



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Crise do Sistema Penitenciário Brasileiro: Ineficácia da Função Ressocializadora da Pena Privativa de Liberdade

Vanessa Magalhães Leal

Rio de Janeiro
2014

VANESSA MAGALHÃS LEAL

**Crise do Sistema Penitenciário Brasileiro: Ineficácia da Função Ressocializadora da
Pena Privativa de Liberdade**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós- Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2014

CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: INEFICÁCIA DA FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA DA PENA PRIVATIVATIVA DE LIBERDADE

Vanessa Magalhães Leal

Graduada pelo Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais – IBMEC RJ. Advogada.

Resumo: O direito de punir do Estado tem fundamento na própria necessidade humana em sancionar aquele que descumpre as regras estabelecidas por uma coletividade. A pena privativa de liberdade se tornou o principal objeto de sanção do direito penal, mas desde sua criação encontra-se em declínio em virtude da impossibilidade de atingir seu principal objetivo: ressocializar. Diante da desídia da sociedade em cuidar do delinquente, as penitenciárias se tornaram depósitos humanos onde cada vez mais se prolifera a revolta e a vontade de delinquir. A consequência não poderia ser outra senão a ineficácia do sistema penitenciário e o aumento de reincidência.

Palavras-chave: Direito Penal. Pena Privativa de Liberdade. Função da Pena. Reincidência.

Sumário: Introdução. 1. Funções da Pena. 2. Deficiência do Sistema Prisional. 3. Soluções à Problemática. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe a análise de uma realidade jurídico-social acerca da aplicação da pena no Sistema Penal Brasileiro, desenvolvendo reflexão nos aspectos gerais da função desta com ênfase da necessidade na ressocialização e prevenção da reincidência do indivíduo prevista na Lei nº 7.210/ 84¹ que institui a Lei de Execução Penal.

As leis constituem-se de convenções estabelecidas livremente entre homens, e servem como instrumento de manutenção da ordem. Percorrendo a história, constata-se que nos primórdios da existência humana os homens eram considerados livres, compunham uma

¹ BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 20 ago. 2014.

sociedade natural baseada principalmente na confiança. Todavia, com a escassez dos recursos houve a necessidade de instituir a propriedade privada para garantir os interesses individuais.

As sociedades foram criadas com a finalidade de proteger o patrimônio diante das usurpações em que se encontravam os homens livres. Tal liberdade, portanto, era considerada negativa, pois muito embora não houve houvesse barreiras para as aspirações humanas também não haviam meios para combatê-las quando necessário.

Desse modo, somente em razão da necessidade se obrigaram os homens a ceder parcela de sua liberdade, formando portanto um coletivo no qual se impunha regras de conduta a serem respeitadas por todos. As leis, contudo não eram suficientes. Eram necessários meios poderosos para neutralizar o caos decorrente do despotismo. Tais meios foram as penas estabelecidas contra os que infringiam as leis. Para Cesare Beccaria², o direito de punir do Estado advém dessas parcelas de liberdades doadas para um propósito comum.

Devido a constante necessidade social pela existência de sanções penais em todas as épocas e culturas deu-se origem da pena e ao Direito Penal. Nesse contexto, o Direito Penal ganha relevância como sendo uma resposta para todos os males da sociedade, enquanto que a pena é retratada como um instrumento de coerção para observância das leis.

Com o passar do tempo, várias teorias surgiram para firmar a natureza jurídica do direito de punir. A Escola Positivista colocou o homem como centro do Direito Penal, dando à pena a finalidade da ressocialização do criminoso. Os positivistas consideravam a pena mais que um castigo, um instrumento da sociedade e de reintegração do criminoso.

É bem verdade que ao Direito Penal se tem incumbido como responsável pela resolução de diversas questões que envolvem a criminalidade e a necessidade de efetivar

² BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Torrieli Guimarães. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 17.

alguma forma de controle social. Essa tentativa de solução pode ser representada pelas teorias da pena, que representa resposta estatal contra os delitos.

1. FUNÇÕES DA PENA

A norma jurídica incriminadora é composta por dois elementos essenciais: o preceito primário e sanção. O primeiro consubstancia-se em uma orientação do Estado, indicando o que se deve ou não se deve fazer – preceito primário, enquanto a sanção como preceito secundário é a punição a ser aplicada a todos aqueles que infringirem o preceito. Toda vez que um indivíduo pratica um ilícito penal, estará sujeito a uma retribuição estatal pela prática de tal conduta, impondo-se ao agente uma pena em função do ato praticado.

Hodiernamente, a pena aplicada ao indivíduo que praticou um fato típico e ilícito, em sendo ele culpável, pode objetivar várias finalidades. No decorrer da evolução da pena, surgiram teorias que buscaram esclarecer a utilidade desta diante dos comportamentos sociais de cada época e da organização do Estado, suas finalidades e características, e, acima de tudo, a figura do condenado como sujeito passivo da atuação dela.

Quando fala-se no plano valorativo que envolve a questão da pena, entende-se que esta está intrinsecamente relacionada com as disputas políticas e ideológicas em todos os lugares e épocas. Nesse sentido, pode-se afirmar que a pena consubstancia as noções fundamentais que regem uma sociedade e um Estado. Sendo assim, não convém dissociar determinado conceito de pena de seu respectivo contexto histórico-cultural, como bem destaca Luiz Flávio Gomes³:

A pena ou qualquer outra resposta estatal ao delito, destarte, acaba assumindo um determinado papel. No modelo clássico, a pena (ou castigo) ou é vista com

³ GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão: doutrina e jurisprudência*. vol. 1. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 40.

finalidade preventiva puramente dissuasória (que está presente, em maior ou menor intensidade, na teoria preventiva geral negativa ou positiva, assim como na teoria preventiva especial negativa). Já no modelo oposto (Criminologia Moderna), à pena se assinala um papel muito mais dinâmico, que é o ressocializador, visando a não reincidência, seja pela via da intervenção excepcional no criminoso (tratamento com respeito aos direitos humanos), seja pelas vias alternativas à direta intervenção penal.

Na Idade Média, era imposto um castigo às condutas imorais ou a algum pecado cometido, que afrontasse a Igreja ou o Estado na figura do soberano. Já no Estado Absolutista, começa a se desgastar a ideia vinculada de Deus-Soberano-Estado, surgindo o Estado Burguês com novas ideias de governo com a participação do povo e distinção dos poderes. O castigo, neste período, passa a ser a retribuição a uma ordem jurídica interrompida, e a lei humana passa a substituir a lei de Deus.

Surge então as Teorias Absolutas ou Retributivas da pena, sendo esta conceituada como uma imposição de um mal necessário diante de seus atos negativos que prejudicavam a sociedade e a integridade do Estado. A pena é justificada pela realização de um ideal de justiça. Nesse sentido, tais teorias surgiram sustentando que a pena encontra sua justificação em si mesma, baseando-se na ideia de retribuição, do castigo, da compensação do mal, representado pela infração, com o mal, representado pelo sofrimento da pena.

Cabia ao soberano punir rigorosamente os infratores das ordens jurídicas impostas a sociedade, pois a lei era um mandamento que visava para buscar o bem e a satisfação da coletividade em geral e o seu não cumprimento tinha como consequência a imposição de uma sanção capaz de retribuir o mal feito.

Em outro extremo, as Teorias Relativas fundamentavam a pena na necessidade de evitar a prática de delitos. A pena era vista como instrumento apto à prevenção de possíveis delitos, e tinha um caráter utilitário de prevenção, daí também chamada de Teoria Preventiva. Esta tese tem por base a função de inibir o máximo possível a realização de novos atos ilícitos.

Esta teoria pode ser dividida em preventiva geral, que se caracteriza pela intimidação da sociedade para a não prática do ilícito, e preventiva especial, que possui como objeto o próprio delinquente.

Na Preventiva Geral, a pena tem o caráter ameaçador, funciona como uma coação psicológica, motivando os indivíduos à não prática de novos delitos. Esta teoria geral é subdividida em negativa, que busca a intimidação daqueles que não praticaram a conduta ilícita, e também em positiva, na qual a pena nada mais é do que um novo meio de se produzir novos valores morais e éticos diante da sociedade e do indivíduo que não praticou a conduta ilegal.

Contribuindo para cristalizar esta teoria, Eugênio Rául Zaffaroni e Nilo Batista⁴ esclarecem que:

O êxito da teoria advém de sua pretensa comprovação por introspecção não poder afirmar, a partir de seu status social e ético, se o efeito dissuasivo está na pena ou na estigmatização social devida ao fato em si. Isso se deve a que tal discurso parte da ilusão de um pan-penalismo jurídico e ético, que confunde o efeito do direito em geral e de toda a ética social com o do poder punitivo: em suma, tal discurso identifica o poder punitivo com a totalidade da cultura. A imensa maioria das pessoas evita as condutas aberrantes e lesivas por uma enorme e diversificada quantidade de motivações éticas, jurídicas e afetivas que nada têm a ver com o temor à criminalização secundária. No plano político e teórico essa teoria permite legitimar a imposição de penas sempre mais grave, por que não se consegue nunca a dissuasão total, como demonstra a circunstância de que os crimes continuam sendo praticados. Assim, o destino final desse caminho é a pena de morte para todos os delitos, mas não por que com ela obtenha a dissuasão, mas sim por que esgota o catálogo de males crescentes com os quais se pode ameaçar uma pessoa.

No que se refere à Prevenção Especial, esta é direcionada ao próprio indivíduo que delinuiu, na busca de um convencimento subjetivo para que o este não volte à prática do ilícito, visando ressocializar e reeducar o infrator da ordem jurídica. Nesta visão, o crime não é apenas a violação à ordem jurídica, mas também um dano social, e o criminoso é um perigo social que põe em risco a nova ordem. Opera-se em três diferentes formas: através da

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Rául; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 118.

intimidação pessoal do condenado, da sua neutralização, decorrente da segregação compulsória e, afinal, da sua ressocialização ou reintegração social.

A intimidação pessoal do condenado relaciona-se com a aplicação e execução das diversas penas. A neutralização refere-se apenas à execução das sanções penais privativas de liberdade com afastamento do convívio social, e consiste em impedir fisicamente o condenado à pena privativa de liberdade de voltar a delinquir, em virtude do seu encarceramento. Quanto a última vertente, consiste, basicamente, no efeito que se deseja obter, através da intervenção estatal, no sentido de criar estímulos, no condenado, para que ele não volte a delinquir após o cumprimento da pena imposta. Tal entendimento tem raízes no Positivismo Criminológico diante da ideia de pena com caráter utilitário.

2. DEFICIÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL

A pena privativa de liberdade firmou-se como a principal sanção do sistema punitivo representado pela prisão, especialmente a partir do século XIX, que para muitos seria a cura definitiva para o problema da criminalidade, da violência e da segurança pública. No entanto, a aposta ao sistema carcerário não durou por longo tempo, iniciando questionamentos em torno das finalidades inalcançadas da pena privativa de liberdade, que em vez de recuperar o delinquente, alimentava a criminalidade através da reincidência.

O clima na Europa no início do século XX foi marcado por buscas de penas alternativas frente a incerteza do sistema carcerário criado. Em que pese tais movimentos progressistas, o legislador penal brasileiro de 1940, não acolheu a ideia de que pena justa é a pena necessária levantada por Von Liszt⁵ ao criar o Programa de Marburg. O Código Penal

⁵ LISZT *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Penas alternativas*. 4. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 26.

Brasileiro de 1940⁶ foi inspirado no Código Penal Rocco de 1930, originário da Itália, com fortes tendências fascistas.

Com a Reforma Penal de 1984⁷, surgiram as alternativas à pena privativa de liberdade, instituídas pelas penas restritivas de direito. Contudo, ainda se critica a falta de motivação política e da sociedade em geral em efetivar tais alternativas, tendo em vista a má aplicação da pena, ignorando as inovações legais.

Desde a sua criação está comprovado a crise do sistema carcerário, que há tempos não conseguiu cumprir sua principal função: o retorno do preso ao convívio da sociedade. A crise de que se fala abrange principalmente o objetivo ressocializador da pena, diante da impossibilidade de gerar algum efeito positivo sobre o apenado.

Ao insistir que a pena seria uma amarga necessidade de uma comunidade de seres imperfeitos como são os homens quando formulou o Projeto Alternativo alemão de 1966, Von Liszt⁸, levou em conta os aspectos desumanos em que se dá a execução da pena. Atualmente, domina a ideia de que o encarceramento é uma injustiça flagrante, frente a sua incapacidade de educar, que ao retirar o réu do seu convívio social, tratando-o de forma desumana e estigmatizada, impede-o de ressocializar, fazendo crescer o índice de reincidência.

Na visão da criminologia crítica, destaca Cezar Roberto Bitencourt⁹:

A prisão surgiu como uma necessidade do sistema capitalista, como um instrumento eficaz para o controle e a manutenção desse sistema. [...] A verdadeira função e a natureza da prisão está condicionada a sua origem histórica de instrumento assegurador da desigualdade social. O sistema pena, dentro do qual logicamente se encontra a prisão, permite a manutenção do sistema sócia, possibilitando, por um lado, a manutenção das desigualdades sociais e a marginalidade. O sistema penal

⁶ BRASIL. Decreto Lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 ago. 2014.

⁷ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848.htm>. Acesso em: 20 ago. 2014.

⁸ LISZT *apud* BITENCOURT, op. cit.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Penas alternativas*. 4. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37.

facilita a manutenção da estrutura vertical da sociedade, impedindo integração das classes baixas, submetendo-as a um processo de marginalização.

Não restam dúvidas que o sistema penal desintegra os que estão à margem da sociedade. Há nítida divisão entre os delinquentes e a sociedade impedindo qualquer forma de interação entres estes grupos. A estigmatização e etiquetamento que sofre o indivíduo com sua condenação tornam pouco provável a sua reabilitação, além do fato de que o tratamento desumano encontrado nos cárceres retira a dignidade do preso que tende a delinquir novamente, já que impossível a sua reeducação.

Os presos no Brasil têm previsão de garantia de suas integridades física e moral em diversas legislações nacionais e também internacionais, como é o caso do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966¹⁰, que dispõe, em seu artigo 7º, que “ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”. Ademais, o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹¹, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica de 1969, que traz em seu conteúdo diversas garantias aos direitos fundamentais, e nasce reafirmando seu propósito de consolidar, neste Continente, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem.

No plano nacional, encontra-se proteção assegurada pela Constituição Federal¹² quanto a isonomia, dignidade, respeito e garantias que ninguém sofrerá castigos cruéis, desumanos e degradantes. Da mesma forma, o art. 3º. da Lei n. 7.210/84 - Lei de Execução Penal, estabelece que ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, excluindo-se a liberdade de ir, vir no caso de condenação à

¹⁰ BRASIL. Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 19 set. 2014.

¹¹ BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 10 set. 2014.

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2014.

prisão privativa de liberdade, por exemplo. No mesmo sentido, dispõe o art. 38 do Código Penal, que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

Os direitos assegurados aos presos são à alimentação, vestuário e instalações higiênicas, ao trabalho remunerado, à assistência material, à saúde, à jurídica, à educacional, social e religiosa, à proteção contra o sensacionalismo, ao uso do nome, à audiência pessoal com o diretor do estabelecimento prisional e de atestado de pena a cumprir emitido anualmente. No caso de cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado, a penitenciária é o local apropriado devendo o condenado ser alojado em cela individual que conterà sanitário, dormitório e lavatório, observando a salubridade adequada à existência humana.

Apesar dos estatutos demonstrarem atenção aos direitos humanos dos presos, a realidade nos cárceres brasileiros é bem diferente. O ambiente carcerário é um meio camuflado que retira a humanidade do encarcerado. É comum ver em noticiários as rebeliões comandadas pelos detentos, que suplicam melhores condições de vivência.

Se observa que em muitas das unidades prisionais não há separação dos presos por idade, reincidência ou entre provisórios e condenados. Registra-se a total falta de assistência aos presos doentes, uma vez que não é em todo presídio que há prestação de serviços médicos. Da mesma forma, atendimento dentário é quase nulo na maior parte deles. Sem mencionar a superlotação em que vivem os presos, que somado a insalubridade das celas facilita a proliferação de doenças.

A partir do momento em que o delinquente é condenado a uma pena privativa de liberdade, ele perde muito além da sua liberdade, mas também direitos fundamentais, passando a ter um tratamento abominável vindo a sofrer castigos de ordem moral e física, gerando, por fim, a perda da sua condição humanada marcada pela ausência de dignidade.

Processo esse que impossibilita totalmente o retorno a sociedade. Conforme assevera Anna Judith¹³:

As violações aos direitos humanos dos presos têm sido consequência do descaso dos governantes, legitimado pela sociedade, que vê no sofrimento do preso uma espécie de pena paralela. Ao ser sentenciado, o indivíduo passa à guarda do Estado, o qual tem o dever de zelar pelos demais direitos do apenado, não atingidos pela sentença. Lamentavelmente, não é essa a realidade.

Há uma concordância quase unânime encontrada em diversas classes sociais que os infratores necessitam sofrer os males do sistema prisional, pois uma vez experimentado o amargo sabor da prisão e as consequências trazidas por ela, pensarão duas vezes antes de cometerem novos delitos.

No entanto, o alto índice de reincidência tem demonstrado o oposto – o caos encontrado no sistema penitenciário aumento a reincidência, pois funciona como um ciclo vicioso, no qual o preso que cumpre a pena é tratado como um problema social. Ao sair da prisão, estará estigmatizado e amargurado, e é separado dos não delinquentes, havendo impossibilidade de amparo social em virtude do preconceito, e volta a delinquir.

De acordo com o Informe Regional de Desenvolvimento Humano (2013-2014)¹⁴ do PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, o percentual de reincidência no Brasil é um dos mais altos, encontrando-se no patamar que alcança o percentual de 47,4%. Em que pese o sistema carcerário não ser o único fator que influencia na reincidência do delito, certo é que a deficiência nos programas de reabilitação, as condições prisionais difíceis e a exposição a redes criminosas nos cárceres influenciam negativamente como aspectos reprodutores do crime.

¹³ JUDITH, Anna. *Violações aos direitos humanos dos encarcerados no Brasil: perspectiva humanitária e tratados internacionais*. Disponível em: <<http://ninhajud.jusbrasil.com.br/artigos/123151293/violacoes-aos-direitos-humanos-dos-encarcerados-no-brasil-perspectiva-humanitaria-e-tratados-internacionais>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Brasil: reincidência de até 70%*. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/brasil-reincidencia-de-ate-70%>>. Acesso em: 22 ago. 2014.

O Brasil tem agido de forma descuidada quanto à questão da violência aos direitos fundamentais dos presidiários. As leis foram criadas para regular o convívio entre os homens trazendo ordem e prestigiando o bem estar social. O Direito Penal ao ser chamado para conter comportamentos nocivos à sociedade, enfrenta com dureza aquele que não se adequa ao grupo, condenando e executando de acordo com as finalidades criada para a pena.

Certo é que da mesma forma que o condenado deve cumprir a obrigação imposta, a este também deveriam estar assegurados os meios para que a pena seja cumprida validamente. O Estado que pune deve assegurar a humanidade daquele que está sendo punido. Em outras palavras, a mesma lei que impõe regras não pode abandonar o encarcerado quando as cumpre.

É nesse sentido que se defende que os presos devem usufruir as garantias previstas em lei durante o cumprimento de sua pena privativa de liberdade. Certo que a intenção não é fomentar a impunidade, ao contrário, aquele que transgrediu as regras da sociedade deve cumprir a pena pela infração, mas uma vez cumprindo a dignidade ainda deve servi-lo. Veja que as garantias aos presos não são traçadas para o bem exclusivo do encarcerado, mas especialmente visando o bem a sociedade, que ao mesmo tempo que reeduca o condenado afasta a possibilidade de reincidência.

O que se pretende é que seja respeitado o princípio da legalidade, tendo como objetivo maior vigorar a função ressocializadora da pena privativa de liberdade, para que o recluso seja reintegrado ao meio social, visando assim obter o bem estar da coletividade. No entanto, se a sociedade negligencia a situação atual da execução da pena privativa de liberdade, e fecha os olhos para o tratamento desumano em que estão inseridos, mais haverá prisões lotadas funcionando como um depósito de lixo humano e condenados irreversíveis que ao ganharem a liberdade voltarão a reincidir. A pena assim, ao invés de trazer uma resposta para a criminalidade cada vez mais fomenta o que se busca anular.

3. SOLUÇÕES À PROBLEMÁTICA

Tendo em vista todas as críticas feitas ao sistema penitenciário, faz-se necessário a busca de soluções para erradicar, ou reduzir ao mínimo os problemas encontrados na execução da pena privativa de liberdade. Atualmente, interessados do tema indicam algumas alternativas, que uma vez aplicadas possibilitariam solucionar o caos gerado. As mais citadas são as penas alternativas à pena privativa de liberdade e ênfase no princípio da intervenção mínima.

Com a reforma do Código Penal foi inserido as penas alternativas denominadas penas restritivas de direitos, e tem como objeto prestação de serviço à comunidade, interdições temporárias de direitos e limitação de fim de semana, prestação pecuniária, perda de bens e valores, proibição de frequentar determinados lugares, bem como prestações de outra natureza. Servem como substitutos da pena privativa de liberdade.

O juiz tem a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade ao determinar a quantidade final da pena de prisão, se no caso esta não for superior a quatro anos ou se o delito for culposo. Se não for possível a substituição o juiz poderá aplicar a suspensão condicional da pena.

A lei possibilita o juiz eleger, com margem de liberdade, a pena mais adequada, assim com a substituição de uma pena de efeitos negativos por outra menos invasiva. Esta discricionariedade deve ser utilizada somente para escolher a espécie de pena alternativa mais adequada ao infrator, uma vez que o limite de duração das penas restritivas será o mesmo que teria a pena privativa de liberdade substituída.

Algumas das vantagens para aplicação das penas alternativas foram elencadas por Damásio de Jesus¹⁵, são elas: evitam a aplicação da pena privativa de liberdade nas infrações

¹⁵ JESUS, Damásio Evangelista de. *Penas alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 151.

penais de menor potencial ofensivo; diminuem o custo do sistema repressivo; permitem ao juiz adequar a reprimenda penal à gravidade objetiva do fato e às condições pessoais do preso; não afastam o condenado do convívio com sua família ou comunidade, tampouco de suas responsabilidades; afastam o preso do contato com outros delinquentes; e reduzem o número de reincidência.

Conforme estudo¹⁶ feito a respeito do índice de reincidência dos criminosos, constatou-se que aqueles submetidos a penas alternativas voltam a cometer crime em 24,2% dos casos, enquanto aos condenados em regime de pena privativa de liberdade voltam a cometer o crime em 53,1% dos casos. Tal parâmetro indica que os criminosos enviados ao sistema carcerário têm mais possibilidade de reincidir do que aqueles que cumprem a pena por outras medidas, constando-se estatisticamente que a função ressocializadora da pena privativa de liberdade perde sua eficácia.

Em que pese a possibilidade legal pela aplicação das penas alternativas e suas vantagens reconhecidas, vivencia-se hoje uma sede de punir, que é refletida diretamente no aumento da criminalização, com novos tipos penais e aumento das sanções criminais. Verifica-se certa resistência do Poder Judiciário em aplicar penas alternativas, diante da falta de infraestrutura necessária para permitir a sua adequada operacionalização.

Salienta-se que as medidas alternativas são uma solução revolucionária e concreta para a crise atual do sistema penitenciário. Nesse sentido, faz-se necessário aprimorar políticas públicas concretas que viabilizem o cumprimento efetivo das penas alternativas, como a construção das casas de albergados, de pequeno custo em termos de arquitetura penitenciária e os convênios com as entidades filantrópicas, assistenciais e congêneres.

No mesmo sentido, o direito penal deve se fundamentar no princípio da mínima intervenção tendo em vista seu caráter subsidiário, os quais decorrem do princípio da

¹⁶ CONDENADOS com penas alternativas incidem menos. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mar-22/beneficiados-penas-alternativas-reincidem-revela-pesquisa>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

dignidade humana. Compreende-se que a intervenção mínima impõe aos seus destinatários certos comportamentos imprescindíveis para a justa aplicação do direito: de um lado, ao legislador cabe se abster de incriminar qualquer conduta, e de outro caberá ao intérprete observar as normas penais incumbido na função de analisar se determinada situação pode ser resolvida com a atuação de outros ramos da ciência jurídica, como, por exemplo, na esfera cível ou na administrativa.

Trata-se este último do direito penal como última *ratio*. Não é outro o entendimento dos Tribunais Superiores¹⁷ ao enfrentar a questão, estabelecendo que “O direito penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas”.

Da mesma forma, a pena será evitada o máximo possível, apenas incidindo quando evidentemente se mostrar como único e último recurso para a proteção do bem jurídico. Com o enfoque no pensamento da intervenção mínima, devem descriminalizar-se aquelas condutas previstas nos textos penais que aparecem opostas a claros mandatos constitucionais

No mesmo sentido, discorre o Superior Tribunal de Justiça¹⁸:

Os elementos do tipo penal são eleitos com o objetivo de reprimir agressões intoleráveis a bens de maior importância, justificando-se, dessa forma, a intervenção do Direito Criminal - diretamente relacionado à restrição da liberdade. Assim, além de não estar preenchida a tipicidade, a conduta narrada não apresenta a especial gravidade que se exige para justificar o início da persecução penal. De fato, o inadimplemento poderia ter sido justificado e resolvido apenas na seara cível, ainda que verificado eventual abuso de direito, dando-se primazia, assim, aos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade.

Não obstante, esclarece o Supremo Tribunal Federal no HC 107638 PE¹⁹ que:

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 672225. Relatora: Ministra Jane Silva. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2052178/recurso-especial-resp-672225/inteiro-teor-12230337>>. Acesso em: 19 set. 2014.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em HC n. 37029. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellize. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23987801/recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-37029-sp-2013-0111056-0-stj>>. Acesso em: 19 set. 2014.

A existência de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, por uma busca constante de um direito penal mínimo, fragmentário, subsidiário, capaz de intervir apenas e tão-somente naquelas situações em que outros ramos do direito não foram aptos a propiciar a pacificação social. 2. O fato típico, primeiro elemento estruturador do crime, não se aperfeiçoa com uma tipicidade meramente formal, consubstanciada na perfeita correspondência entre o fato e a norma, sendo imprescindível a constatação de que ocorrera lesão significativa ao bem jurídico penalmente protegido. 3. É possível a aplicação do Princípio da Insignificância, desfigurando a tipicidade material, desde que constatados a mínima ofensividade da conduta do agente, a inexistência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a relativa inexpressividade da lesão jurídica.

Desta forma, para que o direito penal seja aplicado observando os limites traçados na dignidade da pessoa humana, urge descriminalizar as condutas que já não são consideradas indesejáveis, e devem ser excluídas dos códigos penais as condutas para as quais bastam como meios de controle outros procedimentos menos enérgicos do que as reações penais.

É fato notório que muitas prisões não são boas e úteis para a finalidade ressocializadora, embora haja algumas piores que outras. No entanto, tendo em vista que a abolição da instituição prisional é uma utopia e longe de se apresentar efetivamente como melhor solução para a problemática, deve-se atentar realmente para a adoção de uma séria política de redução drástica da aplicação da pena de prisão.

CONCLUSÃO

Afirma-se que a crise é do sistema penitenciário, e não no sistema penitenciário, pois inerente a sua própria natureza. Desde a colocação do Direito Penal como resposta ao caos existente na sociedade, a pena privativa de liberdade é a principal e a mais ineficaz sanção ao descumprimento das regras de conduta.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 107638. Relatora: Ministra Carmén Lúcia. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20621167/habeas-corpus-hc-107638-pe-stf>>. Acesso em: 19 set. 2014.

As condições desumanas em que se encontram os internos do sistema penitenciário tem como causa a desídia do Estado em face a problemática criminal e o desinteresse coletivo marcado pela vontade de vingança. O anseio social em ver o delinquente sofrer é a face mais perigosa da criminalidade. Não é à toa que o Código de Hamurabi está superado.

A trajetória traçada pelas escolas criminalistas mostra evolução na forma de entender e combater o crime. A pena com o fim de preveni-lo não pode ser usada como instrumento de ódio e vingança, deve ter a finalidade de trazer o delinquente ao convívio social ensinando-o sobre as consequências da sua conduta ilícita para que este não volte a delinquir. Da mesma forma, a pena deve ser voltada para o restante da sociedade como um alerta, prevenindo futuras condutas criminosas.

Não obstante, a realidade em que se depara o sistema carcerário é alarmante. Diversos são os casos de maus tratos em que os internos estão sujeitos. Os direitos humanos adotados pelo Brasil em diversas normas não passam de leis mortas, tendo em vista a falta de coercibilidade em aplicá-los. Se metade da sociedade brasileira soubesse as consequências geradas quando se afasta a aplicação dos direitos aos presos pensaria melhor ao desejar a apodrecimento daquele que delinuiu.

A elevada taxa de reincidência entre os presos submetidos à pena privativa de liberdade não nega o caos. O afastamento do delinquente do convívio da sociedade o torna cada vez menos humano, e cada vez mais inalcançável. O ambiente degradante dos presídios é local de proliferação de reincidentes.

O Direito Penal deve apresentar uma utilidade, um efeito útil, que seja capaz de ser registrado e captado pela estatística criminal. É preciso rever concretamente alguns conceitos traçadas pela política criminal brasileira. Quanto ao julgador, deve ter a percepção da realidade fática dos presídios, de forma a aplicar a pena privativa de liberdade somente quando necessário.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Torrieli Guimarães. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Penas alternativas*. 4. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848.htm>. Acesso em: 20 ago. 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2014.

_____. Decreto Lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 ago. 2014.

_____. Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 19 set. 2014.

_____. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 10 set. 2014.

_____. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 20 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 672225. Relatora: Ministra Jane Silva. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2052178/recurso-especial-resp-672225/inteiro-teor-12230337>>. Acesso em: 19 set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em HC n. 37029. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellize. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23987801/recurso-ordinario-em-habeas-corporum-rhc-37029-sp-2013-0111056-0-stj>>. Acesso em: 19 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 107638. Relator: Ministra Carmén Lúcia. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20621167/habeas-corpus-hc-107638-pe-stf>>. Acesso em: 19 set. 2014.

CONDENADOS com penas alternativas incidem menos. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mar-22/beneficiados-penas-alternativas-reincidem-revela-pesquisa>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. *Brasil: reincidência de até 70%*. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/brasil-reincidencia-de-ate-70%>>. Acesso em: 22 ago. 2014.

_____. *Penas e medidas alternativas à prisão: doutrina e jurisprudência*. v. 1. 2 ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Penas alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1998.

JUDITH, Anna. *Violações aos direitos humanos dos encarcerados no Brasil: perspectiva humanitária e tratados internacionais*. Disponível em: <<http://ninhajud.jusbrasil.com.br/artigos/123151293/violacoes-aos-direitos-humanos-dos-encarcerados-no-brasilperspectiva-humanitaria-e-tratados-internacionais>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

LISZT *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Penas alternativas*. 4. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Rául; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.