



**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
FACULDADE DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS**



ISADORA ZIMIANI DOS SANTOS

A FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

**Dourados - MS
2018**

ISADORA ZIMIANI DOS SANTOS

A FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Universidade Federal da Grande Dourados, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Gustavo de Souza Preussler.

Dourados – MS

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP).

S237f Santos, Isadora Zimiani Dos
Falência do sistema prisional brasileiro / Isadora Zimiani Dos Santos --
Dourados: UFGD, 2018.
49f. : il. ; 30 cm.

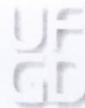
Orientador: Gustavo de Souza Preussler

TCC (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito e Relações
Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados.
Inclui bibliografia

1. sistema prisional. 2. pena. 3. abolicionismo. I. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

©Direitos reservados. Permitido a reprodução parcial desde que citada a fonte.



ATA DE DEFESA DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos nove do mês de julho de 2018, compareceu para defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso, requisito obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito o (a) aluno (a) **Isadora Zimiani dos Santos** tendo como título "*Falência do Sistema Prisional Brasileiro*".

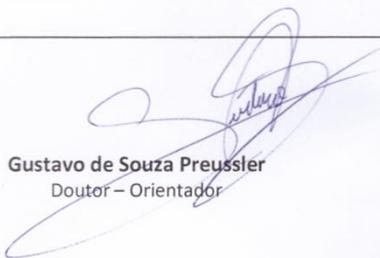
Constituíram a Banca Examinadora os professores Dr. Gustavo de Souza Preussler (orientador), Me. Everton Gomes Correa (examinador) e a Esp. Karine Cordazzo (examinador).

Após a apresentação e as observações dos membros da banca avaliadora, o trabalho foi considerado (a) aprovado.

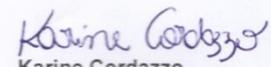
Por nada mais terem a declarar, assinam a presente Ata.

Observações: _____

Assinaturas:


Gustavo de Souza Preussler
Doutor – Orientador


Everton Gomes Correa
Mestre - Examinador


Karine Cordazzo
Especialista – Examinador

AGRADECIMENTOS

Inicialmente quero expressar minha gratidão ao meu orientador Gustavo de Souza Preussler por ter aceitado me orientar e por toda ajuda na minha monografia, principalmente me auxiliando na escolha do tema e transmitindo seu vasto conhecimento acerca do Processo Penal, cuja matéria domina com experiência e habilidade. Grata pela honra de sua orientação.

Agradeço também minha família por todo apoio no decorrer da graduação, em especial minha mãe, Vera Lúcia Zimiani dos Santos, que sempre me incentivou e nunca deixou que eu desistisse dos meus sonhos.

Ao meu pai, Moacir José dos Santos, por todos os ensinamentos e por nunca medir esforços quando se tratasse dos meus estudos e da minha educação.

Ao meu namorado, Wanderley Gimenes Figueiredo, por sempre me apoiar em tudo o que eu faço e por toda a paciência e companhia que me proporcionou em nosso relacionamento.

Por fim, não posso deixar de mencionar os grandes amigos que fiz na UFGD e tornaram minha graduação mais prazerosa. Que nossa amizade dure muito além da faculdade.

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los. O meio mais seguro, mas ao mesmo tempo mais difícil de tornar os homens menos inclinados a praticar o mal, é aperfeiçoar a educação. Cesare Beccaria

SUMÁRIO

RESUMO.....	8
ABSTRACT.....	9
INTRODUÇÃO.....	10
CAPITULO I – DAS PENAS	
1.1 Breve Histórico Da Pena.....	11
1.2 Sistema Penal.....	13
1.3 Finalidade E Função Social Da Pena.....	14
1.4 Classificação Das Penas	17
1.4.1 Penas Privativas de Liberdade.....	17
1.4.2 Penas Restritivas de Direito.....	18
1.4.3 Penas de Multa.....	19
1.5 Falhas No Sistema.....	20
CAPÍTULO II – TEORIA ABOLICIONISTA	
2.1 O Abolicionismo Penal.....	22
2.1.2 Principais Pensadores Acerca do Abolicionismo Penal.....	22
2.2 Propostas Abolicionista.....	27
2.2.1 Compensação.....	28
2.2.2 Meio Terapêutico.....	28
2.2.3 Punição Revisitada.....	29
2.2.4 Conciliatório.....	29
2.2.5 Educação.....	29
CAPÍTULO III - O COLAPSO NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO	
3.1 Encarceramento Em Massa.....	30
3.2 Elevado Número De Presos Provisórios.....	35
3.3 Estado Punitivo.....	37
3.4 Elevado Índice De Reincidência E A Utopia Da Pena Ressocializadora.....	38
3.5 Possíveis Soluções Ao Colapso Carcerário.....	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
BIBLIOGRAFIA.....	46

RESUMO

As penitenciárias brasileiras não tem cumprido os papéis que, por lei, deveriam desempenhar. A função de ressocialização da pena torna-se extremamente negligenciada devido a um conjunto de falhas estruturais no sistema carcerário, evidenciando-se a superlotação das prisões, falta de investimento administrativo e lesão aos direitos fundamentais dos detentos. Este trabalho irá analisar os motivos pelo qual o sistema prisional brasileiro entrou em colapso, abordando inicialmente a história da Pena, suas teorias e finalidade. Ademais, a discussão levará em consideração a teoria do abolicionismo penal, encabeçada pelos doutrinadores Louk Hulsman e Eugenio Raul Zaffaroni, que defendem teses que vão desde a abolição da justiça penal até a métodos optativos ao cárcere. Por fim, iremos aprofundar o estudo dos problemas estruturais enfrentados nos estabelecimentos penais brasileiros, analisando a falência da pena de prisão e do estabelecimento como um todo, dissecando as falhas no sistema, que levaram ao caos das penitenciárias.

Palavras-chaves: Pena; Sistema Carcerário; Abolicionismo Penal; Prisões.

ABSTRACT

Brazilian penitentiaries have not performed the roles they should play by law. The resocialization purpose of the penalty becomes extremely neglected due to a set of structural failures in the prison system, evidencing the prisons overcrowding, lack of administrative investment and damage to inmates' fundamental rights. This paper will analyze the reasons why the Brazilian prison system collapsed, approaching the history of the Penalty, its theories and purpose. In addition, the discussion will take into account the theory of penal abolitionism, headed by the doctrinaires Louk Hulsman and Eugenio Raul Zaffaroni, who defend theses ranging from the abolition of criminal justice up to the optional methods of imprisonment. Finally, we will deepen the structural problems study faced in Brazilian penal establishments, analyzing the prison sentence collapse and the institution as a whole, dissecting system failures, which led to the penal institutions chaos.

Keywords: Penalty; Prison system; Penal Abolitionism; Prisons

INTRODUÇÃO

O sistema carcerário desde seu surgimento apresenta-se como forma de reprimir aqueles que desobedecem as regras de condutas sociais pré-estabelecidas. No início, as penas possuíam caráter meramente punitivo, aqui, as penas atingiam a integridade física do delinquente.

Conforme a evolução das sociedades, a punição de um crime deixou de ser apenas punitiva, e passou a adentrar a finalidade de recuperar socialmente aquele que praticou o delito.

Embora seja nítida a evolução da aplicação das penas, o sistema punitivo atual não tem se mostrado eficaz. A ineficiência abre janelas para o surgimento de diversas teorias acerca do abolicionismo penal e a aplicação de penas alternativas às penas privativas de liberdade.

Assim, buscando entender a dinâmica do sistema punitivo foi elaborada uma monografia com o tema “Falência do sistema carcerário”, sem a pretensão de esgotar o tema, buscando compreender a ineficiência do atual sistema prisional brasileiro.

Destarte, no primeiro capítulo é feito uma pesquisa sobre as penas, abordando sua evolução histórica, suas quatro fases penais, quais sejam: a vingança privada, a vingança divina, vingança pública e o período humanitário. Posteriormente, são abordadas as funções da pena, atualmente punitiva e ressocializadora, e suas espécies, podendo ser penas restritivas de liberdade, restritivas de direito e multa.

No mais, embora notória sua evolução, as penas se demonstram frágeis e incapazes de atender a sua finalidade ressocializadora, abrindo espaços para teorias críticas ao sistema, entre elas a teoria do abolicionismo penal, abordado no segundo capítulo.

Por fim, o terceiro capítulo aborda as principais causas que levaram o sistema carcerário brasileiro ao colapso, ressaltando entre eles o encarceramento em massa e o estado punitivo que busca encarcerar o maior número de pessoas possíveis, ainda que isso não signifique efetiva redução da criminalidade. Ao final do capítulo são apresentadas algumas sugestões ao colapso que o sistema prisional brasileiro enfrenta, sem pretender esgotar o tema.

CAPÍTULO I – DAS PENAS

1.1 Breve Histórico Da Pena

Pode-se dizer que a história da humanidade se mistura com o desenvolvimento das penas. Segundo Noronha¹, as penas existem desde os primórdios da existência humana. No entanto, o surgimento delas não está relacionado a um Estado que previa princípios garantidores.

Desde a antiguidade, a história do direito penal, sobretudo, as penas, de uma forma geral, podem ser consideradas tenebrosa devido ao caráter torturador de suas reprimendas. Foucault relata uma execução ocorrida em 1757:

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [onde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na Praça de Grève, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado [relata a Gazette d'Amsterdam]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos da operação não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, corta-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas. Afirma-se que, embora ele sempre tivesse sido um grande praguejador, nenhuma blasfêmia lhe escapou dos lábios; apenas as dores excessivas faziam-no dar gritos horríveis, e muitas vezes repetia: ‘ Meu Deus, tende piedade de mim; Jesus socorrei-me.’²

Posteriormente, o Estado, a fim de evitar a coletivização da vingança privada, bem como as penas cruéis e degradantes, como “*munus publicum*”, buscou aplicar as penas aos infratores, com o intuito de defender a sociedade, tornando-a mais justa e pacífica.

Para Nunes³, a pena está relacionada ao senso de vingança. Nos tempos primitivos, o indivíduo que tinha seus direitos, por ele considerado primordiais, violados, acreditava que a resposta deveria ser proporcional. Entretanto, essa

¹ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. V. 1, p. 22

² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 07.

³NUNES, Patricia. **A pena na antiguidade e nos dias atuais**.Direitonet. 15 jun. 2003. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1125/A-pena-na-antiguidade-e-nos-dias-atuais>> Acesso em: 27 abr 2017.

proporcionalidade era definida pelo próprio ofendido, pois não havia um sistema penal norteador que estabelecesse penas justas para cada infração.

Segundo Rusche e Kirchheimer⁴, a indenização e a fiança eram as penas predominantes na Idade Média e aos poucos foram sendo substituídas pelo sistema corporal e capital, pois as penas de indenização e fiança eram direcionadas aos ricos, enquanto o castigo corporal tornou-se castigo aos pobres. Isso, mais tarde abriu caminho para o aprisionamento.

Para alguns doutrinadores, há quatro fases penais, quais sejam: a vingança privada, a vingança divina, vingança pública e o período humanitário.

A vingança privada teve início no período primitivo, segundo Noronha⁵, em regra, cada agressão era atacada com uma reação, sem a devida proporção. Nesse período surgiu o Código de Hammurabi, como bem explica Bayer⁶, cujo teor resumia-se em “olho por olho, dente por dente...”. Entretanto, os delitos só aumentavam e a população se via cada vez mais fragilizada.

Ainda, no período primitivo, surgiu a vingança divina. Noronha⁷ afirma que, nesse período, a recriminação era acertada de acordo com a grandeza do Deus ofendido pelo indivíduo. E, ainda, o intuito da punição era purificar a alma daquele delinquente. Embora, o fundamento desse período ser a divindade, era aplicado penas mais cruéis e desumanas, a fim de intimidação. A desproporcionalidade na justiça divina se baseava no fanatismo religioso, em razão disso, crime e pecado eram confundidos.

Com a ascensão do Estado, emerge a vingança pública, tornando as punições de caráter coletivo, todavia, mantendo-as extremamente cruéis com a finalidade de intimidação, sendo totalmente antagônico à dignidade humana. Urge ressaltar que, embora o direito de punir tenha passado para o Estado, o mesmo ainda sofria grande interferência religiosa. Nesse período, o objetivo maior era a proteção do soberano, sendo este, segundo suas crenças, oriundo da divindade.

Já no período humanitário, os juristas da época perceberam a necessidade de mudanças e começaram a criar a legislação penal andante, enaltecendo as liberalidades do indivíduo e, por conseguinte, alçando ao sistema o princípio da dignidade humana.

⁴Rusche, G.; Kirchheimer, O. **Punição e estrutura social**. Ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia. 2004. p. 35.

⁵NORONHA, E. M. Op. cit. p. 22.

⁶BAYER, Diego Augusto. **A origem das penas e das prisões e a maximização do direito penal como forma de repressão do delinquente**. Jurisway. 1 abr. 2013. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10428> Acesso em: 27 abr 2017.

⁷NORONHA, E. M. Op. cit. p. 23.

Em sua obra, *Dos delitos e das Penas*, Beccaria⁸ se tornou um dos primeiros a defender um sistema penal justo e proporcional, cujo aplicador teria o dever de julgar em conformidade com as leis, e estas deveriam ser estabelecidas com justiça.

1.2 Sistema Penal

Pena, assim como as medidas de segurança, é espécie do gênero sanção penal. Isto posto, importante ressaltar o conceito de pena. Romeu e Almeida Salles Junior⁹ assevera que:

Pena é retribuição pelo delito cometido. Traduz em privação de bens jurídicos que a lei impõe ao infrator. Sempre teve caráter retributivo de castigo. No entanto, visa também a reeducação e readaptação do delinquente. A pena guarda sempre proporcionalidade com o delito praticado, com a lesão efetivamente causada ao bem tutelado. Sua finalidade é a prevenção geral, intimidando através de sua previsão em lei, advertindo aqueles que são propensos a transgredir a ordem do direito. E também a prevenção especial, uma vez que, aplicada ao caso concreto, objetiva reeducar ou recuperar o criminoso.

Estefam¹⁰ aduz que, a palavra pena deriva do latim *poena*, o qual indica castigo ou suplicio. Explica que “não se ignora, todavia, a existência daqueles para os quais o vocábulo tem raiz grega – *ponos*, que significa trabalho ou fadiga.” Continua dizendo: “do ponto de vista jurídico-penal, pena é a consequência atribuída por lei a um crime ou uma contravenção penal”.

Capez¹¹ ensina que a sanção penal imposta pelo estado tem a finalidade de promover a readaptação social do delinquente e evitar novas transgressões pela intimidação dirigida à sociedade.

Assim, tem-se que as penas advêm do poder estatal de punir aqueles que cometem um ilícito penal. Entretanto, a pena deve ser proporcional ao delito e permitir a ressocialização e integração daquele infrator à sociedade.

⁸BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Disponível em: <<http://www.abrasd.com.br/biblioteca/direito/Dos%20Delitos%20e%20das%20Penas%20-%20Cesare%20Beccaria.pdf>>. Acesso em: 27 abr 2017. p. 29.

⁹JUNIOR, R. A. S. **Curso Completo de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 81

¹⁰ESTEFAM, Andre. **Direito Penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 317.

¹¹CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 363.

O sistema penal diferencia-se dos demais, vez que faz uso do *ius puniendi*, bem como age por meio de seus elementos punitivos, determinando normas de conduta, que quando não respeitadas dão início ao processo de criminalização, com a configuração de um delito. Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli¹² aduzem que:

(...) chamamos de sistema penal o controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei, que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação.

Notadamente, o sistema penal possui características únicas em razão de seu objeto, função, âmbito de atuação, dentre outros fatores.

O delito surge no momento em que uma ação ou omissão ocorre em desacordo com o ordenamento penal, realizando efetivamente um tipo penal, que se trata de uma descrição abstrata das ações consideradas delitivas¹³.

1.3 Finalidade E Função Social Da Pena

Como observado, com a evolução da sociedade fora concedido ao Estado o poder de exercer o controle social. Para tanto, foi criada normas com o intuito de proteger bens jurídicos, e, sobretudo os interesses do cidadão.

Entretanto, observada a possibilidade de falha no cumprimento das normas e proteção dos bens jurídicos, foi conferido ao Estado o exercício do poder-dever denominado *ius puniendi*. Assim, quando há violação das normas impostas pelo o Estado, surge à ele o dever de aplicar a punição adequada ao infrator.

Assevera Mossin¹⁴ que:

O dever concreto de punir do Estado decorre de sua própria atividade política voltada ao interesse coletivo, ao equilíbrio societário que deve haver entre os cidadãos (...). Desse modo, o Estado pode exigir que o interesse do autor da conduta punível em conservar sua liberdade se subordine ao seu, que é o de restringi-la com inflicção de pena.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 70.

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. Ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

¹⁴ MOSSIN, Heráclito Antonio. **Curso de processo penal**. vol 1. São Paulo: Atlas, 1998, p. 75.

Assim, observa-se a legitimidade do Estado em limitar a liberdade dos cidadãos sempre que necessário para garantir a ordem social.

Temos que a pena é a principal consequência do delito, devendo servir para punir aquele que comete uma infração penal e evitar que novos delitos sejam cometidos.

Assim, foram desenvolvidas algumas teorias com objetivo de melhor delimitar a finalidade das penas: teoria absoluta, teoria relativa e teoria mista.

A teoria absoluta ou de retribuição, como também é conhecida, traz que o objetivo da censura penal limita-se a punir o delinquente. Isto é, aquele que pratica uma infração penal receberá uma reprimenda, sendo esta, a única finalidade da pena.¹⁵

Segundo Luiz Regis Prado¹⁶:

As concepções absolutas tem origem no idealismo alemão, sobretudo com a teoria da retribuição ética ou moral de Kant – a aplicação da pena decorre de uma necessidade ética, de uma exigência absoluta de justiça, sendo eventuais efeitos preventivos alheios a sua essência.

Nos dias atuais, o conceito de retribuição jurídica tem outro significado, qual seja, a pena deve ser proporcional à infração, sem a ideia de vingança social.

Por sua vez, a teoria relativa, finalista, utilitária ou de prevenção, afirma que o propósito da pena é evitar que novas infrações penais sejam cometidas. Assim, para essa teoria, a pena visa prevenir a sociedade de um novo mal, logo, o castigo torna-se insignificante.¹⁷

Nas palavras de Prado¹⁸:

Encontram o fundamento da pena na necessidade de evitar a pratica futura de delitos (punitur ut nepeccetur) – concepções utilitárias da pena. Não se trata de uma necessidade em si mesma, de servir à realização da justiça, mas de instrumento preventivo de garantia social para evitar a pratica de delitos futuros (poena relata as effectum). Isso quer dizer que a pena se fundamenta por seus fins preventivos, gerais ou especiais. Justifica-se por razões de utilidade social.

¹⁵ Ibidem. p. 364.

¹⁶ PRADO, Luis. Regis. **Teoria dos fins da pena**: breves reflexões. Revista de Ciências Penais. Doutrina Brasileira, p. 145.

¹⁷ MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2012. v. 1, p. 544.

¹⁸ PRADO, Luis Regis. Op. cit, p. 147.

Outrossim, a teoria mista, eclética, intermediária ou conciliatória assevera que a repreensão tem dupla finalidade: castigar o criminoso pelo mal injusto praticado e evitar que novas infrações sejam ocasionadas pelos demais integrantes da sociedade.¹⁹

Neste ponto, importante destacar que, embora, em algumas situações específicas, a legislação brasileira acabou adotando as duas primeiras teses, o Código Penal, alavanca a teoria mista como a adotada. Nesse sentido, tem-se o artigo 59 do Código Penal:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:
[...]

A finalidade da pena, atualmente, confunde-se com sua função social, bem como com sua eficácia socialista do direito penal, cabendo, portanto, as penas aplicadas aos criminosos terem condão de proteger e pacificar a sociedade.²⁰

Por sua vez, Capez²¹ ressalta que a missão do direito penal atual é “proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc., denominados bens jurídicos.”

Entretanto, a pena deve atingir alguns objetivos, os quais representam a função social da pena. Não basta punir, a pena “necessita parrar pelo crivo da racionalidade contemporânea, impedindo se torne o delinquente instrumento de sentimentos ancestrais de represália e castigo”.²² Ou seja, deve-se castigar com a finalidade e ressocializar aquele que delinque, para manter a sociedade harmônica e estabelecer a função social da pena como parâmetro de proporcionalidade para o ordenamento criminal.

¹⁹CAPEZ, Fernando. Op. cit. v. 1, p. 364.

²⁰MASSON, Cleber. Op. cit. 546.

²¹ CAPEZ, Fernando. Op. cit. v. 1, p. 370.

²² MASSON, Cleber. Op. cit. p. 547

1.4 Classificação Das Penas

Em nosso ordenamento jurídico, as penas foram divididas em: privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa. Passaremos a ver cada uma delas.

1.4.1 Penas Privativas De Liberdade

Segundo Masson²³ a “pena privativa de liberdade é a modalidade de sanção penal que retira do condenado seu direito de locomoção, em razão da prisão por tempo determinado.”

Conforme Washington dos Santos²⁴, prisão é: “1. Ato ou efeito de prender; ato pelo qual a pessoa fica privada de sua liberdade de locomoção; local onde os presos são depositados.”

Prisão, conforme o artigo 283, caput, do Código de Processo Penal Brasileiro, é a privação de 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 preventiva.

As penas privativas de liberdade admitem três espécies: reclusão e detenção, para os crimes e, prisão simples, para as contravenções penais.

O artigo 33 do Código Penal faz a diferenciação entre as espécies da pena privativa de liberdade, a reclusão e a detenção e, ainda, caracteriza absolutamente a classificação da pena em conteúdo.

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado à execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semiaberto à execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto à execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

²³ Idem.

²⁴ SANTOS, Washington. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey. p. 192.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

Nesse viés, observa-se que o dispositivo acima traslado desmembra a pena privativa de liberdade em três regimes: fechado, semiaberto e aberto. Ainda, apresenta a evolução desses períodos, os quais se darão mediante progressão, definida de acordo com o mérito do sentenciado. Além disso, a fixação do regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade é determinada de acordo com a condenação, bem como, as características pessoais do réu são levados em consideração no momento da fixação a pena, junto com outros requisitos de caráter objetivo, o que tornam a pena mais justa possível.

1.4.2 Penas Restritivas De Direito

Às infrações penais em que a gravidade é considerada, relativamente, pequena, aplica-se as penas restritivas de direito.

Nesse sentido, Greco²⁵ ensina que “há casos em que podemos substituir a pena de prisão por outras alternativas, evitando-se, assim, os males que o sistema carcerário acarreta, principalmente com relação àqueles presos que cometeram pequenos delitos”.

Essa espécie de pena considera-se alternativa e será aplicada aos infratores que apresentam condições favoráveis. O artigo 43 do Código Penal apresenta de forma taxativa as espécies de penas restritivas de direito:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

²⁵GRECO, Rogerio. **Curso de direito penal**: parte geral. 13. ed. Niterói: Impetus, 2011. v. 1, p. 524.

- I - prestação pecuniária;
- II - perda de bens e valores;
- III - (VETADO);
- IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- V - interdição temporária de direitos;
- VI - limitação de fim de semana.

Isto posto, cabe frisar que, as penas restritivas de direitos, referentes a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, bem como limitação de fim de semana, terá vigência pelo mesmo lapso temporal da pena privativa de liberdade que fora aplicada e, posteriormente, substituída, como preceitua o artigo 55 o Código Penal. O mesmo não ocorre às substitutivas de prestação pecuniária e perda de bens e valores, pois possuem característica patrimonial e não de restrição de direitos por prazo certo.²⁶

Urge salientar que, as penas restritivas de direito possuem caráter autônomo, substitutivo e conversível. Bem como, apresenta alguns pressupostos que devem, simultaneamente, estar presentes ao caso para possibilitar a substituição da pena, tais pressupostos dividem-se em objetivos e subjetivos.

Os pressupostos objetivos estão ligados diretamente com a infração penal: quantidade de pena aplicada, natureza do crime cometido e a modalidade da execução do crime. Esses pressupostos objetivos, conforme já exposto, deve ser aplicado simultaneamente com os pressupostos subjetivos que são subdivididos em: réu não reincidente em crime doloso e análise das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal.²⁷

1.4.3 Penas De Multa

Greco²⁸ define a pena de multa da seguinte forma:

A pena de multa constitui uma modalidade de pena pecuniária, imposta pelo Estado às pessoas condenadas pela prática de infrações penais. Trata-se de uma retribuição não correspondente ao valor do dano causado, considerada

²⁶ MASSON, Cleber. Op. cit. p. 678

²⁷ BITENCOURT, Cezar. Roberto. Op. cit. v. 1, p. 659.

²⁸ GRECO, Rogerio. Op. cit. v. 1, p. 541.

como sanção de natureza patrimonial, por representar pagamento em dinheiro por determinação judicial, em virtude de sentença condenatória.

Os valores arrecadados com as penas de multa são depositados no “fundo penitenciário”. O condenado é intimado a quitar o débito constituído em face de sentença penal condenatória. Caso não o faça, a importância é inscrita em dívida ativa. Não há possibilidade da pena de multa ser convertida em pena privativa de liberdade, porque a inadimplência, mesmo inscrita em dívida ativa, não perde seu valor de pena.²⁹

1.5 Falhas No Sistema

Desde seu início, até a atualidade, o cárcere pode ser comparado a grandes depósitos de seres humanos. Celas superlotadas e insalubres criam um cenário hostil, onde a intolerância e violência se torna algo rotineiro.

Nesse sentido, diserta Odete Maria de Oliveira:

O mundo na prisão é antes de tudo um mundo complexo. Não há objetivos comuns definidos exceto o imediatismo de segregar o indivíduo da sociedade. O conflito de preso com preso com os funcionários da prisão e com os demais presos é uma constante. A vida social numa prisão é sobremaneira difícil e quase impossível devido a um ambiente de desconfiança total, esperteza e desonestidade lá reinantes. É um mundo do “eu”, “mim” e “meu” antes do “nosso”, “deles” e “dele”³⁰.

Notório a distância entre a realidade carcerária e o objetivo de reinserção do condenado à sociedade.

Fragoso³¹ destaca:

(...) a prisão representa um trágico equívoco histórico constituindo a expressão mais característica do vigente sistema de justiça criminal. Só sendo válido pleitear que ela seja reservada exclusivamente para os casos em que não houver no momento, outra solução.

²⁹ MASSON, Cleber. Op. cit. p, 553

³⁰ OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão um paradoxo social**. Florianópolis, SC: UFSC, 1984. p. 64.

³¹ FRAGOSO, Heleno. **Direito dos Presos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 15.

Utilizando as penitenciárias brasileiras como exemplo, Roure³² assevera que reabilitação é sinônimo de fantasia, “pois hoje é fato comprovado que as penitenciárias, em vez de recuperar os presos, os tornam piores e menos propenso a se restringirem ao meio social”.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XLIX assegura aos encarcerados o respeito à integridade física moral, protegendo, sobretudo, o direito à vida, que nas palavras de Dirley da Cunha Junior:

(...) é o direito legítimo de defender a própria existência e existir com dignidade, a salvo de qualquer violação, tortura ou tratamento desumano ou degradante. Envolve o direito à preservação dos atributos *físico-psíquicos* (elementos matérias) e espirituais-morais (elementos imateriais) da pessoa humana, sendo, por isso mesmo o mais fundamental de todos os direitos, condição *sine qua non* para o exercício dos demais³³.

Assim, deve ser respeitado um dos princípios primordiais da Carta Magna, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo o constitucionalista Alves³⁴:

A ideia de dignidade da pessoa humana inscrita no ordenamento constitucional, quase sempre é feita em sentido unívoco, na medida em que tais expressões se prestam a indicar, quase que de temática, um sentido de normatividade e cogência, e não de meras clausulas retóricas ou de estilo, ou manifestações de bons propósitos. Reveste-se, pois, ao contrário, verdadeira força vinculante de caráter jurídico, apta a disciplinar as relações sociais pertinentes, como “fonte de direito subjetivo, ou seja, como supedâneo e pretensões jurídicas deduzíveis em juízo.

Há que se considerar que o simples caráter punitivo do Estado não transforma o indivíduo delinquente em um homem aceitável socialmente. A detenção como temos acompanhado apenas agrava a revolta do indivíduo em estar preso, bem como que o encarceramento por si só não possibilita nenhuma virtude ao preso, o afastando cada vez mais do ideal de reintegração social.

³²ROURE, Denise de. **Panorama dos processos de reabilitação dos presos**. Consulex: revista jurídica, p. 15.

³³ CUNHA JUNIOR, Dirleyda. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. São Paulo: Podivam, 2000. p. 657,658.

³⁴ ALVES, Cleber. Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social na igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P 125

CAPÍTULO II – TEORIA ABOLICIONISTA

2.1 O Abolicionismo Penal

A teoria do abolicionismo penal, como passaremos a verificar, coloca à prova o sistema penal e a fragilidade de seus fundamentos. Ao passar dos anos, vários pensadores, entre eles Beccaria, desenvolveram linhas teóricas críticas ao sistema penal de seu tempo.

Dentre essas linhas teóricas, as que destacaram nas últimas décadas foram aquelas que apontam a deslegitimação do sistema penal, sendo elas o direito penal mínimo e o abolicionismo penal. O primeiro propõe a substituição do sistema penal atual por outro sistema de interferência mínima. Ao seu turno, a teoria do abolicionismo penal, acredita na ilegitimidade do sistema atual e de qualquer outro futuro, sustentando a instância informal de solução de conflito.³⁵

Embora os pensadores abolicionistas proponham diferentes resoluções para a questão criminal, no geral, partilham a mesma ideia de ilegitimidade do modelo punitivo, sendo assim, em sua essência, impossibilitado de cumprir as funções a que se destina.

2.1.2 Principais Pensadores Acerca Do Abolicionismo Penal

Entre os pensadores que construíram uma posição acerca do abolicionismo penal, podemos destacar Louk Hulsman e Eugenio Raul Zaffaroni.

Primeiramente, para Hulsman³⁶ não há uma real existência do delito, uma vez que os acontecimentos que para o direito penal são identificados como “crime”, na visão abolicionista são acontecimentos criminalizáveis, ou seja, que podem vir a se tornar um crime.

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 89.

³⁶ HULSUMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. 2 ed. Niterói: Luam, 1997, p. 150.

Para Hulsman³⁷, a política criminal corresponde somente aos crimes e criminosos, quando deveria ser mais ampla, direcionada ao desenvolvimento de seus órgãos, à análise dos fatos que devem se submeter ao sistema penal e a forma como os membros da sociedade podem agir diante de situações precárias.

Além disso, o pensamento abolicionista na perspectiva de Hulsman realça a necessidade de valorizar os interesses e condições da vítima. Nesse sentido³⁸, aduz o autor que:

(...) a vítima não pode mais fazer parar a “ação pública”, uma vez que esta “se pôs em momento”, não lhe é permitido oferecer ou aceitar um procedimento de conciliação que poderia lhe assegurar uma reparação aceitável, ou – o que, muitas vezes, é mais importante – lhe dar oportunidade de compreender e assimilar o que realmente se passou; ela não participa de nenhuma forma da busca da medida que será tomada a respeito do autor, ela não sabe em que condições a família dele estará sobrevivendo, não faz nenhuma ideia das consequências reais que a experiência negativa da prisão trará para a vida deste homem; ela ignora as rejeições que ele terá que enfrentar ao sair da prisão.

Embora o sistema busque a resolução do conflito, atribui às pessoas envolvidas etiquetas que podem determinar a percepção do indivíduo como realmente um criminoso, e assim, levá-lo a viver conforme essa imagem.

Além disso, na perspectiva de Hulsman³⁹ o cárcere gera vários outros males ao condenado:

(...) o condenado à prisão penetra num universo alienante, onde todas as relações são deformadas. A prisão representa muito mais do que a privação da liberdade com todas as suas sequelas. Ela não é apenas a retirada do mundo normal da atividade e do afeto; a prisão é também e principalmente a entrada num universo artificial onde tudo é negativo. Eis o que faz da prisão um mal social específico: ela é um sofrimento estéril.

Assim, diante da imensa danosidade ao condenado, a pena passa a ser vista como ilegítima. Diante disso, Hulsman aponta outros meios para a solução de situações delituosas, que sejam mais adequadas as partes, trazendo o mínimo de prejuízo a elas. Para tanto, defende a mudança do sistema penal, para outro, não punitivo,

³⁷HULSUMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat. Op. cit. p. 156

³⁸HULSUMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat. Op. cit. p. 82/83

³⁹Idem.

consequentemente, ocasionando a substituição dos instrumentos penais conhecidos para meios menos prejudiciais e desumanos.

Assim, para Hulsman a humanização da pena de prisão não seria suficiente, devendo ocorrer a abolição total do sistema:⁴⁰

Pretender transformar a prisão – e somente a prisão – significa trabalhar no interior de uma posição imutável, sem qualquer perspectiva de progresso. É preciso se situar mais acima, lá no começo do processo, onde são selecionadas as pessoas que vão se tornar detentas.

Além disso, deveriam existir solidariedades, que de nenhuma forma são incompatíveis entre si. A meu ver, trata-se de viver quatro classes de solidariedade: a solidariedade com os condenados; a solidariedade com as pessoas vitimizadas; a solidariedade com as o conjunto de pessoas que vivem numa sociedade e que precisam se libertar de seus problemas na sociedade com a existência do sistema penal; e, finalmente, a solidariedade com as pessoas que asseguram o funcionamento do sistema e quem se pudessem deixar de trabalhar pela sobrevivência de tal máquina, sentiram o prazer de se libertar.

Os que perceberam e quiseram assumir estas quatro formas de solidariedade não se contentarão com um simples posicionamento de reforma das prisões – e sem mesmo com a abolição pura e simples da pena de prisão. Para estes, onde me incluo, trata-se de derrubar todo o sistema.

A seu turno, baseado na teoria abolicionista de Hulsman, o pensador Eugenio Raul Zaffaroni, ensina sobre a deslegitimação do sistema penal na atualidade. Para esse autor⁴¹, a mera legalidade não legitima o sistema penal, uma vez que os órgãos atuam de forma militarizada e verticalizadora. Para este autor, a teoria abolicionista é uma resposta político-criminal que⁴²:

(...) nega a legitimidade do sistema penal e seu alcance na realidade social contemporânea e, como principal regra, nega a legitimação de qualquer outro sistema penal que se possa imaginar no futuro como alternativa a modelos formais e abstratos de solução de conflitos, postulando a abolição radical dos sistemas penais e a solução dos conflitos por instancias ou mecanismos informais.

Segundo Zaffaroni⁴³, o sistema penal se mantém ainda, em razão da influência provocada pelos meios de comunicação de massa, uma vez que passam a imagem de uma forma de segurança, influenciando muitas pessoas.

⁴⁰HULSUMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat. Op. cit. p. 93/94

⁴¹ZAFFARONI, Eugenio Raul. Op. cit, p. 108.

⁴²ZAFFARONI, Eugenio Raul. Op. cit, p. 86.

⁴³ZAFFARONI, Eugenio Raul. Op. cit, p113.

Além disso, para o autor, os mesmos meios de comunicação etiquetam as pessoas como criminosos. Assim, há inúmeros malefícios que acompanham os detentos além do cumprimento da pena, ocorrendo a deterioração dos direitos humanos de todos os agentes do sistema penal. Nesse sentido, o autor relata que⁴⁴:

Enquanto os direitos humanos assinalam um programa realizador de igualdades de direitos de longo alcance, os sistemas penais são instrumentos de consagração ou cristalização da desigualdade de direitos em todas as sociedades. Não é por acaso que os dispositivos dos instrumentos de direitos humanos referentes aos sistemas penais sempre sejam limitadores, demarcadores de fronteiras mais ou menos estritas do seu exercício de poder: fica claro que os direitos humanos se defrontam ali com fatos que desejam limitar ou conter.

Outrossim, o sistema penal não apenas estigmatiza seus criminosos, mas os selecionam:

Diante da absurda suposição – não desejada por ninguém – de criminalizar reiteradamente toda a população, torna-se obvio que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis (...) A seletividade estrutural do sistema penal – que só pode exercer seu poder repressivo legal em número insignificante das hipóteses de intervenção planejadas – é a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal. Os órgãos executivos têm “espaço legal” para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem.⁴⁵

Além disso, o autor considera a pena mera manifestação do poder, daí sua consequente irracionalidade. Bem como atribui ao controle social punitivo imposto na América Latina, a desigualdade e a população pobre como alvo do sistema penal⁴⁶.

Nesse prisma, surge outra face da seletividade do sistema penal, onde ocorre a escolha da conduta e dos indivíduos que recaíra a pena imposta pelo Estado. É nesse contexto, que muitas situações reais ficarão à margem do processo punitivo, dando origem a chamada “cifra-negra”. Assim, retornando ao pensamento hulsmaniano, o conceito de crime se torna prejudicado, uma vez que vários fatores considerados como

⁴⁴ZAFFARONI, Eugenio Raul. Op. cit, p. 149.

⁴⁵ZAFFARONI, Eugenio Raul. Op. cit, p.27.

⁴⁶ZAFFARONI, Eugenio Raul. Op. cit, p.119.

delituosos deixam de ser constado pelo sistema. Hulsman⁴⁷ reforça seu posicionamento abolicionista, afirmando ser uma necessidade lógica dada a marginalidade do sistema penal:

Como achar normal um sistema que só intervém na vida social de maneira marginal, estatisticamente tão desprezível? Todos os princípios ou valores sobre os quais tal sistema se apóia (a igualdade dos cidadãos, a segurança, o direito à justiça, etc...) são radicalmente deturpados, na medida em que só se aplicam àquele número ínfimo de situações que são os casos registrados. O enfoque tradicional se mostra, de alguma forma, às avessas. A cifra negra deixa de ser uma anomalia para se constituir na prova tangível do absurdo de um sistema por natureza estranho à vida das pessoas. Os dados das ciências sociais conduzem a uma contestação fundamental do sistema existente. E longe de parecer utópica, a perspectiva abolicionista se revela uma necessidade lógica, uma atitude realista, uma exigência de equidade.

Assim, notadamente, para a teoria abolicionista, o sistema penal que conhecemos é considerado ilegítimo não só por criar a noção de crime, mas também por estigmatizar e selecionar as pessoas mais vulneráveis como criminosos, separando os cidadãos em indivíduos do bem e do mau.

⁴⁷HULSUMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat. Op. cit. p. 66.

2.2 Propostas Abolicionistas

Como visto, o abolicionismo penal defende a abolição ou redução do sistema penal atual e sua substituição por um sistema menos agressivo, baseado na informalidade e resolução de conflitos. Cabe aqui, analisar as propostas sustentadas por seus defensores.

A seu turno, Hulsman defende a completa substituição do sistema penal por formas sociais de resolução de conflitos, sem nenhuma intervenção estatal. Sendo um dos mais radicais abolicionista, entende ser necessário até mesmo a utilização de uma nova linguagem para afastar o dialeto penal que remete ao sistema punitivo estatal.⁴⁸

Idealiza a criação de um sistema social, sem a presença de um arbitro ou um conciliados, apenas pessoas capazes de ajudar os envolvidos a chegarem em uma solução por eles mesmo. Acredita ser possível equiparar a justiça penal à civil e administrativa⁴⁹. Destaca a necessidade de encontros reais entre vítima e autor, pois acredita que somente as pessoas envolvidas são legitimadas para chegar a solução do conflito, não cabendo à lei impor um padrão de solução, pois cada situação é única.

Aqui, o objetivo deste sistema seria de ressocializar o infrator, mas sim de ajudar os envolvidos a administrar seus impasses, chegando a soluções pacíficas e menos agressivas:

Com a abolição do sistema penal, toda a matéria de resolução de conflitos, repassada numa nova linguagem e retomada numa outra lógica, estará transformada desde o seu interior. A renovação deste sistema, naturalmente, não eliminará as situações problemáticas, mas o fim das chaves de interpretação redutoras e das soluções estereotipadas por ele impostas, de cima e de longe, permitiria que, em todos os níveis de vida social, irrompesse milhares de enfoques e soluções que, hoje, mal conseguimos imaginar.

Em suma, do que vimos até aqui, é possível extrair que o sistema abolicionista busca uma solução para a violência pautada em meios contrários à violência. Seu maior objetivo é pacificar os conflitos sociais por meio de ideais de atuação que proporcione aos indivíduos um acordo entre eles, favorecendo o diálogo e preservando a cidadania de todos, sem precisar suprimir direitos de ninguém. Propõe ainda, a possibilidade de criação de microorganismos solidários e fraternos, com o

⁴⁸HULSUMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat. Op. cit. p. 95/96

⁴⁹HULSUMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat..Op. cit. p. 97

objetivo de criar métodos ou formas de composição. Diferencia-se de sanções alternativas, passando a ser alternativas para o processo penal, que podem ser de natureza legal (pelo direito positivo) ou não legal. Salete Magda Oliveira⁵⁰ ensina que:

Enquanto o sistema penal proclama os benefícios do “efeito dissuasivo da punição”, subscrevendo-se sob a política soberana do medo, o abolicionismo investe na prática analítica da persuasão que privilegia o acordo generoso baseado na argumentação, que não se reduz à instrumentalidade técnica, mas amplia a possibilidade de discussão no cotidiano, entendido como prática do próprio pensamento criativo, que não prescreve limites para si mesmo ou para a convivência com o risco.

Esse sistema propõe algumas respostas às situações problemas que se apresentam ao convívio social, são eles: a compensação, meio terapêutico, punição revisitada e conciliatória.

2.2.1 Compensação

A compensação é baseada na capacidade de um indivíduo oferecer algo a outrem, como forma de reparação. A aceitação é puramente íntima e demonstra que o ofendido não mais deseja vingança, pois os ânimos já se acalmaram. Aqui, procura-se resolver o problema controlando o desejo de vingança e restaurando a paz social, inibindo os indícios de criminalidade decorrente da vingança.

2.2.2 Meio Terapêutico

Considerando que o cárcere não é apto a resolver os problemas sociais, este modelo de resposta defende a estimulação do talento e do potencial do indivíduo envolvido no conflito, fora do cárcere. Ao ser encarcerado, o indivíduo fica marcado pelo preconceito, o que dificulta e, praticamente, impede, que tenha chances de mutação e ressocialização, pois o ser humano tende a assimilar um comportamento de acordo com seu “estigma”. Sendo assim, ao ser aprisionado e tratado como perigoso e/ou sem

⁵⁰ OLIVEIRA, Salete Magda. **Um desafio à dissuasão penal, in Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

importância, o indivíduo passa a conformar-se com sua situação social e age de acordo com o que é esperado, desestimulando a promoção de mudança em seu comportamento.

2.2.3 Punição Revisitada

Baseia-se no acordo entre as partes para a punição, sem, por óbvio, utilizar castigos agressivos e sem ter como necessário a pena de prisão. Aproxima-se da real busca da justiça penal, uma vez que promete nova chance de integração do indivíduo banido, mudança em seu comportamento, o que evita reincidência e leva a paz social.

2.2.4 Conciliatório

Promove aos envolvidos, a chance de dialogar e chegar a resolução do conflito. Tem como pressuposto o acordo entre os indivíduos, acreditando que o diálogo é essencial para acalmar os ânimos o que dá espaço à compreensão. Assim, o ofensor e o ofendido tem a oportunidade de chegar à solução do conflito.

2.2.5 Educação

Aposta na ressocialização descentralizada, consistente na recuperação do indivíduo integrado em seu grupo social, uma vez que, ao verificar melhores possibilidades, a vontade de retorno à vida, nas condicionantes pacíficas de convivência na sociedade crescerá facilmente no ofensor. Assim, despertará a motivação para a educação verdadeira, a única que efetivamente pode transformar comportamentos.

CAPÍTULO III – O COLAPSO NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

3.1 Encarceramento Em Massa

Não é fácil definir o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que sua concretização acontece diferente de acordo com cada caso concreto, ou seja, seu campo de aplicação é abstrato. Nesse sentido, Fachin⁵¹ tenta defini-lo:

(...) tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a ideia de predomínio do individualismo atomista do Direito. Aplica-se como leme a todo ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar.

A Constituição Federal, a fim de preservar a dignidade da pessoa humana, assegura aos presos “o respeito à integridade física e moral”, vedando “a aplicação de pena de natureza cruel e degradante”. Bem como, derivam deste princípio a assistência a saúde, educação, religião, trabalho e uma serie de direitos.

Por conseguinte, resta evidente que, mesmo tendo alguns direitos suprimidos, a dignidade da pessoa humana do encarcerado deve permanecer intacta.

É notório que os estabelecimentos prisionais brasileiros mantêm mais pessoas segregadas do que sua capacidade infraestrutural suporta. Aliado a tal fato, temos que cresceu de forma demasiada o número de pessoas encarceradas, ocorrendo o que é denominado de forma leiga como “superlotação carcerária” ou de forma técnica como encarceramento em massa.

Embora a Carta Magna brasileira vede a pena cruel, a pena privativa de liberdade tornou-se, com o encarceramento em massa, cruel em vários aspectos, já que mantêm cidadãos aprisionados em condições insalubres.

⁵¹ FACHIN. Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**, cit., p. 190

A decorrência prática desta situação são presos amontoados em suas celas, cujo espaço físico individual é ínfimo, e o Princípio da Dignidade Humana, já supracitado, sendo totalmente suprimido.

Em um Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, realizado pela Infopen em junho de 2016 em conjunto com a DEPEN e o Ministério da Justiça Segurança, foi constatado que a população prisional brasileira é de 726.712 presos, enquanto o número de vagas disponíveis são apenas 368.049, gerando um déficit de vagas de 358.663 presos⁵².

No mesmo relatório ainda temos que:

89% da população prisional encontra-se privada de liberdade em unidades com déficit de vagas, independente do regime de cumprimento da pena. Em relação aos espaços de aprisionamento, 78% dos estabelecimentos penais em todo o país estão superlotados.

Tais estatísticas mostram quão alarmante é a situação do Brasil, de forma que os estabelecimentos penais podem ser comparados às masmorras medievais, visto que as condições de sobrevivência dos encarcerados em muito se assemelham. Portanto, torna-se praticamente impossível que os detentos tenham seus direitos assegurados, desde aqueles assegurados na Lei de Execução Penal, até os Direitos Constitucionais fundamentais ainda que invioláveis.

Acerca do assunto, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu o recurso extraordinário, em 16 de fevereiro de 2017, que preso encarcerado em cela superlotada faria jus à indenização financeira por danos morais. A decisão teve repercussão geral, devendo ser aplicada aos casos que se encontrarem na mesma situação e foi firmada a seguinte tese:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, §6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.⁵³

⁵²SANTOS, T; DA ROSA, M. I. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional.

⁵³BRASIL. STF. Plenário. **RE 580252/MS**, rel. orig. Min. TeoriZavaskcki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, jugado em 16/02/2017 (repercussão geral) (info 854).

Desta decisão, não resta dúvidas que o Estado é responsável pela guarda dos encarcerados, sendo seu dever mantê-las em condições mínimas de dignidade, bem como, reparar eventuais danos, não sendo aplicável nesses casos o princípio da reserva do possível.

Isso porque, a matéria em discussão está no campo da responsabilidade civil do Estado, o qual deve responder pelos danos causados por ação ou omissão de seus agentes, conforme disciplina o art. 37 §6º, da Constituição Federal de 1988, ao passo que, a aplicação do princípio da reserva do possível como tentativa de afastar a responsabilidade do Estado, violaria além das normas constitucionais todo o ordenamento convencional e legal que determina ao Estado a garantia da integridade física e psíquica dos detentos.

Nesse sentido, a jurisprudência do STF é reiterada e pacífica, conforme pode-se observar no trecho da ementa que segue:

EMENTA: [...] A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE comprometer O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) - O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO - A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO - A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) - CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) - A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO - CONTROLE JURISDICCIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO

TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 - RTJ 175/1212-1213 - RTJ 199/1219-1220) - RECURSO DE AGRAVO PROVIDO⁵⁴

Em 2015, o Partido Socialista e Liberdade (PSOL) ajuizou a ADPF 347⁵⁵ requerendo ao Supremo Tribunal Federal a declaração de que o atual sistema carcerário do Brasil viola princípios fundamentais da Carta Magna, sobretudo, os direitos fundamentais do preso. Defendeu que o sistema penitenciário brasileiro vive um Estado de Coisas Inconstitucional.

A respeito disso, o Plenário reconheceu a violação de direitos fundamentais dos presos na execução das penas privativas de liberdade, que são cruéis e desumanas, havendo manifesto desrespeito há vários dispositivos constitucionais, documentos internacionais e normas infraconstitucionais.

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁵⁶:

Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades.

Na ADPF 347 pediu-se ao STF que, reconhecendo o Estado de Coisas Inconstitucional, expedisse ordens aos juízes e tribunais do país, ao CNJ e à União, para tentar resolver o problema de desrespeito aos princípios fundamentais.

Aos juízes e tribunais do país deveria obrigar que: quando forem decretar ou manter prisões provisórias, fundamentem essa decisão dizendo expressamente o motivo pelo qual estão aplicando a prisão e não uma das medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do CPP; implementem, no prazo máximo de 90

⁵⁴ BRASIL. S T F. STA 223 AgR/PE; relatora: min. Ellen Gracie; Órgão julgador: Tribunal Pleno.

⁵⁵ BRASIL. STF. ADPF 347. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

⁵⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural**. Revista Consultor Jurídico, 1º set. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftn3>. Acesso em: 15 abril. 2018.

dias, as audiências de custódia; quando forem impor cautelares penais, aplicar pena ou decidir algo na execução penal, levem em consideração, de forma expressa e fundamentada, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro; estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão; abrandar os requisitos temporais necessários para que o preso goze de benefícios e direitos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando ficar demonstrado que as condições de cumprimento da pena estão, na prática, mais severas do que as previstas na lei em virtude do quadro do sistema carcerário; e abatam o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são, na prática, mais severas do que as previstas na lei. Isso seria uma forma de "compensar" o fato de o Poder Público estar cometendo um ilícito estatal.

Ao CNJ que coordene um mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal em curso no País que envolva a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas aos tribunais.

Por fim, à União que libere, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.

Até o momento STF concedeu parcialmente a medida liminar e deferiu apenas o pedido de audiência de custódia e liberação das verbas do FUNPEN.

Urge salientar que a responsabilidade pelas mazelas do sistema penitenciário deve ser atribuída aos três poderes, tanto da União, como dos Estados e do Distrito Federal, cabendo ao STF impulsionar os poderes e coordenar ações com o objetivo de solucionar os problemas e rever os resultados alcançados.

No entanto, o STF entendeu que não pode atuar como substituto do Legislativo e do Executivo na execução de suas tarefas próprias. Com base nisso, foi indeferido o pedido de obrigar que os juízes e tribunais abrandem os requisitos temporais necessários para que o preso goze de benefícios e direitos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando ficar demonstrado que as condições de cumprimento da pena estão, na prática, mais severas do que as previstas na lei em virtude do quadro do sistema carcerário; e abatam o tempo

de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são, na prática, mais severas do que as previstas na lei.

Por fim, quanto aos pedidos de decretação de prisões provisórias devidamente fundamentadas, imposição de cautelares e aplicação de penas alternativas, entendeu desnecessária a ordem, uma vez que estes já são deveres impostos aos magistrados constitucional e infraconstitucionalmente.

3.2 Elevado Número De Presos Provisórios

O princípio constitucional da presunção de inocência, estabelecido no artigo 5º, LVII da Carta Magna brasileira estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Renato Brasileiro de Lima, conceitua o referido princípio:

"Consiste no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)".⁵⁷

Todavia, existem exceções a esse princípio, no caso das prisões preventivas, onde o acusado será preso antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. As prisões preventivas, também chamadas de processuais são: a prisão em flagrante (artigos 301 a 310, do CPP); prisão preventiva (artigo 311 a 316, do CPP), da prisão como condição para apelar (artigo 594, CPP), da prisão por força da sentença de pronúncia (artigos 282 e 408, § 1º, do CPP), e da prisão temporária (Lei nº 7.960/1989). Elas são dotadas de caráter excepcional, devendo ser usada em *ultima ratio*.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, em um estudo realizado em 2016, 40% dos presos do Brasil eram provisórios. Ou seja, uma medida de caráter excepcional tem sido utilizada amplamente e de forma abusiva pelo judiciário brasileiro, sobrecarregando ainda mais o sistema prisional brasileiro que se apresenta superlotado e com enorme déficit de vagas.

⁵⁷LIMA, Renato. Brasileiro. de. **Manual de Processo Penal**, volume 1. Impetus. Niterói: 2012. p. 11

Não fosse isso, existe a morosidade da justiça, de forma que os acusados ficam meses e até anos aguardando por um julgamento, tendo sua liberdade restrita sem nenhuma condenação, além de ser inserido no ambiente do cárcere que é insalubre e rodeado de violência. Uma pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em conjunto com o Ministério da Justiça, em 2013 revelou que:

Constata-se que 37% dos réus que responderam ao processo presos sequer foram condenados a pena privativa de liberdade. Ou seja, o fato de que praticamente quatro em cada dez presos provisórios não recebem pena privativa de liberdade revela o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país.⁵⁸

Ou seja, há presos provisórios que ao final do processo serão absolvidos, terão um regime de pena mais brando do que estavam sendo mantidos ou terão suas penas substituídas por restritivas de direitos, a fim de manter a persecução penal e a garantia da “ordem pública”, que por ser um conceito vago acaba sendo usada para justificar as prisões infundadas.

Há uma série de medidas cautelares diversas da prisão provisória que garantem a persecução penal sem precisar encarcerar os acusados, tais como: prisão domiciliar; uso de tornozeleira eletrônica; retenção do valor pago em fiança; proibição de ausentar-se da comarca; comparecimento periódico em juízo; internação provisória; perda da função pública; proibição de frequentar determinado lugar ou aproximar-se de determinada pessoa.

As medidas supracitadas atenuam o déficit de vagas no sistema prisional, além de poupar o acusado de penitenciárias superlotadas e dominadas por facções, aumentando-se as chances de reabilitação e reduzindo gastos, visto que as manutenções de prisões saem mais caro.

3.3 Estado Punitivo

⁵⁸BRASIL. IPEA e Ministério da Justiça <https://apublica.org/wp-content/uploads/2015/02/pesquisa-ipea-provisorios.pdf> Acesso em 26 mai 2018.

Tornou-se esquecido que a pena possui caráter duplo e punir não é seu único objetivo, de forma que ressocialização virou algo utópico. Encarcerar o maior número de pessoas possíveis tornou-se modelo de “segurança pública” ainda que a população carcerária brasileira continuasse crescendo em níveis alarmantes. Nesse sentido, Luis Antonio Francisco Souza leciona:

Neste início de milênio, quase todas as esferas da vida social, íntimas ou públicas, foram investidas e pensadas tendo como foco as questões de segurança. Ela está na ordem do dia em termos das preocupações de qualquer cidade, em qualquer quadrante do mundo. Mesmo em países como o Brasil, nos quais a pobreza e o desemprego assumem dimensões alarmantes, as pesquisas de opinião têm apontado a crescente preocupação das pessoas com a violência e com o crime. A segurança tem eclipsado outras mazelas sociais urgentes do país. Os resultados dessa obsessão securitária estão expressos claramente no aumento dos contingentes policiais, no crescimento da população carcerária, na maior sofisticação dos equipamentos eletrônicos, numa ampliação dos poderes dos órgãos de controle e na disseminação de mecanismos de vigilância.⁵⁹

Atualmente prisão não reintegra, reeduca ou ressocializa o apenado. Ela tampouco previne o cometimento de outros crimes. Quando punir torna-se mais importante que recuperar socialmente o indivíduo, os dados estatísticos não poderiam ser diferentes destes:

Entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento aumentou em 157% no Brasil. Em 2000 existiam 137 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes. Em Junho de 2016, eram 352,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes.⁶⁰

Os dados da DEPEN supracitados esclarecem que nosso ordenamento jurídico, apoiado por toda a sociedade, apoia e difunde a ideia de encarceramento, ainda que isso não demonstre efetividade na redução da criminalidade. Logo, nossos presídios que acabam sendo chamados de forma coloquial como “escola de bandidos”, contribui para que os presos saiam da prisão piores do que entraram devido ao ambiente geralmente degradante e estigmatizante.

⁵⁹ SOUZA, Luis. Antonio. Francisco de. **Obsessão securitária e a cultura do controle**. Revista de Sociologia Política, São Paulo, n. 20, Junho/2003, p. 164.

⁶⁰SANTOS, T; DA ROSA, M. I. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional.

3.4 Elevado Índice De Reincidência E A Utopia Da Pena Ressocializadora

O sistema prisional pátrio, cuja característica predominante é o Estado Punitivo, tem como um de seus intentos a ressocialização dos presos, todavia, acontece de forma precária. O aumento de número da taxa de reincidência só demonstra o fracasso do Estado em sua tarefa de ressocializar e o sistema carcerário brasileiro como uma instituição falida.

Antagonicamente ao parágrafo 6º do artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que estabelece que o principal objetivo das penas privativas de liberdade deve ser a ressocialização dos condenados, o que se vislumbra, hoje, é sua completa ineficácia, ao menos da óptica humanista.

Assim também entende Maria Júlia Oliveira⁶¹:

A falência do sistema penitenciário brasileiro é resultado do colapso dos diversos aspectos que o compõe, uma vez que as condições de sobrevivência no cárcere são totalmente degradantes, atentando contra o basilar princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o sistema prisional ao longo dos tempos tem se demonstrado incapaz de cumprir as medidas básicas de reabilitação do apenado, ou seja, o crime cresce de maneira descontrolada e a ressocialização do preso é o que menos ocorre, visto que os índices de reincidência carcerária só têm aumentado. Percebe-se, com isso, o imenso contraditório existente entre o que é previsto no texto constitucional e a realidade cruel e desumana do cumprimento das penas nas prisões brasileiras, pois o indivíduo é tratado de forma degradante. Dessa maneira, o processo falimentar do sistema penitenciário no país é creditado à dimensão da população carcerária, e à falta de investimento nas casas prisionais, ora por falta de recursos do ente estatal e também por total falta de interesse deste em investir na melhoria da qualidade de vida dos apenados.

De acordo com Rafael Damasceno de Assis:

O Brasil convive com um abandono do sistema prisional, o que deveria ser um instrumento de ressocialização, muitas vezes, funciona como

⁶¹ OLIVEIRA, Maria Julia Bittencourt de. **A Ressocialização do apenado através do trabalho, em face do princípio da dignidade da pessoa humana.** Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6996 Acesso em: 25.mai.2018.

escola do crime, devido à forma como é tratado pelo Estado e pela sociedade.⁶²

O ambiente do cárcere, paradoxalmente, ao invés de frear a criminalidade, acaba estimulando-a diante do conjunto de fatores psicológicos, materiais e sociais encontrados nas prisões brasileiras. Ao falar dos aspectos materiais, temos como predominante o encarceramento em massa aliado a péssima alimentação, falha na infraestrutura, disseminação de doenças e higiene falha.

Os fatores psicológicos e sociais, a meu ver os mais relevantes para a prática da reincidência, são aqueles acerca da convivência e adaptação social com o completo isolamento, formação de associações criminosas dentro dos próprios estabelecimentos penais como forma de proteção e a violência e intimidação dentro dos próprios presídios.

Deve-se ressaltar o surgimento de uma subcultura carcerária, bastante sólida e impenetrável pelo Estado e por terceiros, que se manifesta de vários modos, de forma que os encarcerados foram se adaptando ao meio em que vivem. Os mesmos passaram por uma perda de identidade cultural do meio em que estavam antes, e absorveram a subcultura carcerária, sendo ela agente negativo para a ressocialização do apenado.

Porém, não podemos nos limitar a fatores internos. Todos os aspectos acima citados são extremamente prejudiciais para a ressocialização do apenado, tornando-os propensos a delinquir novamente, todavia, os fatores externos são dotados de grande relevância. O egresso é estigmatizado, sendo taxado para sempre como “ex-presidiário”, de forma que a vida fora dos presídios se torna bastante difícil em vários aspectos, principalmente quando se trata de arranjar um novo emprego. A própria sociedade não aceita que os presos retornem ao convívio social, esperando que a pena privativa de liberdade seja *ad eternum* e aqueles que delinqüiram sejam banidos para sempre do convívio social.

⁶²ASSIS, Rafael Damaceno. de. **A realidade atual do sistema penitenciário Brasileiro**. Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos908/a-realidade-atual/a-realidade-atual.shtml>. Acesso em: 26 mai. 2018.

3.5 Possíveis Soluções Ao Colapso Carcerário

Sem dúvidas, o sistema prisional tal como conhecemos hoje é um avanço, comparado as penas corporais dos séculos passados. No entanto, as prisões não têm alcançado sucesso em seu fim de ressocializar. Como descreveu Foucault⁶³:

Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E, entretanto, não “vemos” o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão.

Embora possa ser considerada um avanço, as prisões possuem falhas que, buscando sua correção, alguns doutrinadores expuseram alguns modelos do direito penal moderno, como o caso do abolicionismo penal, já tratado anteriormente.

No entanto, não obstante a sociedade pudesse contar com inúmeras formas não penais de solução de conflitos, as ideias abolicionistas apresentam formas eficazes em face de estupradores e homicidas, bem como não consideram que o risco de ser encarcerado faz com que muitos infratores aceitem a reparação do dano ou a indenização à vítima, usando os acordos como forma de furtar-se da pena privativa de liberdade. Nesse passo, a tese abolicionista se mostra utópica, não sendo possível sua concretização no nosso ordenamento atual. Sobre essa utopia, Edmundo Oliveira⁶⁴ assevera que:

Advogar a abolição da instituição carcerária pode ser um nobre desejo, mas utópico. Além desses aspectos, por maiores que sejam as contradições que a pena privativa de liberdade encerre; por mais negativos que sejam seus efeitos; por mais altos que sejam seus custos sociais, nenhum país tem procurado o caminho de aboli-la do arsenal punitivo, especialmente porque ainda prevalece a crença, no seio da coletividade, de que a prisão representa melhor resposta para as inquietações engendradas pelos comportamentos delinquentes.

Para alguns autores, como Cláudia Santos inspirado na teoria abolicionista surge a proposta restaurativa⁶⁵, como forma alternativa ao sistema punitivo tradicional.

⁶³FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 218.

⁶⁴ OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.85.

⁶⁵ SANTOS, Claudia Cruz. **A justiça restaurativa – um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?**. 1ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora. 2014, p. 62.

A Justiça Restaurativa propõe a resolução de conflitos de forma mais humanitária. Para a maioria dos doutrinadores, a Justiça Restaurativa possui um conceito aberto e fluido, o qual se modifica conforme sua prática e experiências restaurativas. Resumidamente, podemos definir como um instrumento de pacificação social e uma alternativa ao sistema punitivo. Aguiar⁶⁶ tenta definir:

Podemos entender a justiça restaurativa como uma reformulação de nossa concepção de Justiça, tendo como objetivo trabalhar a compreensão das pessoas sobre a situação conflituosa para que haja a humanização dos envolvidos, possibilitando a identificação das necessidades geradas pelo conflito/crime e a consequente responsabilização de todos os afetados, direta ou indiretamente, para que de uma forma ou de outra, se comprometam e contribuam para a resolução. Este novo paradigma representa uma nova forma de olhar para a situação conflituosa. O conflito, sob este ponto de vista, passa a ser entendido como uma possibilidade de construção de algo positivo. A Justiça Restaurativa é uma Justiça participativa, uma vez que as partes atuam de forma significativa no processo decisório, na busca compartilhada de cura e transformação.

No Brasil, a justiça restaurativa está em funcionamento há cerca de 15 anos, bem como é incentivada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por meio do Protocolo de Cooperação para a difusão da Justiça Restaurativa⁶⁷.

Assevera Joffly⁶⁸, a porta de entrada da justiça restaurativa no Brasil “não foi aberta pela Lei que instituiu os Juizados Especiais, mas sim decorre de todo o sistema principiológico previsto na Constituição de 1988”.

Urge salientar que o preâmbulo na nossa Constituição Federal já demonstra o intuito do legislador constituinte em garantir um Estado pautado na fraternidade, harmonia e na solução dos conflitos. *In verbis*⁶⁹:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem

⁶⁶ AGUIAR, Carla ZamithBoin. **Mediação e Justiça Restaurativa**. Editora QuartierLatin, São Paulo. 2009, p. 109/110.

⁶⁷BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61987-o-seculo-xxi-marca-a-era-dos-direitos-e-do-poder-judiciario-afirma-ricardo-lewandowski> Acesso em 13 abr 2018.

⁶⁸ JOFFLY, Tiago. **Direito e compaixão: discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011. P. 179.

⁶⁹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: maio de 2018.

preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Há doutrinadores que sustentam que a Lei n. 9.099/95 pode ser vista como abertura para as práticas restaurativas, propiciando mecanismos que facilitem a reparação dos danos experimentados pela vítima, bem como submeteu os crimes considerados de menor potencial ofensivo a um rito diferenciado, possibilitando a eles um procedimento conciliatório, que inclusive pode levar à extinção da punibilidade do agente.

Por outro lado, há doutrinadores que defendem que, a princípio, a justiça restaurativa não é compatível com alguns princípios norteadores dos juizados especiais criminais⁷⁰, como o princípio da celeridade. Para esta corrente, a Lei dos juizados criminais impossibilita as práticas restaurativas, uma vez que não há mediação de conflitos entre as partes e há, somente, uma possibilidade de acordo entre o *Parquet* e o infrator, ficando a vítima excluída do acordo, o que descaracteriza a composição da resolução do conflito e a reparação dos danos entre os envolvidos.

Assim, a Lei n. 9099/95 não apresenta corretamente traços da Justiça Restaurativa, pois é carente em propiciar diálogos entre o ofensor e o ofendido.

Na prática, a justiça restaurativa já foi aplicada pelo nosso Egrégio Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul⁷¹, conforme se extrai da ementa que segue:

APELAÇÃO CRIMINAL – FURTOS CONTINUADOS – PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA – PEDIDO DE ALTERAÇÃO PARA RESTRIÇÃO DE FINAL DE SEMANA – JUSTIÇA RESTAURATIVA – MANUTENÇÃO PENA RESTRITIVA ORIGINÁRIA – REDUÇÃO QUANTUM – POSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Considerando que a vítima teve prejuízos com o crime praticado pelo recorrente, assim como o fato de que a pena restritiva de direito, consistente na prestação pecuniária, será revertida em favor do proprietário dos bens furtados, que não os recuperou integralmente, é certo que as finalidades da pena, dentro de uma visão de JUSTIÇA RESTAURATIVA, serão atendidas em maior grau com a manutenção da multa substitutiva, a qual não deve ser trocada pela restrição de final de semana, de cunho puramente

⁷⁰ PACHECO, Andreia Teixeira Moret. **Justiça Restaurativa: uma possível alternativa à pena de prisão e sua utilização pelo Poder Judiciário.** p. 102.

⁷¹ BRASIL. TJMS - APL: 00035860620128120005 MS 0003586-06.2012.8.12.0005, Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Data de Julgamento: 17/08/2015, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 20/08/2015. Disponível em <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/222653048/apelacao-apl-35860620128120005-ms-0003586-0620128120005>

sancionatório. Na fixação do valor da prestação pecuniária (art. 43, inc. I do CP), cumpre ao julgador observar os parâmetros estabelecidos pelo artigo 45, § 1º, do CP, fixando-a em valor "não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos". Assim, cabível a redução da prestação pecuniária para o mínimo legal, consistente no pagamento de um salário mínimo, porquanto tal montante mostra-se adequado para prevenção e reprovação da conduta delituosa, bem como corresponde à situação econômica do réu. Recurso parcialmente provido, contra o parecer.

Em seu voto, o desembargador Ruy Celso Barbosa Florence, asseverou não ser aconselhável a substituição da prestação pecuniária imposta, uma vez que esta seria revertida a vítima. Justificou seu argumento considerando as finalidades da pena sob a ótica da justiça restaurativa, salientando que não deveria ser trocada por restrição de final de semana, pois esta possui cunho puramente sancionatório.

Ademais, ressaltou ser importante que no processo de recuperação, o sentenciado seja incentivado a reparar, na medida do possível, o dano causado a vítima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise no sistema prisional brasileiro parece se agravar a cada ano que passa. Porém, em geral, a população parece possuir uma resistência quanto aos direitos dos encarcerados, acompanhados de uma perspectiva sensacionalista que dificulta encontrar soluções para as mazelas do sistema carcerário.

É através desta perspectiva sensacionalista e, por vezes moralista, que a população reclama por penas mais rigorosas, fazendo ser comum na sociedade o discurso de que “bandido bom é bandido morto”, ignorando que, uma reprimenda mais drástica apenas agravaria a situação daqueles que são atingidos pela desigualdade de classes e étnicas, o que somado a outros fatores contribuem para a construção do criminoso e do crime.

Como apresentado, as prisões representam grandes centros de violações dos direitos humanos, sobretudo superlotação, insalubridade e violência. Dada a sua atestada falência, bem como o caráter nocivo das prisões, surgiram teorias a fim de melhorar a finalidade e a aplicação do direito penal na sociedade. Entre elas, a teoria abolicionista, que defende a descriminalização e despenalização de diversas condutas.

Para a teoria abolicionista, determinadas condutas, hoje consideradas criminosas, seriam atípicas e, conseqüentemente, não haveria pena. Entretanto, válido ressaltar que essa teoria é inviável no nosso ordenamento jurídico, a exemplo disso, encontra-se na Constituição Federal de 1988 normas que determinam expressamente a criminalização de condutas, são os chamados mandados constitucionais de criminalização.

Embora a teoria abolicionista seja inviável em nosso sistema, não há como negar que cada vez mais se busca inspiração para a implementação de programas capazes de amenizar os problemas do sistema penal como um todo e encontrar a verdadeira forma de ressocialização do apenado. Assim, surgiu o conceito de Justiça Restaurativa, pelo qual, os próprios envolvidos no conflito buscam a solução, não havendo uma forma previa de solução, devendo ser construído de acordo com as particularidades de cada conflito.

Assim, a justiça restaurativa tem grande potencial para colaborar para o fortalecimento da cidadania e redução das desigualdades que se vislumbra claramente no sistema punitivo atual.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Carla ZamithBoin. **Mediação e Justiça Restaurativa**. Editora QuartierLatin, São Paulo. 2009

ALVES, Cleber. Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social na igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ASSIS, Rafael Damaceno. de. **A realidade atual do sistema penitenciário Brasileiro**. Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos908/a-realidade-atual/a-realidade-atual.shtml>. Acesso em: 26 mai. 2018.

BAYER, Diego Augusto. **A origem das penas e das prisões e a maximização do direito penal como forma de repressão do delinquente**. Jurisway. 1 abr. 2013. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10428> Acesso em: 27 abr 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Disponível em: <<http://www.abrasd.com.br/biblioteca/direito/Dos%20Delitos%20e%20das%20Penas%20-%20Cesare%20Beccaria.pdf>>. Acesso em: 27 abr 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. Ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: maio de 2018.

BRASIL. STF. Plenário. **RE 580252/MS**, rel. orig. Min. TeoriZavasckci, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, jugado em 16/02/2017 (repercussão geral) (info 854).

BRASIL. TJMS - APL: 00035860620128120005 MS 0003586-06.2012.8.12.0005, Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Data de Julgamento: 17/08/2015, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 20/08/2015. Disponível em <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/222653048/apelacao-apl-35860620128120005-ms-0003586-0620128120005>

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61987-o-seculo-xxi-marca-a-era-dos-direitos-e-do-poder-judiciario-afirma-ricardo-lewandowski> Acesso em 13 abr 2018.

BRASIL. IPEA e Ministério da Justiça <https://apublica.org/wp-content/uploads/2015/02/pesquisa-ipea-provisorios.pdf> Acesso em 26 mai 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural**. Revista Consultor Jurídico, 1º set. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftn3>. Acesso em: 15 abril. 2018.

CUNHA JUNIOR, Dirleyda. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. São Paulo: Podivam, 2000.

ESTEFAM, Andre. **Direito Penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

FACHIN. Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**, cit., p. 190

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRAGOSO, Heleno. **Direito dos Presos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GRECO, Rogerio. **Curso de direito penal: parte geral**. 13. ed. Niterói: Impetus, 2011. v. 1.

HULSUMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. 2 ed. Niterói: Luam, 1997.

JOFFLY, Tiago. **Direito e compaixão: discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011

JUNIOR, R. A. S. **Curso Completo de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LIMA, Renato. Brasileiro. de. **Manual de Processo Penal**, volume 1. Impetus. Niterói: 2012.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2012. v. 1.

MOSSIN, Heráclito Antonio. **Curso de processo penal**. vol 1. São Paulo: Atlas, 1998.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. V. 1.

NUNES, Patricia. **Apena na antiguidade e nos dias atuais**.Direitonet. 15 jun. 2003. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1125/A-pena-na-antiguidade-e-nos-dias-atuais>> Acesso em: 27 abr 2017.

OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Maria Julia Bittencourt de. **A Ressocialização do apenado através do trabalho, em face do princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6996Acesso em: 25.mai.2018.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão um paradoxo social**. Florianópolis, SC: UFSC, 1984.

OLIVEIRA. Salete Magda. **Um desafio à dissuasão penal, in Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

PACHECO, Andreia Teixeira Moret. **Justiça Restaurativa: uma possível alternativa à pena de prisão e sua utilização pelo Poder Judiciário**.

PRADO, Luis. Regis. **Teoria dos fins da pena: breve reflexões**. Revista de Ciências Penais. Doutrina Brasileira.

Roure, Denise de. **Panorama dos processos de reabilitação dos presos**. Consulex: revista jurídica.

Rushe, G.; Kirchheimer, O. **Punição e estrutura social**. Ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia. 2004.

SANTOS. Claudia Cruz. **A justiça restaurativa – um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?** 1ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora. 2014.

SANTOS. Washington. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey.

SOUZA, Luis. Antonio. Francisco de. **Obsessão securitária e a cultura do controle**. Revista de Sociologia Política, São Paulo, n. 20, Junho/2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.