do sistema carcerário, bem como o alto custo de manutenção de

um detento, o que acaba resultando em estabelecimentos prisionais precários, sem condições mínimas de sobrevivência, o que leva à revolta dos presos e não à sua ressocialização.

Da aplicação da pena

Há dois sistemas de aplicação da reprimenda penal, o método bifásico e o método trifásico.

Primeiramente, foi idealizado por Roberto Lyra o método bifásico de aplicação da sanção penal. Nesse método, a dosimetria da pena é feita em dois momentos.

O método trifásico, utilizado atualmente, foi criado por Nelson Hungria, e pressupõe a análise de circunstâncias judiciais em um primeiro momento, as atenuantes e agravantes, posteriormente e, em um terceiro momento, as causas de aumento e diminuição de pena. Como mencionado, o sistema bifásico foi criado por Roberto Lyra e, no momento do magistrado fixar a pena-base, este deveria valorar as circunstâncias judiciais e legais.

Por esse motivo, a fixação da pena-base englobaria a culpabilidade, os motivos e circunstâncias do crime, o comportamento da vítima, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como as agravantes e as atenuantes do delito.

Posteriormente, seriam levadas em consideração as causas de aumento e de diminuição da pena.

Esse método foi objeto de críticas, pois o quanto acrescido ou diminuído da pena-base pelas agravantes e atenuantes ficava desconhecido e as circunstâncias legais poderiam ser sobrepostas pelas circunstâncias judiciais.

Dessa forma, o réu ficaria prejudicado em seu direito à ampla defesa e não seria possível o conhecimento do raciocínio utilizado pelo magistrado ao dosar a pena.

Visando proteger não apenas o réu em seu direito de defesa, mas toda a sociedade, e buscando possibilitar maior clareza ao aplicar a pena, foi criado o método trifásico, que é hoje utilizado no Código Penal brasileiro.

O método trifásico, idealizado por Nelson Hungria, é composto por três fases de análise e individualização da pena ao caso concreto. Esse é o sistema adotado pelo Código Penal brasileiro.

O Código prevê esse método de aplicação da pena visando resguardar ao réu a possibilidade de acompanhar o raciocínio do magistrado ao aplicar a pena. Também tem o escopo de tornar possível o direito à ampla defesa.

Na primeira fase, o magistrado fixa a pena-base, por meio de análise minuciosa das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal:

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

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Destaca-se que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias propriamente ditas, bem como as consequências do crime e o comportamento da vítima são as circunstâncias judiciais, que só podem ser valoradas caso não componham outra fase.

Na técnica de aplicação da pena seguida pelo sistema trifásico, primeiramente é fixada a pena-base, posteriormente a pena provisória na qual se faz uma análise das circunstâncias agravantes e atenuantes e, finalmente, a pena definitiva é aplicada, após a análise das causas de aumento e diminuição da pena.

Regimes de cumprimento de pena

O Brasil adotou o sistema de execução da pena de forma progressiva de acordo com o mérito do condenado. Nesse passo, o artigo 33, parágrafo 1º, do Código Penal, estabelece três formas de regime de cumprimento de pena a ser estabelecido em sentença pelo juiz; o regime fechado, o regime semiaberto e o regime aberto, que serão desenvolvidos a seguir.

Gonçalves (2012, p. 125) cita que esse regime é aplicável aos condenados à pena de reclusão ou preso provisório. Vale salientar que a reclusão é mais gravosa que a pena de detenção, pois visa punir condutas mais graves, sendo assim terá que ser cumprida em estabelecimento de segurança máxima ou média, ou seja, será cumprida em uma penitenciária.

Aplicar-se-á o regime fechado aos condenados com pena superior a 8 anos e, por força do artigo 34 do Código Penal, serão submetidos, no início do cumprimento da pena, ao exame criminológico de classificação com a finalidade de individualizar a execução da pena.

Nesse exame criminológico, os condenados serão classificados segundo seus antecedentes e personalidade, conforme dispõe o artigo 5º da Lei nº 7.210 de 1984, bem como será feita observância das circunstâncias do crime em consonância com o artigo 59 do Código Penal.

O exame de criminológico será realizado por Comissão técnica de classificação, composta no mínimo por dois chefes de serviços, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade. Nesse sentido, será elaborado o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório. Em consonância com o Código Penal, Gonçalves (2012, p. 126) afirma que o apenado cumprirá sua pena em cela individual, que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório, em uma área de no mínimo seis metros quadrados, com salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana.

Ainda conforme o Código Penal, de forma especial, as mulheres e os condenados com idade superior a 60 anos de idade deverão cumprir suas penas separadamente, além de serem recolhidos em estabelecimento próprio e adequados à sua condição pessoal.

O condenado fica sujeito ao trabalho diurno em comum no estabelecimento penal e no período noturno fica isoladamente em repouso. Vale ressaltar que o trabalho para o condenado é obrigatório, sempre levando em conta sua particularidade física e habilidade técnica, mas ao preso provisório não é considerado obrigatório e poderá trabalhar somente no interior do estabelecimento.

Sendo considerado obrigatório o trabalho ao condenado, por força do artigo 50, inciso VI da Lei nº 7.210 de 1984, o descumprimento do dever do trabalho será considerado falta grave.

Referente às faltas graves, vale salientar que há entendimento, por meio da súmula 441 do Superior Tribunal de Justiça que não interrompe a contagem de tempo para o livramento condicional, ou seja, a falta grave resultará negativamente nos exames criminológicos e nas concessões de outros benefícios, quando analisado o comportamento do indivíduo.

Ainda referente ao trabalho, é admitido, nesse regime, o trabalho externo em serviços ou obras públicas, realizadas por órgãos da administração direta ou indireta e entidades privadas, onde ações deverão ser tomadas para evitar fugas e a favor da disciplina, desde que o preso possua aptidão, disciplina e responsabilidade, além de ter cumprido no mínimo um sexto da pena.

Considerando o princípio da vedação ao trabalho forçado e o cumprimento do dispositivo do artigo 36 da Lei nº 7.210 de 1984, a prestação de trabalho à entidade privada depende previamente de consentimento do preso.

É importante evidenciar que os trabalhos realizados pelos presos serão sempre remunerados, sendo-lhes garantidos os benefícios da Previdência Social, conforme dispõe taxativamente o artigo 39 do Código Penal.

Ainda na categoria do regime fechado, no dia 1º de dezembro de 2003, por meio da Lei nº 10.792, foi criado, dentro da Lei de execução penal, disposto no artigo 52, o regime disciplinar diferenciado (RDD), aplicável aos condenados ou presos provisórios mais perigosos.

Portanto, será aplicado o regime disciplinar diferenciado quando: a) aos que praticarem fato previsto como crime doloso durante o cumprimento de pena e que com isso ocasionem subversão da ordem ou disciplina interna; b) o indivíduo apresentar alto risco para ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; c) sobre o condenado recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilhas ou bandos.

Gonçalves (2012, p. 126) cita que o regime disciplinar diferenciado tem como características o recolhimento em cela individual, visitas semanais de no máximo duas pessoas com duração de 2 horas (sem contar as crianças) e limitação a 2 horas diárias de sol. Esse regime possui duração máxima de 360 dias, podendo ser aplicável outras vezes caso ocorram novas infrações graves da mesma espécie, até o limite de um sexto da pena.

Para que seja aplicado o regime disciplinar diferenciado, o diretor do estabelecimento penal deve requerer ao juiz e, antes que seja proferida a decisão, deverão ser ouvidos o Ministério Público e o defensor do preso, por força do artigo 54, parágrafos 1º e 2º, do Código Penal.

Insta salientar que o preso possui vários direitos aplicáveis em qualquer regime de cumprimento, os quais são: alimentação suficiente, vestuário, atribuição de trabalho e sua remuneração, previdência social, constituição de pecúlio, proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação, exercícios das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas, desde que compatíveis com a execução da pena.

Ainda possuem assistência material à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, proteção contra e qualquer forma de sensacionalismo, entrevista pessoal e reservada com o advogado, visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados, chamamento nominal, igualdade de tratamento, audiência especial com o diretor do estabelecimento penal, representação e petição a qualquer autoridade em defesa de seu direito, contato com o mundo exterior através de correspondência escrita e atestado de pena a cumprir emitido anualmente. Os direitos da proporcionalidade do tempo para o trabalho, descanso e recreação, as visitas e o contato com o mundo exterior poderão ser restringidos ou suspensos pelo diretor do estabelecimento mediante ato motivado.

Gonçalves (2012, p. 11) afirma que, apesar da aplicação do regime ser fixada basicamente pela quantidade de pena, nos crimes hediondos, tipificados pela Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990, é disposto, taxativamente, que o regime inicial deverá ser fechado.

Porém, já existem julgados declarando tal imposição como inconstitucional, por violar os princípios constitucionais da proporcionalidade e principalmente o princípio da individualização da pena, demonstrando uma possível tendência jurisprudencial.

Já o regime semiaberto aos condenados não reincidentes aplica-se a penas que sejam superiores a 4 anos e inferiores a 8 anos. Vale ressaltar que a pena de detenção ou prisão simples deverá ser cumprida em regime semiaberto ou aberto. Poderá também ser submetido a exame criminológico, em consonância com o artigo 35 do Código Penal.

O condenado ficará sujeito a trabalho em comum durante o período diurno em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e no período noturno deverá ser recolhido.

Ainda nesse sentido, é admissível o trabalho externo, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior, conforme dispõe o artigo 35, parágrafo 2º, do Código Penal.

Gonçalves (2012, p. 127) cita que o preso submetido a esse regime terá direito, com autorização judicial, à saída temporária do estabelecimento sem vigilância direta, quando requisitada com a finalidade de visita à família, frequência em cursos supletivos para formação acadêmica na comarca do Juízo da Execução e participação em atividades que colaboram para sua reinserção social, por prazo não superior a sete dias, renovável quatro vezes por ano, com prazo mínimo de 45 dias entre uma e outra.

A obtenção da saída temporária deverá ser motivada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária, e dependerá do cumprimento dos seguintes requisitos: comportamento adequado, cumprimento de no mínimo um sexto da pena, se for primário, e de um quarto, se reincidente e, finalmente, que o benefício seja compatível com os objetivos da pena.

No ano de 2010, por meio da Lei nº 12.258, o legislativo inovou quando estabeleceu que o juiz da execução poderá, ao autorizar a saída temporária, determinar a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado. Nessa hipótese, qualquer desrespeito às regras da monitoração eletrônica implicará a revogação da autorização e a possibilidade de o juiz decretar a regressão de regime.

É importante lembrar que os presos, sob regime de cumprimento fechado e semiaberto, poderão obter a chamada permissão de saída mediante escolha nos casos de falecimento do cônjuge, companheira, ascendente, descendente, ou irmão, e em caso de tratamento médico, conforme disposto no artigo 120

da Lei nº 7.210/84. A permissão será concedida por ato motivado pelo diretor do estabelecimento penal onde está sendo cumprida a pena, pelo tempo necessário à finalidade da saída.

O regime aberto, por sua vez, será aplicado ao condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos, o qual poderá cumpri-la desde o início nesse regime.

Gonçalves (2012, p. 127) menciona que esse regime baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado, onde deverá trabalhar fora do estabelecimento penal sem vigilância, frequentar cursos ou exercer outras atividades autorizadas, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. Em regra, deverá cumprir a pena nas casas de albergado, que se destinam aos condenados para cumprimento de pena no regime aberto e para cumprimento das penas de limitações de finais de semana.

O prédio deverá ter localização no centro urbano e uma das suas principais características é a ausência de vigilância e de obstáculos contra a fuga, sempre tentando desenvolver no condenado o senso de responsabilidade e confiança.

Ressalta-se que as casas de albergado deverão conter estrutura para acomodações, bem como locais adequados para cursos e palestras visando disponibilizar os serviços de fiscalização e orientação para os presos.

Em consonância com o artigo 117 da Lei nº 7.210/84, criaram-se exceções para que o condenado cumprisse a pena no regime aberto em sua residência particular: ter mais de 70 anos de idade, ser acometido de doença grave, quando a condenada tiver filho menor, tiver deficiência física ou mental e, finalmente, se for gestante.

Caso haja descumprimento dos deveres estabelecidos, como, por exemplo, não permanecer na residência durante o período noturno ou aos finais de semana, destruir a tornozeleira eletrônica, poderá ser revogado o benefício e até ser decretada a regressão de regime, por força do artigo 146 da Lei nº 7.210/84.

Para que seja concedido ao condenado o benefício do regime aberto, deverão ser aceitos o seu programa e as condições impostas pelo juiz, ou seja, somente poderá ingressar nesse regime o condenado que estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente, apresentar indícios de que irá ajustar-se com autodisciplina e senso de responsabilidade ao

regime, que será comprovado através de seus antecedentes ou pelos exames criminológicos.

Nesse passo, o juiz também poderá estabelecer condições especiais diferentes das gerais e obrigatórias, as quais poderão ser: a permanência em local específico para o repouso noturno, horários fixados para o trabalho, não se ausentar da cidade onde reside sem autorização judicial e comparecer a juízo para informar e justificar suas atividades.

Segundo Gonçalves (2012, p. 134), um dos benefícios mais importante e mais eficaz na redução de pena do condenado é o instituto da remição, aplicável a todos os regimes. A remição consiste na redução de pena por ato retributivo do Estado pelo fato de o condenado trabalhar e estudar. Sendo assim, em consonância com o artigo 126 e seguintes da Lei nº 7.210/84, para cada 3 dias de trabalho, o condenado reduz 1 dia de sua pena, e a cada 12 horas de estudo, divididas em 3 dias, o condenado reduz 1 dia de sua pena, isto é, o tempo remido será computado como pena cumprida.

Nos regimes fechado e semiaberto, a remição do estudo e a do trabalho poderão ser cumuladas, se os horários forem compatíveis. mas no regime aberto o trabalho não será computado para remição, por ser obrigação do preso, somente o estudo será computado. importante ressaltar que o juiz poderá revogar até um terço do tempo remido, em caso de ocorrência de falta grave cometido pelo condenado.

Progressão e regressão de regime de pena

Nosso ordenamento jurídico adotou o regime de progressão de regime de acordo com o mérito do condenado, sendo assim deverá gradativamente passar de um regime mais rigoroso para um regime mais brando, desde que cumpridos todos os requisitos legais, sempre com a finalidade de proporcionar a ressocialização ao condenado.

Insta salientar que é vedada a progressão por salto, ou seja, não é permitido que o condenado passe diretamente do regime fechado para o regime aberto, tal benefício deve ser concedido gradativamente, objetivando o incentivo do bom comportamento carcerário e o aumento da responsabilidade do condenado, criando competências morais gradativas para que seja reabilitado ao convívio em sociedade.

Por força do artigo 112 e seus parágrafos da Lei nº 7.210/84, toda decisão referente ao cumprimento da pena do condenado deverá ser fundamentada, sempre precedida da manifestação do Ministério Público e de seu defensor.

É importante ressaltar que para as decisões sobre progressão e regressão da pena será competente o juiz da execução, conforme dispõe o artigo 66, inciso III, alínea “b” da Lei nº 7.210/84. Sendo assim, contra a decisão que conceder ou denegar a progressão ou a regressão caberá agravo em execução, sem efeito suspensivo, por força do artigo 197 da Lei nº 7.210/84.

No que diz a respeito ao prazo para interposição do agravo em execução, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento através da súmula de número 700, estabelecendo o prazo de 5 dias para sua interposição, contados a partir da decisão proferida. Para que seja concedido o benefício da progressão de pena, é necessário que o condenado cumpra vários requisitos taxativos e cumulativos, denominados requisitos objetivos e subjetivos.

Nesse sentido, para cada regime há os seus requisitos taxativos e cumulativos, que serão desenvolvidos a seguir.

Nos casos de progressão do regime fechado para semiaberto, quando se fala em requisitos objetivos, dispõe-se a respeito das condições gerais, e quando se trata dos requisitos subjetivos, dispõe-se unicamente a respeito do condenado.

Gonçalves (2012, p. 130) afirma que o requisito objetivo para progressão ao regime semiaberto é que o condenado terá que cumprir um sexto da pena imposta em sentença, ou do total da soma, no caso de várias execuções.

Há uma importante pacificação referente a esse tema que não poderia deixar de ser ressaltada, que visou eliminar todas as divergências a respeito do limite da pena de trinta anos, onde parte da doutrina entendia que o cumprimento de um sexto incidiria sobre o limite máximo de pena, imposta pelo artigo 75 do Código Penal, e a outra parte entendia que deveria incidir sobre o total da pena imposta em juízo.

Nesse passo, o colendo Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento através da súmula de número 715, dispondo que a pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou o regime mais favorável de execução.

Os requisitos subjetivos, que tratam do indivíduo, baseiam-se no bom comportamento carcerário, a ser comprovado pelo diretor do estabelecimento, por meio de atestado, conforme dispõe o artigo 112 da Lei nº 7.210/84.

Nesse atestado, constará se o condenado cumpriu todas as regras disciplinares carcerárias, bem como seu histórico, demonstrando se possui mérito ou não de progredir de regime.

É importante citar que a Lei nº 10.792/03 alterou a redação do artigo 112 da Lei nº 7.210/84, deixando de exigir parecer da comissão técnica de classificação e exame criminológico para a progressão de regime.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou os questionamentos referentes à exigência do exame criminológico através da súmula de número 439, que permite a elaboração do exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.

No mesmo sentido, os Tribunais firmaram entendimento de que quando ocorrer do condenado cumprir todos os requisitos (objetivos e subjetivos) para a progressão de regime e não tiver disponibilidade de estabelecimento penal no regime semiaberto, o condenado deverá ser colado em regime aberto, pois não poderá ser prejudicado aguardando no regime mais gravoso por falta de estrutura do Estado.

Outro aspecto pacificado pelo colendo Supremo Tribunal Federal é a admissão da progressão de regime, ou a aplicação imediata de regime menos gravoso, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, através da súmula de número 716. Ainda através da súmula de número 717, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Referente à contagem do prazo de um sexto para fins de progressão, é importante citar que a finalidade demonstrada pelo Estado está sempre inspirada na motivação do bom comportamento, sendo assim, quando o condenado comete alguma falta grave, o prazo de contagem é interrompido, ou seja, inicia-se nova contagem.

Segundo Gonçalves (2012, p. 131), para os crimes contra a administração pública e os crimes hediondos, a aplicabilidade do benefício da progressão muda um pouco.

Nos crimes contra a administração pública, por força do artigo 33, parágrafo 4º, do Código Penal, o condenado, para ter o benefício da progressão de pena, deverá reparar o dano causado ou devolver o produto do ilícito praticado com os devidos acréscimos legais.

Referente aos crimes hediondos e assemelhados, é importante citar que sempre houve grandes divergências, pois a redação primária do artigo 2º, parágrafo 1º da Lei nº 8.072/90, estabelecia que a pena deveria ser cumprida integralmente no regime fechado.

Porém, grande parte da doutrina entendia que tal texto de lei violava os princípios constitucionais da individualização da pena, disposta no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, e da humanização da pena, portanto, para esses, a inconstitucionalidade era clara.

Até que, em 23 de fevereiro de 2006, através do julgamento do *habeas corpus* de nº 82.959, pelo Relator Ministro Marco Aurélio, foi reconhecida a inconstitucionalidade da imposição do cumprimento de pena em regime integralmente fechado.

Gonçalves (2012, p. 131) afirma que em razão dessa decisão foi aprovada a Lei nº 11.464/07, que deu nova redação ao artigo 2º da Lei nº 8.702/90, dispondo que para os delitos hediondos e assemelhados o regime inicial deverá ser sempre iniciado em regime fechado, independentemente da quantidade da pena, e a progressão do regime somente será concedida após o cumprimento de dois quintos da pena, se primário, ou cumprimento de três quintos, se reincidente.

Vale salientar que a lei não descreve qual o tipo de reincidência, sendo assim há entendimento majoritário que qualquer que seja a reincidência do condenado, seja específica ou não, deverá cumprir três quintos para a progressão.

Já na progressão do regime semiaberto para o aberto, Gonçalves (2012, p. 130) aduz que o regime aberto, nos termos do artigo 36 do Código Penal, baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado, ou seja, nesse regime serão criadas condições para que seja desenvolvido um caráter social e autossustentável ao condenado com a finalidade de reabilitação.

No que tange à concessão do benefício da progressão para o regime aberto, também é necessários cumprir requisitos objetivos e subjetivos dispostos no artigo 112 da Lei nº 210/84, ou seja, será necessário cumprir um sexto do

restante da pena e ter bom comportamento carcerário, comprovado por meio de atestado emitido pelo diretor do estabelecimento penal.

Por força do princípio constitucional da vedação do trabalho forçado e do artigo 113 da Lei nº 210/84, o ingresso do condenado em regime aberto pressupõe a aceitação de seu programa e das condições impostas pelo juiz.

Nesse passo, conforme dispõe o artigo 114 da Lei nº 210/84, somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente e apresentar, por meio de seus antecedentes, ou por exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se ao novo regime com disciplina e responsabilidade.

É de fácil visualização que o Estado oferece oportunidades para obtenções de benefícios ao condenado, incentivando assim o desenvolvimento do bom comportamento e o senso de responsabilidade.

Vale ressaltar que o condenado com idade superior a setenta anos de idade, o condenado acometido de doença grave, a condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental e a condenada gestante poderão ser dispensados do trabalho, por força do artigo 114, parágrafo único da Lei nº 7.210/84. Nesses casos, também se admitirá o recolhimento em residência particular.

Em consonância com os artigos 115 e 116 da Lei nº 7.210/84, o juiz da execução poderá a qualquer momento impor novas condições ao condenado, desde que fundamentadas, precedido da manifestação do Ministério Público e de seu defensor.

Pode-se observar que o comportamento do condenado é essencial para que a progressão ocorra. Da mesma forma ocorre com a regressão de regime, ou seja, se o condenado tiver comportamento diverso do esperado, conforme estabelecido em lei, será transferido para qualquer regime mais gravoso.

Segundo Gonçalves (2012, p. 132), a regressão de regime é disciplinada em sua maior parte pelo artigo 118 da Lei nº 7.210/84, dispondo que a execução de pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, ou falta grave, ou sofrer condenação por crime anterior cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime.

Nesse passo, ressalta que, na prática do crime doloso, não é necessário julgamento transitado em julgado, sendo assim, bastando que o condenado pratique o fato definido como crime doloso.

Nas práticas de crimes culposos ou contravenções, a regressão de regime não é obrigatória, porém poderá caracterizar frustração dos fins da execução penal, que por força do artigo 118, parágrafo 1º, da Lei nº 7.210/84, o condenado será transferido para um regime mais rigoroso.

Quando fala-se em frustração dos fins da execução, entende-se que são os cumprimentos das disposições da sentença ou decisão criminal, proporcionadas visando à ressocialização do condenado.

Gonçalves (2012, p. 132) afirma que as faltas graves cometidas por condenados à pena privativa de liberdade são determinadas pelo artigo 50 da Lei nº 7.210/84, as quais são:

- I) Incitar ou participar de movimento para subverter a ordem e disciplina;
- II) Fugir;
- III) Possuir indevidamente instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
- IV) Provocar acidente de trabalho;
- V) Descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
- VI) Inobservar os deveres de obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se, bem como executar os trabalhos, tarefas e ordem recebidas;
- VII) Tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

As faltas graves cometidas durante o cumprimento em regime semiaberto, ou aberto, ensejarão a regressão para o regime mais gravoso, porém quando a falta grave é cometida pelo condenado em cumprimento no regime fechado terá como consequência a interrupção do tempo de cumprimento para fins de progressão, ou seja, a contagem irá zerar.

Quando o condenado sofrer nova condenação em um ou mais processos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição, por força do artigo 111, da Lei nº 7.210/84, sendo assim poderá ocorrer a regressão por tornar incabível o atual regime.

Insta salientar que, sobrevivendo condenação no curso da execução, somar-se-á pena ao restante da que está sendo cumprida para determinação do regime.

É de suma importância garantir o cumprimento dos Princípios Constitucionais em todas as fases processuais, sendo assim, caso haja a repressão de regime, será garantido ao condenado a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, ouvindo-o antes da decisão.

Gonçalves (2012, p. 132) cita que, caso não seja observada essa regra, tal decisão será considerada nula. Quando a regressão for determinada por condenação anterior, não será necessária a oitiva do condenado.

Ainda no contexto da regressão, há divergências doutrinárias e jurisprudências a respeito do termo “transferência para qualquer regime mais rigoroso”, utilizado no artigo 118, da Lei nº 7.210/84, possibilitando a regressão por salto.

Pode-se observar, mais uma vez, o Estado buscando motivar e incentivar o condenado ao bom comportamento, levando-o, como consequência, a tão sonhada liberdade.



Sistema prisional brasileiro

Surgimento da prisão

Como já visto no capítulo anterior, houve uma época na história, em que as penas eram totalmente agressivas, humilhantes, verdadeiros suplícios banhados a torturas. Com o passar de anos, alguns filósofos, escritores, pensadores e estudiosos, ao observarem a crueldade que se destacava na execução das penas, começaram a criticar duramente os meios perversos de punições utilizados. Dentre esses intelectuais, alguns nomes se destacam, como o famoso Marques de Beccaria, que escreveu sobre a humanização das penas, ou Michel Foucault, que, em sua obra *Vigiar e Punir*, segundo alguns doutrinadores, teria dado origem à prisão.

Foucault, no início de seu livro, relata a punição do parricida Damiens, descrevendo os atos de tortura que acabaram culminando no indivíduo amarrado a seis cavalos, um verdadeiro espetáculo de horrores realizado em público, com intuito de servir de exemplo para que os demais não ousassem a cometer crimes.

Teria sido Michel Foucault que impulsionou os estudos que se seguiram sobre as prisões e sua finalidade corretiva, diante do seu método genealógico, que resultou na definição da sociedade disciplinar. Certo é que a obra de Foucault exerceu forte influência nas reflexões sobre o modo desumano em que se davam as execuções e no surgimento das prisões semelhantes ao modelo atual.

A pena de prisão, portanto, surgiu como substituto alternativo da pena de morte, da tortura pública exposta aos infratores, após serem duramente criticados por pensadores da época do século XVI ao XIX:

Os presídios surgiram com o objetivo primeiro de humanização da pena, trabalho que teve início com BECCARIA, que com sua obra *Dos delitos e das penas*, de 1764, apregoava pôr um fim às penas cruéis, considerando que tanto a tortura como a pena de morte e os suplícios eram degradantes e incompatíveis com os princípios do contrato social (VERONESE, 2009, p. 32).

Vale registrar que alguns doutrinadores divergem sobre o momento do surgimento da prisão como forma de punir os infratores. Teria o cárcere surgido na antiguidade simplesmente como meio de retenção do infrator de modo que este ficasse à disposição da justiça, esperando a verdadeira pena, que poderia ser a morte, a deportação, a tortura ou ainda ser feito de escravo e vendido, tendo a pena de prisão se estabelecido com a função coercitiva, somente por volta do século XVIII.

César Roberto Bitencourt se posiciona dessa forma:

Até fins do século XVIII a prisão serviu somente aos objetivos de contenção e guarda de réus, para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados ou executados. Recorria-se, durante esse longo período histórico, fundamentalmente, à pena de morte, às penas corporais (mutilações e açoites) e às infamantes. Por isso, a prisão era uma espécie de antessala de suplícios. Usava-se a tortura, frequentemente, para descobrir a verdade (BITENCOURT, 2011, p. 28).

Já Nucci, acredita que a origem da prisão como forma de controle social se deu por volta do século XVII e se consolidou no século XIX, onde até então servia apenas para retenção do indivíduo enquanto este esperava ser julgado e executado.

Sobre o período exato de surgimento das prisões, explica Bitencourt:

Contudo, podem-se encontrar certos resquícios de pena privativa de liberdade fazendo um retrospecto da história em suas diferentes etapas até o século XVIII, quando adquirem relevo as compilações legais da época dos princípios humanísticos de correção e moralização dos delinquentes por meio da pena. Porém durante vários séculos, a prisão serviu de depósito - contenção e custódia - da pessoa física do réu, que esperava, geralmente em condições subumanas, a celebração de sua execução (BITENCOURT, 2001, p. 28).

Apesar de controvertido o tema na doutrina, pacífico é o entendimento de que o momento do surgimento da função punitiva da prisão se dá entre os séculos XVI e XVIII.

Surgimento das prisões no Brasil

Na época da colonização do Brasil, não havia um direito penal organizado e as penas eram aleatoriamente aplicadas e se resumiam em vingança privada, onde grande parte das penas aplicadas eram cruéis, como a pena de morte, a tortura e o banimento. Ao longo do tempo, várias mudanças foram ocorrendo objetivando assim uma organização para o direito penal, foi o caso das ordenações Afonsinas, Manuelinas e as Filipinas, sendo esta última a que perdurou por maior tempo, e que previam penas cruéis e totalmente desproporcionais, sem nenhuma sistematização.

René Ariel Dotti ensina que:

O Brasil conheceu, desde o tempo de seu descobrimento, até que se completasse o domínio da dominação portuguesa, os regimes fantásticos de terror punitivo quando sobre o corpo do condenado se lançavam as expressões mais cruentas da violência dos homens e da ira dos deuses. As Ordenações Filipinas (1603) marcaram durante dois séculos a face negra do Direito Penal. Hereges, apóstatas, feiticeiros, blasfemos, benzedores de cães e bichos sem autorização do Rei e tantos outros tipos pitorescos de autores

eram submetidos às mais variadas formas de suplícios, com a execução das penas de morte ou mutilação (DOTTI, 1998, p. 52).

O cárcere como a clara função de punição apenas foi instituído muito tempo depois. Durante as ordenações Afonsinas, Manuelinas e as Filipinas, o cárcere era apenas uma forma de contenção do indivíduo que aguardava julgamento. A prisão se manteve dessa forma até a criação do Código Criminal do Império, em 1830, tendo sido inspirado pelos ideais liberais que se apresentavam nos códigos penais europeus e americanos.

Com o Código Criminal de 1830, a prisão passou a ser utilizada como um meio de pena.

César Roberto, sobre o histórico do Brasil em relação à prisão com a sua finalidade atual, expõe:

A partir do descobrimento do Brasil, em 1500, passou a vigorar em nossas terras o Direito Lusitano. Nesse período, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, publicadas em 1446, sob o reinado de D. Afonso V, consideradas como primeiro código europeu completo. Em 1521, foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, por determinação de D. Manuel I, que vigoraram até o advento da Compilação de Duarte Nunes de Leão, em 1569, realizada por determinação do rei D. Sebastião. Os ordenamentos jurídicos referidos não chegaram a ser eficazes, em razão das peculiaridades reinantes na imensa colônia. Na realidade, havia uma inflação de leis e decretos reais destinados a solucionar casuísmos da nova colônia; acrescidos dos poderes que eram conferidos com as cartas de doação, criavam uma realidade jurídica muito particular. O arbítrio dos donatários, na prática, é que estatua o Direito a ser aplicado, e, como cada um tinha um critério próprio, era catastrófico o regime jurídico do Brasil Colônia (BITENCOURT, 2011, p. 92).

No fim do século XIX, vários acontecimentos históricos de extrema relevância acabaram por influenciar e motivar a alteração das normas penais

brasileiras, tais como a Abolição da Escravatura e a Proclamação da República, o que culminou no surgimento do Código Penal da República, que inovou apresentando diversas modalidades de prisão, sendo que todas eram cumpridas em estabelecimentos prisionais específicos.

O Brasil acabou adotando nesse período o mesmo modelo institucional carcerário que estava sendo utilizado com grande sucesso na Europa e nos Estados Unidos. No entanto, forte resistência encontrou o novo modelo no país, tendo em vista que grande investimento financeiro teria que ser realizado para o seu sucesso, e as classes políticas não tinham o menor interesse no investimento de capital público para a construção dos presídios, preferindo, assim, manter os modelos antigos de castigos, como os açoites, grilhões, trabalhos públicos, cárceres privados e execuções ilegais.

Apesar da forte resistência, algumas penitenciárias foram construídas, e o sistema de encarceramento ganhou força.

A primeira penitenciária brasileira a ser construída foi a Casa de Correção do Rio de Janeiro, sendo também a primeira da América Latina. Sua construção começou em 1834 e foi concluída em 1850.

As condições carcerárias dessa época eram totalmente escassas, havia superlotação, abusos contra os detentos, onde as autoridades eram impedidas de oferecer comida, assistências médicas, educação e trabalho adequados aos presos diante da limitação econômica. Nada muito diferente da situação atual em que se encontra o sistema carcerário brasileiro.

A percepção da situação atual trata do reflexo de um sistema que começou errado desde o início do século XX, em que as prisões daquela época já apresentavam os mesmos tipos de problemas encontrados hoje nas prisões brasileiras.

Percebe-se que as mudanças desde a época em que começaram a se instituir as prisões no Brasil não foram tantas. Apesar dos grandes avanços na área dos direitos humanos, a degradante situação dos presídios brasileiros, bem como em grande parte do mundo, permanece insatisfatória ao modelo almejado.

Sistemas penitenciários

Pode-se encontrar na doutrina basicamente três sistemas de cumprimento de pena, denominado sistema pensilvânico ou celular; sistema auburniano e sistema progressivo.

Uma vez que esse não é o foco central do presente trabalho, o tema será tratado rapidamente, sem grandes aprofundamentos, somente para melhor compreensão do tema principal desta obra.

O sistema pensilvânico, também conhecido como sistema filadélfico ou celular, foi criado na Colônia da Pensilvânia em 1861, com o intuito de combater os atos violentos como aplicação de pena. Esse modelo de sistema limitou a pena de morte, buscou a extinção dos trabalhos forçados, e conseguiu ainda promover a pena privativa de liberdade, que passou a ser mais aplicada.

Nucci, sobre o sistema, ensina que:

[...] o denominado *sistema pensilvânico*, onde havia isolamento completo do condenado, que não podia receber visitas, a não ser dos funcionários, membros da Associação de Ajuda aos Presos e do sacerdote. O pouco trabalho realizado era manufaturado. Vigorava a lei do silêncio, separando-se os presos em celas individuais, o que não deixava de ser uma vantagem se comparado à promiscuidade das celas coletivas dos dias de hoje (NUCCI, 2014, p. 55-56).

Com forte influência do regime penitenciário canônico, o indivíduo, no sistema pensilvânico, era submetido à leitura da bíblia diariamente. Esse hábito buscava fazer com que o delinquente se arrependesse do ato praticado e consequentemente não viesse a cometê-lo novamente.

Os infratores detidos viviam em constante sofrimento, isolados, o que acabava por afetar sua saúde física e mental, impossibilitando de estarem aptos a retornarem ao convívio em sociedade.

O sistema filadélfico pensilvânico que se fundava no isolamento celular não obteve êxito, diante do excessivo crescimento da população carcerária, e verificou-se que esse tipo de isolamento absoluto não funcionava. “A crítica

principal que fez ao regime celular foi referente à tortura refinada que o isolamento total significava” (BITENCOURT, 2011, p. 81).

Bitencourt, ainda sobre esse sistema, explica que:

O sistema celular não pode servir de 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 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 (BITENCOURT, 2011, p. 81).

A necessidade de superar as limitações e falhas do regime filadélfico é que levou ao surgimento de um regime mais brando, o sistema auburniano, que buscou, principalmente, dar tratamento especial ao trabalho para o preso, o que passou a ser comum entre todos os presos. No entanto, havia a obrigação de se manter o silêncio e ainda o confinamento individual no período da noite. “O sistema auburniano pretendeu definir o trabalho sob um ponto de vista idealista, considerando- como um agente de transformação, de reforma” (BITENCOURT, 2011, p. 91).

Sobre esse modelo de sistema penitenciário, Guilherme de Souza Nucci ensina:

Preocupava-se, essencialmente, com a obediência do criminoso, com a segurança do presídio e com a exploração da mão de obra barata. Adotou a regra do silêncio absoluto, voltado ao controle dos condenados, mas fomentou, diferentemente do pensilvânico, o trabalho do preso durante o dia (NUCCI, 2014, p. 56).

Sobre o sistema, também preleciona Bitencourt que, aos presos:

[...] somente era imposto o isolamento noturno, permitindo-se-lhes trabalhar juntos durante o dia, ou sendo destinados às celas individuais um dia

na semana. A celas eram pequenas e escuras e não havia possibilidade de trabalhar nelas. Essa experiência de estrito confinamento solitário resultou em grande fracasso: de oitenta prisioneiros em isolamento total contínuo, com duas exceções, os demais resultaram mortos, enlouqueceram ou alcançaram o perdão. Uma comissão legislativa investigou o problema em 1824 e recomendou o abandono do sistema (BITENCOURT, 2011, p. 87).

Os trabalhos nesse modelo tinham por finalidade tirar o condenado da ociosidade, mantendo-o praticando uma atividade, e ainda educá-lo, para promover posteriormente sua inserção no mercado de trabalho. Ocorre que esse propósito não logrou grande êxito, tendo em vista a opinião sindical que era contra o trabalho nas dependências do cárcere, levando a falência desse sistema penitenciário.

O sistema progressivo surgiu diante da expansão da aplicação da pena privativa de liberdade, nesse modelo há a diminuição progressiva do rigor aplicado nas penas diante de bom comportamento e trabalho, conseqüentemente os apenados tendem a ir se readaptando gradativamente para o retorno em sociedade.

Bitencourt, sobre o sistema progressivo, dispõe que:

A essência desse regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, e, de outro, pretende que esse regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade (BITENCOURT, 2011, p. 97).

Dentro desse sistema, a doutrina indica basicamente três subdivisões: o sistema progressivo inglês, ou *mark system*; o sistema progressivo irlandês e o sistema de Montesinos.

O sistema progressivo inglês, ou *mark system*, possui três estágios para o cumprimento da pena, sendo eles: a) isolamento celular diurno e noturno; b) trabalho em comum sob a regra do silêncio; c) liberdade condicional.

Os sentenciados progrediam nos estágios de acordo com o trabalho que prestavam e seu bom comportamento carcerário. Na medida em que o condenado progredia, o limite da sua liberdade aumentava e sua vigilância diminuía.

O sistema progressivo irlandês, além dos três estágios presentes no modelo inglês, acrescenta mais um estágio, o da prisão intermediária, que antecede o livramento condicional. Sobre o período intermediário, Bitencourt ensina que: “ocorria entre a prisão comum em local fechado e a liberdade condicional. Esse período era executado em prisões especiais, onde o preso trabalhava ao ar livre, no exterior do estabelecimento, em trabalhos preferencialmente agrícolas” (BITENCOURT, 2011, p. 101).

O sistema de Montesinosse caracteriza-se pela proibição dos castigos corporais, a implementação do trabalho remunerado do preso, proibição do regime de isolamento celular, possibilidade de concessão de saídas temporárias, redução de um terço da pena pelo bom comportamento do preso (GRECO, 2015, p. 127).

Percebe-se, diante todo o exposto, que os sistemas foram evoluindo até chegar ao último, onde são marcantes as intenções humanitárias da pena, no entanto, o sistema progressivo, apesar de ter evoluído imensamente a fim de resguardar a dignidade da pessoa humana, atualmente encontra-se em crise, como veremos no próximo capítulo.

Prisão e suas modalidades no Processo Penal brasileiro

Prisão é a perda do direito da liberdade de locomoção de um indivíduo, por razão de o mesmo ter cometido um ato ilícito, então este é recolhido em cárcere.

Vários conceitos de prisão são encontrados nas doutrinas de Direito Processual Penal, assim, para melhor se entender o conceito, encontram-se, abaixo, algumas dessas definições:

Mirabete apresenta o seguinte conceito de prisão:

A prisão em sentido jurídico, é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou por ordem legal. Entretanto, o termo tem significados vários no direito pátrio pois pode significar pena privativa de liberdade (“prisão simples” para autor de contravenções; “prisão” para crimes militares, além de sinônimo de “reclusão” e “detenção”), o ato da captura (prisão em flagrante ou em cumprimento de mandado) e a custódia (recolhimento da pessoa ao cárcere). Assim, embora seja tradição no direito objetivo o uso da palavra em todos esses sentidos, nada impede que se utilizem os termos “captura” e “custódia” com os significados mencionados em substituição ao termo “prisão” (MIRABETE, 2000, p. 359).

Segundo Távora e Alencar:

A prisão é o cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento. Pode advir de decisão condenatória transitada em julgado, que é a chamada prisão pena, regulada pelo Código Penal, com o respectivo sistema de cumprimento, que é verdadeira prisão satisfativa, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 545).

Consoante lição de Guilherme de Souza Nucci, prisão:

É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória (NUCCI, 2016, p. 342).

Em relação ao conceito de prisão, preceitua Fernando Capez:

É a privação da liberdade de locomoção em virtude de flagrante delito ou determinada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (CAPEZ, 2012, p. 301).

O que interessa, portanto, é a noção de que a prisão se resume no cárcere do cidadão, onde este tem limitado o seu direito de ir e vir.

No Brasil, as prisões previstas na legislação e que ocorrem diariamente em seu território são as prisões provisórias, que também são conhecidas como prisões cautelares, que se classificam em prisão temporária, preventiva e em flagrante, e temos as prisões para execução da pena, as prisões civis dos não pagadores de pensões alimentícias e as prisões domiciliares.

A prisão provisória trata-se da prisão que, no transcorrer da persecução penal, antes do marco final do processo, se faz necessária. “Isso se deve a uma necessidade permanente devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei, traduzidas no risco demonstrado de que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado” (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 48).

A prisão processual resulta geralmente do flagrante delito ou de determinação judicial. A Constituição Federal de 1988 prevê que toda prisão realizada antes da condenação definitiva deve ser efetivamente fundamentada e de forma escrita por juiz competente.

Nosso ordenamento jurídico prevê algumas modalidades de prisão cautelar sendo, por exemplo, a Prisão preventiva, a prisão em flagrante delito, e a prisão temporária, exemplos de prisão processual cautelar previstos na legislação brasileira.

O artigo 5º, inciso LXI, da Lei Maior, dispõe que “ninguém será preso sem em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 1988). Assim, verifica-se já na Constituição Federal a previsão da prisão em flagrante.

Flagrante pode ser compreendido como o delito que está sendo cometido ou acabou de ser cometido. Assim, a prisão em flagrante prevista no artigo 302 de CPP é aquela que ocorre no momento e no local do crime. Segundo Távora e Alencar, a prisão em flagrante “é uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inópioa” (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 560).

A prisão, ao ocorrer no momento do acontecimento do fato, faz cessar a infração imediatamente, e ela se legitima em razão da aparente convicção visual dos fatos.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:

Flagrante significa tanto o que é manifesto ou evidente, quanto o ato que se pode observar no exato momento em que ocorre. Neste sentido, pois, prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal) (NUCCI, 2016, p. 350).

Dessa forma, percebe-se que a prisão em flagrante possui natureza administrativa, uma vez que dispensa a necessidade de ordem judicial expressa e fundamentada para sua realização, conforme visto pela leitura do art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal. É assim autorizada por poder ser observada por qualquer pessoa e ainda de maneira manifesta a materialidade e autoria do delito, dispensando-se, portanto, que inicialmente o juiz necessite realizar uma análise para autorizar a prisão. No entanto, posteriormente à prisão, a autoridade judicial competente deve examinar a prisão e assim verificar sua validade e legalidade.

Nucci (2016, p. 343) observa que:

Constitui abuso de autoridade efetuar prisão ilegal, deixar de relaxar – esse caso válido apenas para o juiz – prisão ilegalmente realizada, bem como deixar de comunicar ao magistrado a prisão efetivada, ainda que legal. Quando a prisão for indevidamente concretizada, por pessoa não considerada autoridade, trata-se de

crime comum (constrangimento ilegal e/ou sequestro ou cárcere privado) (NUCCI, 2016, p. 343).

Para a realização da prisão em flagrante, é exigido apenas a aparência da tipicidade, não necessitando de algum tipo de valoração sobre a mesma.

Nucci (2016, p. 350), sobre o assunto, dispõe que:

O fundamento da prisão em flagrante é justamente poder ser constatada a ocorrência do delito de maneira manifesta e evidente, sendo desnecessária, para a finalidade cautelar e provisória da prisão, a análise de um juiz de direito. Por outro lado, assegura-se, prontamente, a colheita de provas da materialidade e da autoria, o que também é salutar para a verdade real, almejada pelo processo penal. Certamente, o realizador da prisão fica por ela responsável, podendo responder pelo abuso em que houver incidido. De outra parte, essa prisão, realizada sem mandado, está sujeita à avaliação imediata do magistrado, que poderá relaxá-la, quando vislumbrar ilegalidade (art. 5º, LXV, CF). Ressalte-se, no entanto, que, analisada e mantida pelo juiz, passa a ter conteúdo jurisdicional, tanto que a autoridade coatora é o magistrado que a sustentou, tão logo dela teve conhecimento (NUCCI, 2016, p. 350).

A realidade é que o flagrante não possui força para manter ninguém preso além das 24 horas estipuladas para sua elaboração, necessitando, portanto, que, para que o suposto autor do fato permaneça preso, a prisão seja submetida à análise judicial (LOPES JR., 2013, p. 823).

A prisão preventiva “trata-se de uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei” (NUCCI, 2016, p. 362). Modalidade de prisão tipicamente cautelar. Diferentemente da prisão em flagrante, na prisão temporária há a clara necessidade de se explicar o motivo da prisão, para que só assim possa se ferir o princípio da inocência. Dessa forma, é vedada a decretação de prisão temporária automaticamente, sem fundamentação que demonstre a real necessidade da medida.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 311, prevê que a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, inclusive após a sentença condenatória recorrível por juiz competente, podendo ainda ser de ofício, se no curso da ação penal ou a requerimento do Ministério Público, do querelante, ou do assistente de acusação, ou ainda, por representação da autoridade policial, em qualquer fase processual.

Távora e Alencar muito bem dissertam:

É a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual. Até antes do trânsito em julgado da sentença admite-se a decretação prisional, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente (art. 5º, inciso LXI, da CF), desde que presentes os elementos que simbolizem a necessidade do cárcere, pois a preventiva, por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta se presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade do encarceramento (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 579).

Trata-se, portanto, de uma prisão cautelar de natureza processual, uma medida de constrição de liberdade, que pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, com o objetivo de garantir a eventual execução da pena e preservar a ordem pública, econômica ou princípio da conveniência da instrução criminal (ALVES, 2014, p. 49).

Essa modalidade de prisão é uma das mais usuais, no entanto, a doutrina tem dificuldades em entender quanto ao termo “garantia da ordem pública”, previsto no art. 312 do CPP: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

Nucci, sobre o assunto, destaca:

Em suma, extrai-se da jurisprudência o seguinte conjunto de causas viáveis para autorizar a prisão preventiva, com base na garantia da ordem pública: a) gravidade concreta do crime; b) envolvimento com o crime organizado; c) reincidência ou maus antecedentes do agente e periculosidade; d) particular e anormal modo de execução do delito; e) repercussão efetiva em sociedade, gerando real clamor público. O ideal é associação de, pelo menos, dois desses fatores (NUCCI, 2016, p. 364).

Verifica-se o abalo à ordem pública pela divulgação do delito nos meios de comunicação, isso sem contar a influência que o clamor público pode ter sobre o judiciário, sendo, portanto, correto afirmar que o juiz, enquanto pessoa que é, acompanha as notícias, necessitando assim que os magistrados tenham bom senso para saber diferenciar quando um caso noticiado não está sendo sensacionalizado, ou uma divulgação real à ordem pública.

Pode ser analisado, ainda, outro fator quando o assunto é a repercussão social, qual seja, quando a prática de um crime adquire a periculosidade, que é a probabilidade de o acusado tornar a cometer novos crimes. A periculosidade pode ser detectada através dos antecedentes e ainda pela maneira que o crime foi executado. Portanto, é permitida a decretação da prisão preventiva do acusado que possui registros de maus antecedentes, podendo este ser associado à crueldade usada na execução do delito.

A prisão preventiva possui ainda a finalidade de assegurar o bom andamento do processo criminal, devendo este ter tempo determinado, pois para evitar que a prisão seja prolongada por culpa do magistrado ou ainda por atos procrastinatórios do Ministério Público. Caso tal fato aconteça, se tem a configuração do constrangimento ilegal. No entanto, se observada a razoabilidade e havendo necessidade, poderá a prisão preventiva ser decretada sem determinação de prazo fixo para o término da instrução.

Por fim, a prisão temporária, prevista na Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, é modalidade de prisão que visa “assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave” (NUCCI, 2016, p. 348).

Tal procedimento só é permitido para uso em investigações policiais, dentro do inquérito policial, e para sua decretação é necessária representação do Ministério Público ou autoridade policial, nunca de ofício.

O artigo 1º da Lei nº 7.960/89 aponta três hipóteses de cabimento da prisão temporária, veja-se:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

- a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
- b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940);
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940);
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940);
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986);

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo (BRASIL, 1989).

O prazo para prisão temporária deve ser em regra de cinco dias, podendo, conforme prevê o artigo 2º, caput, da Lei 7.960/89, ser prorrogado por mais cinco dias, mas somente em casos de extrema e comprovada necessidade. Quando se tratar de crimes hediondos e equiparados, o prazo sobe de cinco para trinta dias.

Relevante ressaltar que uma vez expirado o prazo da prisão, e esta não tendo sido convertida em prisão preventiva, deve ser o acusado posto em liberdade imediatamente, pela própria autoridade, não necessitando nem mesmo de expedição de alvará de soltura, pois, senão, tem-se configurado o constrangimento ilegal.

As prisões para execução da pena são as prisões realizadas depois do trânsito em julgado da sentença condenatória onde se estipulou como sanção a pena privativa de liberdade. Podem ser cumpridas após esgotados os recursos em instâncias superiores. Essa modalidade de prisão se encontra regulamentada pela Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

A prisão resultante de sentença penal condenatória era tratada ainda pelo artigo 393, I, combinado com o artigo 594, ambos do Código de Processo Penal, que diziam:

Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

No entanto, esses dispositivos foram revogados pela Lei nº 11.719/2008, e hoje passa-se a considerar, para a decretação da prisão cautelar, em razão de sentença condenatória, o disposto pelo art. 387, § 1º, do CPP: “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta”.

Nucci, sobre essa modalidade de prisão, ensina que:

O réu que aguardou preso o decorrer da instrução deve continuar detido, como regra, após a prolação da sentença condenatória, caso tenha sido aplicado o regime fechado. Se antes do julgamento de mérito, que o considerou culpado, estava cautelarmente recolhido, com mais lógica assim deve permanecer após a condenação. Excepcionam-se desse raciocínio os casos em que os motivos que levaram à prisão cautelar, durante a instrução, findaram (NUCCI, 2016, p. 369).

Relevante salientar que é na sentença condenatória que o magistrado estipula o regime inicial em que o acusado irá cumprir a pena, podendo ser o regime aberto, semiaberto ou fechado.

A prisão domiciliar foi criada pela Lei nº 12.403/2011, para ser usada na fase processual. A referida lei prevê algumas hipóteses onde a prisão domiciliar pode ser aplicada, permitindo assim o cumprimento da prisão em residência. Veja-se:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

O rol acima descrito é considerado meramente exemplificativo, sendo permitido que outras possibilidades não listadas no artigo supra, sejam consideradas para a aplicação desse tipo de prisão.

Relevante ressaltar que o regime domiciliar deve ser aplicado como substituto da pena preventiva, quando previstos os requisitos e comprovada a sua real necessidade.

O réu somente pode se ausentar da residência em que cumpre a prisão domiciliar com expressa autorização judicial.

Por fim, a prisão civil do não pagador de pensão alimentícia, única forma de prisão civil permitida no ordenamento jurídico brasileiro, com prisão na Constituição Federal, no artigo 5º, LXVII, que dispõe que: “não haverá prisão civil por dívida, salvo se o responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel”.

Essa modalidade de prisão tem por finalidade exigir do pai, da mãe ou do responsável o cumprimento da obrigação de prestar alimentos aos filhos.

Vale ressaltar ainda que o artigo 5º, inciso XLVII da Constituição Federal, diz que não haverá as seguintes penas: de morte, apenas em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo, de trabalhos forçados; de banimento; e cruéis.

As prisões provisórias no Brasil

Segundo dados do último levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen¹, publicado pelo Ministério da Justiça em junho de 2015, a população carcerária apresenta um número totalmente alarmante, 607.731 pessoas privadas de liberdade no Brasil, sendo que o sistema brasileiro está preparado para atender a 376.669 pessoas, tendo, portanto, um déficit de vagas de 231.062. Ressalta-se ainda que 41% dessas pessoas que se encontram presas não foram condenadas ainda pelo sistema judiciário brasileiro, e mais da metade dos presos provisórios permanece presa por mais de 90 dias, o que demonstra que a prisão provisória tem sido usada de forma abusiva pelas autoridades.

Diante dos elevados índices acima apresentados, e principalmente no tocante aos números referentes às prisões provisórias, percebe-se que as prisões cautelares têm sido usadas de forma desregrada e abusiva no sistema penal brasileiro. O país passa por um período de clara distorção da aplicabilidade das prisões cautelares, sendo claramente desrespeitados os princípios básicos que regem tais modalidades de prisão, bem como, direitos e garantias fundamentais do homem. A Constituição determina que a prisão é *ultima ratio*, e só deve ser decretada em situações onde o risco é evidente.

Tem se usado as prisões cautelares como forma de transmitir à sociedade a impressão de que a justiça está sendo feita, sendo muitas das vezes fundamentadas no clamor público. Rosa acrescenta que “a prisão é cautelar ao processo e não à sociedade, ou seja, somente se pode prender para garantia da prova e aplicação da lei penal” (ROSA, 2014, p. 160).

Acrescentam, ainda, Lopes Jr. e Rosa:

Pensamos que o processo “demora demais” e ninguém quer esperar até a sentença, afinal, qualquer demora é uma dilação insuportável para uma sociedade hiperacelerada. Por isso, quando somos sedados pela avalanche de imagens de uma megaoperação policial e ninguém sai preso, temos a molesta e

1. Informações disponíveis em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>.

incômoda sensação de que haverá impunidade (LO-PES JR; ROSA, 2015, p. 56).

O desenvolvimento do procedimento pré-processual necessita de um trabalho conjunto entre a polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário, sendo, portanto, as três instituições responsáveis sobre o excesso de tempo da prisão. Verifica-se, assim, diante dos números apresentados, que o aumento da população carcerária está relacionado com o não cumprimento dos prazos das prisões cautelares, bem como, com a fundamentação judicial muitas das vezes insuficiente sobre a real necessidade da prisão, além de outros fatores, como um baixo número de defensores públicos, uma vez que a maior parte dos presos é de baixa renda, ou ainda, a falta de regulamentação sobre os prazos máximos de validade da prisão provisória, tudo isso tem levado a prisões cautelares irrazoáveis.

O art. 5º, inc. LXXV da Constituição Federal de 1988, aduz que “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença” (BRASIL, 1988), porém, tal norma não se aplicaria a medidas cautelares, como a prisão provisória ou a temporária.

O superlotação dos presídios, em sua maioria, é devido à demora dos julgamentos dos presos provisórios. Relevante ressaltar que a prisão tem se mostrado um ambiente hostil, que não tem alcançado um dos seus principais objetivos, que é a ressocialização.

Sobre a ressocialização, ressalta Mirabete:

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as grandes contradições que existem no sistema social exterior (...). A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de dominação (MIRABETE, 2002, p. 24).

A prisão tem se convertido em meio de investigação. Primeiramente, deveria-se investigar, diligenciar, e só depois prender, após clara comprovação do *fumus commissidelicti* e o *periculum libertatis*, as investigações ou somente após a sentença condenatória transitada em julgado. Mas, como já mencionado, prisões cautelares estão associadas ao clamor público de justiça instantânea, passando tais modalidades de prisão a serem instrumento de uso comum e ordinário, perdendo sua finalidade real.

Fundamentos e formalidades da prisão

O art. 5º, LXI da Constituição Federal de 1988, preceitua que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 1988).

Toda prisão processual deve ser fielmente fiscalizada pelo juiz quanto à sua legalidade. A esse respeito, assegura o art. 5º, inciso LXV da CF que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (BRASIL, 1988). Em virtude disso é que a regra no ordenamento jurídico é se fundar a prisão em decisão de magistrado competente, devendo esta ser devidamente fundamentada, motivada, e ainda reduzida a escrito, a não ser os casos de prisão em flagrante delito, o que ainda se exige que a mesma seja devidamente comunicada à autoridade judicial, para que o mesmo possa atestar sua legalidade e com isso reafirmá-la. No caso de prisões ilegais, o magistrado tem o dever de relaxá-las automaticamente, sob pena de incorrer no crime de abuso de autoridade, previsto no artigo 4º, “d”, da Lei nº 898/65.

Por conta disso, exige-se que toda prisão seja devidamente comunicada ao magistrado, para que este possa analisar a legalidade da mesma. Constatando que a prisão é legal, deverá o juiz homologá-la. De outro modo, se perceber que a prisão é ilegal, deverá o magistrado relaxá-la, sob pena de cometimento do crime de abuso de autoridade.

Vale ressaltar que, mesmo sendo a prisão decretada por juiz competente, esta deve também ser fiscalizada pelo judiciário, neste caso por meio de autoridade de patente superior, através dos instrumentos cabíveis, como *habeas corpus* ou os recursos.

Nesse sentido, ensina Guilherme de Souza Nucci:

É impositivo constitucional que toda prisão seja fielmente fiscalizada por juiz de direito. Estipula o art. 5.º, LXV, que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. No mesmo sentido, dispõe o art. 310, I, do CPP. Além disso, não se pode olvidar que, mesmo a prisão decretada por magistrado, fica sob o crivo de autoridade judiciária superior, através da utilização dos instrumentos cabíveis, entre eles o habeas corpus: “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5º, LXVIII, CF).

Constitui abuso de autoridade efetuar prisão ilegal, deixar de relaxar – nesse caso válido apenas para o juiz – prisão ilegalmente realizada, bem como deixar de comunicar ao magistrado a prisão efetivada, ainda que legal. Quando a prisão for indevidamente concretizada, por pessoa não considerada autoridade, trata-se de crime comum (constrangimento ilegal e/ou sequestro ou cárcere privado) (NUCCI, 2016, p. 343).

Toda prisão deve atender a regras gerais para sua concretização, a principal delas é a indispensabilidade de mandado de prisão que deve ser expedido por autoridade judiciária, sendo esta a mesma que proferiu a decisão escrita e fundamentada nos autos de inquérito ou de processo”, conforme previsto no art. 283, *caput*, Código de Processo Penal. Nucci acrescenta ainda que, “excepcionalmente, admite-se a formalização da prisão por ato administrativo, como ocorre no caso do flagrante, embora sempre submetida a constrição à avaliação judicial (NUCCI, 2016, p. 344).

O Código de Processo Penal dispõe ainda que deve ser encaminhada cópia dos autos de prisão em flagrante para o juiz, devendo o mesmo analisar sua legalidade e ainda sua real necessidade, para se determinar ou não a manutenção da prisão cautelar, conforme prevê art. 306 do CPP. Ocorre que esse mandamento normativo não tem se mostrado de todo eficiente no controle judicial da legalidade e necessidade das prisões provisórias, bem como, para se

detectar possíveis desrespeitos a direitos individuais do preso. Normalmente, o primeiro contato do preso com o juiz que determinou a prisão ocorria meses depois, geralmente na audiência de instrução e julgamento.

Essencial destacar que uma prisão sem a observância dos preceitos legais ou ainda dos princípios norteadores da prisão processual pode resultar em graves danos a direitos fundamentais. Por este motivo, é que se faz tão importante analisar a real necessidade da prisão processual e da prisão cautelar, além de verificar a existência de possíveis danos à pessoa presa e à coletividade.

A Constituição assegura ainda ao acusado diversas garantias limitadoras do *ius puniendi* do Estado. Tais garantias servem de base para o procedimento das prisões processuais, veja-se:

Art. 5º (...)

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (BRASIL, 1988).

As garantias acima colacionadas servem para especificar quais são os direitos do homem, além de limitar a margem de atuação do Estado e resguardar os

direitos universais do ser humano. Nesse sentido, a prisão é vista como *ultima ratio* pela Constituição, sendo esta uma medida de caráter excepcional, por privar o indivíduo de sua liberdade, sendo, portanto, imperativo que os direitos e garantias individuais sejam observados quando da decretação da prisão.

Assim aduz Aury Lopes Jr:

Ademais, a excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a *ultima ratio* do sistema, reservadas para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam (LOPES JR. 2016, p. 444).

O problema é que as prisões cautelares no Brasil estão cada vez mais banalizadas, ultimamente se prende primeiro, para, posteriormente, se buscar provas legitimadoras da medida. As prisões cautelares, infelizmente, têm se apresentado como forma de resposta à opinião pública, que clama por justiça instantânea. Elas têm sido, dessa forma, utilizadas para mascarar a realidade da justiça, passando para a sociedade uma noção de “falsa” eficiência. Aury Lopes Jr. aduz que “com isso, o que foi concebido para ser ‘excepcional’ torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares” (LOPES JR., 2016, p. 445).



O encarceramento em massa e a eficácia da pena privativa de liberdade

Considerações relevantes sobre a Execução Penal

Para falar de prisão e de pena, é necessário mencionar sobre execução penal, que consiste em uma fase processual existente somente no processo penal. É o momento em que o acusado irá realmente cumprir sua pena e pagar por um crime que cometeu. A Constituição dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina e não existe pena sem prévia cominação legal”.

Quanto ao momento em que se deve dar início ao cumprimento da pena, preceitua Guilherme de Souza Nucci:

Com o trânsito em julgado da decisão, que lhe impôs pena, seja porque recurso não houve, seja porque foi negado provimento ao apelo, a sentença torna-se título

executivo judicial, passando-se do processo de conhecimento ao processo de execução (NUCCI, 2016, p. 586).

A execução penal é uma área complexa que envolve tanto o judiciário, no que diz a respeito à condenação de autores de crimes e a todo o trâmite processual, como também o administrativo, que tem o dever de atuar na organização de todo o sistema carcerário do país.

De acordo com o artigo 24, inciso I, da Constituição Federal, compete à União, aos estados e ao Distrito Federal legislar sobre o direito penitenciário.

Existem três regimes para o cumprimento das penas privativas de liberdade, sendo eles: regime fechado, onde a pena é cumprida em penitenciária e em segurança máxima; regime semiaberto na colônia agrícola, industrial ou similar, e regime aberto, que é fundado na autodisciplina e na responsabilidade do acusado, que exerce suas atividades fora do estabelecimento e depois retorna para a casa de albergado.

Segundo a Lei de Execuções Penais, a pena pode ser cumprida nos seguintes estabelecimentos: nas penitenciárias, que é o local destinado ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado, onde se busca a segurança máxima, e que tem como requisito básico o alojamento em cela individual; na colônia agrícola, industrial ou similar, que é estabelecimento de segurança média, que se destina ao cumprimento da pena em regime semiaberto, em que o acusado irá ser alojado em compartimento coletivo; a casa de albergado, para o cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto e da pena de limitação de fim de semana, que tem que ser situada em centros urbanos e não poderá conter obstáculos contra a fuga; nos centros de observação que servem para realização de exames gerais e o criminológico; para os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico são encaminhadas as pessoas inimputáveis ou semi-inimputáveis; cadeia pública é onde se recolhem os presos provisórios.

O que consta em lei e deveria ser cumprido é a existência de locais apropriados para o cumprimento de penas, e também a observância de que a lotação de presídios deve ser compatível com sua estrutura. Assim, os presos preservariam todos os seus direitos que estão expressamente contidos na lei de execução penal.

Um dos principais problemas dos presídios brasileiros se encontra no elevado número de detentos existentes hoje no Brasil, provocando assim o superlotamento carcerário, que vai de encontro com o baixo investimento do Estado, provocando assim a falência do sistema penitenciário brasileiro.

Ocorre que a legislação brasileira relacionada à Execução Penal prevê direitos e garantias para os condenados, durante o cumprimento de suas penas, buscando, com isso, a humanização da pena.

A estrutura do sistema previsto na Lei de Execução Penal tem por objetivo a recuperação do condenado, a sua ressocialização para que este possa retornar à vida em sociedade sem que venha a cometer novo delito. É nessa finalidade que a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, estipulou quais são os direitos do preso:

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 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 como 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 de individualização da pena;

XII – audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIII – representação e petição a 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 de autoridade judiciária competente [...] (BRASIL, 1984).

O autor Júlio Fabbrini Mirabete muito bem disserta que os direitos previstos no referido artigo “correspondem a cada pessoa pelo simples fato de serem seres humanos e em razão da dignidade de tal condição” (MIRABETE, 2004, p. 118).

Todos os condenados que cumprem penas têm, além de suas obrigações legais, uma disciplina que devem seguir. Assim, têm seus deveres específicos e também direitos. Nesse sentido, tem-se o preceito constitucional que se impõe a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento ou presidiário, dispondo que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade.

A lei de Execução Penal prevê as assistências materiais, jurídicas, educacionais, sociais, religiosas, à saúde e também ao egresso.

No que tange à assistência material, o detento tem o direito à alimentação, ao vestuário e a instalações higiênicas adequadas, além de o Estado ter de associar esses trabalhos, que são necessários dentro das penitenciárias, com o trabalho que é obrigatório aos presos.

Já na assistência à saúde, não se estabelece somente a cura, mas também a prevenção de doenças, no que compreende o atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Caso o preso necessite de tratamento mais específico, deverá ser encaminhado ao hospital.

A constituição federal estatui que o Estado deve prestar a assistência jurídica de forma integral e gratuita aos que necessitarem.

Quanto à assistência educacional, a educação é direito de todos e dever do estado, mesmo para aquele que esteja detento, quanto ao ensino profissionalizante, ele se torna essencial para que o preso possa desenvolver o aprendizado de alguma profissão.

A assistência social é aquela que busca um contato do preso com a vida em sociedade abrangendo a família, com a finalidade de prepará-lo para o retorno à sociedade.

Com a assistência religiosa, o detento tem direito de cultos e liberdade para escolha de sua religião, ou ainda de não ter nenhuma.

A assistência ao egresso é fundamental, pois ela tratará do apoio e a orientação necessários no momento de o indivíduo voltar a conviver em liberdade e deixar o cárcere. Na maioria das vezes, essas pessoas não têm nem para onde ir, e compete ao Estado o dever de orientá-las.

Além de todos os direitos e das assistências que são asseguradas aos presos, a integridade física e moral do detento tem que ser resguardada. Mas, diante da precariedade das penitenciárias, relata César Barros Leal:

De fato, como falar em respeito a integridade física e moral em prisões onde convivem pessoas sadias e doentes; onde o lixo e os dejetos humanos se acumulam a olhos vistos e as fossas abertas, nas ruas e galerias, exalam um odor insuportável; onde as celas individuais são desprovidas por vezes de instalações sanitárias, onde alojamentos coletivos chegam a abrigar 30 ou 40 homens (LEAL, 2001, p. 89).

Dessa forma, é que se entende que a condenação à pena privativa de liberdade não pode ceifar os direitos básicos à sobrevivência humana, pois mesmo condenados estes continuam sendo cidadãos e possuem direito à dignidade humana. Nesse aspecto, defende Mirabete:

[...] com a condenação, cria-se especial relação de sujeição que se traduz em complexa relação jurídica entre o Estado e condenado em que, ao lado dos direitos daquele, que constituem os deveres do preso, encontram-se os direitos destes, a serem respeitados pela Administração (MIRABETE, 2004, p. 118).

Diante disso, se torna evidente que o ser humano necessita de proteção aos seus direitos para que possa se desenvolver tanto fisicamente, como socialmente. O direito à dignidade humana, sendo o direito basilar dos direitos fundamentais, deve ser fortemente protegido pelo indivíduo, pela sociedade e pelo Estado. Mesmo o criminoso encarcerado deve ser tratado com humanidade, mesmo que o crime cometido seja o pior dos crimes, pois são pessoas que, como nós, também possuem o direito de cumprir suas penas com total dignidade (TAUCHERT, 2015).

Os artigos 82 ao 86 da Lei de Execuções Penais mencionam como devem ser os estabelecimentos penais. Assim, eles devem contar com áreas e serviços voltados à assistência dos presos, as mulheres terão berçários para que possam cuidar de seus filhos pelo período de seis meses, os idosos têm prioridades, o preso provisório deve ficar separado do que já foi condenado, dentre várias outras coisas necessárias para a organização adequada de um presídio.

É certo que a legislação penal correspondente à execução da pena é teoricamente satisfatória para assegurar a dignidade da pessoa humana, no entanto a realidade vivenciada hoje nos presídios brasileiros não corresponde com o almejado pela norma, sendo a pena privativa de liberdade um mecanismo contrário à sua finalidade precípua, que é a ressocialização do apenado, pois prepara o preso para continuar no sistema, e eventualmente cometer novos delitos, estando as disposições legais distantes do que é vivenciado hoje nas penitenciárias brasileiras.

O sistema prisional, notoriamente, não se encontra entre as prioridades das políticas públicas do Brasil. Deve-se, então, agir para alcançar a segurança de uma sociedade que é vítima do crime. Nesse sentido, a população fica totalmente descrente na administração da justiça criminal e ainda é gerado um inconformismo total da população carcerária.

Um dos maiores problemas do nosso país realmente é o sistema carcerário, que é péssimo em todos os quesitos. Há uma clara omissão dos administradores públicos sobre esse tema de extrema relevância.

Concernente ao dever do estado, preceitua Guilherme de Souza Nucci:

O estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante à privativa de liberdade, permitindo que

muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distantes do respeito a integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto (NUCCI, 2016, p. 588).

Na maioria dos estabelecimentos penitenciários, e até mesmo os mais novos, assim que ficam prontos já atingem a superlotação e muitos são construídos fora dos parâmetros legais exigidos como, por exemplo, aqueles que preveem o isolamento noturno, e as celas são feitas para acomodar vários detentos.

Pode-se então tratar o sistema penitenciário do nosso país como sendo uma escola para aprender a ilegalidade, onde os criminosos saem pior do que entraram, uma vez que aprendem uns com os outros atos irregulares. Inúmeros são os casos de detentos que comandam o crime de dentro das prisões. Com isso, não se pode falar em ressocialização, pois o sistema prisional do país não está apto a educar, corrigir e fazer com que as pessoas se arrependam do ilícito praticado, ao contrário, especializam-se cada vez mais no mundo criminoso.

Com a indignação de ter sido tratado de forma desumana na prisão, e de ter a maioria de seus direitos violados enquanto se encontrava detido, o criminoso, ao retornar para a sociedade, o faz com o sentimento de revolta ao invés de ressocializado, pois é impossível fazê-lo dentro de um sistema carcerário indulgente e precário.

Problemas encontrados no sistema prisional brasileiro

Extremamente relevante demonstrar que a população carcerária do país vem aumentando vertiginosamente, assim como os números da criminalidade também vêm sofrendo aumento circunstancial, e tal fato não pode ser justificado apenas por causa do afastamento dos magistrados das premissas garantistas, ou ainda do exagerado rigor dos juizes na aplicação das leis brasileira, esse superlotação do sistema penitenciário se deve por um conjunto de fatores, econômicos, sociais e jurídicos. Segundo a Secretaria de Segurança dos Estados, os dados carcerários do país, apesar de muitas das vezes estarem maquiados para atender a interesses políticos de uma minoria, indicam um aumento total da criminalidade a cada ano, dando destaque para os crimes de

tráfico de entorpecentes, receptação de veículos, roubo de veículos e roubos a pedestres, além dos furtos.

Como bem lembra Vanderlei Deolindo:

É de se considerar, ainda, que um número expressivo sequer ingressa nas estatísticas, pois as vítimas não levam ao conhecimento da polícia, tamanho o descrédito em relação ao sistema. Mais preocupante ainda é o fato de que os números relativos às prisões em flagrante (e que servem aos estudos relativos às audiências de custódia e à relação do número de presos provisórios) somente expressam parte do contingente de crimes praticados no meio social todos os dias e noites, pois a grande maioria não resulta em auto de prisão em flagrante. Ou seja, são praticados muito mais crimes do que são objeto de autos de prisão em flagrante. Daí porque o sentimento de insegurança da população é ainda maior (DEOLINDO, 2016, p. 210).

Atualmente, as penitenciárias brasileiras enfrentam inúmeros problemas, principalmente estruturais e, na maioria dos casos, esses problemas são resultantes da falta de compromisso do Estado com a situação atual dos presos, principalmente em grandes cidades. O Estado não mostra qualquer inclinação de boa vontade no sentido de dar cumprimento às normas de Execução Penal, que dizem respeito aos direitos dos presos, e dessa forma tentar ao menos amenizar a situação degradante vivenciada nos cárceres brasileiros.

A Lei de Execução Penal visa dar proteção aos direitos mínimos do preso, e com isso garantir a integridade física e psíquica do detento para que esse, eventualmente, possa ser inserido na sociedade. Certo é que uma das funções das unidades prisionais é a ressocialização do criminoso como forma de combate à criminalidade.

Garantias básicas as quais os presos têm direito são ignoradas constantemente, prejudicando assim a recuperação dos detentos. A própria Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, XLIX, traz o direito dos presos à integridade física e moral, como cláusula pétrea. O artigo 38 do Código Penal também garante ao preso o direito à integridade física e moral, bem como, estabelece que

ao detento é assegurado a conservação de todos os seus direitos não atingidos pela liberdade. Portanto, os direitos à alimentação, ao vestuário, ao descanso e à recreação, à assistência à saúde e à educação não são atingidos pela perda da liberdade, devendo o Estado garanti-los em qualquer situação.

A Lei de Execução Penal assegura, nos artigos 12 e 14, os direitos acima referidos:

Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

As prisões, em regra, são insalubres, o que ocasiona a disseminação de doenças, como dermatites e infecções, por exemplo. É comum, ainda, os presídios serem locais extremamente violentos, o que ocorre diante das condições mínimas de vida.

Sanitários coletivos e precários contribuem para a piora das questões de higiene, o que aumenta a difusão de problemas de saúde entre os detentos. Ainda é comum a transmissão de doenças sexuais, como a AIDS, entre os presos, devido à falta de informação e acompanhamento médico.

Necessidades básicas como vestuário e alimentação também são extremamente precárias, sendo comum detentos com pneumonia e desnutrição.

Sobre o tema, aduz Matheus de Rossi Alves:

Não é segredo que o sistema penitenciário brasileiro está longe de ser ideal, como um dia já se sonhou. A completa falta de assistência aos presidiários, que motiva a ocorrência de violência e criminalidade dentro do próprio presídio, faz com que os Direitos Humanos não consigam adentrar os portões dos nossos cárceres. Agressões físicas, psicológicas e marginalização social atingem não só aos detentos, como também suas famílias fora das prisões, gerando uma discriminação coletiva por parte da sociedade livre (ALVES, 2016).

Outro problema enfrentado dentro das grandes penitenciárias é a falta de uma ocupação dentro do estabelecimento prisional, o que deixa os detentos com muito tempo livre para se amargurarem e desenvolverem sentimento de revolta. E em alguns casos planejam rebeliões e fugas.

A realização de atividades produtivas por parte dos presos, enquanto cumprem a pena encarcerados, é indispensável para a reabilitação destes. Ocorre que, apesar da previsão legal, que determina que é direito do preso o trabalho e sua devida remuneração (art. 41, II, da Lei de Execução Penal), a realidade está mais uma vez bem distante do desejo da norma. A lei, além de dispor sobre a possibilidade de exercer uma atividade remunerada, ainda determina que a atividade a ser exercida pelo detento deve levar em consideração a sua habilitação, condição pessoal e as necessidades futuras do mesmo, bem como se atentar para as necessidades do mercado de trabalho. O trabalho é motivado pela influência na remissão da pena.

Ocorre que, por falta de vagas nas colônias penais agrícolas, indústrias ou similares, muitos dos presos ainda cumprem pena em regime fechado, sem ser-lhes oportunizada a progressão de regime.

A falta de educação também é um dos fatores problemáticos encontrados nos presídios. Quando esta é oferecida no presídio, geralmente o é de forma insatisfatória, devido à falta de materiais e locais adequados para que as aulas sejam ministradas. A educação fornecida nas unidades prisionais deve ser voltada para a qualificação profissional dos detentos para que, quando retornarem à vida em sociedade, tenham mais facilidade de exercerem uma atividade remunerada, e com isso possam alcançar a ressocialização e não retornarem ao cárcere.

Dessa forma, necessita-se de atuações nas causas e nos efeitos das prisões. Necessita-se de políticas públicas que atuem junto às populações carentes, auxiliando na educação familiar e escolar, na diminuição da pobreza e do desemprego, nas crises econômicas, na impunidade, entre outros diversos fatores. Lembrando sempre que a sociedade, já totalmente insatisfeita com o alto nível de criminalidade no país, tem exigido, cada vez mais, respostas efetivas sobre o assunto, sendo, por isso, fundamental que as alternativas apresentadas para a solução de problemas, como o do encarceramento em massa, sejam harmônicas com o ordenamento jurídico, para que os direitos das pessoas de bem possam ser preservados.

O encarceramento em massa no Brasil

O encarceramento em massa é um dos maiores problemas encontrados no sistema penitenciário brasileiro, pois desencadeia outros inúmeros efeitos negativos para o detento, gerando, conseqüentemente, forte ofensa ao seu direito de viver uma vida digna.

O elevado número de presos nos estabelecimentos prisionais tem levado à falência do sistema penitenciário pois, teoricamente, o condenado deveria ter uma cela individual, certamente ideal utópico para a realidade brasileira. O art. 88 da Lei de Execuções Penais aduz que:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6,00 m² (seis metros quadrados).

Obviamente que uma cela individual para cada detento seria algo irrazoável e extremamente oneroso para o Poder Público, mas celas superlotadas também não atendem a um dos principais objetivos da pena, qual seja, a ressocialização do condenado.

Augusto Thompson, em sua obra “A questão penitenciária”, apresenta alguns exemplos do superlotamento dos presídios brasileiros:

[...] em um alojamento onde caberiam cinco camas, com razoável distância entre elas, de sorte a permitir a colocação de um pequeno armário, podem ser acomodados doze presos, desde que se usem beliches e se suprima o móvel; ou vinte e seis, se todo o mobiliário for eliminado e se fizer com que os hóspedes durmam num estrado inteiriço, a cobrir toda a extensão da cela (sistema usado, v.g., no Presídio de água Santa, no rio). Ou se a área pode suportar cinquenta alojamentos, com dez presos em cada

um, torna-se viável nela recolher uma população de mil e quinhentas ou duas mil pessoas, se, em vez de dividi-la em compartimentos, a autoridade se limita a cercá-la com arame farpado, deixando que os residentes se amontoem no interior, dormindo no chão puro (como ocorria no antigo Galpão, no Rio, hoje Instituto Presídio Evaristo de Moraes – até 1967). Se o número de guardas, por diminuto pode manobrar, apenas, uma população prisional de cem presos, basta adotar o expediente de manter os internos trancados no cubículo dia e de noite, privados completamente de sol, para habilitar aquela quantidade de funcionários a custodiar mil e quinhentos. Se a verba de alimentação é suficiente para sustentar quinhentos internos, com duas refeições ao dia, pode-se destiná-la ao dobro, se fornece uma única refeição diária (THOMPSON, 2002, p. 102).

A realidade dos presídios brasileiros, mais uma vez, não corresponde com às expectativas da Lei de Execução Penal, pois o que se tem hoje em diversas penitenciárias espalhadas pelo Brasil é um número totalmente inapropriado de detentos em uma única cela, o que prejudica a higiene pessoal e fisiológica do indivíduo, e torna insalubre o ambiente carcerário, além de violento, e consequentemente tem-se o aumento de epidemias e diversas outras moléstias nesses ambientes.

Maia salienta que:

Atualmente, sabe-se que o crescimento descontrolado da violência alimenta o sistema prisional brasileiro com cada vez mais presos, desde 2006 este número ultrapassou 400 mil. A justiça no Brasil, no entanto, mantém uma predileção pela prisão em regime fechado. A superpopulação carcerária afronta a condição humana dos detentos, aumenta a insegurança penitenciária, o abuso sexual, o consumo de drogas, diminui as chances de reinserção social do sentenciado, além de contrariar as condições mínimas de exigências dos organismos internacionais. O que fazer com os sentenciados e como corrigi-los sempre assombrou a sociedade. Punição, vigilância, correção. Eis o aparato para “tratar” o sentenciado. Conhecer

a prisão é, portanto, compreender uma parte significativa dos sistemas normativos da sociedade (MAIA, 2009, p. 10).

Atualmente, o número de presos é ainda maior e a tendência é o aumento desse índice. O último levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, publicado pelo Ministério da Justiça em junho de 2015, apresentou números impressionantes, como visto anteriormente. Importante registrar também que o Brasil, segundo o mesmo levantamento, ocupa o quarto lugar no *ranking* dos países com maiores contingentes de pessoas privadas de liberdade.

Langeani e Ricardo muito bem dissertam:

É importante frisar que o crescimento do número de presos não cumpriu sua promessa de contenção da violência. Ao contrário, a superlotação, a violação de direitos e a falta de ambientes e atividades propícias à ressocialização levam a um acirramento da violência e crescimento de facções criminosas em presídios. O que este diagnóstico evidencia, portanto, é uma necessidade urgente de mudança – aliás, já inaugurada em outros países, diante de desafios semelhantes (LANGEANI; RICARDO, 2016, p. 4).

Diante de números tão expressivos, pode-se perceber como é difícil se alcançar a ressocialização do preso, quando o sistema penitenciário brasileiro não consegue pôr em prática todos os direitos previstos na Lei de Execução Penal.

O desrespeito à dignidade humana do preso

Todas as condições marginalizantes as quais acabam por ser submetidos os condenados a penas privativas de liberdade, que efetivamente são levados ao cárcere, ofendem fortemente o princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro. Esse princípio apresenta a ideia de que qualquer ser

humano tem direito à dignidade, sendo esta um direito inerente ao homem, decorrente da sua condição humana.

Expressão reconhecidamente vaga, a dignidade humana, ao longo da história, vem atormentando filósofos, sociólogos e teólogos. O tema, que tem sido inserido em várias Constituições, tornou-se merecedor da atenção dos juristas, que também têm grande dificuldade em dar-lhe um conceito substancial. A dignidade é considerada uma qualidade própria do homem, uma substância única, utilizada para distinguir os seres humanos. A palavra “dignidade” tem sua raiz etimológica no latim: “dignus” é “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”.

Assim, quanto à conceituação de dignidade da pessoa humana, a doutrina não conseguiu chegar ainda a um consenso devido à carga de abstração da definição.

Moraes aduz que:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2002, p. 128).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o respeito à dignidade da pessoa humana veio a se tornar um comando jurídico no Brasil, assim como já havia acontecido em outras partes do mundo. Após a Segunda Guerra Mundial e em resposta às atrocidades ocorridas em 1948, as Nações Unidas proclamaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, em seu artigo 1º, anuncia: "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos". Em 1947, a Constituição italiana já havia proclamado que "todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei".

No Brasil, depois de mais de duas décadas sob o regime da ditadura militar, foi promulgada, em 1988, a Constituição democrática, que traz em seu artigo

1º, III, a dignidade da pessoa humana como sendo um dos “Fundamentos da República Federativa do Brasil”. Segundo Moraes: “A Constituição consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática” (MORAES, 2002, p. 83). Dessa forma, pode-se dizer que é na dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica se apoia para que seja construída, e isso significa que todos os setores da ordem jurídica são alcançados pelo valor da dignidade. Entretanto, existe uma dificuldade na aplicação de tal princípio, uma vez que pode haver conflitos entre situações jurídicas amparadas pelo mesmo princípio, dessa forma, há que se ponderar no sentido de que, para aplicar o princípio no benefício de uns, não haja o prejuízo de outros.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 1º, III, trouxe o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, e integrando, assim, o rol de princípios fundamentais previstos na Constituição. Dessa forma o princípio em tela passou a ser conhecido como uma norma embaixadora de todo o sistema normativo brasileiro, passando, assim, a nortear os demais direitos fundamentais previstos na Constituição.

Segundo Novelino:

Dentre os fundamentos do Estado brasileiro, a dignidade da pessoa humana possui um papel de destaque. Núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, a dignidade da pessoa humana é o valor constitucional supremo que irá informar a criação, a interpretação e a aplicação de toda a ordem normativa constitucional, sobretudo, o sistema de direitos fundamentais (NOVELINO, 2010, p. 339).

Assim, ao ganhar condição de fundamento da República, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser considerado um dos que possui maior valor, servindo de valor mestre às demais normas jurídicas, encontrando os demais princípios na dignidade humana seu fundamento imediato.

Sobre o tema, disserta Farias:

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: o de fonte jurídico-positiva de direitos

fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. Destarte o extenso rol de direitos e garantias fundamentais consagrados no título II da Constituição Federal de 1988, traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Em suma, os direitos fundamentais são uma primeira e importante concretização desse último princípio, quer se trate dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), dos direitos sociais (arts. 6º e 11), ou dos direitos políticos (art. 14 a 17) (FARIAS, 1996, p. 66).

Vale registrar que o princípio deve ter sempre força normativa, não bastando somente o seu reconhecimento formal. E é diante do reconhecimento normativo do princípio da dignidade humana que se pode também reconhecer que a pessoa constitui o principal objetivo da ordem jurídica, devendo, assim, sempre se ter uma presunção a favor do homem e sua personalidade nas relações entre este e o Estado.

Sobre a dignidade da pessoa humana, explica Ingo Wolfgang Sarlet que:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos (SARLET, 2001, p. 60).

Percebe-se, pela definição apresentada por Sarlet que se trata de um grupo de direitos que visam à defesa da integridade física e psíquica de qualquer ser humano. Sendo repudiada qualquer tentativa de degradação à integridade do homem e impondo ao Estado a obrigação de prover formas de garantir a dignidade humana dos menos afortunados.

E essa é a situação da maior parte dos detentos do sistema carcerário brasileiro, onde um dos principais e mais alarmantes problemas “é a falta de celas para suportar todos os presos, causando um déficit de vagas que obriga milhares de detentos a conviverem juntos em péssimas condições, aumentando ainda mais o nível de marginalização interna dos presídios” (ALVES, 2014) e afrontando claramente a dignidade desses indivíduos.

Dessa forma, se torna evidente que o ser humano necessita de proteção aos seus direitos para que possa se desenvolver tanto fisicamente, como socialmente. O direito à dignidade humana, sendo o direito basilar dos direitos fundamentais, deve ser fortemente protegido pelo indivíduo, pela sociedade e pelo Estado. Mesmo o criminoso encarcerado deve ser tratado com humanidade, ainda que o crime cometido seja o pior dos crimes, pois são pessoas que, como nós, também possuem o direito de cumprir suas penas com total dignidade (TAUCHERT, 2015).

A própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLIX, assegura aos presos e a qualquer cidadão o respeito à sua dignidade física e moral. Ainda no mesmo artigo, no inciso III, garante ainda que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Vale ressaltar que, além da função punitiva, a prisão também tem por objetivo a reintegração social do preso, e quando este não está recluso com as mínimas garantias preservadas, dificulta o processo de reeducação do preso.

Alves, ainda sobre o tema, disserta:

A família tem um papel fundamental em toda a política pública do Estado, por fazer o futuro do País, pois a estabilidade financeira da família é muito importante para a manutenção da proteção social, previdência social e seguridade social.

Tendo a família meio de criar seus pares de forma digna, estes não acarretarão um empobrecimento ao País, tirando do Estado a obrigação de fornecer proteção a mais um cidadão, ou seja, se o cidadão tiver o mínimo, terá seu meio de subsistência independente, isentando o Estado de gastos (ALVES, 2014, p. 43).

Sobre a importância do respeito à dignidade humana, também destaca Cunha Júnior:

A dignidade da pessoa humana assume relevo como valor supremo de toda sociedade para o qual se re-conduzem todos os direitos fundamentais da pessoa humana. É uma “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecer do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 527-528).

Ainda sobre a dignidade da pessoa humana, salienta Jacintinho:

O Estado de Direito brasileiro pugna pelo modelo democrático, em tudo garantidor da evolução da pessoa humana. É, portanto, princípio-matriz do Estado de direito democrático brasileiro a dignidade humana. É princípio que se sobrepõe a todos os outros e que orienta interpretação de todos os outros e que orienta a interpretação de todos os regimes constitucionais postos em vigor a partir da Carta Política de 1988 (JACINTINHO, 2009, p. 205).

Assim, verifica-se que o Estado não fornece nem as mínimas condições de sobrevivência para os presos no Brasil, que vivem em situações subumanas, com o entupimento dos estabelecimentos prisionais e conseqüentemente em precárias condições de vida, tornando as prisões em totalmente desumanas, opondo-se claramente aos direitos e garantias previstos na Constituição Federal brasileira.

Como tratar a ociosidade da população carcerária

Para que possa o preso ser reabilitado, faz-se totalmente indispensável a realização de atividades produtivas, enquanto perdurar o cumprimento da pena.

Um dos objetivos da Execução Penal é garantir que o que está disposto em sentença ou decisão judicial seja cumprido integralmente dentro de uma relação harmônica, buscando a integração e reintegração do condenado ou interno à sociedade.

São indiscutíveis os avanços ocorridos ao longo dos anos no que diz respeito à Execução das Penas, e, como visto, um de seus objetivos é a preparação do retorno do recluso ao convívio em sociedade, que é a maior beneficiária disso tudo, sendo importante que a sociedade tenha consciência que ela mesma se beneficiará com o cumprimento e o êxito dessa execução em relação ao reeducando, uma vez que somente a privação da liberdade não ressocializa ninguém.

A ociosidade impera dentro dos presídios e penitenciárias no Brasil, e tempo livre para detentos é algo que pode se tornar uma arma apontada para a sociedade, pois permite aos detentos pensarem em formas de burlar as regras internas dos presídios e as leis externas, tais como a própria fuga ou ainda como praticar novos crimes.

Dessa forma, verifica-se que lutar contra a ociosidade nos presídios é fundamental para se buscar a ressocialização do condenado encarcerado.

Através da Lei de Execuções Penais, buscou-se dar atenção à forma de se tornar produtivo o tempo dos presos encarcerados, e ainda beneficiá-los por isso. O artigo 126 da Lei de Execuções dispõe:

Art. 126. 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.

§1.º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de.

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

I – 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

§2.º As atividades de estudo a que se refere o §1.º poderão ser desenvolvidas de forma presencial, ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.

§3.º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem.

§4.º O preso impossibilitado de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição.

§5.º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

§6.º O condenado que cumpri pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do §1.º deste artigo (BRASIL, 1984).

O artigo supra nos apresenta a remissão através do estudo, também denominada como remissão intelectual. O parágrafo 5º apresenta a oportunidade de aumentar o abatimento da pena, quando o reeducando concluir o ensino fundamental, ou médio ou ainda o ensino superior.

Apesar de Nucci não concordar com esse tipo de remição, porque, segundo ele, “quem está livre deve trabalhar e, portanto, se preferir, igualmente estudar, sem remição alguma” (NUCCI, 2015, p. 393).

Temos também a previsão da remissão por meio do trabalho praticado pelo reeducando que se encontra em regime fechado ou semiaberto, onde um dia de pena equivale a três dias trabalhados.

Nesse sentido, apresenta-se o artigo 28 da Lei de Execuções Penais, que aduz que "o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva".

O estudo e o trabalho estão intimamente ligados à reeducação do preso e à sua reinserção social. O problema é que, no Brasil, atualmente, o sistema penitenciário não se encontra adaptado e efetivamente estruturado para fornecer a todos os presos estudo e trabalho, para que possam assim estarem efetivamente mais preparados para seu retorno à sociedade.

A passagem do tempo de forma produtiva enquanto cumprem suas penas, através de estudo e trabalho, auxilia nos objetivos centrais da reabilitação e no resgate social do indivíduo encarcerado. O estudo e o trabalho são fortes instrumentos de ressocialização, pois desenvolvem habilidades que ajudarão os reclusos a reconstruírem suas vidas após o cárcere com maior dignidade e consciência, evitando, na maioria das vezes, a reincidência.

O problema é que, na maioria das instituições penais do Brasil, a existência de oferta de serviços educacionais ou alternativas para o trabalho é inexistente ou insuficiente, o que não viabiliza que os presos se engajem em projetos educacionais.

A realidade é notória, a maior parte da população carcerária é composta por pessoas de baixa escolaridade, em sua maioria, não dominam competências básicas, tais como a escrita e a leitura, o que definitivamente pode ser um dos influenciadores para o cometimento do delito. Diante disso, é que programas e projetos sociais que envolvam a prestação de educação e trabalho nos presídios e penitenciárias são importantes para que os detentos possam desenvolver o senso de autovalorização. O trabalho da conscientização dos reeducandos é essencial para que os presos possam sair preparados para retornarem à vida em sociedade e não mais cometerem novos crimes, e assim retornarem ao sistema carcerário. Uma pessoa que nasceu e viveu em uma situação abaixo da dignidade mínima, e que não teve e não tem acesso a uma educação de qualidade, não possui a capacidade necessária para agir com discernimento dos seus atos.

A Lei de Execução Penal (LEP), sendo alterada pela Lei nº 13.163/15, torna obrigatório o ensino médio nos presídios.

As escolas e os cursos oferecidos dentro dos presídios devem estar integrados ao sistema estadual e municipal de ensino, ou seja, o ensino ministrado

nos presídios deverá ter a mesma validade, carga horária, requisitos etc. que aqueles ofertados fora do estabelecimento prisional. Isso tem o objetivo de fazer com que os presos que forem alunos não tenham nenhuma dificuldade ou prejuízo ao continuarem seus estudos quando saírem do presídio (lembrar que o maior objetivo da LEP é ressocializar).

Essa integração atende a recomendação internacional prevista no item 77.2 das Regras Mínimas da ONU para Tratamento das Pessoas Presas:

77.

(...)

2. Tanto quanto possível, a educação dos presos estará integrada ao sistema educacional do país, para que depois da sua libertação possam continuar, sem dificuldades, a sua educação.

O princípio do *numerus clausus* pode ser definido como o princípio ou sistema organizacional por meio do qual cada nova entrada de uma pessoa no âmbito do sistema carcerário deve necessariamente corresponder ao menos a uma saída, de forma que a proporção presos-vagas se mantenha sempre em estabilidade ou tendencialmente em redução. Sua origem remonta ao ano de 1989, quando o deputado francês Gilbert Bonnemaïson encaminhou ao Ministro da Justiça daquele país um relatório com diversas propostas para modernização do sistema carcerário, dentre as quais constava o princípio em análise, referido como a obrigatoriedade de que o número de presos em determinado estabelecimento penal atendesse ao número exato (fechado) de prognóstico de adaptabilidade social, deveria ser imposta a prisão domiciliar com vigilância eletrônica. A proposta não prosperou, mas não foi esquecida, sendo novamente mencionada no ano de 2006, ainda na França, numa campanha organizada por entidades da sociedade civil. Deve-se compreender, contudo, que a sistemática do *numerus clausus* preconiza o controle e a redução da população carcerária, e não a criação de novas vagas no sistema penitenciário, e se apoia basicamente em duas premissas. A primeira, já citada acima, consiste no inescusável atendimento a um número fechado de vagas disponíveis. O segundo, por sua vez, consiste na vedação de que a Administração Penitenciária se valha do poder de transferência entre estabelecimentos prisionais para, cumprindo momentaneamente uma

decisão judicial, deslocar o problema da superlotação para outra unidade prisional, burlando o aludido princípio.

O artigo 28 da LEP assim estabelece:

Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

§ 1º. Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene.

§ 2º. O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

O instituto da Laboterapia é uma das mais importantes “armas” na reinserção do preso ao convívio social.

Nas palavras de Alfredo I. Ássaly (2006, p. 15):

O trabalho presidiário, consagrado em todas as legislações hodiernas, constitui uma das pedras fundamentais dos sistemas penitenciários vigentes e um dos elementos básicos da política criminal no Brasil e no Mundo, objetivando a reinserção e eliminação da ociosidade do preso.

O trabalho penitenciário é encarado na LEP como um dever social e condição de dignidade humana, tendo a finalidade educativa e produtiva. É um misto de dever (artigo 39, V) e direito (artigo 41, II). Dever, pois recusa injustificada configura falta grave (artigo 50, VI), podendo gerar, inclusive, prejuízos na difícil conquista de alguns benefícios na execução. Direito, porque a labuta, além de essencial para a sua ressocialização, garante ao preso a remuneração (artigo 29), podendo descontar 01 dia de pena para cada 03 dias trabalhados (artigo 126). O presidiário, contudo, não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CUNHA, 2019, p. 43).

Imperioso ressaltar que o trabalho do presidiário não deve ser confundido com pena de trabalho forçado, sendo esta proibida pela Carta Magna de 1988. O que se combate é o ócio dentro do sistema carcerário.

Observa-se que as prisões do Brasil estão perdendo o caráter reabilitador da pena, com o total abandono das medidas de ressocialização, o que resulta em presos retornando à sociedade, iguais ou até mesmo piores do que quando entraram no sistema penitenciário, cometendo novos crimes e retornando ao sistema, ou seja, trata-se, na realidade, de um grande círculo vicioso.

Conclui-se que a ociosidade tem imperado nas instituições penais, contribuindo de forma negativa com a reeducação dos detentos, pois estes não possuirão qualquer qualificação útil, para o seu retorno à sociedade, de forma que facilite a sua integração com a comunidade.

Ressalta-se que a legislação penal e constitucional já normatizou a necessidade de desenvolvimento de programas e projetos auxiliares na correção dos condenados, no entanto, estes não são efetivamente aplicados, seja pela omissão ou desinteresse das autoridades administrativas.

A violência

Um outro aspecto que não se pode desconsiderar ao se fazer uma análise sobre o sistema prisional diz respeito à violência que se alastra pelas prisões brasileiras. O ambiente hostil a que são submetidos aqueles que ingressam no sistema prisional afronta flagrantemente o que está disposto como cláusula pétreia na Constituição Federal de 1988: a integridade física e moral dos detentos. Esse é um dos principais fatores que fazem do cárcere um multiplicador de criminalidade.

A superlotação, o ócio, a má qualidade da alimentação e a assistência médico psicológica estão entre os principais motivos que desencadeiam a violência tanto dos presos contra os funcionários, quanto dos funcionários contra os presos e destes entre si.

Segundo dados oficiais da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, de uma população carcerária de cento e nove mil, cento e sessenta e três presos, considerada em 2004, houve vinte e nove mortes de natureza criminal e, em 2005, o cárcere paulista já registrava nada menos que cinquenta homicídios.

Em 2004, foram registradas quatro grandes rebeliões no Estado de São Paulo. Em 2005, esse número foi triplicado: treze grandes rebeliões. Em 2006, até 20 de

junho, o cárcere paulista já contava dezessete registros de grandes proporções, totalizando cento e cinquenta e nove, quando se computam as de menor porte.

O relacionamento entre apenados e funcionários, em regra, é circundado de violência ou, no mínimo, de ameaças sutis. Trata-se de uma relação tensa que inviabiliza qualquer projeto de recuperação da delinquência e de controle da criminalidade. A prisão torna inexequível a reabilitação social do apenado, alimentando nele um sentimento constante de revolta e tornando cada vez menos flexível o seu comportamento.

Como ocorreu nos primórdios da civilização, o agrupamento entre a população carcerária se dá até por uma questão de sobrevivência, deflagrando verdadeiras guerras de facções. Agrupados, o poder dos mais fortes se concentra e se torna mais efetivo. Agregam-se, organizam-se, criam regras éticas e de comportamentos, verdadeiras leis que se fazem cumprir com rigor, mais eficazes e efetivas que as leis de nosso ordenamento jurídico.

A problemática da reincidência

Assim como ocorre em uma avalanche que começa pequena, mas rapidamente agrega matéria e ganha força incontrolável, ocorreu com o sistema prisional brasileiro.

A partir do momento em que se começou a encher as prisões de gente, a tarefa de ressocializar os presos ficou praticamente impossível de ser implementada. Salvo algumas exceções, verifica-se que houve algum tipo de trabalho ressocializador, mas na maioria das prisões não há tarefas nesse sentido. E onde há, a restrição é grande, em razão da superlotação, pois as vagas para trabalhos ressocializadores é bem limitada e aqueles que ficam de fora têm que contar com a sorte.

A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, conhecida como Lei de Execução Penal, parece mais um poema do que propriamente uma lei. Como afirma Bitencourt (2012, p. 1.342), o legislador brasileiro, “sempre tão romântico na fase de elaboração dos diplomas legais”, ignora completamente a real situação do sistema e cria uma lei absolutamente incapaz de ser implementada.

O principal fundamento do encarceramento de um ser humano que comete um crime é a sua ressocialização pois, somente prendendo-o, não se estará

combatendo a criminalidade. Aliás, o legislador brasileiro é pródigo em combater as consequências da criminalidade, quando na verdade as suas causas é que tinham de ser combatidas. Esse comportamento decorre da politicagem que ignora os fatos e a realidade. O que eles querem é permanecer no poder através do voto popular e, quanto mais populares forem suas ações, mais votos terão.

É sempre a mesma coisa. Quando ocorre um determinado crime em que há repercussão nacional, sempre aparece um político para propor a criação de um novo tipo penal ou o endurecimento de determinada sanção penal já existente.

René Ariel Dotti (2003) sintetiza bem essa situação, comentando o que ele define como inflação legislativa:

Atualmente a legislação especial que trata de matéria criminal, quer criminalizando condutas ou declarando-as equiparadas a tipos já previstos no Código Penal, quer abordando aspectos relativos à caracterização dos delitos ou à aplicação ou extinção das penas, alcança o expressivo número superior a uma centena de diplomas, entre leis, decretos-lei e decreto. Quanto às leis extravagantes no campo das contravenções penais, o número ultrapassa a uma dezena de diplomas. A soma global chega a 119 (cento e dezenove) diplomas dispondo sobre crimes e contravenções, a parte das normas do Código Penal. Nesse número não estão incluídos os Decretos e as Portarias que se limitam à tarefa de simples regulamentação da lei (DOTTI, 2003, p. 1).

Como afirmado anteriormente, além da punição ao criminoso, o encarceramento tem a finalidade de ressocializar esse indivíduo. Todavia, essa ressocialização no contexto atual tornou-se quase que inaplicável por diversos fatores. Gamil Föppel (2000), ao tecer algumas críticas ao sistema penal, elenca alguns desses fatores. Primeiramente, ele diz que o cárcere por si só não educa, ao contrário:

O encarceramento das pessoas, ao contrário do que deveria fazer, embrutece, dessocializa. Não há aprendizado, exercício de atividade laborativa, enfim, não há um processo gradual de reinserção no grupo social.

Presos, milhares de internos amontoam-se em condições subumanas, lembrando um inferno dantesco. Ao sair do presídio, na maioria das vezes, ou o indivíduo sai demente, impossibilitado de retornar à normalidade, ou sai revoltado, disposto a “retribuir” à sociedade os seus anos de martírio (FÖPPEL, 2000, p. 6).

De fato, diante de um quadro desses, não há como implementar qualquer programa de ressocialização.

Diz também o referido autor que o egresso carregará para o resto de sua vida o estigma de ter sido preso, prejudicando sua vivência social. Assim, com essas marcas profundas, realmente não há esperança para o ex-detento e a única solução para ele é voltar a delinquir, não pelo prazer de fazê-lo, mas por uma questão de sobrevivência.

Portanto, aqueles que já pagaram sua conta por terem delinqüido jamais deveriam voltar para a prisão. A ressocialização pode ser a melhor forma de evitar isso, mas, para que isso ocorra, é necessária a vontade do governo, da classe política e da sociedade como um todo. César Roberto Bitencourt (2012) evidencia que:

Em matéria de ressocialização não podem existir receitas definitivas, mas se deve operar somente com hipóteses de trabalho. O problema de ressocialização não pode ser resolvido com fórmulas simplistas. Se tudo for simples, incluídas as soluções, com certeza os resultados serão absolutamente insatisfatórios. A finalidade ressocializadora não é a única, nem mesmo a principal finalidade da pena. A ressocialização é, isto sim, uma das finalidades que deve ser perseguida, na medida do possível. Da mesma forma como não aceitamos o repúdio, puro e simples, do objetivo ressocializador, também não vemos como possível pretender que a readaptação social seja uma responsabilidade exclusiva das disciplinas penais, já que isso suporia ignorar o sentido da vida e a verdadeira função das referidas disciplinas. Não se pode atribuir às disciplinas penais a responsabilidade exclusiva de conseguir a completa ressocialização do delinqüente, ignorando a existência de outros programas e meios de controle social de que

o Estado e a sociedade devem dispor com objetivo ressocializador, como são a família, a escola, a Igreja etc. A readaptação social abrange uma problemática que transcende os aspectos puramente penal e penitenciário (BITENCOURT, 2012, p. 675).

Ensina, ainda, o aludido autor, que a ressocialização depende muito do delinquente, ou seja, ele deve querer ressocializar-se.

Ademais, nas palavras de Bitencourt: “Acabar com a delinquência completamente e para sempre é uma pretensão utópica, visto que a marginalização e a dissidência são inerentes ao homem e o acompanharão até o fim da aventura humana na Terra” (BITENCOURT, 2012, p. 676).

Todavia, continua o referido doutrinador, deve-se atentar para o fato de que essa circunstância não deve exonerar a sociedade de sua responsabilidade para com o destino do delinquente, pois se este tem o dever de zelar pelo bem-estar de toda a comunidade, aquela, em contrapartida, tem o dever de não abandoná-lo à própria sorte. Afinal, viver em comunidade traz problemas em razão das diferentes origens de cada pessoa, além da condição econômico-social.

Bitencourt elenca algumas propostas feitas por Barata para combater a delinquência e entre estas se destaca uma em que o autor chama a atenção para o papel da sociedade na busca de uma solução para a criminalidade, afirmando que “é necessário que a questão criminal seja submetida a uma discussão massiva no seio da sociedade e da classe obreira” (BITENCOURT, 2012, p. 670). E continua dizendo:

Todos os segmentos sociais devem conscientizar-se de que a criminalidade é um problema de todos e que não será resolvido com o simples lema “Lei e Ordem”, que representa uma política criminal repressiva e defensora intransigente da ordem (geralmente injusta) estabelecida. Os meios de comunicação coletiva exercem um papel importante, posto que apresentam a criminalidade como um “perigoso inimigo” interior. Nessas condições, fica difícil que a opinião pública possa abandonar a atitude predominantemente repressiva e vingativa (além de estigmatizante) que tem a respeito do fenômeno delitivo⁷¹. É indispensável uma transformação radical da opinião pública e da atitude dos

cidadãos em relação ao delinquente se se pretende oportunizar-lhe a possibilidade de ressocializar-se. Se isso não ocorrer, será muito difícil a reincorporação ao sistema social de uma pessoa que sofre grave processo de marginalização e de estigmatização. O fenômeno delitivo tem uma inevitável dimensão social; por essa razão é que a atitude e participação do cidadão é decisiva (BITENCOURT, 2012, p. 670).

Sobre a reincidência, César Roberto Bitencourt faz uma análise através da criminologia crítica e sintetiza bem a sua causa. Diz o autor:

A estigmatização e o etiquetamento que sofre o delinquente com sua condenação tornam muito pouco provável sua reabilitação. Depois de iniciada uma carreira delitiva é muito difícil conseguir a ressocialização. O sistema penal, como a escola, desintegra os socialmente frágeis e os marginalizados. Entre os delinquentes e a sociedade levanta-se um muro que impede a concreta solidariedade com aqueles ou inclusive entre eles mesmos (BITENCOURT, 2012, p. 667).

Reafirma ainda o referido autor que “a separação entre honestos e desonestos, que ocasiona o processo de criminalização, é uma das funções simbólicas do castigo e é um fator que impossibilita a realização do objetivo ressocializador” (BITENCOURT, 2012, p. 667). E mais:

O sistema penal conduz à marginalização do delinquente. Os efeitos diretos e indiretos da condenação produzem, em geral, a sua marginalização, e essa marginalização se aprofunda ainda mais durante a execução da pena. Nessas condições, é utópico pretender ressocializar o delinquente; é impossível pretender a reincorporação do interno à sociedade por intermédio da pena privativa de liberdade, quando, de fato, existe uma relação de exclusão entre a prisão e a sociedade. Os objetivos que orientam o sistema capitalista (especialmente a acumulação de riqueza) exigem a manutenção de um setor marginalizado da sociedade, tal como ocorre com a delinquência (BITENCOURT, 2012, p. 668).

Arremata Bitencourt: “assim, pode-se afirmar que a lógica do capitalismo é incompatível com o objetivo ressocializador. Sem a transformação da sociedade capitalista, não há como encarar o problema da reabilitação do delinquente” (BITENCOURT, 2012, p. 668).

De fato, no modo de vida capitalista, sempre haverá o rico, o pobre, os marginalizados pelo sistema e, conseqüentemente, muitos se voltarão para o crime por questão pessoal e/ou social. Afinal, cada pessoa carrega em si o conceito próprio de justiça e de como deveria funcionar a vida em sociedade.

Portanto, não há como evitar a reincidência se não for trabalhada a ressocialização do apenado. O que no atual sistema prisional brasileiro é uma tarefa muito difícil, para não dizer quase impossível.

Se o Estado já não tem outros meios ordinários de sair dessa crise, deve-se buscar alternativas extraordinárias para fazê-lo. Claro, tudo dentro da legalidade constitucional. Talvez por isso, e aí deve-se pagar para ver, é que surge a ideia de se dar uma oportunidade para a proposta de “privatização” dos presídios brasileiros.

Contudo, não se trata de uma privatização nos moldes do que vem ocorrendo no Brasil a partir do governo do ex-presidente Fernando Henrique. O sistema prisional do Brasil é singular e essa singularidade é que lhe dá um tratamento especial no tocante ao tema privatização. O termo “privatização dos presídios” é impróprio e inadequado, como será demonstrado no tópico seguinte.

A eficácia da pena privativa de liberdade e o seu caráter reeducativo

A legislação de Execução Penal, teoricamente, prevê um sistema que desenvolveria com facilidade a ressocialização do preso brasileiro, que é um dos principais objetivos da pena privativa de liberdade, a reeducação do detento para que este volte à vida em sociedade com valores positivos e benéficos para o convívio social. Ocorre que, apesar de toda a previsão legal neste sentido, as regras prevendo um sistema ressocializador dos presos não têm alcançado a sua efetividade.

O fracasso da prisão não se deve exclusivamente ao não cumprimento das normas de execução penal, ou seja, aglutinam-se outros fatores que são ínsitos à própria natureza da prisão (BAZAN, 2008, p. 48).

Nelson Hungria, citando Muakad, sustenta que:

Os estabelecimentos da atualidade não passam de monumentos de estupidez. Para reajustar homens à vida social invertem os processos lógicos de socialização; impõem silêncio ao único animal que fala; obrigam a regras que eliminam qualquer esforço de reconstrução moral para a vida livre do amanhã, induzem a um passivismo hipócrita pelo medo do castigo disciplinar, ao invés de remodelar caracteres ao influxo de nobres e elevados motivos; aviltam e desfibram, ao invés de incutirem o espírito de hombridade, o sentimento de amor-próprio; pretendem, paradoxalmente, preparar para a liberdade mediante um sistema de cativoiro (HUNGRIA *apud* MUKAD, 1996, p. 21).

Diante do ensinamento do Mestre Nelson Hungria, percebe-se que o sistema penitenciário não pode e não deve preparar o preso para permanecer em um estabelecimento prisional, mas sim para reintegrar à sociedade quando retornar à liberdade. E para se alcançar esse objetivo o condenado deve ter seus direitos resguardados para que possa ser reabilitado.

Sobre a ressocialização, ressalta Mirabete:

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as grandes contradições que existem no sistema social exterior (...). A pena privativa de liberdade não ressocializa, pelo contrário, estigmatiza o recluso, impedindo a sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre com a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de dominação (MIRABETE, 2002, p. 24).

Buscando uma solução para o problema da ineficiência das penas privativas de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o constante desrespeito à dignidade do preso, atrapalhando assim a ressocialização do mesmo, Márcio Zuba de Oliveira e Rafael Damasceno de Assis dissertam que:

Haja vista, os inúmeros problemas relacionados com a Execução Penal no Brasil, vislumbra-se que o melhor caminho a ser seguido não é o da reclusão e sim o da aplicação de penas alternativas, tais como, prestação de serviços à comunidade, doação de alimentos aos necessitados, enfim, penas que não retirem o condenado do meio social além de impor-lhe uma responsabilidade habitual. A execução da pena é o primeiro e o último momento em que se torna possível a ressocialização (OLIVEIRA; ASSIS, 2007, p. 1).

Michel Foucault assevera que:

[...] a delinquência é uma identidade atribuída e internalizada pelo indivíduo a partir de um ou vários delitos, essa identidade começa a se formar/forjar a partir do momento em que o infrator entra no sistema carcerário – seja de maiores ou de menores. A instituição na qual o indivíduo é isolado do convívio social e que tem a função social de regeneração e recuperação é aquela que, contraditoriamente, acaba por atribuir-lhe esta identidade, que passa a “funcionar” como marca ou rótulo. Uma marca que irá carregar posteriormente à sua saída do cárcere e que irá dificultar sua integração social (FOUCAULT, 2003, p. 225).

Diante da importância das penas para a ressocialização do indivíduo que cometeu um ato ilegal, é que se percebe que a pena privativa de liberdade perde total eficácia quando não acompanhada de condições suficientes para salvaguardar ao detento o seu cumprimento com dignidade e respeito aos mínimos existenciais, permitindo com mais facilidade a ressocialização do apenado que futuramente se verá inserido novamente na sociedade. A precariedade das condições nas penitenciárias brasileiras, na maioria das vezes, impossibilita a ressocialização do infrator.

Bitencourt, sobre a pena privativa de liberdade, dispõe que:

A prisão exerce, não se pode negar, forte influência no fracasso do “tratamento” do recluso. É impossível pretender recuperar alguém para a vida em liberdade em condições de não liberdade. Com efeito, os resultados obtidos com a aplicação da pena privativa de liberdade são, sob todos os aspectos, desalentadores (BITENCOURT, 2000, p. 90).

Ainda segundo Bitencourt:

Um dos grandes obstáculos à ideia ressocializadora é a dificuldade de colocá-la efetivamente em prática. Parte-se da suposição de que, por meio do tratamento penitenciário – entendido como conjunto de atividades dirigidas à reeducação e reinserção social dos apenados -, o terno se converterá em uma pessoa respeitadora da lei penal. E, mais, por causa do tratamento, surgirão nele atitudes de respeito a si próprio e de responsabilidade individual e social em relação à sua família, ao próximo e à sociedade. Na verdade, a afirmação referida não passa de uma carta de intenções, pois não se pode pretender, em hipótese alguma, reeducar ou ressocializar uma pessoa para a liberdade em condições de não liberdade, constituindo isso verdadeiro paradoxo (BITENCOURT, 2000, p. 139).

Diante disso, analisando as finalidades da pena, punir e reeducar, verifica-se que são duas vertentes totalmente opostas, como punir alguém e prepará-lo para retornar à sociedade consciente das mazelas que causou, para que possa não mais cometê-las, através do mesmo instrumento que é a pena. Tais ideias se apresentam totalmente contrárias e nem um pouco harmoniosas, o que aparenta ser uma das maiores dificuldades encontradas no sistema penal brasileiro.

O texto de um documento oficial demonstra como se apresenta essa combinação de finalidades tão distintas:

Ainda o nosso moderno sistema prisional procede numa direção muito incerta, porque sua administração

tem, necessariamente, uma série de compromissos. De um lado, espera-se que as prisões punam; de outro, supõe-se que reformem. Espera-se que disciplinem rigorosamente ao mesmo tempo em que ensinem autoconfiança. São construídas para operar como grandes máquinas impessoais, mas se espera que ajustem os homens a viver vidas comunitárias normais. Operam de acordo com uma rígida rotina autocrática, mas se espera que desenvolvam a iniciativa individual. Todas as regras restritivas por demais frequentes obrigam o preso à ociosidade, a despeito do fato de que um de seus objetivos primários é ensinar aos homens como ganhar uma vida honesta. Recusam ao preso qualquer possibilidade de auto-governo, mas esperam que ele se transforme em um homem consciente, numa sociedade democrática. Para alguns, as prisões não são mais do que clubes campestres, a prover as fantasias e os caprichos dos internos. Para outros, a atmosfera prisional parece carregada somente de amargura, de rancor e de sentimento pervertido de frustração. E assim o esquema paradoxal prossegue, porque nossas ideias a respeito da função das instituições correcionais na sociedade, são confusas, vagas e nebulosas (FEDERAL BUREAU OF PRISONS *apud* THOMPSON, 2002, p. 10).

Novamente, cita-se Bitencourt, que explica:

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 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 (BITENCOURT, 2011, p. 162).

Dessa forma, parece quase comprovada a impossibilidade de se estabelecer uma política coerente, onde em uma mesma instituição penal se possa ter atingido concomitantemente todos os objetivos que se esperam da pena privativa de liberdade, pois ser punido gera sentimentos totalmente conflitantes com os que se espera que o preso tenha no momento de ser reabilitado e retornar ao convívio em sociedade.

Novamente, Bitencourt ressalta:

A fundamentação conceitual sobre a qual se baseiam os argumentos que indicam a ineficácia da pena privativa de liberdade pode ser, sinteticamente, resumida em duas premissas:

a) Considera-se que o ambiente carcerário, em razão de sua antítese com a comunidade livre, converte-se em meio artificial, antinatural, que não permite realizar nenhum trabalho reabilitador sobre o recluso. Não se pode ignorar a dificuldade de fazer sociais aos que, de forma simplista, chamados antissociais, se se os dissocia da comunidade livre e ao mesmo tempo se os associa a outros antissociais [...].

b) Sob outro ponto de vista, menos radical, porém igualmente importante, insiste-se que na maior parte das prisões do mundo as condições materiais e humanas tornam inalcançável o objetivo reabilitador. Não se trata de uma objeção que se origina na natureza ou na essência da prisão, mas que se fundamenta no exame das condições reais em que se desenvolve a execução da pena privativa de liberdade (BITENCOURT, 2011, p. 163).

A clara deficiência nas condições das instituições penais no país tende a ser uma realidade, o que leva a concluir que a prisão se encontra em

crise, resultado da sua própria essência, como também da falta de atenção dispensada pelos governantes ao sistema penitenciário, o que tem levado a população a exigir uma série de reformas, de modo que a pena privativa de liberdade possa se tornar realmente um meio efetivo de reabilitação.

Quando se observam os números de reincidência no Brasil, conclui-se também que a pena privativa de liberdade não vem conseguindo alcançar os seus objetivos de ressocializar e reintegrar o delinquente ao convívio social. Assim é que muitos falam que as prisões têm efeito criminógeno, ao invés de limitar e diminuir a prática de crimes, aparenta o contrário, o seu estímulo. Não demonstrando acrescentar nenhum benefício ao condenado, mas sim viabilizar que este entre em contato com toda sorte de crimes e vícios. Os resultados obtidos são definitivamente desanimadores, e podem indicar a ineficiência da pena privativa de liberdade, ao mesmo passo que pode indicar os valores que são produzidos dentro dos presídios e penitenciárias.

Obviamente que não se sugere acabar em definitivo com a pena privativa de liberdade, decisão considerada claramente exagerada, mas é preciso elaborar novos e reforçar os já existentes métodos alternativos para o cumprimento de penas, tendo como principal objetivo a efetiva ressocialização do apenado, o que se torna cada vez mais medida de urgência, tendo em vista o elevado número de reincidência em nosso país.

Das propostas de reforma do sistema carcerário brasileiro

Diante de toda a problemática que vem vivenciando o sistema carcerário brasileiro, é que muito tem se falado sobre a necessidade de uma reforma no sistema atual. O problema é que muito já se tentou para se ver resolvido o problema do encarceramento em massa no Brasil.

A realidade é que, com o atual sistema, onde se tem a superlotação das instituições penitenciárias e a mistura de apenados por crimes graves e ainda por de menor periculosidade, a recuperação e a reinserção social dos presos se torna praticamente uma missão impossível. Daí doutrinadores do direito, legisladores, sociólogos, sugerem a realização de uma reforma no sistema penitenciário brasileiro. Essa reforma teria que ser totalmente radical, incluindo vários setores, não somente o direito penal.

Difícil se estabelecer o que realmente teria efeito para minimizar efetivamente o superlotamento do sistema carcerário, uma vez que envolve tantos setores ao mesmo tempo, judiciário, legislativo e administrativo.

Sabe-se que o Estado possui diversas outras prioridades, no entanto, se não derem uma atenção melhor ao sistema penitenciário nacional, o problema tende somente a aumentar e se transformar em uma situação sem retorno, pois, atualmente, ao invés de os condenados serem ressocializados, estão, na realidade, sendo qualificados para que se tornem criminosos cada vez mais perigosos.

Dentre os diversos projetos e soluções já apresentados, destacam-se alguns que demonstram que, se o problema não for resolvido como um todo, resultados reais não serão alcançados.

Penas alternativas como meio de maior eficácia na reeducação do condenado

Viu-se que é real a ineficiência do caráter ressocializador da pena privativa de liberdade dentro de um sistema penal degradado e à beira da falência. As condições a que os apenados encarcerados estão submetidos no sistema penitenciário nacional demonstra a clara inviabilidade da pena privativa de liberdade alcançar os seus objetivos, além de atuar no sentido contrário, não conseguindo intimidar a sociedade e somente influenciar no cometimento de novos crimes.

A prisão não está oferecendo o tratamento adequado aos presos, como preveem a Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional. A manutenção e a criação de novos presídios que atendam a todos os requisitos que a lei determina seriam iniciativas extremamente onerosas aos cofres públicos, recursos esses que deixariam de ser usados em outros setores essenciais, como educação, saúde e segurança.

Quando analisamos os infratores primários, ou os considerados de menor potencial ofensivo, a prisão demonstra ter efeitos mais catastróficos ainda, pois essas pessoas estariam sujeitas cada vez mais a situações destruidoras da personalidade e dignidade do condenado. O convívio com criminosos de grande monta afeta a vida daqueles que, certamente, seriam mais fáceis de serem ressocializados e reabilitados.

Diante desse cenário, é que novas medidas vão sendo buscadas para solucionar esses problemas das instituições penais nacionais. Assim, levantam-se as medidas alternativas à prisão, que vêm ganhando cada vez mais apoio dos doutrinadores penais. Acredita-se que dessas se possa retirar maior proveito na ressocialização da pena.

A Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, trouxe para o Código Penal Brasileiro as penas alternativas para serem usadas em substituição da pena privativa de liberdade. Grande avanço para o sistema penal brasileiro, em que os condenados que forem primários e tiverem cometido delitos de menor potencial danoso têm a possibilidade de serem punidos por outras medidas distintas, em vez de serem privados de sua liberdade. Tais penas não mancham por completo a imagem do condenado perante a sociedade, além de terem forte caráter preventivo, por afastarem o apenado das atividades que o levaram ao cometimento do crime.

A própria Exposição de Motivos do Código Penal, no item 26, denominada “Das Penas”, declara:

Uma política pública criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou autores de crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa de liberdade com resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade (BRASIL, 1940).

As penas alternativas podem resultar em uma maior eficácia regenerativa, uma vez que atualmente se vê que o sistema prisional se encontra em falência, claro colapso, potencializando os crimes, não os combatendo efetivamente. Tais penas proporcionam ao sujeito, em liberdade, repensar seus atos e com isso buscar a regeneração.

Alencar, sobre essa modalidade de pena, explica:

A pena alternativa é aquela sanção que não afasta o indivíduo da sociedade, não o exclui do convívio social e dos seus familiares, não o impede de realizar seus afazeres normais e não o expõe aos males do sistema penitenciário. Trata-se de uma medida punitiva de caráter educativo e socialmente útil imposta ao autor da infração penal no lugar da pena privativa de liberdade (ALENCAR, 2002, p. 09).

Diferentemente da pena privativa de liberdade, as penas alternativas permitem ao indivíduo se manter próximo aos seus familiares, da sua comunidade, da sua atividade laboral, facilitando o processo de regeneração.

Bitencourt dispõe sobre as penas alternativas:

As inquietações, que não se limitaram às penas curtas de prisão, foram o início da busca de modernas alternativas de sanções penais. Os especialistas dedicam longo esforço à tentativa de encontrar alternativas que permitam, pelo menos, evitar o encarceramento de delinquentes, exceto aquele que resulte indispensável. Com a preocupação de diminuir a privação de liberdade ou, ao menos, transformá-la em simples restrição, surge, além da multa, a suspensão condicional, o livramento condicional, o arresto de fim de semana, o trabalho em proveito da comunidade, interdições para o exercício de determinadas atividades, proibições de exercícios de certos direitos, etc (BITENCOURT, 2011, p. 286).

O que se busca com tais medidas é dar uma solução mais real e humana à pena e com isso solucionar o terrível problema da prisão no Brasil, ao menos no tocante às penas de menor potencial ofensivo.

Enquanto preso, enfrentará dificuldades, dificilmente poderá realizar um trabalho, estará privado da convivência social, inclusive com familiares, aumentando as chances de revolta com a sociedade, com o sistema, e com isso dificultando as chances de ressocialização, além das más influências a que estão sujeitos enquanto presos.

No Brasil, tais penas alternativas às penas de prisão são denominadas penas restritivas de direito, e estão previstas no Código Penal, no artigo 43, como já citado anteriormente, quando se falava das modalidades da pena no Direito Penal Brasileiro. Elas são prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de delitos e limitação de fim de semana, entre outras previstas na legislação.

A penas restritivas se apresentam como comandos impeditivos, que restringem alguns direitos do réu, como meio de substituir a pena privativa de liberdade. Existem ainda outras penas alternativas previstas na lei penal, como a suspensão condicional do processo, a reparação do dano que resulta na extinção da punibilidade; a necessidade de representação e a composição civil que se expressa na renúncia do direito de queixa ou de representação da vítima.

Outro instrumento de despenalização da pena são os Juizados Especiais Criminais, criados pela Lei nº 9.099/95, em que foram elencados os casos onde seria a pena privativa de liberdade totalmente desproporcional ao delito cometido pelo infrator.

As penas alternativas possuem, portanto, caráter substitutivo e têm por objetivo auxiliar na redução das penas privativas de liberdade e proporcionar maior ressocialização do apenado. Relevante destacar, com isso, que a pena privativa, assim, se torna a última medida penal a ser aplicada, só sendo cabível quando não couber nenhuma outra medida.

Portanto, vemos que a denominação correta para essa medida é pena restritiva de direito, sendo popularmente conhecida por alternativa, por se apresentar como alternativa à pena privativa de liberdade. No entanto, quando se observa através dessa ótica, muitos entendem que o juiz pode aplicar tanto uma como a outra, a depender do seu juízo de valor sobre o caso concreto. No entanto, essa não é a realidade, na prática, pois, no momento da aplicação da pena, o magistrado deve estipular a pena privativa de liberdade, e estando presentes todos os requisitos legais previstos para a aplicação da pena restritiva de direito, a primeira deve ser convertida na segunda, não cabendo ao juiz escolher qual aplica a sua discricionariedade.

A pena restritiva, portanto, é autônoma por alcançar a tutela jurisdicional, não podendo ser aplicada concomitante com a privativa de liberdade, onde cabe uma, não cabe a outra.

Para que possa a pena restritiva de direitos ser aplicada, alguns requisitos devem ser preenchidos. Inicialmente, não pode a pena privativa de liberdade aplicada ultrapassar a quatro anos nos casos de crimes dolosos, e para os casos de crimes culposos não há limite de tempo, ou seja, independe da dosagem da pena.

O próximo requisito é que o réu não pode ser reincidente, portanto, não pode ter sido condenado anteriormente pela prática de outro crime.

A conduta praticada pelo criminoso não pode ter ocorrido mediante violência ou grave ameaça à vítima.

Requisitos subjetivos do réu devem ser analisados, quais sejam, a sua culpabilidade, os seus antecedentes, a sua conduta social e ainda a sua personalidade. Além disso, os motivos e as circunstâncias em que se deram o crime devem indicar que a substituição é eficiente e suficiente.

Nos casos de aplicação de penas privativas de liberdade inferiores a um ano, estas podem ser substituídas por multa ou por uma das penas restritivas de direito e uma multa, ou por duas restritivas de direito.

Relevante destacar que, mesmo nos casos em que o réu seja reincidente, no entanto, não no mesmo crime, e o juiz entender ser a medida socialmente recomendável, pode a pena privativa ser substituída pela restritiva de direitos.

Diante de todo o exposto sobre as penas restritivas, ou alternativas, é que muitos doutrinadores acreditam que uma reformulação do sistema penal brasileiro deve ser realizada, de forma a permitir que tal modalidade de pena possa abranger um número maior de apenados, sendo a pena privativa de liberdade realmente usada em *ultima ratio*, como exceção, devendo ser usada somente para os crimes realmente muito gravosos, onde tais penas se tornariam inviáveis, por expor a sociedade a um risco maior.

Audiência de Custódia: uma tentativa de diminuir o encarceramento em massa

Tema do processo penal que tem se destacado nas discussões doutrinárias é a chamada audiência de custódia, que revela o direito do indivíduo preso em flagrante de ser conduzido à presença de uma autoridade judicial competente, no prazo máximo de 24 horas, a fim de ser averiguada a legalidade e

manutenção da prisão, verificando-se a ocorrência de possíveis atos de maus tratos ou de torturas, sendo garantido, neste ato, o contraditório através de manifestação tanto da acusação como da defesa.

O conceito da palavra custódia significa “ato de guardar, proteger”. Para a prática penal, a audiência de custódia surge como mecanismo que coloca o preso em contato direto e sem demora com autoridade judicial competente, que deverá exercer um controle da legalidade e da necessidade da prisão, bem como, analisar as condições em que se apresenta a pessoa do preso, no que diz respeito à prática de maus tratos ou tortura, devendo ainda neste ato ser observado o contraditório entre acusação e defesa (PAIVA, 2015, p. 31).

A audiência de custódia, ou audiência de apresentação, como também é conhecida, trata-se de instrumento que tem por objetivo resguardar a liberdade pessoal do acusado e sua dignidade. Este instituto encontra previsão normativa em Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) prevê, em seu artigo 9.3, que:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. (...) (PIDCP, 1966).

Vale ressaltar que a expressão “sem demora” tem sido relacionada a um prazo de até 24 horas, que devem ser contadas a partir da prisão em flagrante, devendo, portanto, dentro deste prazo, ser o autuado apresentado a juiz competente. Atualmente, o Código de Processo Penal estabelece somente que os documentos do inquérito devem ser apresentados ao juiz nesse lapso temporal (artigo 306, § 1º), não existindo nesta norma nenhuma referência à apresentação do acusado a magistrado. Então, normalmente, estando a autoridade judicial de posse do auto de prisão em flagrante (APF), avalia-se a legalidade da prisão, bem como, a necessidade de mantê-la ou não, convertendo-a em prisão preventiva, que é outra modalidade de prisão cautelar, ou optando pela liberdade provisória, toda sua decisão baseada apenas nos documentos passados pela polícia. Somente sendo ouvidos o acusado e as testemunhas em audiência de Instrução e Julgamento, que geralmente acontece meses depois de efetuada a prisão.

Embora a previsão normativa desse instituto esteja nos referidos tratados, dos quais o Brasil é signatário, e o Supremo Tribunal Federal reconheça que normas de tratados internacionais de direitos humanos são dotadas de supra-legalidade em nosso ordenamento interno, a discussão sobre a implantação da audiência de custódia no processo penal brasileiro é recente, sendo que a iniciativa de se aprovar uma legislação tratando desse instituto se deu com o projeto de lei do senado (PLS) nº 554/2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, propondo a alteração do §1º do artigo 306 do CPP para instituir a audiência de custódia em 24 horas após a prisão em flagrante, com a seguinte redação:

Art. 306. [...]

§1º. No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Durante a tramitação na Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa (CDH), o PLS foi contemplado com diversas emendas.

O conceito atribuído à audiência de custódia tem relação direta com as finalidades a que a mesma se propõe, que são a de ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, a prevenção da tortura policial, visando assegurar a efetivação do direito à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade e a de evitar prisões ilegais, arbitrárias ou, por algum motivo, desnecessárias (PAIVA, 2015, p. 34-39).

No que diz respeito à finalidade de ajustar o processo penal aos tratados internacionais, trata-se de um requisito não efetivamente obedecido pela legislação brasileira pois, como já mencionado, a audiência de custódia tem previsão normativa na CADH e no PIDCP, que o Brasil é signatário desde 1992. Contudo, apenas recentemente a efetiva realização de tal instituto começou a ser discutida e posta em prática pelo nosso sistema penal.

A audiência de custódia foi implementada há pouco no Ordenamento Jurídico Brasileiro, com a justificativa de se cumprir acordos internacionais

firmados, que fazem previsão da realização das audiências de custódia, como é o caso do Pacto São José da Costa Rica que, em seu art. 7º, item 5, dispõe:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

A grande massa, representada pela sociedade como um todo, acredita que a prisão e os maus tratos contra o acusado representam a eficácia da justiça. Pode-se comparar a vingança pública do século XVIII, na qual a autoridade representava os interesses da comunidade em geral.

O lapso temporal que existe entre o real contato do magistrado com o preso permite que não existam mais vestígios de lesões, tampouco a vontade do preso de comunicar que sofreu agressão física ou moral, no momento do flagrante. Neste ponto, a audiência de custódia é um importante mecanismo de proteção aos direitos humanos da pessoa conduzida pela autoridade policial, na medida em que criará a possibilidade do judiciário ser informado prontamente sobre eventuais casos de tortura ou agressão.

No que se refere à finalidade de evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias, a audiência de custódia mostra-se útil também para identificar os casos mais graves que necessitam da aplicação de prisão domiciliar, como nos casos em que o acusado (a) seja portador de doença grave, ou possa estar grávida, por exemplo. Além disso, é um mecanismo de prevenir desaparecimentos forçados e execuções sumárias (PAIVA, 2015, p. 40).

Paiva (2015) cita decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), referente ao controle da prisão:

O controle judicial imediato é uma medida tendente a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, tomando em conta que num Estado de Direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção, quando seja estritamente necessário, e procurar, em geral, que se trate o investigado de

maneira coerente com a presunção de inocência (CIDH *apud* PAIVA, 2015, p. 39).

A audiência de custódia deve ser presidida por autoridade munida das competências capazes de controlar a legalidade da prisão, o delegado lavra e o juiz controla. Além disso, já nessa fase, tanto Ministério Público como defesa devem sustentar as razões pelas quais a constrição cautelar deve ou não ser mantida. Há reserva de Jurisdição. Logo, além do juiz, devem participar Ministério Público e defesa (LOPES JR.; ROSA, 2015).

O contato do indiciado com o juiz, membro do Ministério Público e seu defensor, no prazo de 24 horas é uma forma de assegurar mais eficácia às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa em situações de tutela cautelar.

No entanto, após passados anos da ratificação do Pacto, consolida-se, de forma questionável, a realização das audiências cautelares de custódia no Brasil, justamente em um momento crítico para o sistema carcerário brasileiro, que vive uma crise gigantesca, onde o último levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen¹, publicado pelo Ministério da Justiça em junho de 2015, apresenta um número totalmente alarmante, 607.731 pessoas privadas de liberdade no Brasil, sendo que o sistema brasileiro está preparado para atender a 376.669 pessoas, tendo portanto um déficit de vagas de 231.062. Importante registrar também que o Brasil, segundo o mesmo levantamento, ocupa o quarto lugar no *ranking* dos países com maiores contingentes de pessoas privadas de liberdade, o que leva ao questionamento das intenções reais para somente agora ser instituído no procedimento processual penal.

Jeferson Botelho ressalta que:

É preciso mudar esse panorama atual. Audiência de custódia é atestado de ineficiência do estado diante de problemas estruturais longe de serem resolvidos.

Vê-se, claramente, que o pensamento da audiência de custódia é soltar presos e não acelerar o processo e julgamento das infrações penais (BOTELHO, 2015).

1. <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>.

Remetendo-se, assim, às palavras de Jeferson Botelho, as audiências de custódia, no momento atual do Brasil, apresentam-se como atestado de ineficiência do Estado, tendo em vista que a legislação penal brasileira adota a prisão como exceção, e se funda no princípio da necessidade da prisão, tendo na norma pátria diversos dispositivos que ampliam a liberdade e reduzem as prisões, ao preverem, por exemplo, que ao o autor que comete crime de menor potencial ofensivo não será imposta prisão, quando este assumir o compromisso de comparecer ao juízo criminal, ou ainda, nos casos de crimes cometidos com pena de até 04 anos de prisão, em abstrato, onde a Autoridade Policial deverá arbitrar um valor de fiança, podendo o autor responder ao processo em liberdade, entre outras.

Assim se verifica, através de uma primeira análise, que a finalidade da audiência de custódia foi deturpada, a fim de se alcançar números mais satisfatórios em relação à criminalidade no Brasil.

A audiência de custódia, como visto, tem por finalidade garantir um direito do preso que, indiretamente, já foi resguardado do Código de Processo Penal, não tendo, portanto, justificativa para diminuir drasticamente os números de encarceramento até então presentes. Após a implementação da audiência de custódia, cerca de oito mil pessoas que foram presas em flagrante em 2015 não foram mantidas presas após a realização da referida audiência.

O projeto “Audiência de Custódia”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão do Poder Judiciário, conforme prevê o artigo 92, I, -A, da Constituição Federal de 1988, vai de encontro com os objetivos do Poder Judiciário, ou seja, “Realizar Justiça”.

O CNJ, buscando alcançar os objetivos do Judiciário, lançou projeto nacional, com o intuito de implantar o compromisso de realização de justiça, passando a ser realizada audiência de custódia, “com o escopo de assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão, por meio de apreciação mais adequada e apropriada da prisão antecipada pelas agências de segurança pública do estado” (BRASIL, 2016). O termo de abertura do referido projeto apresenta, nas suas justificativas, a população carcerária do país, que já alcançava o elevado número de 563.526 pessoas, das quais 41% desse número é composto por pessoas presas provisoriamente, conforme já mencionado. Logo após, informa que o Brasil se encontra entre os quatro países com o maior índice de pessoas presas. Relata ainda que a população carcerária subiu de 148 mil

pessoas para 361.402, segundo dados do Ministério da Justiça, o que significa dizer que houve um crescimento de 143% entre os anos de 1995 e 2005. A justificativa ainda aduz que, de forma anacrônica, a redemocratização do país levou também ao aumento dos índices de criminalidade, resultando no superlotamento do sistema prisional brasileiro, ferindo as garantias da Constituição Federal, na dignidade da pessoa humana um fundamento da República e a presunção da inocência como um princípio substancial.

Na justificativa, alegam ainda:

O grande desafio, pois, é entender: como o Brasil alcançou essa realidade, malgrado o nosso amplo sistema de direitos e garantias? Por que o grande índice de presos provisórios, se as alterações legislativas promovidas pela Lei nº 12.403/2011 conduziram, por lógica, à sua diminuição? Afinal, por que a prisão cautelar não é a coadjuvante do sistema penal e, definitivamente, encarada como exceção? (BRASIL, 2016).

Em relatório da ONU apresentado sobre Detenção Arbitrária, o Brasil aparece com situação alarmante. Tem-se que, “embora o sistema de justiça criminal brasileiro trabalhe sob matrizes garantistas, a decretação da prisão cautelar continua sendo amplamente assumida pelo Judiciário local sem maiores reflexões”². Dessa forma, um instituto que antes era visto como exceção, agora é tão corriqueiramente usado que resultou em um colapso do sistema prisional brasileiro, vivendo, esse, tempos de crise intensa. Segundo o mesmo relatório, “a presunção de inocência consagrada na Constituição parece ser uma prática abandonada pelos juízes que recorrem em muitos momentos à prisão cautelar como primeira medida”³.

2. Informação do UNITED NATIONS. *Report of the Working Group on Arbitrary Detention on its visit to Brazil (18 to 28 March 2013)*. Disponível em: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/27/48/Add.3.

3. Informação do UNITED NATIONS. *Report of the Working Group on Arbitrary Detention on its visit to Brazil (18 to 28 March 2013)*. Disponível em: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/27/48/Add.3.

A justificativa, por fim, informa que 37% dos presos provisórios, geralmente, não são condenados a penas diversas das privativas de liberdade. Dessa forma, após todo o exposto, o Conselho Nacional de Justiça propõe:

[...] percebendo a necessidade de provocar reflexões bem mais comprometidas sobre a utilidade e a adequada utilização das medidas cautelares em face do sistema de justiça criminal, a implantação e operacionalização da prática da denominada ‘audiência de custódia’, também chamada de ‘audiência de apresentação’, enquanto ato por meio do qual se dará a apresentação do autuado preso em flagrante delito perante um juiz, permitindo-lhes o contato pessoal como método de melhor pautar as providências previstas no art. 310 do Código de Processo Penal, assegurando-se, com isso, e mais concretamente, o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão, conforme prevê o art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, e o art. 7º, item 5, da Convenção Americana dos Direitos Humanos, que se constituem em autênticas franquias legislativas, malgrado provinham de fonte externa (BRASIL, 2016).

Ao se analisar criticamente as justificativas apresentadas pelo CNJ para a implantação do projeto, percebe-se que a justificativa aponta como um dos motivos fundamentais a implantação do projeto em escala nacional, o elevado aumento da população carcerária no Brasil, principalmente, no tocante aos números detectados em pesquisa do Ministério, que demonstra que a aplicação das prisões cautelares tem se tornado banal no ordenamento jurídico do país, sendo revelado que os juízes têm se afastado dos preceitos garantistas.

Ricardo Lewandowski, ministro, à época presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, destaca a importância do projeto, ao afirmar que: “nós prendemos muito e prendemos mal. Temos cerca de 600 mil presos no Brasil e o pior de tudo é que 40% são presos provisórios, ou seja, são 240 mil pessoas encarceradas nesse nosso país em flagrante ofensa ao princípio da presunção de inocência” (LEWANDOWSKI, 2015).

Se observado, percebe-se que o Ministro alega que, além de prender-se “muito”, também se prende “mal”, o que ajuda a corroborar o entendimento de que o projeto do CNJ surgiu para tentar resolver a crise vivenciada

pelo sistema penitenciário brasileiro, e não especificamente para garantir os direitos fundamentais do acusado, principalmente o direito à presunção de inocência. Demonstra ainda que o judiciário tem sido relaxado no uso das prisões cautelares, mostrando ainda o desapego da corrente garantista, que resulta no aumento da população carcerária.

Vanderlei Deolindo, sobre o desapego das teorias do garantismo por parte dos juízes, expõe:

No Rio Grande do Sul, berço do garantismo penal, os dados são diferentes, pois o Estado gaúcho conta com uma população carcerária na casa dos 28.059 presos, sendo 35% deles ainda não julgados. Afora o exagero na atribuição de culpa ao rigor dos juízes brasileiros, não se pode deixar de considerar a importância do CNJ e do projeto desencadeado, pois existem muitos Poderes Judiciários pelo nosso Brasil, em cada um dos Estados, e nas vezes em que ocorre o dito desapego das matrizes garantistas, indica-se uma falta de cultura que precisa ser enfrentada, construída e disseminada nacionalmente no passar dos tempos. São múltiplos os casos de prisões provisórias por crimes afiançáveis que, mesmo em caso de condenação, originarão penas diversas da privativa de liberdade. Diversos os casos em que vários presos provisórios serão absolvidos. Muito mais são os casos nos quais as medidas cautelares alternativas previstas no CPP podem ser aplicadas, em substituição ao encarceramento imediato, privilegiando-se o princípio da inocência. E, nesse particular, o CNJ passou a gerir dados nacionais que justificam a instituição de projeto dessa natureza (DEOLINDO, 2016, p. 208-209).

Como visto, interessantes questionamentos são levantados quando da leitura das justificativas apresentadas para o projeto nacional de implantação da audiência de custódia, pois tudo remete ao elevado número de presos e a superlotação do sistema carcerário, sendo a audiência de custódia mero instrumento de diminuição da população carcerária.

Obviamente que não se pode ignorar a relevância de tal projeto, uma vez que este tem por finalidade a defesa dos direitos individuais do acusado preso, que possuem, conforme previsão em tratado internacional, o direito de serem conduzidos a juiz competente para que possa ser realizado o controle da legalidade e da real necessidade da sua prisão, não ficando somente à mercê do que transmitem os policiais ao magistrado através do inquérito ou auto de prisão em flagrante.

De outro modo, não se pode deixar de lado a finalidade do direito penal, qual seja, a manutenção da paz social, que é buscada através da punição, e a retirada do convívio social de todos aqueles que deixam de agir em conformidade com a lei, praticando atos criminosos contra a sociedade, que em sua maioria é voltada aos bons costumes. No entanto, tal seleção só pode se dar após a oitiva da defesa e do Ministério Público, através da audiência de conciliação, devendo esta ser feita por juízes competentes para o ato.

Viu-se a necessidade clara de se fazer algo que a reforma penal de 2011 não conseguiu, com as alterações referentes às cautelares no Código de Processo Penal, que é diminuir a população carcerária, principalmente a de presos provisórios.

Surgiu, assim, o projeto das audiências de custódia, como um meio de solucionar a problemática crise do sistema prisional brasileiro. O referido órgão já vinha acompanhando a situação da Lei nº 12.403/2011 há tempos, veja-se:

[...] a situação das prisões brasileiras tornou-se tão grave que, em 2008, o Conselho Nacional de Justiça colocou em ação um programa emergencial para revisar os processos das pessoas encarceradas. Os relatórios dos Mutirões Carcerários apresentam exemplos claros dos abusos cometidos, como estes citados por Santos (2010): “FLS foi preso em 26 de dezembro de 2007. Em quase dois anos a instrução sequer havia sido iniciada. AA furtou dois tapetes em um varal. Foi preso em novembro de 2006 e condenado, em julho de 2009, a um ano de prisão no regime aberto. Apesar disso, apenas uma semana após a sentença AA foi liberado. LSM foi preso em janeiro de 1998. Sem sentença até junho de 2009, LSM foi solto no mutirão carcerário. RS ficou preso mais de 2 anos

sem sequer ser denunciado (ZACKSESKI, 2010 apud TEIXEIRA, 2015, p. 41).

Por fim, um último argumento deve ser lembrado, e um dos mais influenciadores para criação de mecanismos que consigam reduzir o problema da população carcerária, qual seja, seus custos. Lewandowski lembrou posteriormente sobre tal discussão que:

O preso custa hoje aqui no Brasil, em média para os cofres públicos estaduais ou federais, cerca de R\$ 3 mil. Se nós multiplicarmos 120 mil presos por 12, teremos a impressionante cifra de R\$ 4,3 bilhões em um ano. Evidentemente é um dinheiro que, ao invés de manter pessoas que não precisam ser presas, nós poderemos investir em áreas essenciais (LEWANDOWSKI, 2015).

Dessa forma, começou uma caça ao resgate do ser humano no processo penal, como uma forma de diminuir gastos e apresentar ao povo uma resposta rápida ao problema do sistema carcerário, sendo clara tal alternativa visualizada pela classe política de todos os poderes do Estado. O que aparenta é um acordo mútuo entre todas as instituições políticas do país que facilmente aceitaram o discurso otimista do projeto de audiência de custódia apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça.

A audiência ganhou críticas daqueles que estavam diretamente ligados ao ato, tais como juízes, o Ministério Público, principalmente o do Estado de São Paulo, que foi o pioneiro no projeto, que diante de sua visão institucional, apresentou resistência, desde o início, à audiência. Outro órgão que também demonstrou resistência foi a associação de classe do Ministério Público de São Paulo, que chegou até mesmo a impetrar mandado de segurança contra a resolução paulista, no entanto, não lograram muito êxito, pois foi reconhecida a inépcia da inicial levando o mesmo ao fim sem julgamento do mérito. Por fim, delegados de polícia buscaram as portas do STF para açoiar a iniciativa legislativa.

No entanto, a maioria não significa todo mundo. Por exemplo, a Associação de Juízes de Direito mostrou-se a favor da iniciativa, bem como, as instituições ligadas diretamente com o direito de defesa, tais como a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil.

O problema é que, diante do pouco tempo de implantação da audiência de custódia no processo penal, ainda não se tem dados suficientes que comprovem qualitativamente e quantitativamente o verdadeiro resultado das audiências de custódia. Inicialmente, o assunto tem sido abordado nos meios de comunicação apresentando resultados magníficos para os que esperam uma aplicação harmoniosa entre as prisões cautelares e a real necessidade das prisões, quando analisadas em audiência de custódia.

Foi noticiado, logo após a implantação do projeto na cidade de São Paulo, que dos 24 casos onde foi realizada a audiência, em 17 foram concedidas liberdades provisórias⁴, número totalmente incomum quando a conferência da legalidade e necessidade da prisão eram realizadas somente com base nos termos do inquérito policial e do auto de prisão em flagrante. Logo, pouco mais de um mês do início do projeto, a proporção de prisões caiu pra 40%⁵, valores mais significantes são apresentados para outras capitais onde o projeto já estava em funcionamento.

Certo é que a audiência de custódia é um instituto de extrema relevância para o processo penal, por garantir que este respeite efetivamente os mandamentos constitucionais e os tratados internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil faz parte, no entanto, não será apenas sua simples implementação que irá resolver o problema do superlotamento do sistema carcerário.

Luciana de Souza Teixeira aduz que:

Primeiramente, de nada adianta uma audiência que verifique a legalidade da prisão preventiva se os juízes, pressionados pela opinião pública e pela classe política, desnaturalizarem o instituto, usando justificativas que não respeitem a lógica cautelar, como a ampliação do fundamento de garantia da ordem pública, com o objetivo de demonstrar uma resposta imediata pela justiça. Como já foi explicitado no primeiro capítulo, prisão cautelar não é pena, deve ser usada só em casos excepcionais, o que demanda

4. <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,no-1-dia-de-audiencia-de-custodia-juizes-julgam-24-detidos-em-flagrante-na-capital,1638927#>

5. <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,audiencia-de-custodia-revoga-40-das-prisoes,1655034>

uma fundamentação concreta de sua necessidade. As alterações legislativas são importantes, representam um marco fundamental, mas sobre elas se faz necessária a reformulação de velhos valores e do comodismo das tradições cristalizadas (TEIXEIRA, 2015, p. 41).

Assim, verifica-se que a audiência de custódia surgiu como um instrumento de forte potencial para realizar um grande desencarceramento nos presídios, ao mesmo passo que demonstra a ineficácia do art. 306 do Código de Processo Penal, por demonstrar com isso que a análise da legalidade e necessidade da prisão realizada até hoje por magistrado, unicamente através do inquérito era, na maior parte das vezes, errônea, não tendo assim o juiz o conhecimento da real situação do acusado preso, e somente através do contato direto é que o juiz poderá julgar o caso de forma mais justa, podendo, justificar tal ato publicamente.

Portanto, a audiência de custódia somente servirá aos seus propósitos quando estiver acompanhada de outras medidas, que possam garantir uma melhor gestão e funcionamento do sistema carcerário, tendo o acusado preso a garantia efetiva de defesa, como através do fortalecimento das defensorias públicas, ou ainda do monitoramento periódico do cumprimento de medidas cautelares alternativas. Devendo ainda ser mudado o discurso valorativo da prisão, principalmente quando está mais que claro que esta não tem resolvido os problemas para os quais foi criada.

Parcerias público-privadas ou privatização do sistema

Diante do evidente colapso que enfrenta o sistema penitenciário brasileiro, várias propostas para a solução do problema surgiram, como vimos anteriormente, o caso das penas alternativas e audiências de custódia. Outra proposta que se levantou para buscar solucionar ou minimizar o problema vivenciado pelo sistema carcerário brasileiro foi a da privatização das instituições penais ou o aumento das parcerias público-privadas.

Inicialmente, vale destacar que o termo privatizar não significa a venda do setor penitenciário para empresas privadas, mas sim uma parceria entre o

Estado e o setor privado, através de institutos como a gestão compartilhada, a parceria público-privada ou a terceirização.

Tema que tem se mostrado polêmico, pois existem aqueles que apoiam a ideia, acreditando que esta seria uma solução para o problema da superlotação do sistema carcerário, no entanto, alguns tantos entendem que a privatização causaria a piora do sistema, pois não impediria a população carcerária de aumentar, como vem acontecendo.

No caso do Brasil, a Administração possui quatro maneiras de delegar funções públicas para o setor privado, sendo elas a privatização em sentido estrito, a terceirização, a gestão compartilhada e as parcerias público-privada. Os institutos apresentados são bem similares, distinguindo-se um do outro por suas características, no entanto, na hora de firmar os contratos, o que se observa é que as características desses institutos se misturam com o intuito de se adequarem à legislação e atenderem as demandas necessárias.

Dessa forma, faz-se necessária uma rápida distinção entre esses institutos, para que se possa ter um entendimento mais satisfatório das propostas que envolvem a privatização do setor penitenciário no Brasil.

Inicialmente, tem-se a privatização em sentido estrito. Nesses casos, todas as administrações das instituições penais seriam repassadas a uma empresa específica, geralmente especializada no serviço. Desse modo, dura crítica se levanta, pois o dever de punir é exclusivo do Estado. Assim, o sistema jurídico penal seria totalmente violado, tornando-se, essa alternativa, uma afronta à legislação nacional vigente.

Depois, tem-se a terceirização, em que o Estado repassa, por meio de um contrato, a prestação do serviço ou o fornecimento de bens para um terceiro, e o Estado paga a este pelo serviço prestado, não abre mão no todo da execução da pena. Muito semelhante ao instituto da gestão compartilhada.

Na gestão compartilhada, o Estado repassa, para uma empresa privada, algumas prerrogativas, mas não todas. Usando como exemplo as prisões, tem-se o fornecimento de alimentos ou de limpeza.

Por fim, as parcerias público-privadas, ou seja, a administração das instituições penais em parceria com o ente estatal, sendo as funções meio e fim partilhadas entre os dois setores, público e privado. As parcerias público-privadas surgem diante da necessidade de o ente estatal ter ajuda no

desenvolvimento de serviços e infraestrutura do setor público para atender as demandas sociais. As APPs, como também são conhecidas as parcerias público-privadas, podem ser utilizadas por meio de diferentes articulações, entre o ente estatal e o setor privado. Tais parcerias buscam concretizar projetos sociais ao mesmo tempo que as empresas privadas exercem a atividade empresarial. Essas parcerias já vêm sendo testadas no Brasil, em algumas instituições penais.

Sobre as parcerias público-privadas, define Meirelles:

É uma nova forma de participação do setor privado na implantação, melhoria e gestão da infraestrutura pública, principalmente nos setores de rodovias, ferrovias, hidrovias, portos, energia etc., como alternativas à falta de recursos estatais para investimentos nessas áreas. [...] contrato administrativo de concessão, mas uma concessão especial, diversa da que estudamos anteriormente, porque o particular presta o serviço em seu nome, mas não assume todo o risco do empreendimento, uma vez que o Poder Público contribui financeiramente para sua realização e manutenção (MEIRELLES, 2009, p. 404-405).

Assim, como bem disserta Meirelles, as parcerias público-privadas se resumem na concessão do serviço público, sendo o risco integral do empreendimento partilhado entre o público e o privado.

Já Mello observa o objeto do contrato dessas parcerias:

[...] obviamente seu objeto só pode ser a prestação de um serviço público (ainda que para isto necessite englobar outras atividades); vale dizer: seu objeto será necessariamente a prestação de utilidade ou comodidade material fruível singularmente pelos administrados [...] (MELLO, 2007, p. 762).

Essas parcerias, dentre todas as espécies de “privatização” aqui especificadas, são as que mais saltam aos olhos, por facilitar os meios para ressocialização nos presídios e penitenciárias.

As parcerias público-privadas surgiram na Europa, mais especificamente na Inglaterra, que buscava estimular investimentos e resguardar recursos públicos limitados.

Outro país europeu que aderiu às parcerias público-privadas foi a Irlanda. Diante da clara necessidade de desenvolvimento de sua infraestrutura, tem se valido dessa modalidade de concessão de serviços públicos cada vez mais.

Os Estados Unidos, têm realizado esse trabalho de parceria para as penitenciária que tem se mostrado bastante efetivo contra a situação da reincidência. Há centros de telemarketing instalados no interior dos presídios, onde os presos trabalham durante o dia e retornam às suas celas no final do dia. Grandes empresas como Motorola e IBM costumam se valer da mão de obra carcerária.

Passin e Borges (2003) apontam alguns dos benefícios que podem surgir ao se apostar nessas parcerias, entre os quais se destacam: a possibilidade de compartilhar os riscos com o setor privado; a possibilidade de se reduzir prazos de implantações de novos empreendimentos; o estímulo e a introdução de novas tecnologias, inovações e modernização no setor público, através do setor privado; o aumento do número de projetos sociais; a possibilidade de se manter a qualidade dos serviços prestados em um prazo maior.

No Brasil, as parcerias existentes foram criadas almejando a redução de gastos dos cofres públicos e melhoria nas condições de execução da pena nos presídios e penitenciárias, de forma a garantir os direitos dos detentos, em especial o direito à dignidade humana, a sua integridade física e moral, além de tentar achar uma saída para o controle da população carcerária.

As primeiras iniciativas no Brasil, dessa proposta de parceria, surgiram de forma tímida, servindo como um teste para ver os resultados alcançados. No estado de Minas Gerais, houve em 2008, um processo de licitação do Projeto PPP, Projeto MG-050, voltado ao setor rodoviário, onde a empresa ganhadora, a Equipav S/A – Pavimentação, Engenharia e Comércio, se comprometia na contratação de três mil prisionais no estado para o serviço.

Outro caso, no Brasil, é a Penitenciária II de Tremembé, onde os presos têm por ocupação a reforma de carteiras escolares.

Vimos que o trabalho e o estudo fornecido dentro das instituições penais trazem para os detentos muitos benefícios, auxiliando na ressocialização do

preso, além de aumentar a autoestima deles. O trabalho e o estudo nessa situação estimulam os presos a acreditarem que podem melhorar e seguir um caminho justo, além de contribuir para diminuição da pena. Portanto, é certo que o trabalho e o estudo no cárcere têm valor essencial na reinserção social dos detentos, além de influenciar positivamente no número de reincidentes.

Assim, verifica-se que os que apoiam a criação de mais parcerias com o setor privado como meio de solucionar o problema dos presídios é tentar melhorar as condições precárias em que vivem os detentos no país.

Tal proposta se apresenta tentadora, ao se analisar os objetivos que se buscam alcançar com essas parcerias, pois a busca para uma solução do sistema carcerário no Brasil tem se tornado cada dia mais intensa. Como veremos a seguir, temos mais alguns estados do país que já adotam modelos de privatização de prisões por meio das parcerias público-privadas. No entanto algumas críticas surgem quanto ao modelo de parceria adotado, que é o francês, onde as obrigações são repartidas entre o ente estatal e o setor privado. Para melhor entender, segue explicação apresentada por D'Urso sobre os modelos de privatização:

Existem duas formas de privatização no mundo: o modelo americano, que é de privatização total, e o modelo francês, que é de cogestão, Estado e iniciativa privada, juntos, para administrar a vida do homem e os serviços, no período em que ele cumpre a sua pena. O modelo da privatização total é inconstitucional no Brasil, porque ele entrega o homem à iniciativa privada, rompe todos os elos do Estado com esse homem e delega a função jurisdicional. Isso não é permitido pela Constituição brasileira. Já o modelo francês é de parceria. Então, ele entrega o homem à iniciativa privada, mas é o Estado quem continua a administrar a vida desse homem, a puni-lo, a dizer quando ele entra, quando ele sai da cadeia. Por esse modelo, cabe à iniciativa privada toda a gama de serviços, que é a parte material da fase de execução penal. Esse modelo é sucesso na França (D'URSO, 2006, p. 5).

Portanto, vê-se que, no Brasil, a privatização não é total, mas sim parcial, onde o Estado transfere para empresas privadas a administração operacional da instituição e mantém para si a função jurídico-administrativa, pois a legislação brasileira não permite que esta seja delegada a terceiro.

Nesse sentido, apresentam-se outros modelos de parcerias, que foram implantadas no Brasil, seguindo esse modelo. É o caso da penitenciária industrial de Guarapuava, no Paraná, construída em 1999 pela Humanitas – Administração Prisional Privada Ltda. No caso de Guarapuava, a administração era de responsabilidade do Governo Estadual, e a prestação de serviços, como segurança interna, assistência social, médica e psicológica, era por conta da empresa privada, permitindo a tutela da instituição por parte do Estado.

Assim, percebe-se que o modelo adotado se assemelha com a proposta a seguir:

Separa as atividades inerentes à execução, destacando as atividades administrativas em sentido amplo, classificadas na divisão que propõe: atividades administrativas em sentido estrito (judiciárias) e atividades de execução material, podendo estas, em seu modo de pensar, serem atribuídas a entidades privadas. Afasta, pois, em termos legais, qualquer tentativa de privatizar as atividades jurisdicionais, bem como a atividade administrativa judiciária, exercidas estas últimas, v.g. pelo Ministério Público, Conselho Penitenciário (KUEHNE *apud* MIRABETE, 2002).

Foram ainda criados canteiros para o trabalho, de forma que a prática de atividades laborativas era possível, sendo os detentos remunerados por seu trabalho, o que auxiliou na melhora da conduta dos presos e, conseqüentemente, em suas recuperações.

Outra parceria foi a da Penitenciária Industrial de Joinville, modelo muito bem-sucedido, pois o objetivo ali era reabilitar o detento, com o fornecimento de estudo e trabalho. Em matéria da Revista Veja, um pouco da Penitenciária de Joinville é destacado:

Os presídios brasileiros, habitados por 450.000 sentenciados, têm cheiro de creolina. O produto químico é usado para disfarçar outro odor, o de esgoto, que sai das celas imundas e impregna corredores e pátios. O exemplo mais repugnante é o Presídio Central de Porto Alegre, considerado o pior do país – o que, convenhamos, é um feito e tanto. Num de seus pavilhões, as celas não têm sequer portas: elas caíram

de podres. No extremo oposto, figura a Penitenciária Industrial de Joinville, em Santa Catarina. Ela não cheira a prisão brasileira. Os pavilhões são limpos, não há superlotação e o ar é salubre, pois os presos são proibidos até de fumar. Muitos deles trabalham, e um quarto de seu salário é usado para melhorar as instalações do estabelecimento. Nada que lembre o espetáculo de horrores que se vê nas outras carceragens, onde a maioria dos presos vive espremida em condições sub-humanas, boa parte faz o que quer e os chefões continuam a comandar o crime nas ruas a partir de seus celulares. A penitenciária catarinense é uma das onze unidades terceirizadas existentes no Brasil (VEJA, 2009).

Portanto, percebe-se que as parcerias podem ser uma boa solução ao problema, no entanto, ainda temos poucas parcerias implantadas no país, não conseguindo com isso se alcançar um resultado que realmente faça a diferença no problema do encarceramento em massa.

A privatização do sistema penitenciário, portanto, busca melhorar os problemas presentes nas instituições penais, com a implementação de medidas que objetivam melhorar as condições desumanas em que os detentos cumprem suas penas no país. No entanto, alguns entraves devem ser ultrapassados, para que se possa fazer algo realmente efetivo para se solucionar o problema. É certo que o governo não tem tanto interesse político em resolver a situação, tendo em vista que os presos perdem seus direitos políticos temporariamente, ou seja, os votos deles são descartados para os políticos.

Muitos acreditam que uma das melhores soluções seria a privatização do sistema penitenciários brasileiro, uma vez que já ficou demonstrado que as penitenciárias conduzidas por empresas privadas apresentam as melhores condições para os detentos, preservando os direitos do preso como determina a legislação.

Sobre o assunto, assevera Fernando Capez:

É melhor que esse lixo que existe hoje. Nós temos depósitos humanos, escolas de crime, fábrica de rebeliões. O estado não tem recursos para gerir, para construir os presídios. A privatização deve ser enfrentada

não do ponto de vista ideológico ou jurídico, se sou a favor ou contra. Tem que ser enfrentada como uma necessidade absolutamente insuperável. Ou privatizamos os presídios; aumentamos o número de presídios; melhoramos as condições de vida e da readaptação social do preso sem necessidade do investimento do Estado, ou vamos continuar assistindo essas cenas que envergonham nossa nação perante o mundo. Portanto, a privatização não é a questão de escolha, mas uma necessidade indiscutível, é um fato (CAPEZ, 2009).

Diante de tudo isso, conclui-se que o sistema privatizado pode ser considerado uma boa opção, no entanto, provavelmente, a prática isolada dessa proposta seria suficiente para resolver todo o problema do superlotamento do sistema carcerário por si só, uma vez que o problema se apresenta mais profundo, necessitando de sérias mudanças em vários setores, tanto no administrativo, no legislativo e, até mesmo, no judiciário.

O sistema prisional e a sociedade

O sistema prisional é um fato social, tal assertiva nos é apresentada por meio de uma sociedade violenta e indiferente, que se torna vítima dela própria, em que alguns de seus integrantes se desviam de regras de comportamentos tidas como desejáveis e se tornam propensos a integrar o sistema. Isso é demonstrado do lado de fora dos muros do sistema prisional, onde o alto índice de criminalidade aumenta o sentimento de impunidade e insegurança, que é agravado por um judiciário pouco eficaz, espelho da exclusão econômica reinante em nossa sociedade, em que somente os mais afortunados possuem direito a uma assistência jurídica eficiente. Tal situação acaba causando uma criminalização “talvez inconsciente” dos menos favorecidos, pois acabam entregues à própria sorte.

A inevitável seletividade operacional da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes) provocam uma distribuição seletiva em forma de epidemia, que atinge

apenas aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo, aqueles que se tornam mais vulneráveis à criminalização porque: a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; b) sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção e c) porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo, com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (ZAFFARONI, 2003, p. 47).

Nesse contexto, verifica-se que em nosso país o sistema prisional é o retrato fiel da própria sociedade, que está impregnada de contradições perversas, caracterizada pela cruel desigualdade social, em que milhões de brasileiros vivem abaixo da linha da pobreza, enquanto uma minoria privilegiada concentra a maior parte da riqueza.

O resultado dessa enorme discrepância é o surgimento de uma massa populacional excluída e propensa a engrossar a fila do sistema prisional, identificada como, em sua maioria, uma população pobre, negra, jovem, analfabeta ou semialfabetizada. São estes os verdadeiros marginalizados da sociedade, que, de certa forma, na maioria das vezes, foram “empurrados” ao crime por não terem tido melhores oportunidades sociais.

Nesse entendimento, salienta-se que o Estado e a sociedade não podem continuar negligenciando tal situação, pois atualmente o sistema prisional é um verdadeiro depósito de lixo humano, onde seres “inservíveis” para o convívio social são simplesmente descartados.

Diante dessa triste realidade, urge, veementemente, ressaltar que essa forma de segregação imposta ao detento é um verdadeiro contrassenso, pois, ao final da pena, o segregado retorna ao convívio social, na maioria das vezes, trazendo muito mais violência, reflexo do tratamento degradante a que foi submetido enquanto cumpria a sua pena sob o patrocínio do Estado e a indiferença da sociedade. Esse ostracismo impingido pelo sistema prisional causa gravames superiores aos legais, é um tratamento temerário que aniquila a essência de qualquer criatura humana e somente agrava o problema da segurança pública e da criminalidade.

Considerações finais

Percebe-se, pelos números apresentados, que a pena privativa de liberdade se encontra em crise, uma vez que esta não vem alcançando o seu principal objetivo, que é a ressocialização do condenado para que possa voltar à vida em sociedade.

A pena privativa de liberdade, principalmente quando cumprida em regime fechado, tem enfrentado diversos obstáculos e por isso não tem conseguido reeducar o preso para viver em harmonia com os outros membros de sua comunidade. O grande número de presos no Brasil, hoje, é um dos principais problemas encontrados no sistema carcerário do país o que acaba por desencadear outros problemas, uma vez que o elevado número de detentos vai de encontro com o baixo investimento do Estado na manutenção dos presos.

A Lei de Execução Penal visa dar proteção aos direitos mínimos do preso, e com isso garantir a integridade física e psíquica do detento para que esse, eventualmente, possa ser inserido na sociedade. Certo é que uma das funções das unidades prisionais é a ressocialização do criminoso como forma de combate a criminalidade.

No entanto, apesar de a legislação prever as condições básicas para execução da pena nos presídios, as mesmas não são atendidas pelo Estado devido ao elevado valor econômico necessário para manter estabelecimentos prisionais com tamanha qualidade, diante do número de presos existentes no país.

Garantias básicas, como alimentação, vestuário, descanso e recreação, assistência à saúde, e educação, às quais os presos têm direito, são ignoradas constantemente, prejudicando, assim, a recuperação dos detentos.

As prisões, em regra, são insalubres, o que ocasiona a disseminação de doenças. É comum ainda os presídios serem locais extremamente violentos, o que é desenvolvido diante das condições mínimas de vida.

Todas as condições marginalizantes às quais são submetidos os condenados a penas privativas de liberdade, que efetivamente são levados ao cárcere, ofendem fortemente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Verifica-se, dessa forma, que a pena privativa de liberdade tem se pautado somente na retribuição do crime cometido, não se preocupando com a reeducação e a reintegração do detento que eventualmente retornará à sociedade

Atualmente, o número de presos é extremamente elevado e a tendência é o aumento dos números. O elevado número de presos nos estabelecimentos prisionais tem levado à falência do sistema penitenciário, pois fica extremamente impossível alcançar a ressocialização do preso quando o sistema penitenciário brasileiro não consegue pôr em prática todos os direitos previstos na Lei de Execução Penal.

O Estado não fornece nem as mínimas condições de sobrevivência para os presos no Brasil, que vivem em situações subumanas, com o entupimento dos estabelecimentos prisionais e, conseqüentemente, precárias condições de vida, tornando as prisões totalmente desumanas e opondo-se claramente às garantias e aos direitos previstos na Constituição Federal brasileira.

Buscando uma solução para o problema da ineficiência das penas privativas de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o constante desrespeito à dignidade do preso, alguns doutrinadores sugerem como solução a aplicação de penas alternativas no lugar da pena de reclusão, uma vez que a pena privativa de liberdade perde total eficácia quando não acompanhada de condições suficientes para salvaguardar ao detento o seu cumprimento com dignidade e respeito aos mínimos existenciais, permitindo com mais facilidade a ressocialização do apenado que futuramente se verá inserido novamente na sociedade.

No Brasil, buscando um meio de diminuir a população carcerária, foram implementada as audiências de custódia, que surgiram como um bálsamo que veio para corrigir uma falha de um sistema precário e deficiente, que é o Sistema Carcerário. O Estado busca corrigir uma deficiência que está escondida nos números

de detentos provisórios aguardando julgamento. O cenário do sistema penitenciário brasileiro, que é caracterizado pelo superlotamento carcerário, requer inovações em relação aos conflitos, mas não pode, contudo, utilizar-se arbitrariamente de um instituto, nobre como a Audiência de Custódia, para diminuir os índices de criminalidade do país, atingindo, dessa forma, o princípio da supremacia do interesse público. Deve-se, assim, buscar um equilíbrio na utilização do instituto, de forma a não banalizá-lo.

Outra proposta para tentar solucionar os problemas enfrentados pelo sistema penitenciário é a privatização por meio de parcerias público-privadas, por buscar com essas parcerias dar aos detentos brasileiros melhores condições dentro das instituições penais, desenvolvendo trabalhos e estudos, propiciando, assim, uma real reabilitação dos presos e com isso a diminuição do número de reincidentes.

Obviamente que não se sugere neste trabalho acabar em definitivo com a pena privativa de liberdade, mas é notória a necessidade de se elaborar novos e reforçar os já existentes métodos alternativos para o cumprimento de penas, tendo como principal objetivo a efetiva ressocialização do condenado.

Referências

- ALVES, Hélio Gustavo. **Auxílio-reclusão: direitos dos presos e de seus familiares, com análise das inconstitucionalidades da baixa renda**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- ALVES, Matheus de Rossi. A função ressocializadora da pena privativa de liberdade e uma análise dos problemas do sistema carcerário brasileiro. **Revista Jusbrasil**, 2016. Disponível em: http://matheusderossi.jusbrasil.com.br/artigos/339721278/a-funcao-ressocializadora-da-pena-privativa-deliberdade-e-uma-analise-dos-problemas-do-sistema-carcerario-brasileiro?ref=topic_feed. Acesso em: 19 jun. 2018.
- BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da Pena na Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BAZAN, Thiago Marcos. **Do sistema penitenciário brasileiro e da eficácia da pena privativa de liberdade**. 2008. Disponível em: <http://intertemas.unitedo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/833/810>. Acesso em: 15 jun. 2018.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **Tratado de direito penal**. Parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Mapa da Implementação da Audiência de Custódia no Brasil**. Brasília/DF: [s.n.], 2016. Online. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>. Acesso em: 10 jul. 2018.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. 24. ed. São Paulo: Rideel, 2017.

- _____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. 24ª ed. São Paulo: Rideel, 2017.
- _____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. 24. ed. São Paulo: Rideel, 2017.
- _____. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel**. 24. ed. São Paulo: Rideel, 2017.
- _____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. INFOPEN - junho de 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2018.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997-1999.
- BOTELHO, Jeferson. Audiência de Custódia Garantia de Direitos ou Política de Liberação de Presos Diante da Ineficiência do Estado. **Revista JurisWay**. 2015. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/V2/dhall.asp?id_dh=14939. Acesso em: 22 de jul. 2018.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. v. 1, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 15 out. 2017.
- CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 5 jul. 2018.
- CONJUR. **Ministro Ricardo Lewandowski dá início às audiências de custódia no TRF-4**. Conjur, 30 out. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-30/ministro-lewandowski-inicio-audiencias-custodia-trf>. Acesso em: 2 de jul. 2018.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Lei de Execução Penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- DEOLINDO, Vanderlei. **Audiência de Custódia: da boa intenção à boa técnica**. Porto Alegre: FMP, 2016.
- DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Endurecimento de penas se mostra, sempre, frustração**. São Paulo: Consulex, 2006.
- FARIAS JÚNIOR. **Manual de criminologia**. Curitiba: Juruá, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: historia da violência nas prisões**. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.
- GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. v. I. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1982.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal parte geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- _____. **Legislação penal especial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** - Parte Geral. Niterói: Impetus, 2015.
- JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana** – princípio constitucional. Curitiba: Juruá, 2009.
- LEAL, César Barros. **Prisão**: Crepúsculo de uma era. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- MAIA, Clarissa Nunes (org) *et al.* **História das prisões no Brasil**. v. 1. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- _____. **Execução Penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. **Processo penal**. 16. ed., rev. e atual. até 31 de janeiro de 2004. São Paulo: Atlas, 2004.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.
- MUAKAD, Irene Batista. **Pena Privativa de Liberdade**. São Paulo: Atlas, 1996.
- NOGUEIRA, Sandro D' Amato. **Vitimologia**. Brasília: Jurídica, 2006.
- NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 36. ed., rev. São Paulo: Saraiva 2001.
- NOVELINO, Marcelo. **O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. ver. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- _____. **Manual de processo penal e execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- PASSIN, Jose Antonio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 20, p. 173-196, dez. 2003.
- PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- _____. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

- _____. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- OLIVEIRA, Márcio Zuba de; ASSIS, Rafael Damasceno de. A veemência da ressocialização na era das facções criminosas. **Revista Jus Vigilantibus**, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. **Dignidade e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direitopositivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TAUCHERT, Maicon Rodrigo. **Direitos humanos: sistema prisional à luz do princípio da humanidade**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44340/direitos-humanos-sistema-prisional-a-luz-do-principio-da-humanidade>. Acesso em: 13 jul. 2018.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. Salvador: JusPodivm. 2012.
- TEIXEIRA, Luciana de Sousa. **Audiência de Custódia: eficaz para a redução da banalização da prisões cautelares?** Brasília: Universidade de Brasília. 2015.
- THOMPSON, Augusto. **A questão Penitenciária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- VEJA. Presídios administrados pela iniciativa privada. **Revista Veja**. 2009. Disponível em: <http://fenapef.org.br/20346>. Acesso em: 10 de jul. 2018.
- VERONESE, Josiane Rose Petry. **O sistema prisional: seus conflitos e paradoxos**. *Novos Estudos Jurídicos*. v. 3, n. 5, p. 31-44, ago. 2009. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/artic/e/view/1636/1342>. Acesso em: 11 jul. 2018.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito Penal Brasileiro I**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.



Este livro é composto por três capítulos uniformes, em que o primeiro trata a pena de forma geral, trazendo, assim, seu conceito, finalidade, princípios, características e espécies. No capítulo seguinte, o sistema prisional brasileiro é abordado e, por fim, o terceiro capítulo tratará do encarceramento em massa nos presídios e penitenciárias brasileiras.

O autor



www.editorabrasilmulticultural.com.br
www.facebook.com/ibramep
contato@brasilmulticultural.com.br