



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Sistema Carcerário Brasileiro e a Eficácia Invertida do Modelo Repressivo
Contemporâneo

Juliana Correia Gomes

Rio de Janeiro
2014

JULIANA CORREIA GOMES

Sistema Carcerário Brasileiro e a Eficácia Invertida do Modelo Repressivo Contemporâneo

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para a obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores:

Prof. Artur Gomes

Prof. Guilherme Sandoval

Prof^ª. Mônica Areal

Prof^ª. Neli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof. Rafael Iorio

Rio de Janeiro
2014

Sistema Carcerário Brasileiro e a Eficácia Invertida do Modelo Repressivo Contemporâneo

Juliana Correia Gomes

Graduada pela Fundação Getúlio Vargas. Advogada.

Resumo: É público e notório o fato de que o sistema penitenciário brasileiro está em crise há décadas e dessa forma acaba por impor ao preso um castigo muito maior do que aquele descrito na pena, isso porque submete o preso a condições desumanas e degradantes em flagrante violação de direitos. Apresenta-se como alternativa imediata e eficaz, a conscientização do aplicador do direito em relação à aplicação da pena, sem o que a própria decisão judicial perde força não alcançando sua função.

Palavras-chave: Sistema carcerário. Liberdade. Pena privativa de liberdade. Pena restritiva de direitos. Ressocialização.

Sumário: Introdução. 1. Panorama do sistema carcerário brasileiro. 2. Direitos do preso. 3. O que se pretende com a aplicação da pena? 4. Recentes contribuições. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a crise do sistema carcerário brasileiro e as possíveis causas e consequências relacionadas a essa situação dramática que já atravessa décadas. A partir da reflexão sobre dados que retratam a atual situação do sistema carcerário brasileiro - notadamente o número de detentos, o tratamento que eles recebem, bem como o custo econômico para a manutenção e recuperação desse sistema - passa-se a uma análise crítica relacionada aos direitos dos presos, bem como à evidente ineficiência do sistema em termos penais. Fato é que não há trabalho ou educação, muito menos ressocialização. O sistema como está não atende à função pela qual foi concebido.

É preciso modificar a dinâmica dos fatos e o ponto de partida proposto é justamente o judiciário, ou melhor, as decisões judiciais em matéria penal. A legislação no que tange à execução das penas não é o foco para modificar a realidade, nem mesmo as políticas públicas que são sempre esperadas, mas quase nunca se concretizam.

O que se propõe, valendo-se da metodologia bibliográfica, é demonstrar a influência da correta aplicação das penas sendo o encarceramento a última medida, alcançando assim, quem sabe, a finalidade proposta pelo regramento bem como a melhoria da qualidade do sistema carcerário. Isso porque o papel do direito penal e a função da pena são colocados em cheque quando constatada a realidade do sistema carcerário para o qual são encaminhados os réus condenados sem que se atenda a finalidade precípua da aplicação da pena. Enquanto os detentos são largados à própria sorte, submetidos a condições desumanas e ignorados pelo Estado, o que se impede é a regeneração do indivíduo que mais cedo ou mais tarde retornará ao convívio social, o que, em última análise, afeta a própria função da pena e a efetividade da decisão judicial.

1. PANORAMA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Pesquisas realizadas pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – INFOPEN que informa o Ministério da Justiça, indicam uma superlotação penitenciária generalizada, sendo no Rio de Janeiro o quantitativo de 33,826 presos, o que corresponde a 211,5 presos por 100.000 habitantes¹.

Enquanto a quantidade total de presos custodiados no Sistema Penitenciário do Rio de Janeiro - em levantamento de dezembro de 2012 - é de 30,906; a quantidade

¹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em; 23 out 2014

de vagas é de 24,215. Esse número por si só já é capaz de mostrar o problema da superlotação que assola o Sistema Carcerário. Isso sem falar, nos efeitos decorrentes dessa superlotação. Inicialmente a análise se restringe a pontuar algumas causas evidentes.

O déficit de vagas nas penitenciárias brasileiras tem aumentado cada vez mais, em 2005 de acordo com os dados apresentados pelo departamento penitenciário nacional havia a falta de 135 mil vagas, já o relatório da CPI do sistema carcerário apresentado em junho de 2008 mostra um aumento superior a 30%. O relator da Comissão Parlamentar de Inquérito, o deputado Domingos Dutra, “estima que seriam necessárias, hoje, 180 mil vagas para que não houvesse superlotação nos presídios brasileiros, o sistema que tem capacidade para 260 mil detentos, abriga mais de 440 mil.”²

Desse total de 30,906 presos custodiados, 11,901 são presos provisórios. Atualmente, o número de presos provisórios no sistema prisional chega a quase 40% do total de presos no país (218 mil de 514 mil). Grande parte deles cometeu delitos passíveis de penas ou medidas alternativas.³ Essa é outra causa da superlotação, obviamente que o déficit de vagas somado ao efetivo de presos que não precisariam estar ocupando vagas que já são escassas acaba por potencializar o problema.

Além do grande número de presos provisórios que estão nos presídios juntamente com os sentenciados outro problema inerente à superlotação refere-se à questão dos presos que já cumpriram sua pena, e não são postos em liberdade. Junte-se a isso a reincidência que é recorrente e precisa ser estudada por ser ao mesmo tempo causa e efeito de uma punição deficiente. Entende-se que a reincidência tem sido

² BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em <<http://bd.camara.gov.br>>. Acesso em; 03 ago 2014

³ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em; 23 out 2014

provocada principalmente pela falta de ocupação dos presos, já que em boa parte dos presídios brasileiros a maioria dos encarcerados não trabalham nem estudam. Assim ao cumprir a pena, sem qualquer qualificação, e ainda com um atestado de ex-presidiário, acabará voltando ao mundo do crime. Além disso, cite-se ainda, a morosidade do judiciário e a sobrecarga dos tribunais.

Salta aos olhos, portanto, o cenário de falência do sistema prisional, muitos dos problemas e suas causas são até conhecidos. Sem abordar qualquer análise políticas e críticas à gestão pública no que se refere ao sistema prisional e sua manutenção pelo Estado, a falta ou supostos desvios de investimentos para essa área, opta-se pela análise jurídica do problema, isto é, como o pensamento do operador do direito, juízes, advogados, alunos, pode influenciar esse cenário.

Mesmo tendo a consciência de todos esses problemas ora citados, é para todos comum a convivência da sociedade com os constantes crimes e apenados. Há uma evidente aceitação do modelo no qual o estado gasta cada vez mais com repressão, com polícia, com construção de cárceres, condena cada vez mais. Aliás, não raro a população se mostra indignada com a não continuidade de uma prisão cautelar que não mais se mostra necessária, ou, pior, com a soltura de um condenado após ter cumprido sua pena conforme a lei penal. Clamam por mais prisões. Contudo, a experiência até hoje tem demonstrado que quanto mais se pune, mais violência se tem, mais os crime aparecem.⁴

1.1. CRÍTICA À IDEOLOGIA DO COMBATE AO PERIGO

A população muitas vezes influenciada pela mídia, por notícias inflamadas, se alinha ao chamado Direito Penal do Inimigo que vê todo delinquente como um inimigo. Segundo esse pensamento, quem se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser

⁴ PALADINO, Carolina Freitas. *Política Criminal: direito penal mínimo x direito penal máximo*. Rio de Janeiro: Rev. SJRJ n. 29. p.61-82, 2010.

combatido como inimigo. Essa guerra tem lugar como legítimo direito de quem é cidadão, em seu direito à segurança⁵. Tal pensamento, além de conduzir a uma anulação dos direitos e garantias individuais, legitima a carcerização do indivíduo pela mera exclusão. O direito penal do inimigo busca combater perigos, todavia as tendências contrárias a esta ordem pregam a neutralização de perigos. Com efeito, não se trata de um combate, mas de uma necessária recuperação dos indivíduos. A situação dos presídios só demonstram a ineficiência da segregação como fim em si mesma. Lotam os espaços físicos, não se recuperam, reincidem e aumentam a violência.

Desses dados indicativos, surgiu a necessidade de se pensar em alternativas para melhoramento do Sistema Carcerário e, nesse contexto, se desenvolve o presente artigo. Dessa forma, cumpre analisar algumas das principais teses criadas para conter esses movimentos. A obra “Em busca das penas perdidas” de Zaffaroni aborda a difícil situação do penalismo latino-americano e revela uma resposta à deslegitimação e à crise. O direito penal humanitário é por ele apontado como um modelo construtivo para o discurso jurídico-penal não legitimante⁶.

1.2. REALISMO MARGINAL

O modelo de Zaffaroni propõe a deslegitimação do sistema penal, uma vez que o exercício de poder dos sistemas penais é incompatível com a ideologia dos direitos humanos que, por sua vez, devem ser reconhecidos como uma ideologia programática para toda a humanidade⁷.

1.3. MINIMALISMO PENAL

⁵ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p.47, 2007.

⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5 ed. Revan, 2010.

⁷ MESSA, Ana Flávia. *Prisão e Liberdade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. p. 69, 2013

O minimalismo penal defende um sistema penal mínimo com a adoção de medidas como a despenalização e penas alternativas⁸.

Pelo minimalismo penal, propõe-se diminuir os usuários do sistema carcerário, aprisionando somente os sujeitos que cometeram os delitos mais graves. Isto é: aplicar penas alternativas, além de inserir outras esferas para a resolução desses conflitos. Um dos princípios que pautam o Direito Penal é a *ultima ratio*, traduzido na regra geral de que os outros ramos do direito devem pautar as relações sociais, cabendo somente em último caso, a aplicação da lei penal. Portanto, é dado ao Direito Penal legitimidade para intervir somente quando fracassarem as políticas sociais, para fazer cessar a violência. Mas o que se percebe é um caminho diametralmente oposto, tudo passa a ser albergado pelo Direito Penal.⁹

1.4. DIREITO PENAL SIMBÓLICO

É aquele em que o Poder Legislativo é forçado pela pressão dos meios de comunicação que exige mão firme sobre determinados crimes cometidos que se tornaram famosos. O simbolismo no Direito Penal está justamente no fato de não gerar efetiva contribuição para a convivência, mas ser uma forma enganosa de proteção¹⁰.

1.5. ABOLICIONISMO

O abolicionismo propõe não apenas a exclusão da pena, mas a extinção de todo o sistema penal, com base na tratativa de que o sistema penal é em si um problema social que cria mais problemas, em vez de resolver os existentes. Existem diferentes abolicionismos, sendo esta a idéia mais radical. Sem embargo, o minimalismo não ignora que o sistema prisional seja um sistema problemático, mas não cogita aniquilar

⁸ Ibid., p. 68.

⁹ Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. *Política Criminal: direito penal mínimo x direito penal máximo*. Rio de Janeiro: Justiça Federal. n. 29, 2010, p.61-82.

¹⁰ MESSA, Ana Flávia. *Prisão e Liberdade*. Saraiva. 2 ed., 2013, p.68.

esse sistema. Mencione-se nesse ponto, a polêmica no abolicionismo como uma forma de anarquia punitiva.¹¹

1.6. GARANTISMO

O garantismo visa a estabelecer critérios de racionalidade à aplicação do Direito Penal, deslegitimando qualquer prática maniqueísta que aponte a defesa social acima dos demais direitos individuais. Os direitos fundamentais, são, pois, intangíveis, considerando-se a aposta do Estado Democrático de Direito na tutela da liberdade do indivíduo em relação ao exercício arbitrário do poder. Sob essa ótica, nem mesmo a lei poderia autorizar uma diminuição dos direitos individuais, pois ainda que a ordem fosse legal, não seria legítima. Além disso, os atos emanados do poder público, da mesma forma, não se presumem regulares.

A questão da falência das penas traz discussões que remontam toda a problemática da crise do Direito Penal como um todo. São diversas as teses que se desenvolvem no mundo acadêmico em resposta ao caos vivenciado no modelo tradicional das penas. Cada uma tem as suas nuances e contribuições para o pensamento do operador do direito, umas mais radicais, outras mais otimistas, sendo necessária pelo menos uma conclusão imediata: As penas devem ser analisadas do ponto de vista das garantias constitucionais. Torna-se imprescindível analisar os princípios constitucionais que protegem o cidadão na esfera penal, pois não é pelo fato de um indivíduo ser suspeito de um crime, ou mesmo condenado, que deverá perder a condição de cidadão, de pessoa humana, e todas as garantias constitucionais dela decorrentes.¹²

Em se tratando de direitos fundamentais, é tempo de reafirmar que a configuração do processo penal brasileiro, não é dada ou posta por um eventual conflito

¹¹Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, op. cit.

¹² Ibid

segurança pública X liberdade individual, sobretudo porque o conceito de segurança pública chega a tal grau de abstração que não permite identificar seus contornos no caso concreto. As idéias garantistas ganham coerência e visibilidade no contexto do processo legal brasileiro no qual, embora formalmente as faculdades processuais sejam iguais entre ambas as partes, há inegável superioridade material da acusação. O estado, mesmo inserido no contexto de devido processo legal, atua em posição de nítida vantagem, concentrando as funções de investigação, acusação e julgamento¹³.

2. DIREITOS DO PRESO

A Lei 7210/84 (Lei de Execução Penal) é considerada uma das mais evoluídas do mundo no que se refere a uma execução que seja efetiva no desiderato ressocializador da pena privativa de liberdade, entretanto, o Estado não tem sido capaz de gerir o sistema em atendimento aos parâmetros legais. Observa-se, portanto, que o problema não está relacionado à necessidade de aprimoramento da legislação aplicável, mas sim está relacionado a omissões políticas no fornecimento desse serviço público, e também nas falhas judiciais que serão abordadas no próximo capítulo. O grande desafio sempre foi o de reduzir a distância entre o arcabouço legal e o panorama real do sistema penitenciário

O funcionamento do sistema carcerário como prevê a legislação constitucional e infraconstitucional é de suma importância para a vida em sociedade porque diretamente relacionado com a paz social. Uma vez que se atinge a função da pena em todos os seus aspectos, tem-se uma resposta muito positiva para a sociedade que de maneira geral é a validade da lei e a inibição da conduta de maneira profilática, e de

¹³ PACHELLI, Eugênio. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3ed. rev.atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 127.

maneira especial no indivíduo o isolamento necessário inicialmente para estancar sua conduta de maneira imediata e a ressocialização que é o grande objetivo esperado para devolver esse indivíduo para a sociedade tendo de fato sanado o problema.

Por outro lado, se essa aplicação da pena é falha, não se atinge tais objetivos e instala-se um retrocesso, isso é, um resultado pior do que o estado anterior. Passa-se uma idéia de inefetividade da lei, e uma mensagem para a população de que tudo está perdido, de que não adianta viver corretamente segundo os ditames legais, além de que com relação ao indivíduo em si este sai pior do que entrou, o que era para ressocializar acaba por delinquir ainda mais. E essa falha corresponde em grande parte à violação dos direitos dos presos. É urgente buscar meios de humanizar as penas.

Dentre os direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal proíbe as penas cruéis (art. 5º, XLVII, CF/88), e garante ao cidadão-presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX, CF/88). Os direitos fundamentais são os direitos humanos previstos na Carta Magna, em leis e tratados internacionais, ou que decorrem da aplicação desses, que têm eficácia e aplicabilidade imediata, e estão baseados no princípio da dignidade humana, além de serem cláusulas pétreas. Portanto, o constituinte de 1988 teve a preocupação de garantir aos presos, em sede constitucional, a proteção da sua integridade física e moral, o que já parece ser suficiente para concluir que os presos sejam eles condenados por qualquer crime, devem ser respeitados e protegidos como pessoas que são, garantindo-lhes uma vida digna dentro do sistema carcerário, por força de previsão constitucional.

Não bastasse a previsão constitucional, a Lei de Execução Penal determina, nesse sentido, 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.¹⁴

2.1. VIOLAÇÕES E SUAS CONSEQUÊNCIAS¹⁵

É lamentável que haja no país pessoas submetidas a condições tão precárias e desumanas, ambientes que parecem “dessocializar” ainda mais o indivíduo como ocorre nas penitenciárias. As consequências do desrespeito aos direitos do preso à dignidade humana no cumprimento das penas privativas de liberdade são catastróficas, pois além de não cumprirem a função de ressocializar o indivíduo e não somente segregá-lo da sociedade, o sistema prisional como está tem aperfeiçoado o perfil de delinquência dos presos que vivem durante anos em total desrespeito, sem esperança nem perspectiva para uma vida fora do crime. Fala-se em “escola do crime” porque tudo isso aumenta a violência não só dentro dos presídios, é claro, os presos saem sem recuperação e acabam voltando para a vida criminosa.

Essa realidade tem sido noticiada com frequência sobre a crise no sistema prisional do Maranhão. A gravidade da situação do Complexo de Pedrinhas já era apontada no relatório da CPI, aprovado em 2008. O documento já havia identificado no

¹⁴ BRASIL. Lei n. 7.210 de 11 de julho e 1984. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 24 fev. 2014.

¹⁵BRASIL. RELATÓRIO FINAL DA CPI DO SISTEMA CARCERÁRIO, 2008. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=1Pg4W70BsO>>. Acesso em 26 fev. 2014.

local problemas como superlotação, deficiência de assistência jurídica, transferência de presos do interior do estado para a capital e excesso de presos provisórios. A CPI chegou a recomendar medidas para todos os estados onde foram detectados problemas no sistema prisional.

O sistema penitenciário do Estado do Maranhão, portanto, enfrenta problemas que foram diagnosticados há, pelo menos, meia década, pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Carcerário. Instalações inadequadas, falta de higiene, deficiência na vigilância e déficit de defensores públicos foram apontados como algumas das causas da crise no setor.

Criada em 2007, a CPI percorreu os 26 Estados mais o Distrito Federal e traçou um diagnóstico do sistema prisional do País. No capítulo dedicado ao Maranhão, a CPI informou que, em 2008, quando foi aprovado o relatório final dos trabalhos, o Estado tinha 5.258 presos para apenas 1.716 vagas, com déficit de 3.542 lugares.¹⁶

A falta de ações concretas para mudar esse quadro culminou com os problemas enfrentados nos últimos meses pelo Maranhão e, em especial, pela capital São Luís. Segundo autoridades estaduais, partiu de dentro do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, o maior do Estado, a ordem para os ataques a ônibus e delegacias de polícia.

A ação foi uma resposta dos criminosos às mudanças impostas pela Polícia Militar e pela Força Nacional de Segurança no interior do presídio onde, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao menos 60 presos foram assassinados em 2013. Neste ano, dois detentos foram mortos.

Sobre Pedrinhas, a CPI disse que "vários internos apresentaram marcas de espancamentos, denunciando práticas constantes de tortura". Além disso, relatou que a unidade é antiga e "inadequada" e que o prédio é "velho" e em manutenção. "As paredes

¹⁶ Ibid.

são sujas, os corredores escuros e há lixo em abundância. Doentes presos com HIV e tuberculose em celas coletivas revelam ausência de assistência médica", diz trecho do relatório final do colegiado.

É claro que essas violações não se dão somente no estado do Maranhão de forma isolada, mas infelizmente refletem a realidade do sistema carcerário brasileiro. O exemplo do maranhão nada mais é do que um dos tantos exemplos e demonstra com grande dose de realidade as consequências das violações aos direitos dos presos que se reproduzem em todas as penitenciárias. A condenação à pena privativa de liberdade não pode privar o homem daqueles direitos que não são atingidos pela condenação, sob pena de destruir o próprio sistema como se tem visto. O primeiro e maior alicerce para um sistema carcerário funcionar e atingir sua função é não se desviar dos direitos e garantias daqueles que estão inseridos no sistema.

A diligência no Rio de Janeiro constatou que o Estado do RJ que é dividido em 92 municípios, conta com 705 juízes, além de 756 Promotores e 729 Defensores Públicos, mas dispõe de apenas 1 Vara de Execuções Criminais na Capital.

No Rio, o efetivo da Polícia Militar é de 43.774 integrantes e o da Polícia Civil é de 11.230, para uma população de 15.420.375 habitantes, da qual o contingente de presos é de 28 mil, para 23 mil vagas, havendo, portanto, um déficit de 5 mil lugares. Para vigilância e segurança de todo esse batalhão de presos há apenas 3.200 agentes penitenciários, com salário inicial de R\$ 1.490,60. Apenas 28% dos presos trabalham e 17% estudam. Os demais ficam na ociosidade. Cada preso custa aos contribuintes brasileiro. Por esses dados frios já é revelada uma realidade indesejada, isso sem tocar no mérito das condições em que vivem esses presos. Com relação às condições em que vivem nos presídios do Rio de Janeiro, a CPI relatou que superlotação, a completa falta de higiene que torna o ambiente fétido no qual presos convivem junto com ratos e

baratas, a comida azeda e de péssima qualidade, o comércio e a presença das facções que exercem o domínio do crime organizado no interior dos estabelecimentos.

Não é cabalístico afirmar que não só violências organizadas e generalizadas como essas que se deram no Maranhão tem ligação direta com o desrespeito e brutalização do indivíduo dentro das penitenciárias. É possível ousar afirmar que a reincidência individual de cada ex preso que volta para a vida criminosa é “culpa” desse sistema. Ora, só se aprende sobre o crime, só se aumenta a revolta social na qual a grande maioria deles vive, só se aprende sobre não se valorizar a vida humana. A diferença é que lá dentro eles mesmos, presos, sofrem com o desrespeito e desvalorização da vida humana, e aqui fora é a sociedade como um todo que sofre. Nada assusta. Não se tem remorso. Os crimes são cada vez mais bárbaros. E isso tudo foi aprendido lá. Na escola do crime.

É imperativo para a paz social, para a contenção da violência, a recuperação do sistema prisional. As medidas políticas mais urgentes são também as mais primárias, a construção de novos espaços, a separação correta dos presos, a higienização, a promoção de atividades que reintegrem o indivíduo com a sociedade. Repetem-se direitos já previstos na legislação, entre tantos outros, o que é urgente é que cumpra-se esse núcleo mínimo, sem o que se fomenta mais violência.

3. O QUE SE PRETENDE COM A APLICAÇÃO DA PENA

Pelos dados expostos evidencia-se que a função pedagógica da pena privativa de liberdade não tem sido efetivamente cumprida. O discurso ressocializador da prisão tem representado verdadeira falácia. A prisão apresenta inúmeros efeitos negativos, de ordem material, social, e psicológica. Desse modo constata-se que a instituição prisional

fracassou, e não oferece qualquer condição para a regeneração do delinqüente, basta atentarmo-nos aos elevados índices de criminalidade e reincidência. Nesse contexto, as penas alternativas, como a prestação de serviços à comunidade têm se mostrado o meio mais eficaz na regeneração do condenado.

A doutrina, ao tratar da finalidade da pena, utiliza três teorias: a teoria absoluta, a teoria relativa, e a teoria eclética.¹⁷ A pena é a mais importante consequência jurídica da prática de um delito. Assim, ao praticar uma conduta ilícita, antijurídica e culpável, nasce para o Estado o *ius puniendi* que se conclui com a aplicação da pena.

Ou seja, é o meio do Estado exercer a jurisdição, subsumindo uma conduta abstrata a um caso real, aplicando o preceito secundário da norma a um ato considerado ilícito, mas com que intuito?

Para as teorias absolutas também denominadas de retributivas, a pena é uma forma de retribuição ao criminoso pela conduta ilícita realizada, é a maneira de o Estado contrapesar o criminoso pelo possível mal causado. Não se vislumbra qualquer outro objeto a não ser o de punir o condenado, causando-lhe um prejuízo proporcional a sua própria conduta. Não é uma forma de ressocializar o condenado, muito menos reparar o dano causado pelo delito, não se fala em reeducação, ou imposição de trabalho com objetivo de dignificar o preso, mas sim, de punir, castigar e retribuir a esse a falta de atenção com os parâmetros legais e o desrespeito para com a sociedade.

Com relação às teorias relativas também denominadas preventivas, a pretensão é diversa da anterior, têm por objetivo a prevenção de novos delitos, ou seja, busca afastar a realização de novas condutas criminosas e impedir que os condenados voltem a delinqüir, nesse sentido a pena é instrumento para manter a paz e o equilíbrio social.

¹⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. v.1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 385-391.

Deste modo, a teoria relativa se desdobra em vários fundamentos, sendo os principais o da prevenção geral e específica. O primeiro é baseado no medo imposto no restante da sociedade pela possibilidade de ser punido pelo cometimento de um delito. Já o segundo é baseado na prevenção imposta ao próprio criminoso, tendo como escopo o fato de que este poderá ficar constrangido a não cometer novos crimes, em razão de ter sido punido anteriormente.

A terceira teoria à respeito da pena é a denominada teoria mista, unificadora ou eclética, é na verdade uma combinação das teorias absolutas e relativas pois, para esta teoria, a pena possui dois desideratos específicos, diversos e simultâneos, “foi desenvolvida por Adolf Merkel, sendo a doutrina predominante na atualidade”¹⁸.

Para a teoria mista ou eclética a pena é tanto uma retribuição ao condenado pela realização de um delito, como uma forma de prevenir a realização de novos delitos. Ou seja, é uma mescla entre tais teorias, sendo a pena uma forma de punição ao criminoso, ante o fato do mesmo desrespeitar as determinações legais. E também uma forma de prevenir a ocorrência dos delitos, tanto na forma geral como na forma específica.

Diante da breve análise das teorias sobre a função da pena, pode-se influir que o sistema carcerário tal qual está, somente se justifica em razão da teoria absoluta ou retributiva da pena, pois nada mais é do que um castigo desumano e degradante, uma realidade totalmente ultrapassada e primitiva.

Com a evolução da humanidade, mudanças foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, que taxativamente vedou qualquer espécie de pena com o único objetivo de torturar ou punir (inciso XLVI, do art. 5º da CF), pois indicou que seu objetivo, além de punir, é recuperar o preso e prevenir novos delitos, como pode ser

¹⁸ SOUZA, Paulo S. Xavier, *Individualização da Pena no estado democrático de direito*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

constatado nas disposições dos artigos 1º e 10 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84). Segundo tal entendimento, portanto, há total incompatibilidade com o atual sistema carcerário.

4. RECENTES CONTRIBUIÇÕES

Uma das soluções discutidas para estancar a crise do sistema carcerário e suas consequências nefastas está ao alcance do judiciário afastando-se da (in)competência política em investir e executar políticas públicas voltadas para o sistema carcerário. Muitos são os fatores que causam reflexos, imediatos ou não, no sistema carcerário, os quais não serão analisados no presente trabalho que é breve. Contudo, sem analisar as teses defensivas ventiladas nos tribunais que refletem um resultado positivo em termos de descarcerização quando encampadas, como, por exemplo, a insignificância; sem abordar, ainda, a despenalização de determinadas condutas que com o passar do tempo são aceitas pela sociedade; se vislumbram recentes contribuições que merecem ser mencionadas.

Trata-se da aplicação de penas alternativas como prioridade, deixando aquelas privativas de liberdade para último caso, bem como e talvez ainda mais imprescindível, a não inclusão de presos provisórios no sistema carcerário.

As penas restritivas de direito, penas ou medidas alternativas, são destinadas a infratores de baixo potencial ofensivo com base no grau de culpabilidade, nos antecedentes, na conduta social e na personalidade, visando, sem rejeitar o caráter ilícito do fato, a substituir ou restringir a aplicação da pena de prisão. Trata-se de uma medida punitiva de caráter educativo e socialmente útil imposta ao autor da infração penal que

não afasta o indivíduo da sociedade, não o exclui do convívio social e familiar e não o expõe às agruras do sistema penitenciário.

Desse modo, não há a contaminação desse indivíduo com a criminalidade que se verifica dentro das penitenciárias, nem tampouco se ocupa as penitenciárias com indivíduos que não necessitam de uma resposta penal tão grave, pelo menos não necessitam de um isolamento com relação à sociedade.

Muito se avançou nas últimas décadas em relação à aplicação de pena alternativa desde a Lei de Execuções Penais. A Lei nº 9.099, de 1995 e a Lei nº 10.259, de 2001, que criaram os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Estadual e Federal, respectivamente, abriram importante via alternativa de reparação consensual dos danos resultantes da infração. Da mesma forma a Lei nº 9.714, de 1998 que ampliou consideravelmente o âmbito de aplicação das penas alternativas, alcançando até mesmo os condenados até quatro anos de prisão, excluídos os condenados por crimes violentos, e instituindo dez sanções restritivas em substituição à pena de prisão.

A preocupação com a aplicação da pena alternativa sempre que possível, em detrimento do excesso de aplicação de pena privativa de liberdade, é de suma importância, mesmo porque o juiz deve reconhecer de ofício. No entanto, vale esclarecer que a jurisprudência é vacilante em relação ao reconhecimento da substituição da pena como direito subjetivo do réu, isso é, a jurisprudência é dividida quanto à obrigatoriedade do juiz conceder a substituição quando preenchidos os requisitos do art. 44 do CP. Nesse sentido:

TJ-PR - 8394152 PR 839415-2 (Acórdão) (TJ-PR)

Data de publicação: 21/06/2012

Torna-se obrigatória a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, quando o julgador reconhece na sentença como favoráveis as circunstâncias do art. 59, bem como as condições dos incisos I

a III do art. 44 c.c. seu parágrafo único, todos do CP , caracterizando direito subjetivo do réu.¹⁹

Não há outra interpretação mais alinhada aos direitos e garantias individuais, notadamente à individualização da pena, bem como à necessidade de resolver o problema prático da carcerização, senão o dever de substituição da pena sempre que possível. Em sentido contrário:

HABEAS CORPUS 107.771 SÃO PAULO
 RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE
 PACTE.(S) :LUIS FERNANDO DA SILVA RODRIGUES
 IMPTE.(S) :LUIZ CARLOS MONTEIRO GUIMARAES
 COATOR(A/S)(ES) :RELATOR DO HC 182203 NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. DROGAS. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DENEGADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
 1. O rigor da Súmula 691/STF somente pode ser abrandado em hipóteses excepcionalíssimas, para se evitar flagrante constrangimento ilegal.
 2. Óbice da Súmula 691/STF afastado, diante da superveniência do novo entendimento adotado por esta Suprema Corte.
 3. Não há que se falar em direito subjetivo do réu à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
 4. Afastada a vedação contida no art. 44 da Lei 11.343/06, forçoso se faz determinar ao magistrado de primeiro grau que analise a possibilidade de concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no caso concreto.
 5. Writ conhecido e, no mérito, denegado. Ordem concedida de ofício para devolver ao Juízo das Execuções Penais (Súmula 611/STF) a tarefa de aferir, no caso concreto, o preenchimento das condições objetivas e subjetivas para a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade, aplicada ao paciente, por restritiva de direitos, e aplicar, se for o caso, o benefício.²⁰

Vale mencionar, também, que nesse ponto a própria legislação também figura como entrave vedando em determinados momentos a substituição e determinando que o regime seja o fechado, como é o caso do art. 44 da Lei de Drogas 11.343/2006, bem como do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, inclusive, entendeu pela inconstitucionalidade dos artigos 33 §4º e 44, *caput* da

¹⁹ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Processo n. 8394152 PR 839415-2. Relator Desembargador José Mauricio Pinto de Almeida. Data de publicação 21/06/2012. Disponível em < <http://www.tjpr.jus.br>> Acesso em 05 ago. 2014

²⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 107.771/SP. Relatora Ministra Ellen Gracie. Data do julgamento 07/06/2011. Disponível em < <http://www.stf.jus.br> > Acesso em 05 ago. 2014

Lei 11.343/2006, na parte em que vedavam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação pelo crime de tráfico de entorpecentes (HC 97.256 RS, Informativo/STF 598).

No referido acórdão foi mencionado que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas àqueles que se mostrem incursos em dispositivos da Lei 8.072/90 e dentre elas não é dado encontrar a relativa à progressividade do regime de cumprimento da pena. O inciso XLIII do rol das garantias constitucionais - artigo 5º - afasta, tão-somente, a fiança, a graça e a anistia para, em inciso posterior (XLVI), assegurar de forma abrangente, sem excepcionar esta ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. Assim, não seria dado ao legislador ordinário fazê-lo. Entendendo inconstitucional o preceito do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado²¹.

A Lei 11.343/2006, revogatória de todas as leis anteriores sobre drogas, como se fosse um corpo estranho e nada tivesse a ver com o microsistema criado pela norma constitucional criminalizadora do inc. XLIII do art. 5.º da Constituição Federal, estabeleceu, no seu art. 44, um abusivo e ampliado rol de limitações não previstas no texto constitucional. Assim, os crimes referidos nos arts. 33, caput e § 1.º, 34 e 37 da Lei 11.343/2006 não seriam suscetíveis, além das restrições contidas no texto originário da Lei 8.072/90, ao sursis e à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Assim, foi concedida a ordem para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/06, assim como da expressão análoga vedada a conversão em penas restritivas de direitos, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Isto é, foi

²¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INFORMATIVO 604. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo604.htm> > Acesso em 05 ago. 2014.

declarada incidentalmente inconstitucional, com efeito ex nunc a proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos.

O que ocorreu foi uma evolução jurisprudencial que não se deixou engessar pela lei que determinava em sentido contrário. Os Tribunais Superiores já vinham admitindo a substituição até mesmo para crimes com penas abstratas mais gravosas, se afastando assim do texto literal da lei e preferindo se alinhar aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, pacificando o entendimento no sentido da possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, bem como o estabelecimento de regime diverso do fechado, em condenações por tráfico de drogas.

Segundo o ministro Og Fernandes, a referida legislação não é harmônica com os princípios da proporcionalidade. “A imposição do regime fechado, inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal”²². O ministro citou a mesma decisão do STF (HC 97.256/RS). O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em junho de 2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º da Lei n.8072/90 (HC111.840 ES) por entender que a obrigatoriedade de regime inicial fechado para penas não superiores a 8 anos fere o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF). Assim, mesmo para crimes hediondos, ao contrário da disposição legal, o regime inicial só poderá ser o fechado quando a pena fixada na sentença não for maior que 8 anos se o acusado for reincidentes ou as circunstâncias do caso indicarem gravidade diferenciada.

O artigo 33 §4º da Lei 11.343/2006 já foi modificado, a partir da decisão do STF, sendo suprimida a parte que vedava a conversão em restritiva de direitos, através da Resolução 5 de 2012 do Senado Federal. Tal mudança operada pela jurisprudência

²²BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=111760>. Acesso em; 02 abr. 2014.

cunhada nos princípios constitucionais e na proporcionalidade, representa grande avanço. Para Eugênio Pacelli, a proporcionalidade é verdadeiro postulado, não é outra coisa senão a pauta de interpretação inerente ao modelo do Estado de Direito. A partir das especificações dos direitos e garantias individuais na Constituição, pode-se deduzir uma base hermenêutica essencial à realização dos direitos fundamentais. “Surge, então, a proporcionalidade como a lente ou a pauta de interpretação que, para além de servir como critério orientador das atividades dos Poderes Públicos, é também vinculante e impositivo na aplicação do Direito²³”.

Além da substituição quando possível, o que deve ser um dever, deve ser mencionada a necessária mudança na aplicação de medidas provisórias, o que também gera um impacto imediato no problema do sistema carcerário. Isso porque com relação aos presos provisórios, percebe-se uma falha judiciária ainda mais gritante. O número de presos provisórios passa de 50% em alguns estados.

Além do problema relativo a (in)constitucionalidade que se verifica muitas vezes pelo abuso dessa medida em flagrante oposição à presunção de inocência determinada pela Constituição, muitas vezes o indivíduo permanece preso provisoriamente por crimes que não são graves, e que no fim do caso, se condenado for, poderá cumprir a pena em liberdade, ou seja, ele fica preso provisoriamente mas quando for condenado a cumprir pena será solto, o que é o mais completo contrasenso. É claro que ele deveria ter sido solto desde o começo.

Tal prática subverte a ordem do processo penal e da utilidade da pena. Além de ser flagrante desrespeito humano, ainda gera uma sensação de “premiação” com a efetiva condenação penal o que é contraproducente. Nesse sentido, parece pouco, ou

²³ PACELLI, Eugênio. Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais. 3 ed.revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2012. p. 129

ainda mal utilizada, a inovação trazida pela lei 12.403/2011 que inseriu o Capítulo V no Código de Processo Penal, prevendo outras medidas cautelares diferentes da prisão.

As medidas cautelares diferentes da prisão, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos sempre que possível e, sobretudo a consciência da realidade do cárcere, são instrumentos inerentes à competência do Judiciário, que tem em suas mãos o Poder Dever de começar a subverter a (des)ordem que se instalou. Não se propõe um modelo abolicionista, mas impõe-se uma caminhada em direção ao modelo garantista e mínimo.

CONCLUSÃO

A partir de dados estatísticos sobre o atual panorama do sistema carcerário brasileiro - notadamente o número de detentos, o tratamento que eles recebem, bem como o custo econômico para a manutenção e recuperação desse sistema – é feita uma análise crítica relacionada aos direitos dos presos, bem como à evidente ineficiência do sistema em termos penais. Fato é que não há trabalho ou educação, muito menos ressocialização na vida carcerária. O sistema como está não atende à função pela qual foi concebido. Foram apontadas as principais violações e suas consequências, para então analisar o que realmente se pretende com a aplicação da pena no direito penal, e assim evidenciar a contradição que se verifica na realidade.

A conclusão que se impõe não pode ser outra senão a necessidade de modificar a dinâmica dos fatos. Daí a preocupação com o que pode ser feito no âmbito do Judiciário, para amenizar tais problemas, salientando a interferência direta das decisões judiciais em matéria penal no cenário carcerário. A legislação no que tange à execução

das penas não é o foco para modificar a realidade, nem mesmo as políticas públicas que são sempre esperadas, mas quase nunca se concretizam.

O que se espera é a correta aplicação das penas sendo o encarceramento a última medida, alcançando assim, quem sabe, a finalidade visada pelo regramento e a melhoria da qualidade do sistema carcerário. Isso porque o papel do direito penal e a função da pena são contrariados, quando detentos são largados a própria sorte, submetidos a condições desumanas e ignorados pelo Estado, o que se impede é a regeneração do indivíduo que mais cedo ou mais tarde retornará ao convívio social, o que, em última análise, afeta a própria função da pena e a efetividade da decisão judicial fomentando a violência intra e extramuros.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em <<http://bd.camara.gov.br>>. Acesso em; 03 ago 2014.

_____. Lei n. 7.210 de 11 de julho e 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 24 fev. 2014.

_____. Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em; 23 out 2014.

_____. Relatório Final da CPI do Sistema Carcerário, 2008. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=1Pg4W70BsO>>. Acesso em 26 fev. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 107.771/SP. Relatora Ministra Ellen Gracie. Data do julgamento 07/06/2011. Disponível em < <http://www.stf.jus.br> > Acesso em 05 ago. 2014.

_____.Supremo Tribunal Federal. Informativo 604. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo604.htm> > Acesso em 05 ago. 2014.

_____.Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=111760>. Acesso em; 02 abr. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. Processo n. 8394152 PR 839415-2. Relator Desembargador José Mauricio Pinto de Almeida. Data de publicação 21/06/2012. Disponível em < <http://www.tjpr.jus.br> > Acesso em 05 ago. 2014.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. v.1. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MESSA, Ana Flávia. *Prisão e Liberdade*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PACELLI, Eugênio. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3.ed. rev.atual. São Paulo: Atlas, 2012.

Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Política Criminal: direito penal mínimo x direito penal máximo. Rio de Janeiro: Justiça Federal. n. 29, 2010.

SOUZA, Paulo S. Xavier, *Individualização da Pena no estado democrático de direito*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5.ed. Revan, 2010.