



UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
Faculdade de Direito e Relações Internacionais
Curso de Direito – FADIR

Natali Francisco Miyazaki

**Da (dis)funcionalidade da pena privativa de liberdade: uma
análise da origem das penas à prisão moderna**

Dourados - MS
Fevereiro/2018

Natali Francisco Miyazaki

**Da (dis)funcionalidade da pena privativa de liberdade: uma
análise da origem das penas à prisão moderna**

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, sob a orientação do Prof. Me. Everton Gomes Correa.

**Dourados - MS
Fevereiro/2018**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP).

M679d Miyazaki, Natali Francisco

Da (dis)funcionalidade da pena privativa de liberdade: Uma análise da origem das penas à prisão moderna/Natali Francisco Miyazaki -- Dourados: UFGD, 2018.

62f. : il. ; 30 cm.

Orientador: Everton Gomes Correa

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

Inclui bibliografia

1. Pena. 2. Prisão. 3. Origem. 4. Crise. 5. Alternativas. 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

Em 08 de fevereiro 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) **NATALI FRANCISCO MIYAZAKI** tendo como título “**Da (des)funcionalidade da Pena Privativa de Liberdade: Uma Análise da Origem das Penas à Prisão Moderna**”.

Constituíram a Banca Examinadora os professores Me. Everton Gomes Correa (orientador/a), Dr. Alaerte Antonio Martinelli Contini (examinador/a) e o Me. Me. Hassan Hajj (examinador/a).

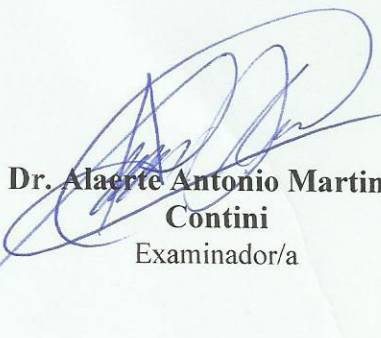
Após a apresentação e as observações dos membros da banca avaliadora, o trabalho foi considerado (a) Aprovado.

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

Observações: _____

Assinaturas:


Me. Everton Gomes Correa
Orientador/a


**Dr. Alaerte Antonio Martinelli
Contini**
Examinador/a


Me. Hassan Hajj
Examinador/a

A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo o que todo mundo vê.

(Arthur Schopenhauer)

À Deus, o maior autor de todos os tempos, tudo em mim nasceu primordialmente no coração dEle. Aos meu pais, Sergio e Natalina, e ao meu esposo, Silas, os grandes responsáveis por tudo. Obrigada por idealizarem este sonho comigo.

RESUMO

Este trabalho pretende contribuir para uma compreensão crítica do atual cenário no qual está inserido a privação de liberdade enquanto pena. A temática envolvendo o aprisionamento penal e os meios, através dos quais este se impõe ao indivíduo infrator, carrega em si uma ampla complexidade. A utilização da pena privativa de liberdade, enquanto punição à um indivíduo, ainda que justificada pela pratica de um crime, deve ser exercida de forma criteriosa, pois, para além do crime e sua necessária reprovação, deve-se levar em conta estar-se lidando com um ser humano, uma realidade viva, com uma origem e uma história que, com seu ingresso no sistema prisional, produz reflexos para muito além do próprio delinquente, atingindo familiares, amigos e a própria sociedade como um todo. Reconhecidas são as nocividades presentes no cárcere e notórias são suas disfuncionalidades frente à seus fins. Dessa forma, analisando sua conjuntura no curso da história até a modernidade, esperamos descobrir alternativas que viabilizem o afastamento do aprisionamento, sempre que possível, e, nos casos em que sua imposição se fizer imprescindível, meios através dos quais se possa restringir ao mínimo seus males. Intuiu-se, por fim, não esgotar as discussões acerca do tema, antes sim, estimular seu debate.

Palavras-chave: Pena. Prisão. Origem. Crise. Alternativas.

ABSTRACT

This work aims to contribute to a critical understanding of the current scenario where is inserted deprivation of liberty. The issue of criminal imprisonment and the means by which it is imposed on the offending individual carries with it a wide complexity. The use of a custodial sentence, while punishing an individual, even if justified by the practice of a crime, must be exercised judiciously, in addition to the crime and its necessary disapproval, we must take into account that we are dealing with a human being, a living reality, with an origin and a history that, through entering the prison system produces reflections far beyond the delinquent, reaches relatives, friends and the society as a whole. Recognized are the nocivities present in the prison and evident are the dysfunctionalities in front of their purposes. In this way, analyzing its conjuncture during of history up to modernity, we hope to discover alternatives that enable the cast out of the imprisonment, always possible, and, in those cases where its imposition becomes indispensable, means by which it can be restricted to the minimum its males. Finally, we not hoped to finish whith as discussions on the subject, but instead stimulate discussion about this.

Keywords: Punishment. Prison. Origin. Crisis. Alternative.

Sumário

INTRODUÇÃO	10
1 HISTÓRIA DA PENA DE PRISÃO	14
1.1 IDADE ANTIGA	15
1.2 IDADE MÉDIA	19
1.3 IDADE MODERNA	22
2 O ILUMINISMO PENAL	29
1.4 CESARE BECCARIA	33
3 DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO MODERNO ORDENAMENTO JURIDICO NACIONAL	37
4 O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	41
5 REFORMA PENAL E SUBSTITUTIVOS À PENA DE PRISÃO	47
CONCLUSÃO	58
BIBLIOGRAFIA	61

INTRODUÇÃO

A imposição de sanção aos indivíduos que, em algum grau, transgridam a ordem socialmente vigente é prática tão remota quanto a própria história humana e tão mutável, em seus métodos de aplicação, quanto a própria sociedade o é. Até o século XVIII os meios punitivos caracterizavam-se, principalmente, por seu cunho aflitivo e, ainda que se fizesse uso do encarceramento, este destinava-se, quase que exclusivamente, a contenção e a guarda dos réus até que fossem julgados ou que suas penas de fato fossem executadas. É durante a Idade Moderna, sobretudo com o advento e propagação da ideologia iluminista, que, gradualmente, inicia-se uma tendência abolicionista das penas corporais e de morte, sendo seu uso paulatinamente substituído pela pena privativa de liberdade.

A pena privativa de liberdade tipifica espécie de sanção penal através da qual se retira, por tempo determinado, a liberdade de locomoção do indivíduo infrator e, hodiernamente, consolidou-se como principal e preponderante meio punitivo, a pena por excelência das sociedades civilizadas, de exercício exclusivo do estado. Não obstante o advento da privação de liberdade, como principal resposta penológica à prática delituosa, e o abandono dos mecanismos sancionatórios de caráter cruéis, desumanos e degradantes, próprios do antigo regime, tenham representado, outrora, importante avanço da ideologia humanitária, não só no concernente à história das penas e do direito penal, mas também da humanidade, a atual conjuntura constatada no interior dos presídios nacionais evidencia o total fracasso dos anseios e crenças que anteriormente foram depositados na pena privativa de liberdade.

As disfuncionalidades apresentadas pelo encarceramento penal não se restringem, mas em grande parte se relacionam, a própria essência das prisões, do "retirar do convívio social para ensinar o indivíduo como viver em sociedade". Muito distante de atingir qualquer finalidade ressocializadora, as prisões, superlotadas, com diversas deficiências materiais, de saúde e higiene e descumpridoras cotidianas dos imperativos legais, tornaram-se, na realidade, mecanismos produtores de

desumanização e delinquência. Para além das nocividades e inaptidões que se apresentam aos reclusos no interior dos estabelecimentos penitenciários, do lado de fora dos muros, mesmo após devidamente cumprida a pena, aqueles serão permanentemente perseguidos pelos ecos, produtos do contato com o cárcere, pois, um ex presidiário, para sempre será um ex presidiário.

Diversos autores conceituados de literaturas especializadas na temática, como por exemplo Cezar Roberto Bitencourt, Ana Flávia Messa, Ivan de Carvalho Junqueira e José Ricardo Ramalho, convergem, na conclusão de que o sistema penitenciário brasileiro está em falência, que o fruto disto é a crise da pena de prisão e de que, apesar das disfuncionalidades, de todas as contradições insolúveis inerentes a sua essência e das diversas críticas reconhecidas e repetidamente alegadas a respeito das prisões, estas se apresentam como um mal necessário, um infortúnio o qual não podemos abandonar por não saber com o que substituir. Não obstante as preponderantes convicções, destinamos este trabalho à, também, analisar, dentro do ordenamento jurídico pátrio, meios e alternativas que possibilitem, se não extinguir, ao menos frear os malefícios apresentados pelo cárcere.

As repercussões nocivas apresentadas pela pena privativa de liberdade ultrapassam as grades das celas e estendem-se aos diversos setores que compõe a estrutura social. No entanto, a despeito de ser caracteristicamente prejudicial e reconhecidamente disfuncional, apesar de os problemas apresentados pelo encarceramento, muito além do indivíduo infrator ou de sua família, se projetarem em toda a sociedade, a mentalidade social coletiva, via de regra, pactual da convicção de que, a menos que seja encarcerado, o condenado estaria saindo impune diante da prática delituosa, regozijando-se, infelizmente, com o sofrimento que causa o aprisionamento ao infrator. Em razão de não atender às finalidades que justificam sua existência, para além disso, longe de viabilizar uma real prevenção e ressocialização, por promover a criminalidade e estimular as características negativas humanas e, mais ainda, pelo momento histórico atual, ano de eleições nacionais, em que as propostas de endurecimento da lei penal tendem a aumentar, por parte de muitos candidatos que conhecem as predileções da maioria da população eleitoral, se faz elementar o levantamento das questões envolvendo as prisões no país.

O desenvolvimento do presente trabalho se deu por meio de pesquisas bibliográficas, de estudo de caso de fato, assim como através da análise de estatísticas. Em se tratando da pesquisa bibliográfica, em relação aos assuntos abordados, fez-se uso de diversos escritos de autores conceituados, principalmente, da área de direito penal, processual penal e criminalista. Para a apuração de estatísticas e estudo de caso, tomou-se por base publicações científicas baseadas em estudos realizados por órgãos estatais. Não se fez uso excessivo de textos legais em função de, amiudadamente, a prática cotidiana da privação da liberdade se afastar em demasia dos ditames presentes no ordenamento jurídico pátrio, servindo aqueles, frequentemente, apenas à título comparativo do que a realidade dever-se-ia ser.

Este trabalho foi estruturado em cinco capítulos. Para que se possa depreender uma melhor percepção sobre a conjuntura atual do instituto prisão, assim como, para tecer de maneira adequada e justa as críticas inerentes a essa modalidade de sanção penal, bem como sua forma de execução no momento atual, é essencial que, primeiro, entendamos seu desenvolvimento, aplicação e finalidade no decorrer da história humana e, do mesmo modo, seu conceito na contemporaneidade. Assim, o primeiro capítulo, *História da pena de prisão*, como evidenciado no subtítulo, foi destinado à análise da origem, empregos e finalidades para as quais foi empregada a pena-prisão no decorrer da história humana, situando-a no tempo e no espaço, de acordo com a divisão acadêmica usual.

No segundo capítulo, *O iluminismo penal*, foi analisado este movimento que ascendendo em seu ápice na França, por volta do século XVIII, dos impactos sociais causados por ele e, mais especificamente, a forma através da qual sua ideologia influenciou na renovação dos direitos legislativo e penal, existentes à época, e na consolidação da privação de liberdade como meio punitivo propriamente dito.

Posteriormente, no terceiro capítulo, *Da pena privativa de liberdade no moderno ordenamento jurídico nacional*, buscou-se examinar a atual estrutura do ordenamento jurídico penal no país, com ênfase no estudo da pena privativa de liberdade e, seguidamente, o quarto capítulo, *O sistema Penitenciário brasileiro*, foi reservado à análise do meio através do qual, quando da condenação na privação de

liberdade, esta ocorre e da atual conjuntura dos estabelecimentos destinados a sua execução, as prisões.

Por fim, no quinto capítulo, *Reforma penal e substitutos à pena de prisão*, foi destinado à dura e audaciosa missão em buscar formas e alternativas que substituam o cárcere sempre que possível, e quando não for, ao menos minimizem os males causados por este.

1. HISTÓRIA DA PENA DE PRISÃO

Consoante afirmou Aristóteles "o homem é naturalmente um animal político"¹, assim, segundo o filósofo, a menos que seja forçado a estar só, apenas um indivíduo de natureza vil ou superior ao homem buscaria o exílio como forma de vida. De fato, a análise da história mostra que o homem sempre buscou agrupar-se e que, se assim não fosse, provavelmente nossa espécie não subsistiria a vida primitiva. No entanto, o convívio social exige renúncias e, para que ele fosse possível, no decorrer da história, as comunidades humanas sempre procuraram estabelecer um conjunto de regras para orientar a vida em sociedade, sendo que a imposição de sanção àqueles que de alguma forma as infringissem tornou-se indispensável à subsistência do corpo social. Atualmente a pena privativa de liberdade configura o principal e mais utilizado método punitivo das sociedades modernas.

Embora existente, o uso do encarceramento até o século XVIII se destinava a propósitos diversos daqueles aos quais atualmente se presta. Como escreve Bitencourt, as sociedades que se desenvolveram anteriormente a este período não enxergavam o aprisionamento como método autônomo de retribuição a prática do ilícito, antes, a prisão servia a função de retenção e guarda de réus, tratava-se de um local no qual poderiam ser realizadas sessões de tortura a fim de se obter confissões ou informações dos condenados e de meio assegurador de que estes seriam de fato julgados e, se declarados culpados, receberiam sua real punição, que poderia ir de castigos corporais até a própria pena de morte².

Na antiguidade e na Idade Média não se conhecia a privação da liberdade como sanção penal autônoma, sendo local de custódia para manter aqueles

1 Aristóteles apud DALLARI, 2012, p. 21.

2 Bitencourt, 2011.

que seriam submetidos à castigos corporais e à pena de morte. Quando havia o encarceramento, este representava o aguardo do julgamento ou da execução. A prisão era vista como lugar de custódia e tortura, utilizava-se uma variedade de sistemas de aprisionamento como calabouços, aposentos em ruínas ou insalubres de castelos, torres, conventos abandonados, palácios e outros edifícios.³

Não obstante, de forma geral, o caráter sanção, atribuído atualmente ao encarceramento, só tenha passado a vigorar de fato a partir de meados do século XVIII, com o advento das ideias iluministas e dos princípios humanísticos na aplicação das penas, é possível, ao analisarmos a histórias em períodos anteriores a este, verificarmos resquícios de pena privativa de liberdade.

1.1 IDADE ANTIGA

A Idade antiga é o período da história em que viveram e se desenvolveram as primeiras civilizações como, por exemplo, os egípcios, os persas e os babilônicos. Seu marco inicial se deu com o nascimento da escrita, por volta de 4000 a.C. a 3500 a.C., e perdurou até 476 d.C., quando da queda do Império Romano do Ocidente e início da Idade Média no século V⁴.

É bastante limitado o conteúdo legal que nos chega sobre o uso da prisão, entretanto, ao investigarmos a literatura a respeito do período, embora pouco usada, é possível constatar sua aplicação para lidar com alguns casos como os de dívida, rapina, corrupção, rebelião de escravos e para estrangeiros cativos. Conforme relata Chiaverini, por exemplo, os assírios submetiam “à prisão contrabandistas, ladrões, desertores, do serviço estatal, sonegadores de impostos e estrangeiros cativos, impondo em larga escala o trabalho forçado.”⁵ Ademais, a autora escreve também sobre a presença do encarceramento no Egito, e este justificava-se pela crença de que era, o governo faraônico, um governo divino e, por esse motivo, ali, fazia-se o

3 MESSA, 2009, p. 113.

4 CALDEIRA, 2009.

5 Chiaverini, 2009, p. 3.

uso do aprisionamento com imposição de trabalho forçado a fim de, com isso, se evitar a aplicação de penas cruéis e arbitrárias⁶.

Na Grécia, a presença do encarceramento se evidencia através da exteriorização das ideias de Platão que, no livro nono de *As Leis*, propunha o estabelecimento de três tipos de prisão:

Uma na praça do mercado, que servia de *custódia*; outra, denominada *sofonisterium*, situada dentro da cidade, que servia de *correção*, e uma terceira destinada ao *suplicio*, que, com o fim de amedrontar, deveria constituir-se em lugar deserto e sombrio, o mais distante possível da cidade.⁷

Em seus escritos Platão fazia diferenciação entre crimes extraordinários, punidos com à morte, e os crimes de menor gravidade, para os quais eram aplicadas penas correcionais em estabelecimentos especiais. Também, a frente do seu tempo, Platão já descrevia “as duas ideias históricas da privação da liberdade: a prisão como pena e a prisão como custódia”⁸. Ademais, na Grécia, ainda podemos encontrar o emprego da privação de liberdade na possibilidade, primeiro de caráter privado e, posteriormente, usado como pratica pública, de encarceramento de devedores que, como medida coercitiva para satisfação do débito, ficavam à disposição do credor até que liquidassem sua dívida.

A prisão em Roma, via regra, também atendia a finalidade custódial. Aliás, celebre é a afirmação do famoso jurisconsulto clássico romano, Domício Ulpiano “*carcer enim ad continendos homines non ad puniendo haberit debit*”, ou seja, a prisão serve não para o castigo dos homens, mas para sua custódia.”⁹. As leis romanas não contemplaram a pena de prisão-pena em nenhum momento, desde a republica até a época do império, mesmo o direito de Justiniano não reconhecia a

6 No antigo Egito temos notícia da prisão não apenas como custódia, mas como pena. O governo do faraó era divino e evitava penas cruéis e arbitrárias. As prisões conhecidas também impunham aos encarcerados o trabalho forçado. As prisões são descritas como fortalezas contendo celas e masmorras ou como casas de trabalho. A fuga da prisão consistia pena grave. Nesses locais os prisioneiros não eram classificados nem separados de acordo com sua situação. Conviviam presos aguardando julgamento e já condenados, condenados aguardando execução, condenados à pena de prisão perpétua ou indefinida, desertores do Estado ou oficiais que caíram em desgraça, suspeitos de espionagem; sendo que todos eram forçados a trabalhar. (CHIAVERINI, 2009, p. 4).

7 LUIZ GARRIDO GUZMAN apud BITENCOURT, 2011, p. 29.

8 BITENCOURT, 2011, p. 29.

9 JUNQUEIRA, 2005, p. 21.

possibilidade de condenação à prisão, em caráter temporário ou perpétuo¹⁰. Havia, entretanto, assim como na Grécia, a previsão de prisão por dívida, também com o fim de custódia, objetivando garantir o pagamento do débito. “Fontes narrativas também nos noticiam que o chefe da família romana tinha o direito de manter uma cela de prisão doméstica a fim de disciplinar membros da família ou escravos rebeldes”¹¹.

O final da Idade antiga e o período de transição histórica para a Idade Média tiveram como marco inicial a desintegração do Império Romano do Ocidente, em 476 d.C., no século V, e seguiu, terminando com o fim do Império Romano do Oriente, com a queda de Constantinopla em 1453 d.C., no século XV. Começaram, a partir do primeiro evento, principalmente em razão das diversas crises pelas quais passava o Império Romano (crises de conquistas territoriais, na produção agrícola, política, econômica, etc.), inúmeras invasões, por parte dos povos germânicos, a quem os romanos designaram bárbaros¹², aos territórios de Roma¹³.

As civilizações germânicas “caracterizavam-se por se encontrar em um período anterior de desenvolvimento sócio-econômico-cultural. Eram povos ligados a terra, não tinham desenvolvido a escrita, não tinham organizações territoriais ou

¹⁰ Contudo, em sua obra, Bitencourt (2011, p. 30), faz referências à alguns autores que “afirmam que em Roma a pena de morte era comutada, em alguns casos, pela prisão perpétua”.

¹¹ CHIAVERINI, 2009, p. 6.

¹² Os gregos, depois os romanos, designavam pelo nome de bárbaros todos os povos declaradamente estrangeiros, rebeldes à sua civilização, seu modo de vida, suas estruturas econômicas e sociais, sua cultura, e mesmo à sua língua. De fato, o bárbaro, ao longo de todo o Império, é o homem das estepes ou das florestas, nômade mesmo nas cidadelas de agricultores, incapaz em todo caso de assimilar a civilização greco-romana, essencialmente urbana. (HEERS apud MADEIRA, 2008, p. 04-05)

¹³ Por volta do século III, o Império Romano passava por uma enorme crise econômica e política. A corrupção dentro do governo e os gastos com luxo retiraram recursos para o investimento no exército romano. Com o fim das conquistas territoriais, diminuiu o número de escravos, provocando uma queda na produção agrícola. Na mesma proporção, caía o pagamento de tributos originados das províncias. Em crise e com o exército enfraquecido, as fronteiras ficavam a cada dia mais desprotegidas. Muitos soldados, sem receber soldo, deixavam as obrigações militares. Os povos germânicos, tratados como bárbaros pelos romanos, estavam forçando a penetração pelas fronteiras do norte do império. No ano de 395, o imperador Teodósio resolve dividir o império em: Império Romano do Ocidente, com capital em Roma e Império Romano do Oriente (Império Bizantino), com capital em Constantinopla. Em 476, chega ao fim o Império Romano do Ocidente, após a invasão de diversos povos bárbaros, entre eles, visigodos, vândalos, burgúndios, suevos, saxões, ostrogodos, hunos, etc. Era o fim da Antiguidade e início de uma nova época chamada de Idade Média, uma etapa necessária na História e que abriu caminho para o Renascimento. (CALDEIRA, 2009, p. 263).

políticas.”¹⁴. Pouco nos chegou do direito germânico primitivo, sobretudo, por este ter sido, via de regra, calcado na oralidade e nos costumes em razão da não utilização de fontes escritas, como nos ensina Greco¹⁵. Nele predominavam as penas capitais e corporais e a prisão não era usualmente conhecida como meio punitivo, quase não havendo relatos ou escritos sobre sua utilização, exceto, por uma narrativa a qual Bitencourt faz menção em sua obra:

Cuello Calón, com excessão, em sua obra *La moderna penología*, faz referência a um Edicto de Luitprando, Rei dos Longobardos (1712-1714), que dispunha que cada juiz tivesse em sua cidade uma prisão para encarcerar os ladrões por 1 ou 2 anos. Uma capitular de Carlomagno do ano 813 ordenava que as pessoas *boni generi* que tivessem delinquido podiam ser castigadas com prisão pelo rei até que se corrigissem.¹⁶

Neste período não haviam construções próprias ao aprisionamento, por isso, aqueles que aguardavam seu julgamento eram mantidos nos mais diversos e desagradáveis locais. “Utilizavam-se horrendos calabouços, aposentos frequentemente em ruínas ou insalubres de castelos, torres, conventos abandonados, palácios e outros edifícios”¹⁷.

As sociedades que fizeram a história antiga, em geral, não se serviram do uso da prisão como meio de cumprimento de pena, sendo seu emprego destinado, comumente, a custódia dos acusados/réus até que suas reais sanções (penas corporais e infamantes ou a morte), de fato, fossem executadas. Mesmo a prisão de devedores tinha por finalidade, não os punir, antes sim, que estes cumprissem com suas obrigações.

A queda do Império Romano, em virtude das chamadas “invasões barbaras” (na verdade invasão e expansão territorial de diversos povos germânicos, que deram origem à formação de vários reinos), marca o fim da Idade Antiga e, a partir desse evento, de acordo com a divisão acadêmica usual, inicia-se um novo período histórico, a Idade Média.

¹⁴ MADEIRA, 2008, p. 5.

¹⁵ Greco, 2015.

¹⁶ BITENCOURT, 2011 p. 30.

¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 31.

1.2 IDADE MÉDIA

Usamos o termo “médio” para indicar algo que está em uma posição intermediária, entre dois outros pontos. De acordo com a periodização eurocêntrica estabelecida no século XVIII¹⁸, a Idade média situa-se no meio da História, tratando-se de um período de pouco mais de mil anos, entre a Idade Antiga e a Idade Moderna, tendo por marco inicial a desagregação do Império Romano do ocidente (476 d.C.) e se prolonga até a tomada de Constantinopla (1453 d.C.)¹⁹.

Com a desorganização do aparelho estatal romano, e conseqüente esvaziamento das cidades, agora as pessoas passaram a migrar para os campos em busca de trabalho e segurança. A descentralização política foi um dos resultados das diversas invasões ocorridas por parte dos povos germânicos que, dentro outros, semeando terror e insegurança, inviabilizaram a continuidade da vida urbana e impulsionaram o desenvolvimento da sociedade feudal. Na Europa, predominavam agora, as grandes propriedades de terras, chamadas feudos, locais estes no qual a vontade e o poder do seu proprietário, o senhor feudal, se fazia suprema, era ele quem ditava as regras e as impunha de acordo com a classe social a qual pertencia

18 A forma de divisão da Idade Média em períodos para fins didáticos não é consensual. No entanto, a mais comum é a utilizada pelos medievalistas franceses, entre os quais Jacques Le Goff. Para estes especialistas, a Alta Idade Média corresponde a um período que vai da queda do Império Romano do Ocidente, em 476, até o ano 1000 – após ao qual inicia a Idade Média Clássica. A Baixa Idade Média corresponde ao século e meio que antecede ao Renascimento, ou seja, 1300 a 1450. (LE GOFF apud CHIAVERINI, 2009, p. 12).

19 A Idade Média tem como principais características a ruralização da população e o retorno a uma economia agrária de subsistência. A partir do final do império Romano, em razão das diversas invasões e saques associados a escassez de mão de obra escrava e a instabilidade que causaram as guerras, a população passou a retirar-se das cidades e concentrar-se em comunidades rurais, “buscando refúgio e proteção, subordinavam-se aos grandes senhores de terras”, tais tendências tiveram como resultando um declínio das relações comerciais e do uso da moeda. Fortificações e castelos começaram a se levantar a fim de afastar os perigos externos e, na mesma proporção, o cristianismo ia ganhando força e consolidando seus princípios, “quando o Império Romano do Ocidente se desagregou, desapareceu a ideia de Estado e bem público. A terra passou a ser distribuída entre o clero e a nobreza, como recompensa por serviços prestados”. No âmbito político, verificou-se uma descentralização do poder, a figura do rei tornou-se bastante frágil e suas funções passaram a ser delegadas ao major domus (espécie de primeiro-ministro). Surge a figura do senhor feudal, nobre detentor de ampla quantidade de terras que, cedia uma porção de seu território a outros nobres em troca de fidelidade e ajuda militar. Os senhores feudais eram reis nos limites de seus territórios e, cada um, exercia sua soberania da forma que entendiam dentro de seus domínios, assim, aqueles que habitavam suas terras, estavam sujeitos aos seus comandos, não havendo uma lei unificada em todos os territórios neste período. (DORIGO & VICENTINO, 2013).

o réu²⁰. “Era o fim da centralização política com o abandono das cidades e o início de um radical processo de ruralização da sociedade. Nascia o feudalismo.”²¹.

Para remediar o problema da insegurança os nobres, encarregados da defesa do território, construíram enormes castelos em torno dos quais passou a viver a maior parte da população europeia. Pouco a pouco o poder do rei se fragmentou e cada nobre passou a ser a principal autoridade em seu feudo.²²

A sociedade medieval prosseguiu com a utilização da privação de liberdade em seu caráter de custódia, não havendo ainda, nesta época, o conceito de pena privativa de liberdade. O poder da igreja católica foi aos poucos se consolidando através da disseminação do direito canônico²³ e a religião passou a exercer grande influência nos diversos aspectos da vida humana, principalmente, na forma com que se lidava com infratores.

Neste período da história, o Direito Canônico exerceu grande influência, pois a Igreja adquiria cada vez mais poder e suas decisões eclesásticas eram executadas por tribunais civis. A pena possuía um caráter precipuamente sacral, de base retribucionista (...).²⁴

O aprisionamento era utilizado como instrumento espiritual de castigo e objetivava a remissão do infrator perante Deus através do sofrimento e da solidão de sua alma, pois somente assim o homem “se depura e purga o pecado”²⁵. Assim, as ideias de crime e pecado se confundiam e o criminoso era o pecador ao qual era imposta a privação de liberdade a fim de que refletisse sobre sua culpa, se arrependesse e pudesse ter sua alma salva para a vida eterna. Aqui não havia uma organização para o encarceramento, assim, os mais diferentes tipos de prisioneiros

20 SANTOS, 2011.

21 CHIAVERINI, 2009, p. 13.

22 CHIAVERINI, 2009, p. 15.

23 Depois de um longo período de perseguições, o Imperador Constantino, o Grande, proclamou a liberdade de culto, com a expedição do chamado Édito de Tolerância, após sai vencedor na batalha de Monte Milvio, em 28 de outubro de 312, quando, na noite anterior, sonhou com uma cruz, onde nela estava escrito em latim: in hoc signo vinces (sob este símbolo vencerás). [...] Em 27 de fevereiro de 380, por meio do Édito de Tessalônica, o Imperador Teodósio I determinou que o cristianismo fosse a única religião autorizada em todo o Império Romano, ao contrário de Constantino, que, embora tolerasse, não o colocou acima de outras religiões. A partir de então, o poder da Igreja, mesmo impregnada de rituais pagãos, foi crescendo. (GRECO, 2015, p. 22)

24 CALDEIRA, 2009, p. 264.

25 CHIAVERINI, 2009, p. 7.

(mulheres, loucos, delinquentes, velhos e crianças) se amontoavam em cárceres subterrâneos ou em calabouços de palácios e fortalezas²⁶. Não sem causa, *Henri Sanson*, escrevendo suas memórias, afirma que “até 1791 a lei criminal é o código da crueldade legal”²⁷.

É durante a Idade Média que, sob o comando da Igreja Católica Romana, nasce a Santa Inquisição, integrada por um grupo de Tribunais que julgavam os opositores da igreja, “bastava mera denúncia anônima para que a pessoa se tornasse suspeita, fosse perseguida e condenada”²⁸, não possuindo sequer o direito de saber quem o havia acusado ou, ao menos, pelo que era culpado. Os meios utilizados compreendiam segredos nas apurações, acolhimento de notícias imprecisas de atos proibidos e confissão como prova máxima e geralmente obtida mediante tortura, “como consequência da forma de obter a prova do crime, havia um elevado índice de erros judiciários, o que é absolutamente natural”²⁹.

É na Idade Média que encontramos as primeiras ideias do uso da privação da liberdade como pena: aos clérigos rebeldes se impunha a prisão eclesiástica. Esta possuía caráter precipuamente sacral e intuía compensar o mal praticado através da penitencia e da oração, objetivando o arrependimento e a correção do faltoso³⁰. Dessa forma, tratando-se a Idade Média de um período histórico fortemente influenciado pela fé, é nele que encontramos rudimentares sinais de preocupação com a correção do infrator, como pode ser demonstrado através das palavras de Junqueira:

Ademais disso, já no século XII, sob a iniciativa eclesiástica foram criadas as prisões subterrâneas, destinadas aos opositores da Igreja, clérigos ou não. E, mesmo à incidência de tenebrosos rituais de violência, houve, por parte do direito canônico, certa preocupação no que se refere ao arrependimento e correção do ser humano encarcerado, além de outras tentativas a objetivarem a regeneração dos ditos criminosos, precedentes

26 BITENCOURT, 2011.

27 *Idem*, *ibidem*, p. 31),

28 CHIAVERINI, 2009, p. 31.

29 BITENCOURT, 2011, p. 34.

30 Bitencourt, 2011.

estes importantes à consecução da prisão moderna em sua forma embrionária.³¹

Do uso do cárcere como penitência e meditação – conforme os ensinamentos Caldeira (2009) - originou-se a palavra “penitenciária”.

1.3 IDADE MODERNA

Tradicionalmente, temos como marco do fim do período medieval a tomada de Constantinopla pelos Turcos Otomanos.³² Diversos fatores contribuíram para a crise e gradual decadência do sistema feudal que se iniciaram no século XIV: problemas climáticos (nevascas, chuvas torrenciais ou secas prolongadas) aliados a conflitos armados frequentes e guerras de cunho religioso, envolvendo regiões como França, Península Ibérica, Escócia, Irlanda, Itália, Alemanha, a zona do Báltico, deixaram rastros de destruição pelos campos, resultando em um grave abalo na produção agrícola; tal crise agrícola, que se abateu por toda a Europa no medievo, associada aos diversos conflitos armados que ocorriam, conforme já mencionado, promoveram grande instabilidade na economia medieval; ainda, as más colheitas, que provocaram surtos de fomes, juntamente com o advento da peste negra³³ acarretaram em um colapso demográfica da população.

31 JUNQUEIRA, 2005, p. 22.

32 [...] apesar de a queda de Constantinopla ser o evento mais aceito, não é o único. Têm sido propostas outras datas para o início deste período, como a conquista de Ceuta pelos portugueses em 1415, a viagem de Cristóvão Colombo ao continente americano em 1492, ou a viagem à Índia de Vasco da Gama em 1497. (CALDEIRA, 2009, p. 264-265).

33 Em meados do século XIV, uma doença devastou a população europeia. Historiadores calculam que aproximadamente um terço dos habitantes morreram em decorrência desta doença, de guerras e da fome. A peste negra era transmitida através da picada de pulgas de ratos doentes. Estes ratos chegavam à Europa nos porões dos navios vindos do Oriente. Como as cidades medievais não tinham condições higiênicas adequadas, os ratos se espalharam facilmente. Após o contato com a doença, a pessoa tinha poucos dias de vida. Febre, mal-estar e bulbos (bolhas) de sangue e pus espalhavam-se pelo corpo do doente, principalmente nas axilas e virilhas. Como os conhecimentos médicos eram pouco desenvolvidos, a morte era certa. Para complicar ainda mais a situação, muitos atribuíam a doença a fatores comportamentais, ambientais ou religiosos. Muitos fugiam para o campo com medo de serem infectados. (Idem, Ibidem, p. 263-264).

A Idade Moderna³⁴, período histórico que se inicia com a crise do feudalismo e segue até o capitalismo industrial, no século XVIII, é caracterizada, principalmente, por ser um período de transições. Após a queda demográfica ocorrida durante a Idade Média, resultado das guerras e da peste, a população volta a crescer. Contudo, esta expansão não é acompanhada pela produção agrícola e a insuficiência de alimentos, em função da escassez que se abateu, foi um dos principais motivos que levaram a gradual tradição do sistema econômico fechado por práticas comerciais mais abrangentes; a fome acentua ainda mais o êxodo rural que já ocorria; rotas comerciais, necessárias ao escoamento de mercadorias, passaram a ser criadas; as pessoas, fugindo das explorações excessivas que sofriam por parte dos senhores feudais, deixavam os feudos e retornavam as cidades em busca de empregos, alimentos e melhores condições de vida e, dessa forma, aos poucos o modo de vida medieval foi sendo deixado para trás.³⁵

Fruto do renascimento comercial, emerge, entre o fim da Idade Média e início da Idade Moderna, uma nova classe social, formada por mercadores, banqueiros e comerciantes intitulada “burguesia”. Esta recém-surgida camada da sociedade teve importante função na tradição e consolidação do Estado absolutista. A descentralização política, própria do antigo regime, com seu sistema administrativo ineficiente e ausência de unidade fiscal e monetária, causavam sérios contratempos no desenvolvimento das atividades comerciais e, por isso, a figura do monarca absolutista, capaz de estabelecer os padrões necessários aos seus interesses, foi vista com bons olhos e apoiada política e financeiramente pela burguesia.³⁶

Por outro lado, se num primeiro momento a atividade mercantil era bem quista aos olhos da igreja em virtude de tratar-se de prática necessária a sobrevivência

34 A noção de “Idade Moderna” tende a ser desvalorizada pela historiografia marxista, que prolonga a Idade Média até o advento das Revoluções Liberais e o fim do regime senhorial na Europa, devido à ampla ação das Cruzadas, que expandiram o comércio na Europa. Algumas correntes historiográficas anglo-saxônicas preferem trabalhar com o conceito de “Tempos Modernos”, entendido como um período não acabado, introduzindo nele subdivisões entre Early Modern Times (mais antiga) e Later Modern Times (mais recente), ou então procedem a uma divisão entre sociedades pré-industriais e sociedades industriais. A dificuldade da delimitação cronológica do período se deve, principalmente, às divergências de interpretação quanto à origem e evolução do sistema capitalista. (Idem, *Ibidem*, p. 265).

35 CHIAVERINI, 2009.

36 Idem, *ibidem*.

dentro de uma economia de subsistência, dependente de reservas e a mercê das inconstâncias da natureza, como era a feudal, com a mudança de mentalidade do mercador, que agora pretendia mais que transportar e trocar produtos, tencionava obter lucro e riqueza com esta prática, a atividade comercial passou a ser vista com maus olhos e criticada pela igreja católica que condenava o cobiça, a usura e o acúmulo de riqueza³⁷. Tal posicionamento por parte da Igreja Católica contribuiu para a reforma religiosa ocorrida durante a Idade Média e acabou por afastar a ideologia cristã da evolução econômica, sendo a consequência direta desta atitude a perda do prestígio, da influência e do espaço social que teve a Igreja durante a Idade Média.

A manufatura incipiente não era capaz de garantir empregos para todos e, com o aumento populacional, o excesso de mão-de-obra fez com que se agravasse ainda mais a exploração dos assalariados, urbanos e rurais. O cenário de desemprego e miséria é, aqui, a realidade vivida por toda a Europa. Sobre este período assevera Junqueira:

Em verdade, a partir dos séculos XVI e XVII, consubstanciam-se profundas mudanças no meio social, de modo que, crescente é a miséria por toda Europa. Com efeito, à transição da Revolução Comercial, período este marcado pela expansão mercantilista cuja acumulação de capital dá-se mediante acentuada circulação de mercadorias, chega-se à Revolução de caráter industrial. Deveras, passa a advir o cúmulo de capitais da própria produção, não mais da circulação, primordialmente. Sob um outro prisma, elevou-se a população do continente europeu. De acordo com Burns, o número de habitantes da Itália e da Inglaterra cresceu cerca de um terço durante o século que foi de 1500 a 1600. Na mesma época, a população estimada da Alemanha subiu de doze para vinte milhões. No ano de 1378, Londres contava com mais ou menos 46.000 almas; em 1605, a cifra era de aproximadamente 225.000.³⁸

37 Durante a Idade Média aqueles que exerciam a atividade comercial eram considerados bons cristãos uma vez que, sob a vigência de uma economia fechada e de subsistência, como era a feudal, no caso de má colheita, por exemplo, seu trabalho trazia o alimento necessário ao feudo, salvando vidas e provendo ao clero bens e conforto. Visando a utilidade pública, como afirma S. Tomás de Aquino, o lucro obtido com o comércio, não deveria ser o propósito, mas apenas consequência, a remuneração pelo trabalho desenvolvido. Segundo a Igreja, atividade comercial que visa o lucro, a riqueza, deveria ser censurada pois aqueles que a praticam cometem um dos pecados capitais: a cobiça. Ademais, a igreja também condena a usura nos contratos que implicassem no pagamento de juros, "aquele que empresta dinheiro não realiza um verdadeiro trabalho, mas explora o trabalho de outrem, na medida em que não transforma uma matéria nem cria um objeto. A ideia de que o tempo possa gerar dinheiro é igualmente condenada, pois o tempo é de Deus. O dinheiro deveria servir apenas para facilitar as trocas, sendo seu acúmulo contra a natureza." (CHIAVERINI, 2009, p.34-35).

38 JUNQUEIRA, 2005, p. 22.

Neste momento, a maioria da população compõe-se de errantes, mendigos, vagabundos e miseráveis, sendo suas origens as mais diversas, por exemplo: motivadas pela alta taxa demográfica, as cidades passaram a impedir a entrada de estrangeiros, muitos deles, não conseguindo cidadania, terminavam por habitar as estradas; não havendo melhor alternativa, vários daqueles ingressavam em grupos de mercenários, os quais, neste momento, começaram a se formar; mão de obra mais barata, as autoridades locais passam a contratar tais mercenários para desempenhar atividades próprias dos cavaleiros que se tornam dispensáveis, diminuindo ainda mais seus ganhos após a queda da arrecadação tributária, que já estava em baixa, pois os camponeses já vinham enfrentando serias dificuldades financeiras³⁹.

De acordo com Bitencourt, resultado do excesso populacional e da pobreza extrema, há uma enorme disseminação da criminalidade, predominando as práticas que atentam contra a propriedade.⁴⁰ Diversos foram os métodos aplicados a fim de lidar com este quadro que se agravava desmesuravelmente e os diferentes mecanismos sancionatórios variavam em função do delito e da classe social do delinquente. Persistem os castigos corporais e a pena de morte, somando-se a estes a fiança, como principais instrumentos de resposta da política criminal.⁴¹

Frente ao amplo índice de criminalidade, neste momento, questionamentos sobre a adequação do uso da pena de morte começam a ser levantados, uma vez que não se podia aplica-la a tanta gente, ademais, seu emprego, bem como o das penas corporais, não estavam mais servindo a contenção da delinquência que somente se multiplicava. Somado a isto, a Europa encontra-se em um período de constituição de um novo sistema econômico, o capitalismo, e seus interesses demandavam grande reserva de força de trabalho, ao passo que era conveniente ao Estado a implementação de um meio através do qual pudesse controlar e doutrinar a

³⁹ CHIAVERINI, 2009.

⁴⁰ BITENCOURT, 2011,

⁴¹ “[...] No ano 1525 foram ameaçados com o patíbulo; em 1532 foram obrigados a trabalhar nos encanamentos para esgotos, acorrentados de dois em dois; em 1554 foram expulsos da cidade pela primeira vez; em 1561 foram condenados às galés e em 1606 decidiu-se, finalmente, que os mendigos de Paris seriam açoitados em praça pública, marcados nas costas, teriam a cabeça raspada e logo seriam expulsos da cidade”. (DE GROOTE *Apud* BITENCOURT, 2011, p. 15.)

massa delinquente que se expandia e emprega-la de forma a favorecer a consolidação deste novo modelo político-econômico⁴².

Surgem então, como doutrina Bitencourt, em meados do século XVI, precursoras das prisões “organizadas”, as chamadas *houses of correction* ou *bridwells*⁴³. Na Inglaterra, pioneira desta experiência, a pedido de alguns integrantes do clero inglês, alarmados com as proporções alcançadas pela mendicância em Londres, foi utilizado o Castelo de *Bridwell* no qual recolheu-se os vagabundos, os ociosos, os ladrões e os autores de delitos menores. Fundadas em uma lei do ano 1575, tinham por objeto e base a reforma do delinquente através do trabalho e da disciplina, além de intenções voltadas a prevenção geral e, para mais, de que o preso conseguisse custear-se e gerar algum lucro. “Na história do cárcere esse tipo de instituição foi o primeiro exemplo de detenção laica sem finalidade de custódia.”⁴⁴.

Depois, em Amsterdam temos a constituição de casas correcionais destinadas a homens (*rasphuis*) e a mulheres (*spinhis*), em 1596 e 1597, respectivamente. Cumpriam penas naqueles locais indivíduos que praticavam infrações leves, uma vez que, aos delitos de maior potencial lesivo permanecia a aplicação de outras penas como o exílio, açoites e o pelourinho.⁴⁵

Em 1697 nascem as *workhouses* na Inglaterra. De princípios e propósitos análogos as *houses of correction*, aquelas nascem através da união de várias paróquias de Bristol e, em pouco tempo, são reproduzidas em diversos localidades da Inglaterra, chegando até a se estabelecer nas então colônias, Estados Unidos e Irlanda, sendo que, aproximadamente, apenas um século depois de seu aparecimento existem vinte e seis *workhouses* devidamente constituídas.

O desenvolvimento e o auge das casas de trabalho terminam por estabelecer uma prova evidente sobre as íntimas relações que existem, ao

⁴² CALDEIRA, 2009.

⁴³ BITENCOURT, 2011.

⁴⁴ CHIAVARINI, 2009, p. 84.

⁴⁵ JUNQUEIRA, 2005.

menos em suas origens, entre a prisão e a utilização da mão de obra do recluso, bem como a conexão com as suas condições de oferta e procura.⁴⁶

A despeito do progresso representado pelo advento destes tipos prisionais, é na Idade Moderna, mais precisamente no século XVI que surge uma das modalidades mais cruéis de castigo, a pena chamada galés. Aqueles condenados em punições mais graves eram colocados, acorrentados uns aos outros, em espécies de prisões flutuantes nas quais eram obrigados a remar sob a ameaça de um chicote. Segundo Bitencourt, países como Nuremberg, Ansbach e Áustria vendiam seus delinquentes à estados marítimos que os usavam na galés e está terrível modalidade punitiva permaneceu em uso por algumas nações até o século XVIII.⁴⁷

Durante este período histórico, o direito penal, centralizado na figura do monarca absolutista e monopólio do Estado, favoreceu “o desenvolvimento do processo inquisitivo e estabeleceu requisitos legais para a tortura e o arbítrio das decisões judiciais”⁴⁸. A conjuntura da legislação criminal na Europa, baseada no espetáculo do sofrimento do criminoso, com o largo emprego de penas corporais, como nos casos em que se fazia uso dos chamados suplícios⁴⁹, e de morte, se mostrava ineficaz para o fim de suprimir a criminalidade crescente, além disso, as práticas arbitrárias empregadas por parte dos juízes na realização dos julgamentos que, não havendo a necessidade de fundamentação em suas decisões, muitas vezes baseavam-se na classe social do sujeito ao definir sua sentença, eram o reflexo de um estado autoritário, embasado em privilégios e grandes desigualdade, no qual as camadas mais pobres bancavam os luxos e gastos de um minoria favorecida.

46 BITENCOURT, 2011, p. 39.

47 Idem, ibidem.

48 CHIAVARINI, 2009, p. 70.

49 Acentuou-se sobremaneira, dos séculos XVI e XVIII, a imposição dos denominados suplícios àqueles ditos criminosos, prática está mantida por França e Inglaterra, verbi gratia, ainda aos primórdios do século XIX pela utilização da marca de ferro quente mediante a exposição pública do condenado. Comum era o emprego da força, bem como dos pelourinhos e galeras, além da disseminação da tortura como meio à obtenção de forjadas provas. (JUNQUEIRA, 2005, p. 20)

Iniciam-se, então, em fins do século XVII, manifestações por parte de uma população descontente com o poder e o sistema punitivo vigente. As pessoas passam a expressar seu “repúdio às práticas aflitivas até então adotadas, dadas as suas perversidades como forma de combate à delinquência”⁵⁰. Filósofos, moralistas e juristas, baseados em ideias fundados na razão e na humanidade, passam a criticar as práticas aflitivas e perversas através das quais o Estado impunha seu poder absoluto e exercia a coerção social, defendendo a racionalização das penas que deveriam ser aplicadas buscando a maior objetividade e proporcionalidade possível entre o crime praticado e o dano social causado.

Determinar, com exatidão, o marco temporal ou histórico que assinala o nascimento da pena de prisão se mostra uma tarefa ingrata devido as diversas contradições com as quais nos deparamos ao debruçar-nos sobre seu estudo. Também assim o é o encargo de estabelecer por qual motivo, precisamente, as penas cruéis, aflitivas e de morte foram deixadas para trás e a prisão-custódia converteu-se em prisão-pena, já que seria equivocado dizer que serviram apenas as exigências econômicas de desenvolvimento de umas sociedade capitalista, que necessitava obter mão de obra barata, bem como exercer controle sobre a força de trabalho, ou que unicamente atenderam as necessidades de dominação e sobreposição de uma classe social sobre a outra ou, ainda, que somente ocorreu em função das reações sociais contrárias as antigas práticas aflitivas adotadas. Diversos foram os fatores que levaram a criação da prisão como resposta penológica e que contribuíram para sua continuidade, restringir à uma ou outra justificativa, certamente nos conduziria ao erro.

Não obstante as incerteza acerca da pena prisão, foi ao longo da Idade Moderna que irrompeu, e rapidamente se difundiu, um movimento integrado por pensadores que defendiam ideais racionais e humanitários. Pretendendo a reforma do então cenário político-social, o movimento iluminista foi uma das importantes causas que oportunizarão uma transformação no âmbito penal e o rompimento com as antigas práticas punitivas.

50 JUNQUEIRA, 2005, p. 24-25.

2. O ILUMINISMO PENAL

Apresentando suas primeiras manifestações na Inglaterra, no século XVII, e ascendendo em seu ápice na França, cerca de um século depois, o movimento iluminista, também conhecido como Ilustração ou Século das Luzes, foi a expressão suprema da Revolução Intelectual em filosofia.

Causando grande impacto social e rapidamente disseminado por toda Europa e até a América do Norte, a ideologia iluminista opunha-se as "trevas", representadas pelos dogmas e tradições dos pensamentos medievais, que ainda perduravam durante o Estado Absolutista, através da propagação da "luz", trazida pelo conhecimento científico e pelo pensamento racional, pregando que estes últimos deveriam substituir as crenças religiosas e o misticismo na busca pela verdade, pois, somente através da ciência e da razão o homem conseguiriam solucionar os problemas inerentes a sua condição e poderia alcançar a evolução.⁵¹

O movimento das luzes teve incalculável importância na história da civilização e seus valores foram de tal modo abrangente que estenderam sua influência a todos os aspectos da vida social, desde a cultura e a política até a filosofia, o comércio e as artes.

A doutrina iluminista fundava-se em convicções antropocêntricas e, dessa forma, defendia ser o homem, e não mais Deus, como acreditava-se outrora, o centro do cosmo. Resultado desta linha de raciocínio é a negativa, por parte dos iluminados, quanto ao poder ilimitado do soberano, derivado do divino, próprio do pensamento absolutismo reinante na Europa durante o século XVIII. Os pensadores dessa corrente entendiam que o Estado somente existia por escolha do homem (contrato social), logo, ele (o estado) deveria ter por propósito prover as necessidades do coletivo e criar meios que viabilizassem o bem comum, condenando o poder irrestrito dos governantes e advogando em favor da

⁵¹ TALLARICO & BRITO, 2014.

supremacia da lei, cabendo a esta demarcar os limites de controle e atuação do Estado e reger as relações sociais, a fim de impedir arbitrariedades por parte dos governantes.

As bases ideológicas do princípio da legalidade advém dessa percepção: o estado visa garantir os direitos individuais do homem (direitos provenientes do estado de natureza, - chamados de direitos de primeira geração -: a vida, a liberdade, a propriedade). Seu poder é restrito pela lei, que é justamente a manifestação do legislativo, poder que representa o povo.⁵²

Difundindo ideais humanitários, a filosofia propagada pelos pensadores iluminista criticava o caráter cruel e irracional do sistema punitivo vigente à época e que a incorporação desses valores à sociedade marca o início do período humanitário das penas.⁵³ O Princípio da dignidade da pessoa humana tem sua origem no pensamento iluminado e com sua gradual adoção podemos notar, principalmente no final do século XVIII, o começo de uma tendência abolicionista das penas aflitivas corporais e de morte, dando espaço à adoção da privação de liberdade como pena, já que, até então, esta modalidade punitiva, via de regra, restringia-se a sua natureza cautelar.

Com o Iluminismo e a grande repercussão das ideias dos reformadores (Beccaria, Howard, e Bentham), a crise da pena privativa de liberdade começou a ganhar destaque. A pena chamada a intimidar não intimidava. A delinquência era uma consequência natural do aprisionamento. A tradicional função de corrigir o criminoso retribuindo sua falta não se cumpria; ao contrário, provocava a reincidência. Enfim, a prisão fracassava em todos os seus objetivos declarados.⁵⁴

Similarmente fomentada pelas convicções deste movimento, vemos surgir neste período uma tendência renovadora, com relação ao processo penal, que se contrapunha ao arbítrio e prepotência dos juízes⁵⁵ e do monarca. Se outrora, para que o indivíduo fosse penalizado, apenas o querer do monarca era necessário,

52 GUARAGNI & BACH, 2014, p. 32.

53 CALDEIRA, 2009.

54 BITENCOURT, 2011, p. 234.

55 Decorrência do caráter humanitário da pena foi a sua contraposição ao arbítrio e à prepotência dos juízes, com a ideia de que somente as leis poderiam fixar penas, não cabendo aos magistrados interpretá-las, mas somente aplicá-las. Houve preocupação com a racionalização na aplicação das penas, combatendo-se o reinante arbítrio judiciário; a sociedade voltava-se contra o terrorismo punitivo, uma vez que cada cidadão teria renunciado a uma porção de liberdade para delegar ao Estado a tarefa de punir, nos dá necessária defesa social. (CALDEIRA, 2009, P. 267)

agora, para punição do acusado, não somente era imprescindível a produção de provas que a fundamentasse, mas também a aplicação e a execução da pena deveria se dar de forma racional e proporcionalmente ao ato praticado e o dano infligido.

O filósofos desta corrente reconheciam existir direitos inerentes ao ser humano, meramente em razão de sua condição e que, portanto, não poderiam ser-lhes negados ou passíveis de renúncia. Dessa forma, neste momento os direitos subjetivos começam a ganhar notoriedade e, consequência do raciocínio iluminista, através da Revolução Francesa vemos nascer a primeira geração de Direitos Fundamentais (1776 - 1917) e temos declarados os Direitos do Homem e do Cidadão (1789), da Assembleia Nacional Francesa e, sendo igualmente importantes, a Declaração dos Direitos de Virginia, em 1776, a Declaração de Independência do estados Unidos da América, no mesmo anos, e a Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787.⁵⁶

No Brasil, fruto dos pensamentos liberais da ideologia iluminista, temos, em 1830, sancionado o Código Criminal do Império do Brasil.⁵⁷ Nos períodos anteriores a ele, mais especificamente até 1822, quando da proclamação da independência do país, vigorava o ordenamento jurídico oriundo e imposto pela metrópole, Portugal⁵⁸, especialmente as Ordenações Filipinas (1603), fortemente influenciada pela religião, onde o crime e o pecado se confundiam, previa-se árduas penas aos infratores, em consonância com o Direito Penal do Antigo regime europeu.⁵⁹

Não obstante o caráter cruel das sanções prevista (como a pena de açoite, do compulsório uso de ferros, da galés perpétua e a pena de morte), “o Código Criminal do Império foi um código muito elogiado em todo o mundo por refletir o pensamento

56 BELO, 2015.

57 JUNQUEIRA, 2005.

58 A primeira legislação portuguesa (na verdade da Península Ibérica) data de 693. Trata-se do Códex Legum ou Lex Wisigothorum. Entre 1211 e 1251 houve a compilação de leis que se denominou Leis Gerais de Portugal. Em 1446, surgem as Ordenações Afonsinas, em 1521, as Ordenações Manuelinas. Em 1569, a Compilação de Duarte Nunes Leão. Em 1603, as Ordenações Filipinas, quando Portugal ficou sob o domínio da Espanha. (BELO, 2015, p. 49)

59 JÚNIOR, PAULO, CASTRO, & SONTAG, 2009.

mais moderno da época, foi inovador e serviu de exemplo.”⁶⁰. De acordo com o autor, dentre suas novidades, o documento previa a individualização da pena, a possibilidade de atenuantes e agravantes do crime e fixava a idade penal em 14 anos. Outrossim, contemplava o princípio da anterioridade da lei, reconhecia a liberdade de informação e de opinião e proibia a condenação fundada em mera presunção. Estas inovações, somadas aos princípios liberais que trazia a Constituição de 1824, refletiam a revolução, no âmbito legislativo, pela qual passava o Brasil com a o advento do Império.⁶¹

Ainda que outros aspectos (sociais, políticos e econômicos) tenham contribuído na orientação do curso da história, devemos reconhecer os imensuráveis avanços ocasionadas pelo pensamento Iluminista à sociedade moderna e, de igual forma, a herança deixada por ele à contemporaneidade. Propagando ideais racionais e humanitários, o movimento das luzes influenciou e assinalou a reforma e modernização do sistema legislativo, do direito penal e do processo penal, consolidando o caráter pena da privação da liberdade e sedimentando as ideias bases que, gradualmente, assegurarão o banimento das penas aflitivas e capitais e consagrarão a prisão como a pena por excelência das sociedade civilizadas.

O movimento iluminista contou com diversos nomes célebres que, por intermédio da elaboração e disseminação de suas ideias, coadjuvaram para a transformação dos moldes históricos da punição. Exemplo disso, são os trabalhos do pensador inglês John Howard que, defendendo melhores condições de vida e trabalho aos encarcerados e sua reforma através do recolhimento celular e da moral religiosa, atribuía à prisão uma função reformadora e advogava sobre a necessidade de carcereiros (pessoal penitenciário) honrados e humanos e da supervisão das situações prisionais por magistrados, a fim de evitar abusos.⁶² Igualmente, o também inglês, Jeremy Bentham, crítico dos pensadores contratualistas e criador do utilitarismo⁶³, foi o idealizador do famoso panótipo⁶⁴, expressando ideias contrárias

60 BELO, 2015, p. 49.

61 JUNQUEIRA, 2005.

62 MESSA, 2009.

63 Segundo Bentham o destino e o anseio do homem é ser feliz. Para atingir tal objetivo, os homens agem buscando o prazer e evitando a dor. Bentham, como um verdadeiro empirista, constata isso e faz dessa experiência um princípio de sua ética utilitarista. A dor e o prazer são os fatores que estão

aos castigos absurdos e desumanos. Ainda que o filósofo considerasse o fim correcional e de prevenção especial da pena, entendia que a sua finalidade preventiva geral deveria se sobrepor àqueles. Ele ainda ressaltava a importância de uma assistência pós-penitenciária e reconhecia as condições criminógenas da prisão.

Não obstante reconhecermos que os avanços viabilizados pelos princípios iluministas ocorreram através da contribuição pessoal de diversos pensadores adeptos desta corrente e não neguemos a importância de seus trabalhos, destacaremos a atuação de um que, pessoalmente, entendemos ter sido de vital importância na orientação do caminho que levou a reforma penal: o ilustre Marques de Beccaria.

2.1 CESARE BECCARIA

Considera-se que os escritos de Cesare Bonesana (1738-1794), o Marquês de Beccaria, tenham inaugurado as Escolas Clássicas de Criminologia e de Direito Penal⁶⁵. Nascido em Milão, primogênito de uma família nobre, Beccaria experimentou em primeira mão as agruras ocasionadas pelo confinamento quando, após desentender-se com seu pai, foi conduzido à prisão. Sua experiência com o

sempre ligados ao certo e errado e às causas e efeitos. O pensamento de Bentham, portanto, é hedonista (busca o prazer e evita a dor) e consequencialista (considera a consequência dos atos para reprová-los ou não) e tem seu fundamento no princípio da utilidade ou princípio da maior felicidade para o maior número, sistema que coloca a felicidade nas mãos da razão e da lei, (CHIAVERINI, 2009, p. 101)

64 O Panóptico foi uma idealização de Bentham sobre a estrutura do que seria uma prisão ideal, na qual, a partir de um único ponto poderia ser possível observar toda sua superfície interior e que, portanto, necessitaria apenas de um guarda para vigia-la. Em sua obra Foucault (1987, p. 165) descreve a organização do panóptico: “na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar.”

65 BITENCOURT, 2011.

encarceramento “lhe causou sérias indignações acerca do processo e procedimento penais, até então, em voga por toda a Europa.”⁶⁶.

Cultor dos ideais humanitários, é o criador de uma das obras mais importantes acerca do tema, o celebre “Dei Delliti e Delle Pene” (Dos Delitos e Das Penas). Segundo Bitencourt, sua composição é marcada pela linguagem de fácil compreensão, que espelhava os anseios de importantes reformadores contemporâneos a ele, e, sendo destinada ao grande público, refletia as demandas ansiadas e apoiadas pela população daquela época⁶⁷, o que o fez bem aventurado na função de moldar o pensamento e orientar os praticantes do direito sobre a necessária reestruturação do sistema ora em voga.

O ano de 1764 foi singular para a história do Direito Penal. Naquele ano, veio a público um livro revolucionário, que traduzia as ideias defendidas pelo mais entusiasmo dos iluministas de seu tempo. Esse “pequeno grande livro”, que recebeu o título de Dos delitos e das penas, foi concebido por um Marquês, um homem que, embora gozasse das regalias que sua condição lhe proporcionava, não virava as costas para os acontecimentos sociais de seu tempo. Um homem que, preocupado com a dignidade do ser humano, não ficou inerte ante o sofrimento infligido aos cidadãos, pelo próprio Estado opressor.⁶⁸

Adepto da teoria contratualista, Beccaria defendia ser o contrato social, e não a vontade do divino, próprio do absolutismo, o fundamento do direito de punir⁶⁹, sendo que este é o meio através do qual se pode garantir a segurança geral da sociedade. Da mesma forma, era defensor da teoria da Supremacia da Lei, registrando que somente através destas poderia ser possível impedir as injustiças e os abusos que, em sua ausência, são cometidas pelos homens entre si. Ademais, em sua obra, o autor critica o uso irrestrito da pena de morte e o espetáculo dos suplícios e das penas atrozes.

Como pode um corpo político, que, longe de se entregar as paixões, deve ocupar-se exclusivamente com pôr um freio nos particulares, exercer crueldades inúteis e empregar o instrumento de furor, do fanatismo e da

66 JUNQUEIRA, 2005, p. 31.

67 BITENCOURT, 2011.

68 GRECO, 2015, p. 25.

69 Bitencourt (2011, p. 55) critica a ideia de que o pacto social sirva de sustento para o direito de punir do estado, já que, segundo escreve, “a teoria do contrato social, levada às últimas consequências, pode fundar, juridicamente, a tirania perfeita. Permite que o corpo social inteiro seja envolvido no processo punitivo. Considera o delito um dano que alcança o conjunto do corpo social.”

covardia dos tiranos? Poderão os gritos de um infeliz nos tormentos retirar do seio do passado, que não volta mais uma ação já cometida? Não. Os castigos tem por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime.⁷⁰

Podemos notar a preocupação do filósofo com o aspecto preventivo da sanção penal, que, como escreve, deveria ser o fim tencionado com a punição, bem como uma insinuação sobre sua finalidade reformadora. Para Beccaria, ela seria o meio, através do qual se molda a conduta humana e deveria ser executada de modo proporcional ao delito cometido, ser precedida por lei e aplicada de forma a causar o menor dano possível ao corpo do culpado, negando, assim, a concepção de que seria a vingança um fundamento do *jus puniendi*.⁷¹

Já em 1764, Beccaria denunciava práticas e condições, envolvendo a prisão e o processo penal, que, ainda nos dias atuais, se apresentam como disfuncionalidades. De acordo com ele, por exemplo, ao ser julgado culpado, a sanção deveria ser aplicada de imediato ao réu, em razão do tamanho sofrimento e angustia que ocasiona a incerteza acerca da condenação. Malgrado tal situação ser alvo de críticas há tempo, ainda hoje há uma demora excessiva entre o momento da prisão e o da prolação da sentença para aqueles que andam as voltas com o processo penal. De igual forma, as condições desumanas, a fome e a sujeira enfrentadas pelos prisioneiros, situações estas persistentes até os dias atuais, já naquela época, eram alvos da censura do pensador. A respeito do tratamento prestado aos prisioneiros e das contribuições do trabalho de Beccaria:

Espancados e reduzidos à fome por cruéis carcereiros, morriam aos milhares nas prisões imundas. Tais condições acabaram por provocar as simpatias de vários reformadores, entre os quais se salientou Cesare Beccaria, um jurista de Milão profundamente influenciado pelas obras dos filósofos racionalistas franceses. Em 1.764 publicou ele o seu famoso tratado *Dos delitos e das Penas*, no qual condenava a teoria corrente de que as penalidades deviam ser tão duras quanto possível, a fim de refrear os criminosos potenciais. Insistindo em que o objetivo dos códigos criminais deveria ser não a vingança, mas a prevenção do crime e a reforma dos reincidentes, batia-se pela abolição da tortura, indigna das nações civilizadas.⁷²

70 BECCARIA, 1764, p. 85

71 BITENCOURT, 2011.

72 BURNS, 1966, p. 711.

Sem dúvidas, incomensuráveis foram as contribuições deixadas por Cesare Beccaria ao direito legislativo, ao processo penal e à própria humanidade. A partir da incorporação de suas ideias ao corpo de leis francês “reduziu-se muito a quantidade de delitos sancionados com a pena de morte, aboliram-se as penas corporais e introduziu-se a pena privativa de liberdade para muitos delitos graves”⁷³. Muito à frente de seu tempo, o pensador formulou concepções de suma importância, que foram propagadas por todo o mundo e que delinearam os fundamentos dos modernos sistemas jurídico-penais.

⁷³ BITENCOURT, 2014, p. 58.

3. DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO MODERNO ORDENAMENTO JURIDICO NACIONAL

Sucessivamente à prática infracionária sobrevém a atuação estatal. Isto porque cabe ao Estado fornecer condições a existência e a manutenção do corpo social e a violação da norma penal causa lesão à bens juridicamente protegidos e compromete interesses coletivos fundamentais. À prerrogativa, pertencente ao Estado, de impor sanção punitiva ante o cometimento de delitos intitula-se *jus puniendi* e “representa a justa reação do Estado em nome da estabilidade coletiva” e “fundamenta-se no critério da absoluta necessidade e encontra limitações jurídico-políticas, especialmente nos princípios penais fundamentais.”⁷⁴. O direito privativo do Estado de punir é constitucionalmente previsto no Brasil e, portanto, aqui, cabe exclusivamente àquele a criação de penas e sua imposição. Entende-se por “pena”:

A sanção penal de caráter afliitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.⁷⁵

O moderno ordenamento jurídico pátrio concebe três espécies de sanções penais, quais sejam, a pena pecuniária (multa), a de restrição de direitos e a de privação de liberdade, sendo esta última, o primordial enforque desta escrita.

A privação de liberdade, ou prisão, é “uma espécie de sanção imposta a uma pessoa física, consistente na privação de determinado bem jurídico (liberdade de locomoção), em razão da prática de uma infração penal.”⁷⁶. No que lhe concerne, a pena privativa de liberdade pode ser aplicada na forma de detenção e reclusão, quando da ocorrência de crime, ou prisão simples, para as contravenções penais⁷⁷

74 MESSA, 2009, p. 24.

75 FERNANDO CAPEZ, 2013, p. 385.

76 MESSA, 2009, p. 58.

77 A pena privativa de liberdade é, nos termos da legislação penal brasileira, um gênero, do qual são espécies as penas de reclusão, detenção e prisão simples. A definição de três espécies para a

e, tendo em consideração o regime de seu cumprimento, pode ser executada em regime fechado, semiaberto ou aberto.⁷⁸

Nosso Código Penal recepciona a teoria mista da pena, também chamada teoria unificada ou eclética. Para esta corrente doutrinária a pena tem como função e finalidade tanto a retribuição quanto a prevenção. Em seu caráter retributivo ou absoluto, a pena é imposta ao indivíduo infrator objetivando tão somente a compensação por sua ação incorreta, não há nenhum fim social útil em sua aplicação, apenas retribui-se o mal praticado por ele com o mal que representa a pena, portanto, se pune *quia peccatur est*, ou seja, porque delinuiu.

A sociedade, em geral, contenta-se com esta finalidade, porque tende a se satisfazer com essa espécie de "pagamento" ou compensação feita pelo condenado, desde que, obviamente, a pena seja privativa de liberdade. Se ao condenado for aplicada uma pena restritiva de direitos ou mesmo a de multa, a sensação, para a sociedade, é de impunidade, pois o homem, infelizmente, ainda se regozija com o sofrimento causado pelo aprisionamento do infrator.⁷⁹

A especialidade preventiva da pena, por sua vez, divide-se em: a) prevenção geral - negativa e positiva; e b) prevenção especial - negativa e positiva. A prevenção geral negativa ou prevenção por intimidação, pretende, a partir da imposição de pena ao delinquente, que os demais cidadãos da sociedade, ao observarem as consequências, reflitam e sejam desestimulados da prática infracional, por outro lado, segundo a prevenção geral positiva ou integradora, a penalização possui função ético-social, ou seja, a intenção não seria, após a incidência do delito, aplica-la a fim de que os demais cidadãos sintam temor e sejam persuadidos à não violação da norma legal, antes, deseja-se que a existência da

privação da liberdade tem por objetivo graduar a severidade na execução da privação da liberdade, sendo que a natureza da pena relaciona-se diretamente ao regime penitenciário e ao tipo de estabelecimento prisional a que deva ser submetido o condenado. A reclusão é a forma mais grave de privação da liberdade, e a prisão simples, a mais branda. No entanto, a prática cotidiana da privação da liberdade não apresenta qualquer distinção entre suas três espécies. A realidade brasileira faz que a ideia de graduar a privação da liberdade não se realize. (GALVÃO, 2013, p. 476-477).

78 O art. 33 do Código Penal Brasileiro disciplina em as penas privativas de liberdade e, em seu parágrafo primeiro, conceitua regime fechado como sendo a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e regime aberto a execução da pena que ocorre em casa de albergado ou estabelecimento adequado. A própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVIII, determina essa diferenciação entre os regimes penitenciários em atenção ao princípios da individualização da pena.

79 GRECO, 2015, p. 537.

pena produza na sociedade a convicção de que há a necessidade de existência da punição e esta é justa, de que os cidadãos devem ser fieis ao direito e nortear suas ações e relações sociais em conformidade com o ordenamento jurídico-penal vigente, e este, por sua vez, proporcionará à população a confiança de que, embora possa ocorrer infração, a norma permanecerá e será imposta àquele que delinquir.⁸⁰

Sob outra perspectiva, temos a utilidade preventiva especial da pena que divide-se em negativa ou positiva. A pena privativa de liberdade expressa seu caráter preventivo negativo na medida em que retira o infrator do meio social e o conduz ao cárcere, dessa forma, a pena pretende neutralizar a ação nociva do indivíduo que, estando preso, é impedido de praticar novos atos infracionais. A prevenção positiva, por sua vez, defende que a sanção penal visa impedir que o indivíduo volte a delinquir. Deste modo, “uma vez inserido o delinquente no âmbito de tutela do Estado, enquanto cumpre a pena é alvo de atividades tendentes à sua recuperação moral e à sua readequação para vida em sociedade”⁸¹.

No que concerne ao regime prisional, nos casos em que se é imposta a privação de liberdade, a legislação nacional adotou o sistema progressivo das penas. Entende-se por regime prisional a forma através da qual se dará o cumprimento da pena fixada na sentença condenatória. No Sistema progressivo há a possibilidade de transição, observando-se o que prescreve a lei, de um regime mais rigoroso para um regime menos rigoroso de punição. Este método se assenta em um concepção humanitária da pena e pretende, através da oportunidade de progressão, estimular o comportamento do preso e orientar sua gradual reinserção ao convívio social.⁸²

A essência desse regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, e, de outro, pretende que esse regime, em razão da boa

80 CAPEZ, 2013, p. 19

81 SILVA, 2015, p. 43.

82 SOUZA & JAPIASSÚ, 2015.

disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade.⁸³

A aplicação da pena no Brasil deve observar os princípios constitucionalmente resguardados, tais como o da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da humanização, da individualização da pena, da proporcionalidade e razoabilidade e do duplo grau de jurisdição. Por sua vez, as normas concretas que orientam a execução penal estão disposta na Lei 7.210/ 84, a Lei de Execução Penal. Insta ainda salientar que, o ordenamento jurídico pátrio, garante ao indivíduo submetido a pena privativa de liberdade a conservação todos os direitos não atingidos pela perda daquela, sendo imposto a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

Assim, podemos concluirmos que, no Brasil, a fundamentação da imposição de sanções pelo direito penal, ainda que possua caráter retributivo e preventivo, este último no sentido de persuadir aos cidadãos, de forma geral, para que não se desviem do ordenamento jurídico, relativamente aos presos, tem por objetivo sua reeducação e ressocialização a fim de que possam ser reintegrados ao convívio social.

Doravante, uma vez percorridas as conjunturas gerais da pena privativa de liberdade em nosso país, passemos, agora, a uma análise com relação à sua aplicação prática. Transitado em julgado a sentença condenatória que impõe ao réu a privação de liberdade, tem início o que, a nosso ver, representa o momento mais importante do processo penal, sua execução. Assim sendo, abordaremos então o meio através do qual se dá o cumprimento da privação de liberdade e, de igual forma, o ambientes em que se realiza, a prisão.

⁸³ BITENCOURT, 2014, p. 97.

4. O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

A transformação da pena privativa de liberdade na principal resposta penológica à prática delituosa, principalmente a partir do século XIX, configurou outrora importante avanço na história da justiça penal, bem como, simbolizou significativo triunfo das ideias humanitárias frente a prática de suplícios anteriormente predominante. Não obstante a forte crença, por parte dos pensadores iluminista, de que, com o estabelecimento da privação de liberdade como basilar pena, seria possível o abandono das velhas práticas cruéis e das características desumanas e degradantes, próprias dos meios punitivos precedentes, assim como alcançar a correção do infrator e combater a criminalidade, o atual cenário dos presídios nacionais evidenciam o total fracasso de tais anseios.

Como pudemos verificar anteriormente, no Brasil, a aplicação de sanções àqueles que de alguma forma se desviam do ordenamento jurídico vigente, se justifica por objetivar, além da retribuição pelo ato infracionário, a prevenção, em seu sentido geral, que, por meio da intimidação coletiva, intenta a dissuasão de possíveis infratores, e em seu sentido especial, a qual busca implementar mecanismos que, tanto quanto possível, evitem a reincidência do transgressor. Não obstante a pretensão retributiva/compensativa da prisão esteja sendo atingida através da pena privativa de liberdade, hodiernamente, esta tem atendido inadequadamente aos seus propósitos preventivos, reeducativos e ressocializantes. A própria essência deste método punitivo é paradoxal à tais intentos, uma vez que, a ideia de retirar o indivíduo do seio da sociedade para ensinar-lhe como viver no meio social é, no mínimo, ilógica, “ninguém, em sã consciência, ignora que não há nada mais distante da ressocialização do que a prisão.”⁸⁴.

Para além das dificuldade de ressocializar, a prisão tornou-se um mecanismo produtor de desumanização e delinquência. A própria vivência no cárcere, em seus vários aspectos, estimula as caracterizas negativas da personalidade humana, “aqui,

⁸⁴ BITENCOURT, 2011, p. 149.

como em outros países, avilta, desmoraliza, denigre e embrutece o apenado”⁸⁵. Dados obtidos através do *Mutirão Carcerário*⁸⁶, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça-CNJ, em 2012, evidenciam os cotidianos descumprimento dos imperativos legais, presentes nos presídios, de norte a sul do país: todas as unidades em que houve vistoria apresentaram estruturas precárias, superlotação, escassez de higiene e falta de separação dos reclusos por idade, reincidência ou entre provisórios e condenados.

As diversas deficiências materiais, realidade dos estabelecimentos carcerários nacionais, aumentam os efeitos negativos destes sobre os egressos, sabe-se que o isolamento do meio coletivo promove significativas rupturas dos laços sociais do indivíduo e que os fatores psicológicos, resultantes do processo de “prisionização”⁸⁷, soma-se àqueles para confirmar a tese de que a prisão é, de fato, um ambiente criminógeno que aniquila diversos valores do homem.⁸⁸ Esta asserção pode ser confirmada através dos altos índices de reincidência no país⁸⁹ e “longe de combater e conter o crime, a prisão produz a delinquência e acentua a reincidência criminal.”⁹⁰.

85 Idem, ibidem, p. 26.

86 Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carcerario.pdf. Acesso em: 27 dez. 2017.

87 Alguns chamam esse processo de prisionização, pois os internos adquirem hábitos e valores condizentes com o ambiente prisional, cuja ética e moral diferem dos valores socialmente incentivados. O confinamento se transforma numa maneira de neutralizar uma parte da população excedente, provocando estrategicamente, rupturas com o trabalho, com uma identidade social, com pessoas afetivamente significativas, com tudo que tinha valor antes da prisão. Então, após o aprisionamento, e suas estratégias de aniquilamento do eu, temos um novo homem, desenraizado, sem trabalho, sem família. (SIQUEIRA, 2014, p. 16-17)

88 BITENCOURT, 2011.

89 O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) celebrou acordo de cooperação técnica com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e, em 2015, foi publicado o Relatório de Pesquisa sobre a Reincidência Criminal no Brasil. Segundo aponta o estudo, há uma enorme dificuldade em precisar exatamente seu índice no Brasil, por ser, a reincidência criminal, um conceito demasiadamente amplo, “utilizado de forma indiscriminada, às vezes até para descrever fenômenos bastante distintos”. O relatório expôs os números apontados por diversas pesquisas oficiais e constatou que, não obstante empregadas concepções de reincidência distintas, e por essa razão variarem entre si os índices, as proporções são sempre altas, as menores estimativas ficam em torno dos 30%, sendo que algumas assinalam índices de 70% ou 80%. O relatório completo pode ser acessado em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>

90 RAMALHO, 2008, p. 6.

Em que se pese a Constituição Federal de 1988 assegure o respeito à integridade física e moral do indivíduo recluso e que, de igual forma, lecione o art. 38 do Código Penal, garantindo a ele todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral, a realidade presente no ambiente carcerário, mais especificamente, na forma de execução da condenação ali, afasta-se demasiadamente dos ditames legais. Como dito, dentro dos muros dos presídios nos deparamos com os mais variados exemplos de violações frente à pessoa humana, lá a forma de aplicação da pena, amiudadamente, não contempla as condições necessárias ao mínimo existencial.

Transformou-se a pena privativa, com as incipientes políticas de tratamento ao recluso ou interno, numa verdadeira sala dos suplícios, a adotar, por deletéria conveniência, o não direito. Sim, porque a prisão, da maneira em que foi concebida, apenas dessocializa e degenera o indivíduo que nela ingressa. Longe de promover a reinserção do condenado, retira-lhe, ainda, a pouca dignidade, dentro e fora do cárcere, vez que o ex-presidiário será sempre um ex-presidiário. A sociedade em que se vive não permite uma outra designação. A pessoa fica marcada pelo resto da vida.⁹¹

Para além das questões já apontadas, se apresenta como umas das, se não a maior dificuldade enfrentada dentro dos estabelecimentos penais, a, já citada, superlotação destas instituições, merecendo ser melhor explanada uma vez que dela decorrem diversas outras disfuncionalidades e inúmeras violações de direitos humanos básicos e preceitos fundamentais.

A superlotação prisional pode ser economicamente compreendida como a falta de oferta - ou um excesso de demanda de um recurso muito peculiar: as vagas prisionais; recurso este que abarca diversos elementos: uma unidade de vaga prisional não é apenas o espaço em uma cela para prisioneiros, mas toda a estrutura necessária e suficiente para mantê-los nas condições legalmente e constitucionalmente previstas, assim, ela contém ao menos: um espaço em cela, espaço em pátio para banho de sol, alimentação, atendimento médico hospitalar, recursos humanos (juízes, promotores, analistas, estagiários, agentes penitenciários, pessoal de saúde, etc.) suficientes para que as execuções tramitem da forma devida e em prazo razoável.⁹²

Em junho de 2016, de acordo com dados do *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*⁹³, divulgado pelo Departamento Penitenciário Nacional,

91 JUNQUEIRA, 2005, p. 87.

92 ZEBINI, 2017, p. 101.

93 Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf. Acessado em: 14 dez. 2017.

do Ministério da Justiça, o número de pessoa encarceradas no Brasil chegou a 726.712 presos, apresentando um aumento de 707% em relação ao total registrado na década de 90. Entre os anos 2000 e 2016, como aponta o relatório, a taxa de aprisionamento aumentou em 157% (em 2000 existiam 137 pessoas presas para cada 100 mil habitantes, já em Junho de 2016, esse número mais que dobrou, saltando para 352,6 para cada 100 mil). Apesar do crescimento nas unidades prisionais nos últimos anos, ele não foi suficiente para comportar a massa carcerário que só vem aumentando, sendo que o déficit de vagas chegou ao número de 358.663.

O excesso populacional carcerário impede necessidades vitais do corpo humano como sono, alimentação e higiene, gera um meio existencial subumano e contribui, igualmente, para a deterioração da saúde, tanto corporal quanto mental, despertando um sentimento de abandono e revolta por parte dos reclusos. Os males causados pelo cenário prisional moderno, sua superpopulação e os problemas derivados desta, foram explanados no voto liminar do ministro Marco Aurélio, no julgamento da ADPF 347:

Talvez o mais grave problema do sistema prisional seja a superlotação. A ocupação dos presídios para muito além de suas capacidades máximas inviabiliza completamente a garantia das condições mínimas de higiene, saúde, segurança, privacidade e conforto para os presos. (...) salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males. No relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos deputados, formalizado em 2009, conclui-se que a superlotação é talvez “a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário.”⁹⁴

A prisão “se apresenta como uma fábrica de desumanização, um depósito daquilo que não tem valor na sociedade, de vidas que valem menos que outras”⁹⁵, de fato, a massa prisional reflete a realidade de uma parcela bem específica da sociedade. Dando respaldo estas afirmações, há, de fato, um perfil predominante entre os presos no Brasil, segundo o relatório de 2016: em sua maioria a população prisional se compõe de jovens (entre 18 e 29 anos), negros (64% da composição

94 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 347, VOTO LIMINAR apud ZEBINI, 2017, p. 100-101

95 SIQUEIRA, 2005, p. 16.

carcerária); e de baixa escolaridade (51% consiste em analfabetos). Partindo destas informações, não surpreende que os crimes, causas dos maiores percentuais de incidências, sejam, em primeiro lugar, o tráfico e, posteriormente, o roubo e furto, infrações diretamente ligadas a aquisição de bens, ligados a posse.

Bitencourt, em sua discussão, alega que o colapso a que está submetido o sistema penal devesse, principalmente, as condições a que são submetidos seus egressos.⁹⁶ Em sua obra, o autor deixa claro que a falta de recursos econômicos e de assistência por parte do Estado, traz como consequência uma diminuição das condições materiais dos indivíduos, levando-lhes à miserabilidade e, por vias transversas, ao cometimento de crimes.

Não suficiente as nocividades presentes e resultantes do cárcere, as diversas dificuldades impostas aos reclusos ali, bem como sua total inaptidão em cumprir as finalidades básicas pelas quais se justifica sua existência, após cumprida a pena, estando, supostamente, “paga” sua “dívida” para com a comunidade, os condenados pela lei se deparam com uma sociedade mentalmente inapta a recepção-los, pois, como pertinentemente reproduzido no rap de Mano Brown, dos Racionais MC’s, “como se fosse uma doença incurável, no seu braço a tatuagem, DVC⁹⁷ , uma passagem 157 na lei⁹⁸, no seu lado não tem mais ninguém (...) mesmo longe do sistema carcerário, te chamarão para sempre de ex presidiário⁹⁹, ou seja, um ex presidiário, para sempre será visto apenas como um ex presidiário. Relativamente àqueles que já estiveram as voltas com o sistema prisional e retornam a liberdade, em mesma esteira, observa Ramalho:

De qualquer modo, a crítica capta a ordem inversa em que as coisas estão acontecendo: a prisão existiria para reeducar o infrator e deixa-lo apto a reintegração a vida social ao fim de um período de segregação. Entretanto, o próprio documento pelo qual ele é liberado condena-o, na verdade, a permanecer segregado, ainda que fora das grades.¹⁰⁰

96 BITENCOURT, 2011.

97 DVC é sigla de Divisão de Vigilância e Captura, banco de dados da polícia com os antecedentes criminais dos que tiveram problemas com a justiça.

98 Referência ao art. 157, do Código Penal, que descreve o crime de roubo.

99 Trechos retirados da canção “Homem na estrada”, composição do MC Mano Brown, do grupo de hip hop/rap Racionais MC’s, lançada em 1993, faixa quatro do disco “Raio X do Brasil.

100 RAMALHO, 2008, p. 118.

De fato, os distúrbios que apresenta a pena privativa de liberdade não se restringem à um ou outro aspecto de sua conjunção e as repercussões de sua nocividade se estendem aos diversos setores que compõem a estrutura social. Não surpreendente é o fato de, em sua maior parte, as diversas literaturas especializadas no assunto convergirem na conclusão de que o sistema penitenciário brasileiro está em falência e o fruto disso é a crise da pena de prisão.¹⁰¹ Sem dúvidas, incomensuráveis são as deficiências prisionais e generalizadas são as críticas que merece o encarceramento e, listar todos os problemas inerentes a prisão ao seu esgotamento, além de não fazer parte de nosso intento, seria uma missão extensa e de custosa conclusão, se não, impossível.

Apesar de se mostrar disfuncional, de todas as contradições insolúveis inerentes a sua essência e das diversas críticas reconhecidas e repetidamente alegadas por diversos escritores e pensadores, em especial, àqueles ligados ao setor penitenciário e judiciário, na atualidade, as opiniões a respeito das prisões tendem, em sua maioria, a convergir na constatação de que ela se apresenta como um mal necessário, um infortúnio o qual não podemos abandonar por não saber com o que substituí-lo.

“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”.¹⁰²

Assim, em função da natureza perversa de sua essência e da impossibilidade, na atualidade, de sua extinção, o capítulo seguinte será destinado ao duro e audacioso empenho em se verificar, dentro do ordenamento pátrio, reformas e alternativas que possibilitem, se não extinguir, ao menos frear os malefícios apresentados pelo cárcere, bem como, se possível, sua melhoria e humanização.

101 MESSA, 2009.

102 FOUCAULT, 1987, p. 218.

5. REFORMA PENAL E SUBSTITUTIVOS À PENA DE PRISÃO

Da pesquisa realizada por Ramalho, na Casa de Detenção de São Paulo, na década de 1970, resultou o livro *Mundo do crime: a ordem pelo avesso*¹⁰³. Na obra, o autor reconhece ser o sistema penitenciário nacional um veículo de imposição do mal, mencionando e desenvolvendo comentários acerca das críticas de praxe, notoriamente conhecidas, com relação ao aprisionamento: as prisões não diminuem a taxa de criminalidade; - a detenção provoca a reincidência; - a prisão não pode deixar de fabricar delinquentes. Segundo ele, não são originais os problemas alegados e os comentários desaprovadores com relação a pena privativa de liberdade. Sendo basicamente os mesmos, aqueles veem se repetido desde o século XIX até a atualidade e, via de regra, convergem nas mesma constatações. De igual forma ocorre com as periódicas medidas, reformas e soluções apresentadas a fim de solucionar os males resultantes do cárcere.

Contudo, de acordo com o autor, o âmago da questão está no fato de que os problemas envolvendo a prisão pena, reiteradamente arguidos, são causados por elementos que compõe a natureza do cárcere, “sem os quais uma prisão não seria uma prisão”¹⁰⁴, ou seja, são disfunções que, independente das formas adaptadas através das quais seja a privação de liberdade empregada, continuarão a se apresentar, pois são a exteriorização das características que integram a essência do encarceramento. Quanto aos mecanismos que, repetidamente, veem sendo apresentados a fim de solucionar seus distúrbios, o autor escreve que, em geral, não passam de diferentes meios de se impor a mesma punição, isto é, apresentam “novamente a prisão como solução para seus próprios problemas”¹⁰⁵. O grande fluxo de composições desenvolvidas sobre a temática, via de regra, nunca questionam a

103 RAMALHO, 2008.

104 Idem, ibidem, p. 119

105 FOUCAULT apud RAMALHO, 2008, p.119.

existência da pena privativa de liberdade ou cogitam substituí-la como forma de punição por transgressões à lei.

Por mais graves que sejam as críticas à cadeia, por mais que se chegue a constatação de que ela não cumpre as finalidades básicas pela qual se justifica que ela exista - punição do infrator e sua “recuperação” para a sociedade -, por mais que se conclua que ela pune em excesso e devolve à sociedade um homem marcado para sempre, exatamente por ter passado pela cadeia, ainda assim os autores das críticas, eles mesmos, permanecem irremediavelmente presos à ideia de que a cadeia é vital para a existência da sociedade.¹⁰⁶

Por certo, cumpre reconhecer que se pactua com o discurso redigido pelo autor. De fato, embora possua o instituto da prisão raízes muito bem fixadas nas bases da estrutura social, não acreditamos ser impossível sua abolição como prática punitiva, mesmo que em um futuro distante, em verdade, apoiados nas evidências constatadas a partir da análise geral da pena privativa de liberdade, chegamos à conclusão inevitável de que imprescindível e imediata se faz a exigência de se cogitar alternativas que, a curto prazo, substituam e, a longo prazo, possibilitem a exclusão da utilização das prisões como meio punitivo.

Todavia, nossa ingenuidade não chega ao ponto de desprezarmos a representatividade ligada ao Sistema Penitenciário na modernidade, a dependência e esperança depositada em seu mecanismo como meio de se lidar com os delinquentes (ainda que o contentamento social possa vir da simples convicção de existir um lugar para trancafiar os que não são bem vistos aos seus olhos, independentemente de suas implicações) e a magnitude de uma empreitada tencionando sua supressão. Nesse sentido, passasse a apresentação de algumas condutas que, teoricamente, seriam adequadas alternativas ao encarceramento e, nos casos em que indispensável sua aplicação, ações que viabilizem transformações em sua moderna forma de execução.

Com efeito, a realidade vislumbrada dentro dos presídios nacionais, não deixa dúvidas quanto à necessária formulação de projetos visando a reforma do atual direito penal, mais especificamente, dos mecanismos empregados pelo Estado frente a prática infracional. “A missão do direito penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a

¹⁰⁶ RAMALHO, 2008, p. 115.

liberdade, a propriedade, etc.”¹⁰⁷, nesse sentido, a imposição de penalização, como outrora afirmado, visa tutelar os bens mais importantes e necessários à manutenção do corpo social, por isso, frente ao ato infracionário, se dá sua imposição. Desse modo, a evidente conclusão é a de que no momento da punição, a lesão já se efetivou no campo material.

Efetivada a infração e decorrido o processo penal, após o julgamento, sendo condenado o réu ao cumprimento de pena privativa de liberdade, passasse a fase de aplicação da pena. O Código Penal, em seu art. 68, adota o critério trifásico de dosimetria da pena, dessa forma, primeiro o juiz deve fixar a pena-base, correspondente ao tipo legal de crime, de acordo com os critérios estabelecidos no art. 59¹⁰⁸ do mesmo diploma legal, em seguida, são consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes e, por fim, as causas de diminuição e de aumento da pena. É nesta fase processual que se determina o regime inicial através do qual será cumprida a pena privativa de liberdade, como escreve o art. 110 da Lei de Execução Penal, podendo ser, como já citado, fechado, semiaberto ou aberto, e, para tanto, devem ser observados os preceitos presentes no art. 33, do CP.

O Código Penal, ao instituir os três diferentes métodos de cumprimento de pena, segrega os egressos entre eles da seguinte maneira, quando da imposição de reclusão: aos condenados a penas superiores à 8 anos de prisão e/ou que forem reincidentes, via de regra, iniciam seu cumprimento em regime fechado.¹⁰⁹ De igual forma, serão impostos ao regime fechado, mediante fundamentação adequada por parte do juiz, àqueles que mesmo condenado à pena não superior à 8 anos, possua as circunstâncias do art. 59, do CP, desfavoráveis para si; já o condenado a pena superior à 4 anos, que não exceda a 8 anos de prisão, deve iniciar o cumprimento de pena no regime semiaberto; e o regime aberto, por sua vez, é imposto aos réus condenados a até 4 anos de prisão. Com relação à detenção: se a pena foi superior

107 CAPEZ, 2013, p. 19.

108 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: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

109 CAPEZ, 2013.

a 4 anos, se o condenado reincidente ou as circunstâncias do art. 59, do CP, lhe forem desfavoráveis, será iniciada em regime semiaberto; se a pena for igual ou inferior a 4 anos, se iniciará em regime aberto.

Esta variedade de procedimentos no cumprimento da privação de liberdade, tem por base o princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVIII, da Constituição Federal, e se estabelece conforme os aspectos descritos no art. 59 do Código Penal. O direito penal seleciona dentre as condutas humanas, positivas ou negativas, aquelas com maior ou menor capacidade ofensiva frente aos nossos bens mais valioso e, de acordo com a importância destes, lhe mensura a pena a ser imposta. Dessa forma, percebemos que, embora igualmente demandem reprovação, as condutas infracionais diferem em gravidade entre si e, por isso, encerram punições diversas, *verbi gratia*, a cominação de pena deve ser realizada de forma mais severa diante das ações que atentam contra à vida, do que àquela ofendem o patrimônio; uma atitude dolosa demanda uma coerção mais rígida em detrimento de uma culposa.¹¹⁰

Nessa esteira, no que concerne aos diferentes regimes de prisão, e os fundamentos que os justificam, constatamos que a legislação penal utiliza a privação de liberdade, em sua espécie reclusão perante crimes mais graves, já a detenção às infrações de menor lesividade em relação àqueles, tanto que, em regra, não comporta à está a aplicação em regime fechado. Igualmente, podemos verificar que, os delinquentes que praticam crimes de maior lesividade e, conseqüentemente, com punições maiores; os que são habituais no crime, possuindo condenações anteriores; assim como os que têm negativos os critérios de valoração das circunstâncias judiciais, são, usualmente, nos termos da lei, submetidos ao regime fechado. Por sua vez, infratores menores, de incidência primária, com fatores como os antecedentes e personalidade, favoráveis à si, são remetidos a cumprir suas penas nos regimes semiaberto ou aberto.

Segregar os infratores de acordo com as peculiares inerentes a cada um e ao tipo penal praticado, em regimes mais ou menos rígidos e estimular seu comportamento à uma boa conduta possibilitando sua progressão à um regime mais

¹¹⁰ GRECO, 2015.

brando, até que esteja apto ao convívio social é, sem dúvidas, uma hipótese ideal na concepção de um sistema penitenciário funcional. Ocorre, entretanto, que, no campo prático, em função de não se realizar tais condições, a punição por meio do aprisionamento em seus regimes semiaberto ou aberto, ou seja, via de regra, réus primários, executor em crimes menores, no atual cenário apresentado pelo sistema penitenciário, exclusivamente viabiliza seu contato com um meio que, certificadamente, “cria uma delinquência capaz de aprofundar no recluso suas tendências criminosas”¹¹¹ e viabiliza sua futura incidência em crimes maiores.

Nos termos da Lei de Execução Penal, a pena de reclusão, em regime fechado, deve ser cumprida nas instituições penitenciárias; as colônias agrícolas, industriais ou similares são destinadas aos presos do regime semiaberto; a casa do albergado reserva-se a pena em regime aberto; e os detentos provisórios devem aguardar o julgamento em cadeia pública. Não obstante a prescrição legal, a verdade presente nas unidades prisionais no Brasil se faz outra:

A realidade brasileira faz que a ideia de graduar a privação da liberdade não se realize. Indivíduos definitivamente condenados à pena de reclusão, em regime fechado, permanecem recolhidos às cadeias públicas, que são destinadas aos presos provisórios (art. 102 da Lei n. 7.210/84 – LEP). Os estabelecimentos prisionais destinados aos presos provisórios impõem privações e sofrimentos mais severos do que os estabelecimentos destinados ao recolhimento do condenado. A própria lei penal aceita essa dura realidade. O art. 23 da Lei de Introdução ao Código Penal dispõe que “onde não houver estabelecimento adequado ou adaptado à execução das penas de reclusão, detenção ou prisão, poderão estas ser cumpridas em prisão comum.”¹¹²

Consoante o *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*¹¹³, de 2016, atualmente, o Brasil conta com 1.449 unidades prisionais: 146 estabelecimentos penais destinados ao regime fechado, 113 ao regime semiaberto, 23 ao regime aberto, 707 à presos provisórios, além de 192 estabelecimentos criados para abrigar presos dos diversos tipos de regime. A partir da análise da TAB 1, podemos verificar que poucos estados contam com estabelecimento reservados

111 BITENCOURT, 2001, p. 166.

112 GALVÃO, 2007, p. 477.

113 Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf. Acessado em: 28 jan. 2018.

ao cumprimento da pena prisão em regime aberto e, que, em relação à demanda, existem pouco institutos destinados ao regime semiaberto, havendo ainda estados em que inexistem.

Tabela 1 - Número de estabelecimentos por tipo de destinação originária por UF

UF	Recolhimento de presos provisórios	Cumprimento de pena em regime fechado	Cumprimento de pena em regime semiaberto	Cumprimento de pena em regime aberto	Cumprimento de medida de segurança	Destinado a diversos tipos de regime	Patronato	Destinado à realização de exames gerais e criminológicos	Sem informação	Total
AC	2	6	2	0	0	2	0	0	0	12
AL	2	5	1	0	1	0	0	0	0	9
AM	10	5	2	1	1	1	0	0	0	20
AP	3	2	1	0	1	1	0	0	0	8
BA	5	6	2	0	1	6	0	1	0	21
CE	134	4	4	4	2	0	0	0	0	148
DF	1	2	2	0	0	1	0	0	0	6
ES	12	12	5	0	1	4	0	0	0	34
GO	51	18	3	2	0	28	0	0	4	106
MA	3	5	2	2	0	28	0	1	0	41
MG	114	19	5	1	3	47	0	0	4	193
MS	2	24	16	2	0	1	0	0	0	45
MT	40	5	1	0	0	5	0	0	7	58
PA	15	16	3	0	1	9	0	0	0	44
PB	44	12	2	1	1	5	0	0	14	79
PE	67	9	2	0	1	0	0	0	0	79
PI	3	9	1	1	1	0	0	0	0	15
PR	7	18	5	0	1	1	1	0	0	33
RJ	15	17	8	1	3	3	0	2	2	51
RN	23	5	0	0	1	3	0	0	0	32
RO	20	11	6	5	1	8	1	0	0	52
RR	1	1	2	1	0	1	0	0	0	6
RS	15	48	17	1	2	14	2	0	0	99
SC	33	7	1	1	1	2	0	0	0	45
SE	3	2	0	0	1	1	0	0	0	7
SP	45	77	17	0	4	21	0	0	0	164
TO	37	2	3	0	0	0	0	0	0	42
Brasil	707	347	113	23	28	192	4	4	31	1449

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, Junho, 2016. Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf. Acessado em: 28 jan. 2018.

Com relação aos regimes de cumprimento de pena, dos mais de 700 mil indivíduos privados da liberdade no Brasil, o levantamento indica que: 40% trata-se de presos sem julgamento e condenação; 38% cumpre pena em regime fechado; 15% regime semiaberto e outros 6% cumprem pena em regime aberto. Já como relação ao número de vagas existentes no sistema prisional, dentro das diversas unidades: 118.447 destinam-se aos presos sem condenação, embora o número destes esteja próximo dos 297.951; não obstante cerca de 276.150 indivíduos estarem cumprindo suas condenações em regime fechado, existem apenas 171.664 vagas reservadas à estes; e para os demais regimes de cumprimento da pena existem 77.106 vagas, distribuídas entre as medidas de segurança, regimes aberto e semiaberto, além do Regime Disciplinar Diferenciado, apesar de existirem

mais de 152 mil condenados somente aos regimes semiaberto e aberto, ou seja, independentemente de ser constantemente afirmado e confirmado por diversos outros meios, apenas as averiguações acerca da dimensão populacional carcerária e da capacidade suportada por ele já bastariam a constatação de que, no Brasil, a segregação por regime de cumprimento de pena privativa de liberdade, na prática, é inexistente, aliás, como falar em separação de presos em um sistema prisional como o nosso, no qual a população extrapola em quase o dobro de sua capacidade.

Por certo, é notório o fato de que, embora exista a previsão no ordenamento jurídico pátria sobre o dever de separação de regimes em função da gravidade do crime cometido e das peculiaridades inerentes ao autor, na prática ele não se realiza. A verdade, presente nas diversas espécies de unidades prisionais espalhadas pelo país, todos sabemos: indivíduos já condenados são colocados juntos à presos provisórios; criminosos de alta periculosidade cumprem sua pena ao lado de réus primários. Não há divisão adequada que torne possível a distinção entre os reclusos.

Assim sendo, se é verdade que a prisão é local de desumanização, no qual “concede-se ao ser humano tratamento indigno ao mais perverso e selvagem do animais”¹¹⁴, se genuinamente o contato com o cárcere, longe de ressocializar, degenera, marcando o indivíduo mesmo do lado de fora das grades; se, na falta de separação entre os presos, é fato que o ingresso ao sistema carcerário realiza o contato de criminosos condenados por crimes graves com contraventores menores, oportunizando a conversão de infratores em delinquentes; e, se a lei, com o aprisionamento, exclui os indivíduos da sociedade e os incluindo em uma estado de exceção legal; então, é igualmente verdade que, frente ao todo exposto e na ausência de sua eficácia, há a dispensabilidade da norma que institui diferentes regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Por conseguinte, em sendo utópica a previsão legal que segrega os indivíduos infratores de acordo com o regime instituído para a pena prisão e em função de a pena privativa de liberdade nestes casos resultar em danos muito maiores, já que, o condenado, as vezes réu primário, uma vez tomado contato com

114 JUNQUEIRA, 2005, p. 72.

o cárcere ficará o resto da vida marcado, o que, constantemente, faz com que não encontre outra saída, senão, permanecer as margens da lei, reincidindo por não encontrar oportunidades em uma sociedade que não aceita bem aqueles que passaram pelo aprisionamento. Muito além dos males usuais causados pela prisão, quando condenado aos regimes semiaberto e aberto, réus sentenciados por crimes menores tomam contato com executores de crimes de superiores proporções, viabilizando o agravamento das condições daqueles, tanto psicologicamente, quanto no que se refere aos tipos de delitos com que têm contato, colaborando, assim, para que infratores se tornem delinquentes. Assim, sugerimos uma reforma do direito punitivo atual, tendo por finalidade a despenalização quando da ocorrência de crimes que, conforme os atuais critérios adotados pela conjuntura legislativa, seriam passíveis de penas privativas de liberdade através dos regimes semiaberto e aberto e a consequente extinção destes métodos penalizantes e, consequentemente, da privação de liberdade em sua forma reclusão.

Nesse sentido, aos casos em que o presente Código Penal atribui a imposição de privação de liberdade em regime semiaberto ou aberto, *verbi gratia*, I) Aos condenados em penas menores de 8 anos; e II) Aos condenados em penas maiores que 8 anos, mas que possuam todas as circunstâncias do art. 59, do CP, favoráveis (não reincidentes e de boa conduta social, por exemplo) serão empregadas as variantes das penas alternativas restritivas de direitos, em conformidade com a seriedade do ato infrator.

Sabe-se que, na atualidade, penas alternativas restritivas de direitos representam meios de resolução dos conflitos sociais que evitam o aprisionamento. Presentes desde 1984 no Código Penal Brasileiro e, em 1998, tendo ampliado seu rol através da Lei 9.714, podem ser de dois tipos: I) multa/pecuniária ou perda de bens e valores; e II) restrição de direitos, compreendendo, está última, as variantes: a) a restrição de fim de semana; b) suspensão temporária de direitos; e c) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.¹¹⁵ Sobre a utilização das penas alternativas como meio de combate aos males representados pelas prisões:

É notório ouvir-se falar que a política criminal do direito penal clássico é tida como ultrapassada, e as discussões que hoje são travadas no âmbito da

115 SIQUEIRA, 2014.

criminalidade moderna, que hostiliza a pena privativa de liberdade para crimes não violentos, busca sua substituição por penas reparatórias, restritivas de direito, etc., tudo como parte de uma nova política descarceradora.¹¹⁶

Com relação à mesma temática, se referindo a inovação representada pelas alternativas penais, ressalta Bitencourt:

Enquanto não surge algo melhor e mais inteligente que o direito penal, imaginado por Radbruch, as penas alternativas adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo de muitas legislações alienígenas, constituem uma das mais importantes inovações da reforma penal de 1984, que procurou obviar a crise da pena de prisão, a qual sabidamente não atende aos objetivos fundamentais da sanção penal, que é reeducar o apenado e integra-lo socialmente.¹¹⁷

Hodiernamente, a Lei 9.714/98 regula a aplicação das penas restritivas de direito, restringindo seu uso, como substitutiva a privativas de liberdade, nos termos de seu art. 44, ao: crime cometidos com pena menor que quatro anos e desempenhados sem violência ou grave ameaça à pessoa; II) crime culposo, qualquer que seja a pena aplicada; III) réu que não tenha reincidente em crime doloso; e IV) casos em que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. Por certo que modificações deverão ser feitas a fim de estender o *rol* de situações abarcadas por ela, como, por exemplo, à crimes com punições até oito anos, no entanto, entendemos serem apropriados, de forma geral, os critérios adotados para sua cominação.

Não há dúvidas quanto ao real potencial inerentes as penas alternativas como substitutivos penais mais humanos e menos lesivos, frente a pena privativa de liberdade, e sua capacidade em, mais do que promover a diminuição populacional do sistema penitenciário, com a consequente melhoria das condições de cumprimento da pena ali, através dos seus diferentes instrumentos, ser capaz de promover uma transformação de caráter universal do atual direito punitivo.

As alternativas penais integram uma tendência internacional de movimento desencarcerador, já na década de 70 a *Organização das Nações Unidas recomendava* sugeria “a adoção de formas penais não privativas de liberdade, que

116 CIPRIANI, 2005, p. 115.

117 BITENCOURT, 2011, p. 286.

fossem cumpridas na comunidade” e, em 1990, aprovou a Resolução 45/110, conhecida como *Regras de Tóquio*, na qual foram estabelecidas Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de *Medidas Não Privativas de Liberdade*¹¹⁸. Na atualidade, a despeito do predomínio, na mentalidade pública, de sua impunidade, em função de se tratar de um meio menos violador, seu uso já vem sendo empregado, ainda que de forma tímida, como divulga o site do Conselho Nacional de Justiça, ao noticiar que, no estado de Minas Gerais, 9 em cada 10, das penas que começaram a ser cumpridas em 2015, eram não privativa de liberdade e que, no mesmo ano, nos estados do Acre, Amapá, Goiás, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraná, Piauí e Roraima, além de Minas Gerais, menos da metade das penas aplicadas contemplaram a privação de liberdade¹¹⁹.

À vista disso, restará a aplicação da pena privativa de liberdade, seguindo os critérios do ordenamento atual, aos crimes puníveis através do regime fechado. Então, dentro deste, sugerimos que seja criado um sistema de progressão para que, ampliando-se gradativamente os privilégios aos quais faz jus o recluso, levando-se em conta sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do método reformador, ele seja tratado de forma a oportunizar que as funções reeducadora e ressocializadora, pretendidas através da punição, sejam de fato alcançadas. Acredita-se que a inevitável diminuição da massa carcerária, consequência da despenalização das situações abarcadas pelos regime semiaberto e aberto, por si só, já promoverá melhorias consideráveis dentro do sistema penitenciário nacional, vez que muitos dos males inerentes à ele, no presente, como o ócio entre os presos, a insuficiência de oportunidades de trabalho e educação, assim como a escassez de adequadas condições materiais, resultam diretamente de sua superlotação.

Finalmente, é manifesta a premissa de que a temática envolvendo a prisão e sua imposição como pena punitiva carrega em si uma ampla complexidade e contrariedades insolúveis em si mesma, portanto, independentemente das medidas adotadas tendo em vista seu aperfeiçoamento, enquanto subsistir seu emprego, ainda que de forma estritamente restrita, permanecerá apresentando as

118 LIVIANU, 2009, p. 184.

119 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Juízes de 10 estados priorizam penas alternativas em relação à prisão. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84293-juizes-de-10-estados-priorizam-penas-alternativas-em-relacao-a-prisao>

disfuncionalidades que são próprias de sua natureza. Assim, é necessário que, continuamente, se busque meios e se promova condições à implementação de pesquisas e estudos, os quais, adotando conhecimentos de forma transdisciplinar, oportunizem a percepção multifocal de novas alternativas e que, a partir destas constantemente se repense a pena privativa de liberdade.

CONCLUSÃO

A partir da regressão histórica realizada podemos verificar que o emprego da privação de liberdade enquanto pena é relativamente recente, representando grande vitória da filosofia iluminada e humanitária ante as práticas punitivas características do antigo regime. Ademais, embora no presente teoricamente intente-se, mediante sua imposição, não só a compensação pelo ato praticado, mas também a prevenção de novo delitos, bem como a reeducação e ressocialização do sujeito infrator, num primeiro momento não foram estes os propósitos que fundamentaram a conversão da privação de liberdade em pena propriamente dita.

Nesse estudo revelou-se que, a despeito das esperanças depositadas a priori na pena privativa de liberdade, a realidade que se pode constatar dentro dos muros das prisões, no modo por meio do qual se dá a execução deste tipo punitivo, evidenciam o total insucesso do emprego do aprisionamento a fim de lidar com os indivíduos infratores. Diversas são suas disfuncionalidades e todas levam ao descrédito da privação de liberdade. A prisão não ressocializa, embrutece e degenera; não promove o combate à criminalidade, antes, a promove; e, embora trate-se de instituição fundada legalmente, é local de violação cotidiana de princípios e ditames legais.

Outrossim, apesar da previsão de diferentes sistemas prisionais, embasados no princípio constitucionalmente tutelado da individualização das penas, na prática, a segregação por regime de cumprimento de pena privativa de liberdade é inexistente, o que torna a condenação de infratores menores, de incidência primária, não habituais no crime e de antecedentes favoráveis, por exemplo, apenas uma forma de expor-lhes aos males presentes no cárcere, os quais lhe acompanharão pelo resto de sua vida, assim como propiciar condições para que se tornem, de fato, delinquentes corriqueiros e sua incidência em crimes maiores.

Não há dúvidas sobre a necessidade de firmar-se mecanismos eficientes à promoção do combate e prevenção da criminalidade, tampouco, de que é imprescindível a existência da ação estatal de reprimenda perante a atividade delituosa, contudo, se por um lado, o estabelecimento de penalização faz-se primordial a manutenção da paz social e da conservação da vida em sociedade, sob

outra perspectiva, ao versarmos acerca dos meios, através dos quais se realizará tal exigência, necessitamos ter em mente a magnitude e complexidade desta tarefa, pois as consequências dos meios empregados para lidar com aqueles que praticam infrações penais extrapolam a esfera do sujeitos ou dos que são próximos a ele, são projetados na sociedade como um todo.

Por conseguinte, admite-se que, no presente, ainda que, plenamente possível restringir o uso do cárcere à somente situações com específicas particularidades, frente à condutas de excessiva seriedade, mesmo delineando novos contornos à seu emprego, existe a necessidade de, ainda naquelas circunstâncias, se impor o aprisionamento, em razão de não sermos capazes de conceber uma via que, de imediato, seja apta à substituir e dissipar a utilização da pena privativa de liberdade. Por tais razões, propõem-se que nos casos em que o moderno ordenamento jurídico determina a imposição de privação de liberdade nos regimes aberto e semiaberto, aquele seja reformado a fim de prever em substituição o emprego das variantes da pena alternativa restritiva de direitos, de acordo com a gravidade da ação realizada, eliminando, assim, de nosso ordenamento jurídico a previsão dessas espécies de regimes penais e, por conseguinte, a privação de liberdade na forma detenção, despenalizando, assim, as condutas punidas com estas.

A utilização das penas alternativas em substituição a privação de liberdade encontra-se prevista legalmente, veem sendo empregadas por diversos juízos do país e são reconhecidas por diversos autores como importantes inovações do ordenamento jurídico pátrio, bem como alternativas eficazes para o fim de se combater a criminalidade e lidar com a crise das prisões e suas consequências nocivas. O fim dos regimes abertos e semiabertos, por si só, já serviria ao deslinde de diversos problemas presentes no cárcere, como, por exemplo, a superlotação ali presente. A imediata da redução da população carcerária seria a melhoria das condições no ambiente carcerário, para mais, viabilizaria a possibilidade de verdadeira efetivação de diversos direitos à que fazem jus os presos mas que a excessiva massa prisional impede que se realizem, como ao trabalho, à saúde, ao acompanhamento psicologia e a educação, por exemplo.

No mais dessa forma, apenas subsistiria a privação de liberdade para os casos de maior gravidade em sua forma fechada. Nestas situações, dentro do

regime fechado, impostos aos casos de real singularidade e indispensabilidade, a fim de estimular o comportamento voltado à boas condutas, se criaria uma forma de progressão para que, devidamente tratados e acompanhado por especialistas, os condenados de fato possam alcançar uma real reeducação e ressocialização, evitando assim, de forma mais efetiva sua reincidência e promovendo verdadeira possibilidade de que sejam reinseridos na vida social.

Acredita-se que, com a realização de continuas transformações, como as supra apresentadas, ainda que de pequenas proporções, a partir das constatações funcionais resultantes será possível auxiliar a concepção de novos caminhos que conduzam à renovação do atual ordenamento jurídico penal e promoção da evolução, aperfeiçoamento e constante humanização dos sistemas punitivos sempre que estes não atendam mais as realidades sociais.

BIBLIOGRAFIA

- BELO, W. (2015). *Da Aplicação Da Lei Penal - Introdução ao Direito Penal e Artigos 1o. ao 12 do Código Penal*. Joinville: Clube de Autores.
- BITENCOURT, C. R. (2011). *Falência da pena de prisão - Causas e alternativas*. São Paulo, SP: Saraiva.
- BIZATTO, F. A. (Julho de 2005). A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO: uma reavaliação das políticas existentes no sistema prisional. *Dissertação (Mestrado em Gestão de Políticas Públicas)*, 140. Itajaí, Santa Catarina: CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS – CEJURPS DA UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.
- CALDEIRA, F. M. (2009). A Evolução Histórica, Filosófica e Teórica da Pena. *Revista da EMERJ*, 15, 255 - 272.
- CAPEZ, F. (2013). *Curso de Direito Penal, volume I - Parte Geral* (17 ed.). São Paulo: Saraiva.
- CHIAVERINI, T. (2009). *Origem da pena de prisão*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.
- DALLARI, D. D. (2012). *Elementos da Teoria Geral do Estado* (31 ed.). São Paulo: Saraiva.
- DINIS, C. B. (s.d.). *monografias.brasilecola.uol.com*. Fonte: Brasil Escola: <http://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-historia-pena-prisao.htm>
- DORIGO, G., & VICENTINO, C. (2013). *História geral e do Brasil* (2 ed.). São Paulo: Scipione.

- FOUCAULT, M. (1999). *Vigiar e punir - História e violência na prisões*. Petrópolis: Vozes.
- GRECO, R. (Rio de Janeiro). Curso de Direito Penal. 2015(17), Impetus.
- JÚNIOR, A. D., PAULO, A. R., CASTRO, A., & SONTAG, R. (2009). *Iluminismo e Direito Penal*. Florianópolis: Fundação Boiteux.
- JUNQUEIRA, I. D. (2005). *Dos Direitos Humanos do Presos*. São Paulo: Lemos e Cruz.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- LIVIANU , R. (2009). *Justiça, cidadania e democracia*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de.
- MADEIRA, L. M. (2008). HISTÓRIA DO DIREITO MEDIEVAL: HERANÇAS JURÍDICO-POLÍTICAS PARA A CONSTRUÇÃO DA MODERNIDADE. *Justiça & História*, 8. Fonte: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/66421>
- MESSA, A. F. (2009). *Prisão e Liberdade*. Porto Alegre: Verbo Juridico.
- MORAES, A. D. (2013). *Direito Constitucional* (29 ed.). São Paulo: ATLAS S.A.
- RAMALHO, J. R. (2008). *Mundo do crime: a ordem pelo avesso*. Rio de Janeiro: SCIELO - CENTRO EDEL.
- SANTOS, M. C. (3 de março de 2011). História do Direito na Baixa Idade Média. *Revista Jus Navigandi*. Acesso em 16 de junho de 2017, disponível em <https://jus.com.br/artigos/18610>
- SILVA, J. A. (2015). *A Necessidade De Mudança Da Matriz Punitiva Brasileira*. Joinville: Clube de Autores.
- SOUZA, A. D., & JAPIASSÚ, C. E. (2015). *Curso de Direito Penal - Parte Geral (arts, 1º a 120)* (2 ed., Vol. 1). Rio de Janeiro: Forense.