



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

FELIPE OLIVEIRA GOMES

**A FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO NA EFICÁCIA
DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PRESO: UMA
QUESTÃO DE DIGNIDADE HUMANA E RESPONSABILIDADE
SOCIAL**

Salvador
2016

FELIPE OLIVEIRA GOMES

**A FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO NA EFICÁCIA
DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PRESO: UMA
QUESTÃO DE DIGNIDADE HUMANA E RESPONSABILIDADE
SOCIAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Daniel Nicory do Prado

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

FELIPE OLIVEIRA GOMES

A FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO NA EFICÁCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PRESO: UMA QUESTÃO DE DIGNIDADE HUMANA E RESPONSABILIDADE SOCIAL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2016

Dedico este trabalho aos grandes amores da minha vida, aqueles que não medem esforços para me proporcionar sempre o melhor, minha mãe Lédma e meu pai Walterney.

AGRADECIMENTOS

Agradeço,

A Deus por ter me dado a força e a serenidade necessárias para superar as dificuldades nessa etapa.

Ao meu orientador, o professor Daniel Nicory, pelo suporte e disponibilidade para que esse trabalho se concretizasse.

Aos meus pais, pelo amor incondicional e por acreditarem tanto em mim.

As minhas irmãs Faíza e Karol, por serem tão companheiras e me apoiarem em todos os momentos da minha vida, vocês foram essenciais para o desenvolvimento desse trabalho.

Aos meus primos e companheiros de apartamento Léo, Tha e Brenno, por terem me proporcionado tantos momentos de descontração, que me trouxeram a leveza para pesquisar e escrever com mais tranquilidade e alegria.

Aos meus amigos e colegas de faculdade por viverem junto comigo essa etapa e terem contribuído para que eu conseguisse concluí-la, em especial à Rafa, Jel, Gabi, Milena e Rapha. Com certeza lembrarei do companheirismo e da ajuda de vocês sempre.

“Lembrem dos presos, como se vocês estivessem na cadeia com eles. Lembrem dos que sofrem, como se vocês estivessem sofrendo com eles”.

Hebreus 13:3

RESUMO

O sistema penal está falido, e esse processo não é recente. Os diversos meios de comunicação divulgam as condições precárias que os presos são submetidos nos diversos estabelecimentos prisionais existentes no Brasil, que sofrem com o problema da superlotação carcerária. Os direitos mais básicos dos indivíduos presos são negligenciados, tais como dormir, alimentar-se, ter tratamentos dignos de saúde e educação não são respeitados pelo Estado, que viola os direitos que estão assegurados tanto na Constituição Federal de 1988 quanto na Lei de Execução Penal. O ambiente, os comportamentos, a higiene e outros fatores são condicionantes que deveriam ser vistos com um olhar mais sensível e responsável pelas autoridades responsáveis, visto que essas condições irão refletir diretamente na inclusão ou não do apenado na sociedade. O presente trabalho de pesquisa faz uma análise sistemática do sistema prisional brasileiro, traçando uma evolução histórica da pena e das prisões até chegar aos dias atuais, evidenciando os reflexos para o modelo adotado pelo Brasil. Traz conceitos e desdobramentos dos estabelecimentos penais, bem como as diferenças entre os modelos adotados com base nos estudos dos doutrinadores que se dedicam a essa temática. Discute as principais causas que levam a falência dos estabelecimentos penais, que foram pensados como um ambiente propício a levar a reflexão do apenado para que esse repensasse sua conduta danosa e tivesse condições de se reinserir na sociedade. Enfim, o descaso dos governantes, a superlotação, a falta de estrutura, as péssimas condições de higiene e a inexistência de trabalho são algumas das causas que refletem diretamente na total descrença do sistema. Sentenciados são mortos pelos próprios companheiros, às regras não são cumpridas e a aplicação penal não é imposta de maneira adequada. A corrupção no interior das prisões cresce de forma assustadora e para agravar mais essa situação, as facções se estendem dentro e fora dos estabelecimentos. Com isso, o sentido punitivo da pena foi completamente desvirtuado, havendo uma violação dos direitos humanos, do princípio da Dignidade da Pessoa Humana e dos direitos elencados na Constituição Federal de 1988 e na Lei de Execução Penal.

Palavras-chave: Estabelecimentos prisionais; direitos do preso; superlotação; recluso; facções; prisões.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AIDS	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
art.	Artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CNPCP	Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
CP	Código Penal
CTC	Comissão Técnica de Classificação
DEAP	Departamento de Administração Penal
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
DST	Doenças Sexualmente Transmissíveis
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INFOPEN	Sistema de Informação Penitenciária
LEP	Lei de Execução Penal
ONU	Organização das Nações Unidas
PCC	Primeiro Comando da Capital
PESP	Plano Estadual de Segurança Pública
PNSP	Plano Nacional de Segurança Pública
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PERSPECTIVAS HISTÓRICAS E TEÓRICAS DA PUNIÇÃO ATRAVÉS DO DIREITO PENAL E DA CRIMINOLOGIA	12
2.1 FATORES SOCIAIS DA CRIMINOLOGIA	15
2.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA E DA PRISÃO	17
2.3 IUS PUNIENDI, ESTADO DE DIREITO E DIREITOS HUMANOS	23
2.2.1 A evolução dos direitos humanos	28
2.3 PRINCÍPIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	32
2.3.1 Princípio da Liberdade	33
2.3.2 Princípio da Igualdade	33
2.3.3 Princípio Legalidade	34
2.3.4 Princípio do acesso à justiça	37
2.4 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana frente ao sistema prisional como princípio fundamental do Direito Penal	38
2.4.1 Acepção normativa da Dignidade da pessoa humana	43
2.4.2 Relativização do Princípio da Dignidade da pessoa humana: direito a uma vida digna versus sistema prisional	45
3 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO	50
3.1 A FUNÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL NA ADMINISTRAÇÃO DO PROBLEMA DA CRIMINALIDADE	56
3.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL	59
3.2.1 Humanização da Execução Penal	61
3.2.2 Aplicação da Execução Penal ao preso provisório e definitivo	63
3.3 OS REGIMES E OS ESTABELECIMENTOS DE EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	64
3.3.1 Regimes prisionais: aspectos gerais	64
3.3.1.1 Regime fechado	65
3.3.1.2 Regime semi-aberto	68
3.3.1.3 Regime aberto	70
3.3.2 Estabelecimentos prisionais	71
3.3.2.1 Penitenciária	72

3.3.2.2 Colônias agrícolas	73
3.3.2.3 Casas de albergado	73
3.3.2.4 Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP)	73
3.3.2.5 Cadeia pública	74
4 A FALÊNCIA DA POLÍTICA CARCERÁRIA NO BRASIL	75
4.1 PERFIL SOCIODEMOGRÁFICO DA POPULAÇÃO INTERNA	78
4.2 CONDIÇÕES DE SAÚDE DOS INTERNOS NO SISTEMA PRISIONAL	80
4.2.1 O plano nacional de saúde no sistema penitenciário	81
4.2.2 Assistência médica e higiene	82
4.2.3 Alimentação	84
4.3 A POPULAÇÃO CARCERÁRIA	85
4.3.1 Superlotação gera rebelião	86
4.3.2 O domínio das facções	88
4.4 OS PROBLEMAS ATUAIS DO SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL	91
4.4.1 A prisão como fator criminógeno	93
4.4.2 Altos índices de reincidência	95
4.4.3 Problemas psicológicos que a prisão produz	99
4.4.4 Consequências negativas da privação de relações sexuais	102
4.4.5 A utilização de drogas no interior das prisões	104
4.5 ALTERNATIVAS À PRIVAÇÃO DE LIBERDADE DO INDÍVIDUO	108
4.5.1 Necessidade de uma Política Estatal, Política Criminal e Política Penitenciária	109
4.5.2 As finalidades sociais do Estado como um fator inibidor da prática de Infrações penais	110
4.5.3 Teoria do bem jurídico como fundamento da intervenção mínima do direito penal	112
4.5.4 Mediação Penal e a formulação de uma justiça restaurativa	114
5 CONCLUSÃO	117
REFERÊNCIAS	120

1 INTRODUÇÃO

A motivação inicial para a pesquisa e confecção desse trabalho surgiu ainda nos primeiros períodos do Curso de Direito, pois foi nesse momento que foi evidenciada a grande discrepância entre a norma posta e o mundo real dos fatos. Diante dessa realidade, verifica-se que o Judiciário brasileiro é permeado de instrumentos que possibilitam a efetivação de direitos, mas há um excesso de leis e muitas são pendentes de efetividade, tornando o sistema lento e retrógrado, ocasionando uma síndrome de inefetividade legislativa, uma vez que nesse contexto a lei não cumpre a finalidade a qual se destina, qual seja, cumprir a sua função social, fator primordial de qualquer lei.

Neste sentido, esta monografia tem o escopo de fazer um paralelo entre o sistema prisional e a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), como também com a Constituição Federal de 1988, abordando sistematicamente a realidade do sistema prisional e os seus reflexos para os presos e para a sociedade como um todo. São evidentes as inúmeras demonstrações de falência do sistema prisional, que se tornou uma das principais preocupações das políticas de segurança pública, visto que os órgãos de comunicação, em geral noticiam diariamente o problema da superlotação associado as rebeliões, fugas e falta de segurança adequada, que acaba por evidenciar de forma pública a ineficiência do Estado na ressocialização do indivíduo preso.

Desde os tempos mais remotos, ainda quando da aplicação da Lei de Talião, existe a necessidade de se alcançar um ideal de justiça com relação aos crimes que eram praticados. Passaram-se os séculos e a situação da prática de delitos intensificou cada vez mais e, mesmo diante do desenvolvimento de tantas tecnologias, nota-se que, embora os sistemas penais tenham se desenvolvido, o suporte necessário a garantir os direitos fundamentais do preso não se desenvolveu, contribuindo para a manifestação de diversos tipos de violência no interior dos estabelecimentos prisionais.

Na atualidade, muitos problemas são encontrados nas penitenciárias do Brasil, ocasionando a falência desse sistema e isso é claramente evidenciado pela situação de descaso que se encontra as prisões brasileiras. As penitenciárias não dispõem de

condições suficientes para a recuperação dos detentos, pois não possuem recursos para conceder à pena a humanização necessária, nem para reinserir o apenado na sociedade. Essa situação piora ainda mais com o descaso das autoridades quanto a este problema. As regras informais criadas pelos próprios presos acabam prevalecendo sobre as formais, levando ao desrespeito das legislações e procedimentos internos que regem os estabelecimentos penais.

Ao analisar a Lei de Execução Penal, constata-se que essa garante ao preso assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa e também impõe que todas as autoridades competentes tenham respeito à integridade física e moral dos presos que já foram condenados e também dos provisórios. O preso, apesar de perder a liberdade, tem direito de ter um tratamento digno, sem que haja violência física ou moral, bem como de não ter violado os seus direitos.

O estudo da criminologia que envolve o agente criminoso é de extrema relevância para como ciência auxiliar da jurisdição criminal. O objetivo geral da criminologia é fazer uma análise acerca da criminalidade e seu objetivo específico e observar se os fatores sociais como a pobreza, o desemprego, educação, classes sociais interferem na prática de delitos.

Neste contexto, para trazer a lume o presente trabalho, foi necessário buscar referências históricas da evolução da criminologia, da pena, do Direito Penal, da Execução Penal e do sistema prisional, sendo estes quesitos abordados no primeiro capítulo. O segundo capítulo está voltado para o sistema prisional brasileiro, tratando dos estabelecimentos penais e os regimes de cumprimento da pena, elencando os principais aspectos dentro da realidade social e as garantias do apenado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como os desdobramentos da Execução Penal. O terceiro capítulo aborda a Lei de Execução Penal com suas previsões abrangentes, porém demonstrando que seus dispositivos em muitos aspectos são carecedores de uma real efetividade, pois infelizmente não atingem os objetivos almejados, mostrando a inefetividade desta frente à nefasta realidade, o que acaba favorecendo o crescimento da criminalidade, pois os indivíduos submetidos ao sistema não possuem as mínimas condições de ressocialização devido à total desestruturação do mesmo e indiferença deletéria da sociedade que se fecha ao egresso e não proporciona a sua reinserção.

2 PERSPECTIVAS HISTÓRICAS E TEÓRICAS DA PUNIÇÃO ATRAVÉS DO DIREITO PENAL E DA CRIMINOLOGIA

Por volta do Século XVIII, as escolas penais lutavam para melhor definir e conceituar sobre o crime e o criminoso. Mas foi a partir de estudos científicos que o homem passou a ser foco central dos estudos principalmente com relação a Psicologia e a Sociologia, sendo possível perceber os vários comportamentos humanos, dentre eles o que nos interessa, o delitivo. Essas escolas se esforçavam para encontrar respostas sobre a origem do crime, bem como as formas de combatê-lo e preveni-lo.

As escolas que foram surgindo se utilizavam muito do que pregavam outras disciplinas, como a Biologia, Sociologia, Psicologia, Psiquiatria, dentre outras, que serviam como base para as análises e pesquisas criminológicas, e eram importantes para a definição do método de pesquisa para cada período.

Foi assim que se notou que o delito propriamente dito não poderia ser o objeto central de questionamentos. O que merecia a atenção dos pesquisadores era o delinquente, com o objetivo de se impedir que outros agentes delitivos cometessem os mesmos atos.

A primeira Escola Sociológica do Crime foi a Escola Clássica, a sua origem remete ao período do Iluminismo italiano do século XVIII. Esta se baseava em princípios que pregava ser o delito um ente jurídico, como também a tutela jurídica ser o fundamento legítimo de repressão e seu fim, e acreditava que a quantidade e qualidade da pena, que é repressiva devem ser proporcionais ao dano que se ocasionou com o delito.

Um dos principais pensadores e defensores desta escola foi Marquês de Beccaria, que no ano de 1763 escreveu a obra “Dos delitos e das penas”, em que criticou o sistema penal que vigorava na época, pois havia a prática de torturas, e julgamentos secretos, como também a desproporcionalidade das penas. Marquês de Beccaria (2001), seguindo o contratualismo de Rousseau, “sustentava que o indivíduo que comete crime rompe com o pacto social”. Defendia os direitos de primeira dimensão individuais e a intervenção mínima do Estado, colaborando para a formação teórica de vários princípios orientadores do direito, como o da legalidade, da igualdade e da proporcionalidade.

O homem então, é visto como ser racional e livre, podendo tomar decisões e arcar com as consequências. Nos dizeres de Afonso Serrano (2008, p.63):

Quando alguém encara a possibilidade de cometer um delito, efetua um cálculo racional, dos benefícios esperados (prazer) e os confronta com os prejuízos (dor) que acredita vão derivar da prática dos delitos; se os benefícios são superiores aos prejuízos, tenderá a cometer a conduta delitativa.

A segunda escola da sociologia do crime foi a Escola Positivista, que possuía como membros os grandes pensadores que contribuíram para a difusão das ideias desta, como Lombroso e Ferri. Esses doutrinadores seguiam uma linha mais positivista com relação a criminologia associada a outras ciências como a Psiquiatria, a Sociologia, a Antropologia e a Estatística. Considerava-se o comportamento humano analisando tanto fatores externos quanto internos e o meio em que surgiu.

Os princípios básicos da escola positiva são: o método positivo; responsabilidade social; o crime como fenômeno natural e social; a pena como meio social. Foi nesse sentido que Lombroso desenvolvia trabalhos enquanto médico penitenciário e buscava estabelecer um perfil das pessoas que poderiam cometer delitos. Foi por isso que escreveu o livro “Luomo Delinquente” em 1876, e argumentava que o homem criminoso nato, com epilepsia e outras doenças e anomalias, é idêntico ao louco moral. Classificava-o como nato, louco, por paixão ou de ocasião. Nesse mesmo sentido Antônio Garcia Pablo de Molina (2002, p.191) diz:

A contribuição principal de Lombroso para a Criminologia não reside tanto em sua famosa tipologia (onde destaca a categoria do “delinquente nato”) ou em sua teoria criminológica, senão no método que utilizou em suas investigações: o método empírico. Sua teoria do “delinquente nato” foi formulada com base nos resultados de mais de quatrocentas autópsias de delinquentes e seis mil análises de delinquentes vivos, e o atavismo que, conforme seu ponto de vista caracteriza o tipo criminoso – ao que parece – contou com o estudo minucioso de vinte e cinco mil reclusos de prisões europeias.

Depois de Lombroso veio Enrico Ferri com a difusão de uma teoria sociológica que não era exclusivamente biológica ou antropológica. Dessa forma, Antônio Pablo de Molina (2002, p.195) define que:

Ferri é justamente conhecido por sua equilibrada teoria da criminalidade (equilibrada apesar do seu particular ênfase sociológico), por seu programa ambicioso político criminal (substitutivos penais) e por sua tipologia criminal, assumida pela Scuola Positiva. Ferri censurou os “clássicos” porque renunciaram a uma teoria sobre a gênese da criminalidade, conformando-se a partir da constatação fática desta, uma vez ocorrida. Propugnava, em seu lugar, por um estudo “etiológico” do crime, orientando à busca científica de suas “causas”.

O crime para a Escola Positiva, portanto, irá se originar de uma livre opção, sendo que um dos fatores que irá influenciar o sujeito a praticar condutas delitivas é o meio em que vive. Por isso, o indivíduo que comete um crime está em um estado de anormalidade, ainda que temporariamente.

Para que se conseguisse diferenciar o homem delinquente, a Biologia, a Psicologia e a Sociologia passaram a dar novo sentido aos estudos da criminologia. Surgiram teorias biológicas, que buscavam encontrar no organismo de delinquente algum motivo que irá o diferenciar das outras pessoas que não praticam delitos. Diante disso, foram realizados diversos estudos sobre anatomia, genética e patologia, pois acreditava-se que o criminoso era um ser que possuía patologias. Com isso, Antônio Pablos de Molina (2002, p.217) em seus estudos afirma que:

As orientações biológicas têm por base um nível muito elevado de empirismo, que constitui um déficit inevitável em muitas construções sociológicas e psicológicas. Sem embargos o potencial de abstração das mesmas é mais reduzido que naquelas. Possuem uma inquestionável vocação clínica e terapêutica, que se sobrepõe sobre projeções do saber científico.

Por fim, a criminologia crítica teve a sua origem baseada no Marxismo e foi a partir das teorias políticas e econômicas do crime que começou a se analisar as causas sociais e institucionais que propiciam o cometimento de delitos. Alessandro Baratta (2002, p.209), com relação a essa temática diz que:

A etiqueta “criminologia crítica” se refere a um campo muito vasto e não homogêneo de discursos que, no campo do pensamento criminológico e sociológico-jurídico contemporâneo, têm em comum uma característica que os distingue da criminologia “tradicional”: a nova forma de definir objeto e os termos mesmos da questão criminal. A diferença é, também e principalmente, uma consequência daquilo que, também e principalmente, uma consequência daquilo que, utilizando a nomenclatura da teoria recente sobre “as revoluções científicas”, onde pode ser definido como “mudança de paradigma” produzida na criminologia moderna. Sobre a base do paradigma etiológico a criminologia se converteu em sinônimo de ciência das causas da criminalidade.

Nesse sentido, as teorias de Reação social passaram a ser uma espécie de base de defesa daqueles que integram a Criminologia Crítica. Segundo essa teoria, os mecanismos utilizados para gerir o controle da criminalidade não a detém, e sim, a causam, uma vez que, no momento em que os mecanismos que controlam a sociedade agem, acabam por criar uma espécie de rotulagem dos que transgridam a lei penal, ocorre um processo de discriminação e a criação de subculturas que acabará levando a aproximação dos criminosos.

A partir disso, Juarez Cirino dos Santos (1981, p.14) explica que:

A teoria distingue a criminalização primária (de natureza “poligenética”, excluída do esquema explicativo da teoria) e criminalização secundária (resposta sequencial a criminalização primária, o comprometimento na “carreira desviante” como impacto pessoal da reação social), o ponto de incidência de suas análises.

A Escola Crítica ignora qualquer hipótese de ressocialização do agressor. Devendo a pena servir para afastar o criminoso do convívio social. A grande questão da criminologia crítica é entender o motivo de que diante da totalidade de condutas danosas ou tidas como perigosas, algumas são selecionadas como criminosas e outras não e porque a criminalização secundária de algumas condutas é mais efetiva que a de outras.

2.1 FATORES SOCIAIS DA CRIMINOLOGIA

São vários os fatores que influenciam na criminalidade, que podem ser externos, como as políticas salariais e falta de emprego, como também fatores internos, que está no íntimo de cada ser humano, como uma infância marcada pelo abandono e lares desfeitos, que acabam afetando o subjetivismo do ser humano. O resultado disso é que parte da população explorada parte para o crime. Para Marx (2002, p. 281):

O crime tira do mercado de trabalho uma parte supérflua da população, e assim reduz a competição entre os trabalhadores: até o ponto em que previne os salários de caírem abaixo de um mínimo, a luta contra o crime absorve uma outra parte dessa população.

A pobreza, sem dúvidas é um dos fatores que influenciam sobre o crime. Os delinquentes, na sua grande maioria, são pessoas pobres e semi-alfabetizadas, não possuindo uma formação moral e educacional que o possibilite ter oportunidades na vida. A má distribuição de riquezas vai nutrindo no indivíduo um sentimento de revolta, por não possuir determinados bens e não ter mecanismos para alcança-los. Por isso o indivíduo acaba tendo atitudes violentas, pois está impregnado de inconformismos que os leva a criminalidade. A situação de miséria em que vive uma pessoa é sem dúvidas um fator preponderante para o comportamento criminoso. Nesse sentido Marx (2002, p.47) diz:

A questão da acentuação da miséria dos trabalhadores numa perspectiva abrangente, que não se referia tão somente aos operários regularmente

empregados e aos seus salários reais, porém também devia incluir o que chamou de “tormento do trabalho”, bem como as condições de existência da massa crescente de operários desempregados, cujos tormentos decorriam, não do trabalho na empresa capitalista, porém da falta dele. Falta temporária, para o exército industrial de reserva e falta permanente, para a superpopulação 32 consolidada (aquela parte dos trabalhadores já sem perspectiva já sem perspectiva de ocupação regular).

O emprego e os seus desdobramentos são também fatores que influenciam nas práticas delituosas. O número de desempregados aumenta a cada ano e o desemprego se mostra como um dos fatores indiretos da criminalidade, e diante disso tem-se um fator que está relacionado a essa sistemática que é o subemprego, que nasce quando as pessoas com pouca formação ou nenhuma formação profissional precisam de um trabalho para a sua sobrevivência e optam por ter empregos informais, como catadores de papel, flanelinhas, dentre outros. Dessa maneira, o subemprego acaba gerando consequências, como instabilidade com relação ao salário e má qualidade de vida. Assim, por essas condicionantes, acaba o indivíduo vendo no cometimento de crimes uma vantagem maior para conseguirem mudar de vida.

Os meios de comunicação também se destacam como um dos principais fatores que ensejam a criminalidade. Esses meios, ao veicularem as condutas criminosas, muitas vezes impregnada de sensacionalismo, tentam assumir um papel pedagógico, acontece que acabam descumprindo uma norma constitucional que diz em seu art. 221, IV, da C.F: “Os programas da mídia devem voltar-se para o respeito aos valores éticos da pessoa humana e da família”. O sensacionalismo exagerado da mídia quando dão importância para o crime e para o criminoso, acaba induzindo algumas pessoas para um desvio de conduta e estas podem praticar atos criminosos, influenciados por essa mídia que aliena.

Em um outro sentido, as condições de habitação e moradia são desfavoráveis e, com isso, surgem cada vez mais favelas e comunidades sem aparato do Estado, que levam ao desaparecimento de valores e a uma promiscuidade, fazendo com que surjam condições propícias ao tráfico de drogas, a prostituição e aos crimes contra o patrimônio e contra a vida. Mas não pode haver a generalização de que todos que nascem na favela estão predestinados a praticar crimes. Não se tem dúvidas de que o meio em que o indivíduo vive induz o seu comportamento, mas não os determina, podendo somente condicioná-los. Nesse contexto, Álvaro Mayrink da Costa (1976, p. 465-466) diz que:

Nem os fatores criminológicos individuais, nem as condições ambientais econômicas e sociais são adequadas para justificar qualquer ação individual. Podem existir algumas circunstâncias nas quais os fatores individuais possam desempenhar um papel relacionado a um meio social específico (v.g., nos psicopatas, o impulso é mais por fatores individuais do que sociais). São as desvantagens sociais e econômicas que devem ser objeto de maior atenção. A delinquência não é resultante só de fatores individuais, nem tampouco de um nocivo meio social, originando-se de uma resposta individual aos estímulos do ambiente sócio-econômico que a circunda. A explicação para a ausência do sucesso de uma satisfatória explicação para a etiologia criminal ressalta da necessidade de incrementar a investigação interdisciplinar, os fatores constitucionais, psicológicos e sociais. Esta investigação multipacífica é necessária para explorar.

Verifica-se que os fatores que levam o sujeito a praticar condutas tipificadas como crime não se relacionam exclusivamente a fatores externos, nem tampouco aos fatores internos. É preciso que se investigue um conjunto de fatores, como o ambiente sócio-econômico, fatores sociais, fatores psicológicos e o ambiente em que o indivíduo se insere. Portanto, tem que haver uma investigação interdisciplinar para explicar o sentido e os fatores que levam a criminalidade.

2.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA E DA PRISÃO

Para Mirabete (2003, p.359):

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

E, neste sentido, o escritor quanto a liberdade, observa que:

Rigorosamente, no regime de liberdades individuais que preside o nosso direito, a prisão só deveria ocorrer para o cumprimento de uma sentença penal condenatória. Entretanto, pode ela ocorrer antes do julgamento ou mesmo na ausência do processo por razões de necessidade ou oportunidade. Essa prisão assenta na Justiça Legal, que obriga o indivíduo, enquanto membro da comunidade, a se submeter a perdas e sacrifícios em decorrência da necessidade de medidas que possibilitem ao Estado prover o bem comum, sua última e principal finalidade. Por isso foi ela prevista nas Constituições de 1824 (art. 179, § 10), de 1891, de 1934 (art. 122), de 1937 (art. 122, II), de 1946 (art. 141, § 20), de 1967 (art. 150, § 12) e de 1988 (art. 5º, LXII). É nesse sentido que o artigo 282 do CPP reza que, à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de

pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente, que, hoje, é apenas a autoridade judiciária (art. 5º, LXI, da CF). Mas, por permissão constitucional, pode-se efetuar a prisão sem mandado judicial nas hipóteses de flagrante (art. 5a , LXI), transgressão militar ou crime propriamente militar (art. 5º, LXI), prisão durante o Estado de Defesa (art. 136, § 3º, I) e do Estado de Sítio (art. 139, II), além de se permitir pela lei processual a recaptura do foragido (art. 684 do CPP), caso em que o recolhimento anterior era legal por ter sido ele autuado em flagrante ou por ter sido recolhido em virtude da expedição de mandado de prisão. (2003, p. 360)

A liberdade é uma característica fundamental e indispensável a todo ser humano. Mas a história nos informa que desde o início da criação, o homem se tornou perigoso para os seus próprios semelhantes.

Em um primeiro momento, adotando a concepção criacionista de mundo, o livro de Gênesis, aduz que Deus tinha contato direto e permanente com o homem. Contudo, após sua desobediência, Deus se afastou, e, com isso, começava a história das penas em que houve a expulsão do primeiro casal do paraíso após provar do fruto da árvore do conhecimento do bem e do mal, sendo a maior de todas as punições.

Alguns anos depois a desobediência do homem gerou o primeiro homicídio. Esse crime foi originado por Caim, enciumado pelo fato de que Deus havia se agrado mais da oferta oferecida pelo seu irmão Abel e traiçoeiramente o matou. Deus proclamou sua sentença diretamente a Caim e decretou que ele seria um delinquente fugitivo pela terra.

Mesmo após esses acontecimentos bíblicos, o homem não deixou de praticar crimes graves contra seus semelhantes. Deus tinha um plano inicial de que o homem enquanto ser racional teria domínio sobre todas as coisas, mas sua desobediência levou-o a afastar-se de Deus, dando ensejo da prática de comportamentos contra os indivíduos que se encontravam ao seu redor. Todo grupo social sempre possuiu regras e essas tinham que ser cumpridas, muitas vezes as pessoas que praticavam condutas que desviavam as regras de conduta da comunidade influenciavam aquelas pessoas que cometiam condutas desviantes e praticava fatos contrários aos interesses da coletividade. Era uma questão de sobrevivência de o próprio grupo ter algum tipo de punição capaz de impedir comportamentos que ameaçassem a existência do grupo.

Tomando por base o panorama histórico para a execução das penas privativas de liberdade, surgiram três sistemas penitenciários, sendo o primeiro denominado Sistema de Filadélfia, iniciado por volta de 1970, esse sistema foi adotado

primeiramente na penitenciária de Walnut Street Jail e posteriormente na Bélgica, e difundia a prática do isolamento absoluto, não existindo trabalho e não tendo os presos direito a visitas. Acreditava-se que a solução estava na dedicação integral dos presos a atividades eclesiais e a leitura da Bíblia, que propiciava a esses indivíduos um possível arrependimento. Logo após, por volta de 1818 se origina o Sistema de Auburn, nos Estados Unidos, inicialmente os presos poderiam trabalhar nas celas individualmente, passando posteriormente a fazer os trabalhos em grupos. Impunha-se a esse sistema a metodologia do silêncio absoluto, não podendo os presos comunicar verbalmente, surgindo assim entre eles outras formas de comunicação, seja através de símbolos ou outros meios como batidas na parede ou sons feitos nas caixas d'água. O Sistema Progressivo, surgido na Espanha e na Inglaterra por volta do século XIX, havendo claros reflexos desse sistema com o utilizado no Brasil, nesse período propunha a pena dividida por estágios, o primeiro durava nove meses de isolamento, logo depois desse tempo o preso era enviado a obras públicas para execução de serviço. Superado essa etapa o preso estava liberado para trabalhar em colônias agrícolas, sem que houvesse vigilância ou supervisão, nos casos de bom comportamento o apenado ganharia a chamada liberdade condicional, sem prejuízo de essa liberdade ser revogada por mau comportamento.

Partindo para uma discussão mais sociológica no que diz respeito aos estabelecimentos prisionais, Goffman (1961, p.24) afirma que:

As instituições totais são mortificadoras do eu do indivíduo, que chega ao estabelecimento com uma concepção de si mesmo auferida das relações sociais estáveis vivenciadas no seu mundo doméstico. Ao entrar, é imediatamente despido de tal apoio, começando a passar por algumas mudanças radicais em sua carreira moral, carreira esta composta pelas progressivas mudanças que ocorrem nas crenças que possui a seu respeito e a respeito dos outros que são significativos para ele.

A prisão por muito tempo foi pensada como o mecanismo capaz de satisfazer todas as finalidades inerentes a pena, principalmente reabilitar o delinquente para que este possa voltar ao convívio social. Essa afirmação diverge daquela apresentada por Foucault, segundo a qual a prisão-pena já nasceu em crise e com propostas de reforma sucessivamente discutidas ao longo dos seus três séculos de história. Em um primeiro momento, as prisões eram destinadas aos animais, não diferenciando os seres racionais dos irracionais, havendo com isso as mais diversas crueldades

com os apenados, que eram castigados, esquartejados e acorrentados nos lugares mais inóspitos, por não possuir uma arquitetura própria para as prisões. A antiguidade desconheceu a privação de liberdade, estritamente considerada sanção penal, uma vez que as prisões serviam para preservar os réus até o julgamento e a possível execução. O direito utilizado era baseado na Lei de Talião, o qual defendia a retribuição da pena, sem qualquer preocupação com o indivíduo.

Na Idade média, as sanções estavam submetidas ao arbítrio e vontades dos governantes e eram proporcionais ao status social que o apenado pertencia. As penas eram cruéis e desumanas, a amputação de braços, a força e a guilhotina eram comuns e serviam como verdadeiros espetáculos para a população que se satisfazia em ver a degradação e o sofrimento dos que desviavam as leis impostas. Havia nessa época a prisão Canônica, onde os monges e clérigos faltosos se recolhiam em prisões para que pudessem refletir sobre o motivo das suas faltas. Surgem também na idade média, as prisões do Estado. Todos os inimigos do poder real e os opositores políticos eram recolhidos em prisões para que não pusessem exercer suas manifestações de pensamento, ficando evidente que as prisões eram baseadas nos arbítrios do poder real.

Com o crescimento das cidades, surgiram as casas de trabalho e de correção, destinadas aos considerados “vagabundos”, por não possuírem trabalho e viverem a margem da sociedade e aos mendigos, que eram excluídos e tratados como indigentes. Em 1558 foi instituída a Prisão de Nuremberg e em 1595 em Amsterdã uma casa de correção para abrigar aqueles que não se enquadravam em padrões tidos como aceitos pela coletividade.

Durante os séculos XVI e XVII as mazelas sociais e a pobreza assolam a Europa. Há um aumento significativo da criminalidade, de distúrbios sociais e uma devastação da economia de muitos países. A pena de morte deixou de ser uma solução adequada para punir e passou a se adotar os estabelecimentos prisionais como medidas para punir os delinquentes. Na metade do século XVI iniciou-se um movimento de grande desenvolvimento da pena privativa de liberdade, houve a construção e organização de prisões com o intuito de proteger e corrigir os apenados por meio do trabalho e da disciplina, esses estabelecimentos prisionais tinham objetivos muito definidos, que era desestimular a delinquência.

Antes das casas de correção, surgem na Inglaterra às casas de Trabalho, com o objetivo principal de diminuir a ociosidade e propiciar aos apenados uma chance maior de ressocialização. Em 1703, foi construído em Roma o hospício de São Miguel para menores irrecorríveis, essa obra foi considerada um marco para a história das prisões pelo fato de a arquitetura contemplar um grande número de celas, o corpo nessa época deixa de ser o alvo de punições e as prisões passam a ser vistas como o mecanismo capaz de proteger e corrigir o apenado através da disciplina e da correção.

Em se tratando da pena, durante a história da humanidade, a pena aparece como manifestação da cultura e em nenhum período se afastou do homem, passando por diversas transformações ao longo dos anos. Sendo assim, as ideias sobre a finalidade da pena se associam as ideias que vão surgindo com as necessidades dos indivíduos dentro do espaço social.

Nos tempos primitivos a história nos informa que as penas tiveram origem religiosa, associando as punições e castigos ao desvio do que era tido como sagrado. A história bíblica da privação de Eva em não poder retornar ao paraíso por ela ter atentado contra a ordem de imposta por Deus, comendo o fruto proibido fez com que Deus a penalizasse trazendo rente a este fato o primeiro registro tipificado na Bíblia Sagrada como pena (MIRABETE E FABABRINI, 2006). É possível então sintetizar que a pena associada ao sagrado era tida também como uma forma vingativa, em que o agressor pelos seus instintos revidava todas as agressões sofridas, não existindo a noção de proporcionalidade, nem um juízo de justiça capaz de diferenciar os atos praticados por vingança baseado no instinto daqueles tidos como racionais.

Passados esses tempos primitivos passa-se a uma segunda vertente, o período da Vingança privada, que se baseia no que foi difundido pelo período primitivo, mas possuem algumas especificidades. Esse período é marcado pela reação como agressão, sendo essa estritamente pessoal, desencadeando assim rivalidades entre os grupos, uma vez que não se admitia a intervenção de terceiros para mediar o conflito, era um período em que a justiça era feita pelas próprias mãos, não existindo qualquer juízo de proporcionalidade.

A sociedade evolui e surge o período da Vingança Divina, onde já existia uma manipulação social de obrigar quem descumprisse as ordens a se submeter a castigos e penas cruéis. As autoridades eram tidas como personificação das

divindades, sendo seus mandamentos ditos como divinos e se descumpridos ocasionariam consequências graves, pelo fato de serem mandamentos sagrados.

Logo após desse período, vem o chamado período da Vingança Pública dando garantia da segurança dos soberanos, que baseados na pena cruel visavam à intimidação da população.

Com o passar do tempo, surge uma nova configuração da pena, baseada no homem enquanto indivíduo, ou seja, a pena visava proteger a individualização, respeitando-o enquanto ser único. Assim seria penalizado o infrator que viesse a atingir os bens de outrem, tendo a pena o caráter unicamente retributivo, sobre os pensamentos que vigoravam nesse período e, caso o indivíduo viesse a cometer qualquer delito contra alguém, “logo seria justificada sua pena porque perturbou o direito de outros”. (LISZT 2003, p.77). Diante desse processo histórico-evolutivo da pena, retira-se do ofendido o exercício da penalidade para repassá-la ao Estado, passam a valer o direito de reparação diante do crime cometido de forma imparcial, examinando de forma pacífica os fatos para melhor análise do delito, onde o poder repressivo do Estado, que considerado em si é ilimitado, se transforma em Direito Público de punir.

Na segunda metade do século XVIII, na Inglaterra, diante da quebra de paradigmas em que o ser humano passa a ser o centro das preocupações sociais e os direitos humanos ganham mais força e tomam uma dimensão mais ampla no sentido de protegê-lo, surge o Período Humanitário, em que não mais se admite penas degradantes e cruéis, voltadas a penalizar o homem de forma degradante e sem proporcionalidade, surgindo assim uma preocupação com a dignificação do indivíduo infrator. “ O estado de coisas suscitava na consciência comum à necessidade de modificações e reformas no direito repressivo”. (NORONHA, 2001, p.24). Essa quebra de paradigma é marcada pelas ideias do movimento Iluminista, pelo qual se pregava novas ideias filosóficas, morais e jurídicas, valorizando o uso da razão para dirimir o progresso da vida em sociedade.

Por consequência dos ideais filosóficos e morais do Iluminismo, evolui-se a um novo período da pena, é o chamado período Criminológico, analisando a humanização da pena, banindo qualquer tipo de pena degradante, que ferisse a dignidade do apenado, mas inova no sentido de começar a analisar a individualização da pena em relação à causa e efeito que levam o delinquente a cometer o crime. Este movimento se inicia com os estudos do médico César Lombroso, expondo suas

teorias do “crime como manifestação da personalidade humana, a figura do criminoso nato” (MIRABETE E FABBRINI, 2006, p.21). É preciso mencionar a valiosa contribuição dos estudos do médico para a evolução da pena. Esse estudioso a partir de análises antropológicas verifica caracteres biológicos e morfológicos do criminoso, investigando as causas que o levaram ao cometimento do delito, encontrando soluções para que se evite novos crimes. Surge assim nesse período, com a influência de muitos estudiosos criminalistas uma perspectiva para se alcançar a aplicação da pena, não como castigo, mas como meio de reeducar o delinquente, dando-lhe oportunidade de refletir sobre o mal que fez a sociedade e uma possível reintegração ao convívio social.

2.3 IUS PUNIENDI, ESTADO DE DIREITO E DIREITOS HUMANOS

Para a harmonização da convivência em sociedade, é preciso que se respeitem as regras básicas de comportamento, que são editadas pelos Poderes regularmente constituídos. Tomando como referência o modelo democrático e as sociedades que o adotam, é preciso notar que o poder de criar normas para regular os mais diversos comportamentos é ilimitado, mas existem limitações que devem ser observadas pelo legislador, para resguardar bens jurídicos tidos como relevantes socialmente, sendo essas normas jurídicas criadoras de direitos e obrigações.

Em se tratando das normas de natureza penal, sobressai-se o ius puniendi, que se divide em sentido objetivo, no qual o Estado, através do Poder Legislativo, mediante o sistema de freio e contrapesos, exercido pelo Poder Executivo, criam normas de natureza penal, impondo e proibindo determinados comportamentos que se descumpridos culminará em uma sanção. Já o sentido subjetivo, o Estado através do seu Poder Judiciário, executa as decisões relacionadas ao indivíduo que descumpriu o comando normativo, praticando um ilícito penal.

A punição faz parte da vida em sociedade, existindo o castigo físico, privação de liberdade, censura moral, censura da sociedade e também a censura do Estado, como ente maior, que impõe a sua vontade por meio da força, amparado no chamado “contrato social”, que todos são signatários.

O ius puniendi do Estado só tem razão de ser se enquadrado no contexto do Estado de Direito, pois é neste que encontrará sua fonte de validade. É no Estado de direito que o cidadão encontrará segurança e amparo necessários para ver resguardados os bens jurídicos tidos como mais importantes. Nas sociedades pós-modernas, o Estado passou a exercer, de forma exclusiva, o poder de punir, pautado sempre nos ideais democráticos e nas garantias individuais para garantir a proteção da ordem social. Antônio Garcia-Pablos de Molina, Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes (2009, p.209), prelecionam que:

A autoafirmação do Estado moderno como máxima instância política frente às restantes instituições sociais foi produto de um lento processo histórico paralelo ao da concentração do ius puniendi em suas mãos. Numa sociedade conflitiva, pluralista e democrática (tal como a do nosso tempo) o ius puniendi estatal pode se apresentar como instância pública capaz de resolver o conflito criminal – e as expectativas que ele gera – de forma pacífica e institucional, de forma racional e previsível, formalizada, eficaz, com escrupuloso respeito às garantias individuais, quando fracassam os mecanismos primários de autoproteção da ordem social. Só o ius puniendi estatal encontra-se em condições de assegurar a justa tutela dos bens jurídicos fundamentais, monopolizando a violência privada assim como a autodefesa.

O Estado de Direito está intimamente ligado ao surgimento do chamado Estado Liberal, e o seu conceito se relaciona a noção de um Estado de direito racional, em que o Estado baseado nos princípios da razão regula a vida em sociedade. Traçando um panorama histórico, já era possível verificar resquícios dessa concepção na Antiguidade, como ocorreu na Grécia e em Roma, assim como na Idade Média. Mas foi na Alemanha que Carl Theodor Welcker a utilizou, no ano de 1813, no sentido de uma nova espécie de Estado associado a um Estado racional, que recebeu forte influências do período iluminista. Antes de Welcker, a teorização do Estado Liberal está em Locke, ainda no século XVII. Esse Estado da razão era guiado pelo império da Lei, por isso, ninguém poderia ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de uma lei. Esse Estado pautado nos mandamentos legais não significava qualquer garantia ao cidadão, uma vez que só se conseguia vislumbrar a existência formal de uma lei, sendo a sua obediência geral e obrigatória, impondo ou proibindo determinados comportamentos. Não se discutia os desdobramentos materiais da norma jurídica, o seu alcance era meramente formal, regulando os comportamentos da sociedade, bem como os do próprio Estado.

Esse Estado puramente de Direito não conseguiu atender aos anseios sociais, que via no Estado um garantidor dos seus direitos e não um mero formulador de

mandamentos legais. Os cidadãos nesse chamado Estado de Direito, vislumbravam muitas vezes os abusos praticados pelo Estado, pois se este através do seu monopólio resolvesse editar normas contrárias ao interesse da população, estaria resguardado por esse suposto Estado de Direito. Tal concepção foi substancialmente modificada com o surgimento, a partir do século XIX, do Estado Liberal de Direito, que passou a considerar os princípios inatos a todo ser humano para combater os arbítrios dos governantes e preservar a liberdade do cidadão.

No final do século XVIII, após as revoluções americana e francesa, despertou no mundo ocidental um sentimento de transformação no comportamento dos indivíduos que começaram a se rebelar contra os governos autoritários que tinham o poder concentrado nas mãos de um tirano. A partir desse marco, o governo seria pautado nas leis, não fazendo distinção entre as pessoas, uma vez que todos estariam submetidos a um governo comum, que era o chamado “governo das leis”. Estado de Direito e Lei são, portanto, acepções que não se separam, só diferindo quanto ao alcance. A concepção de Estado Liberal de Direito irá defender a liberdade do cidadão e em um segundo plano limitar essa liberdade através de uma lei formalmente editada.

Com a finalidade de organizar o Estado, baseando em uma divisão de repartição de competências e organizar as liberdades e garantias fundamentais de cada cidadão, deverá ser incorporada no ordenamento jurídico uma Constituição que deverá nortear os Poderes, não podendo o legislador criar normas que contrariem o que está editado no diploma maior, qual seja, a Constituição. Relacionando o diploma constitucional com as normas penais é preciso que se pondere o direito fundamental de liberdade, que é inerente a todo ser humano e deve ser respeitada e de outro a pena privativa de liberdade que irá limitar esse direito fundamental, tendo que ser considerado como uma exceção.

Assim, mesmo que o Estado tenha como atribuição o poder de utilizar o seu *ius puniendi*, este deverá ser efetivado levando em conta os direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos. Uma pessoa que tenha sua liberdade cerceada e a ela seja submetida uma pena privativa de liberdade os outros direitos fundamentais não poderão ser reduzidos, tendo que se respeitar a sua dignidade, honra e integridade seja física ou moral. Haverá com isso um elo entre os direitos fundamentais previstos na constituição, sobressaindo à dignidade da pessoa

humana, como centro do ordenamento jurídico e o *ius puniendi* do Estado, pautado sempre nos ideais humanistas.

No final do século XVI, na França o cenário era de extrema hostilidade, principalmente no que se refere à supremacia do poder político. As disputas religiosas entre católicos e protestantes eram frequentes, uma vez que ambos lutavam pela unicidade da religião, exigindo do rei um posicionamento com relação a esse embate. É nesse contexto de instabilidade que o filósofo Jean Bodin difunde o seu pensamento no sentido de apontar mecanismos que tinha como objetivo impedir a desordem, conflitos de interesse e guerras religiosas. Para Bodin, percussor do conceito de soberania, a solução para essa desordem social consistia em fortalecer o poder do Estado na pessoa do monarca, fortalecendo a sociedade que estaria conseqüentemente amparada pela lei. Nesse sentido, conclui o filósofo francês que a soberania é o poder perpétuo e absoluto de uma República. Perpétuo em detrimento da vitaliciedade intrínseco ao poder do monarca, estendido aos seus sucessores após a sua morte, como também absoluto, uma vez que cabia ao monarca estabelecer e suprimir as leis.

O Estado institucionalizado não existiu desde os primórdios da sociedade. O que havia eram núcleos de poder, pautados em um núcleo de organização muito simples, baseado na estrutura familiar. A instituição Estado surge em um determinado momento histórico, atendendo a algumas determinações políticas, econômicas e sociais. Nos clássicos que retratam a teoria do Estado encontraremos o surgimento da instituição do Estado sendo associado ao desenvolvimento tecnológico aplicado à agricultura e à pecuária que ensejaram as premissas da propriedade privada. Nesse período surge uma corrente de estudos denominada Contratualista, presente no século XVII e XVIII, e explica o surgimento da instituição Estado por meio de um “Pacto Social”, firmados entre os indivíduos que ansiavam a participação do Estado para organizar o convívio social para com o Estado Soberano, para que este com todos os seus instrumentos organize as relações sociais. Dentre os autores contratualistas é possível visualizar pontos contrários no que diz respeito aos “termos do contrato”, pois enquanto Thomas Hobbes propõe um pacto de “submissão” dos indivíduos ao Poder soberano, John Locke e, de certa forma, J. J. Rousseau, tratam de um pacto de “consentimento”, ou seja, os termos

do “contrato” não estabelecem a aceitação plena e absoluta pelos indivíduos que celebraram o acordo ao poder do Estado criado pelo pacto.

Relacionando a soberania segundo a teoria do Estado, o professor Paulo Bonavides conceitua soberania como sendo um conceito histórico e relativo. E essa relatividade enseja afirmar que essa soberania vem sendo flexibilizada com o passar dos anos, principalmente se relacionarmos a globalização, que interliga as fronteiras e diminui as distâncias geográficas entre os países aproximando-os no âmbito político, econômico, social e cultural. A intensificação do processo de mundialização do capital, intensificada no início da década de 70, em um momento no qual o sistema capitalista começa a demonstrar sinais de saturação. Nesse contexto, as grandes potências econômicas passaram a adotar medidas de contenção de gastos nos custos visando uma maior lucratividade, o que ocasionou a concorrência entre as grandes empresas. Além de mudanças de cunho econômico, importantes acontecimentos políticos transformaram o cenário político com consequências diretas no chamado processo de globalização, como a queda do Muro de Berlim, em 1989 e o fim da Guerra Fria, iniciada em 1946. Assim, o processo de globalização é fator determinante para o processo de acumulação do capital, que consequentemente influi o processo de mundialização do capital financeiro, que não pode ser restringido apenas no aspecto econômico e financeiro, mas também as questões mais abrangentes na dinâmica da sociedade.

Uma das determinações mais importantes do neoliberalismo consiste na minimização da interferência estatal nas áreas da economia, passando de um Estado produtor para um Estado fiscalizador, passando a avaliar e fiscalizar a oferta pela iniciativa privada. Houve também como consequência dessa mudança de papel do Estado, a flexibilização das relações trabalhistas, dando ensejo a livre negociação entre empregado e empregador sem a interferência do Estado.

Os tratados e convenções internacionais, que tinham uma interferência sem muitas implicações na política internacional, a partir da globalização começaram a se destacar e ganhar status de constitucionalidade, passando os países signatários desses tratados a gozar de prerrogativas e a interagir de forma mais ampla na política internacional. Os governantes, bem como as autoridades compreenderam que não há como manter o conceito original de soberania, pautado na vontade de uma só pessoa. Não há sentido em um governo se manter sem a ingerência de

órgãos externos para auxiliá-lo e aplicar sanções cabíveis quando estes cometerem arbítrios seja contra os tratados internacionais das mais diversas naturezas ou nas legislações internas dos próprios Estados. O ser humano, dotado de personalidade, deve ser respeitado independentemente do país do qual faça parte. Nesse sentido, os tratados internacionais anunciarão regras para os Estados signatários que deverão ser cumpridas independentemente de estarem dispostas internamente, cabendo sanção para o Estado que descumprir essas normas.

2.2.1 A evolução dos direitos humanos

Para se traçar a evolução histórica dos direitos humanos é necessário em um primeiro momento fazer um enquadramento entre Direito natural, dignidade da pessoa humana e por fim entender os processos que levaram o homem ao centro de proteção do ordenamento jurídico. No caminhar da humanidade desenha-se um longo percurso que permeia entre a sociedade gregária da pré-história, passando pelas civilizações antigas, até a sociedade individualista e tecnológica dos dias atuais.

As sociedades primitivas foram preponderantemente gregárias, as ameaças eram advindas da própria natureza como também de outros grupos humanos, não havia espaço para as manifestações individuais, a prevalência era absoluta no que se refere as decisões do grupo. A preservação do grupo era justificção da autossuficiência, ao ponto de se desconhecer a própria noção de pessoa.

Em se tratando da civilização ocidental, aparece como expoentes máximos a figura de dois homens: Sócrates e Cristo, ambos com traços em comum no sentido de ser as suas mensagens novas e inquietantes para a sociedade. O individualismo grego, refletida em uma filosofia ocidental, não se elevou a percepção da pessoa. Dominou-a uma visão monista do real, que fazia ver na individualidade uma imperfeição. Entretanto, uma característica se expandiu nesse período foi a curiosidade pelo indivíduo humano, mais conhecido pelos estudiosos como individualismo.

Com o Renascimento, se recupera o possível legado da Antiguidade Ocidental, de que as condições para a consciencialização da potencialidade da noção se encontram reunidas. Kant colocava algo ao abrigo da sua própria crítica: a pessoa,

que lhe aparecia como um dado irrecusável, aprofunda a noção de pessoa atribuindo um valor único, a dignidade, lançando então a contraposição que perpetua os séculos: as coisas têm preço, mas a pessoa tem dignidade. A dignidade então passa a ser em relação à pessoa.

A dignidade da pessoa vai ancorar na reflexão de Kant, representando a tomada de consciência por parte da sociedade do significado principal da pessoa. A pessoa humana dentro das construções teóricas passa a ocupar o lugar central tanto na filosofia quanto no campo jurídico. A dignidade, que é um atributo, passou a ser administrada como uma substância, sendo o homem um ser com fins próprios e dotado de liberdade, e por essa característica é livre para construir a si mesmo, tornando assim um ser ético, permeado da consciência moral para as escolhas das suas opções na dinâmica social. O homem é sem dúvida, um ser social, não somente por tender naturalmente a se aglomerar, mas porque as suas realizações se concretizam para os outros ou com a ajuda destes.

Sendo assim, a pessoa sendo considerada na sua realidade ontológica é um ser cuja essência e realização o Direito serve, uma vez que a noção de pessoa é tão rica que tem que ser alocada no centro das discussões filosóficas e jurídicas, sendo considerado nessa pessoa o atributo da dignidade, que é inato a existência humana, constitui sua natureza de ser humano e conseqüentemente constitui uma cultura.

Os direitos humanos exprimem uma antinomia entre homem e sociedade. Foi necessário muito tempo para que esse conflito se tornasse um problema social. A igreja católica durante muitos séculos suprimiu a antinomia entre homem e sociedade, vendendo a máxima do homem e o reino de Deus, independente da classe social. Com a escravidão, o colonialismo e o advento do fascismo retomou-se o exame da recusa dos direitos humanos.

Levando em conta a história dos direitos humanos, essa é caracterizada pela noção de exclusividade, tendendo a funcionar em favor dos privilegiados. Com o advento da ONU e da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a noção de exclusividade desses direitos foi superada pela noção de universalidade, em que prevalece a autodeterminação dos povos. É nesse período que a democratização, a descolonização, as lutas pela ascensão das minorias ganham força na comunidade internacional. A maioria da humanidade possui aspirações que se que se traduzem no desejo de mudança de uma nova ordem mundial.

Com o advento das obrigações provenientes da Carta das Nações Unidas no sentido de respeitar as liberdades e garantias fundamentais vinculavam todas as nações a cumprir tais obrigações. Entretanto, mostrou-se necessário demonstrar a força normativa obrigatória dos direitos humanos, pela adoção de certo número de convenções que os Estados tinham a faculdade de ratificar.

Os direitos humanos antes de serem anunciados em uma constituição ou em um texto jurídico são resultado de manifestações sociais que correspondem a um determinado estado da sociedade. Desde então, os direitos humanos situam-se em um combate de ideias frente às pressões dos poderes estabelecidos. Assim, não tem como precisar a origem do pensamento relativo aos direitos humanos, Nuria Beloso Martín, distingue as três etapas consideradas como fundamentais no que diz respeito a evolução dos direitos humanos (2009, p.14-142): “Os direitos humanos pré-revolucionários (pré-história dos direitos humanos), os direitos humanos do Constitucionalismo liberal (os direitos humanos de primeira geração) e, por último, os do Constitucionalismo social”.

A universalidade dos direitos humanos fundamenta-se nas premissas da igualdade e valor de todos os seres humanos, sem discriminação. Sendo assim é mais importante preocupar com a sua efetiva proteção. Como afirma Bobbio, O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Modernamente, mais do que lutar para que sejam admitidos novos direitos que protegem o indivíduo é preciso preocupar com o respeito e a efetivação dos direitos já existentes. Portanto, tal universalidade dos direitos humanos irá se fundamentar sempre nas premissas da igualdade em dignidade de todos os seres humanos, não havendo margem para qualquer manifestação de intolerância. Haverá a valorização do homem em sua integralidade, como seu único, individual e que merece ter os seus direitos e garantias respeitados.

Na construção da evolução dos direitos humanos, estes foram advindos a partir de manifestações humanas e anseios dos povos que clamavam por direitos que os tutelassem e os protegessem dos arbítrios dos governos vigentes. Surge em um

primeiro momento os Direitos humanos de primeira dimensão em contraposição ao absolutismo monárquico, fazendo despertar um movimento de busca dos direitos naturais, inerentes a todo ser humano. Essa busca pelos direitos mais básicos, fez surgir um dos movimentos mais importantes e significativos da história da busca pelos direitos humanos: o Iluminismo, período em que grande parte dos estudiosos da época passaram a opor-se à monarquia absoluta que atacava das formas mais arbitrárias os direitos inerentes a pessoa humana. Nasce então a necessidade de se buscar direitos, que nascem das lutas revolucionárias das populações submetidas aos arbítrios dos governantes.

Os direitos de primeira dimensão são os considerados direitos de liberdade, como a liberdade de manifestação de pensamento e a liberdade de ir e vir. As revoluções levaram ao Estado liberal de direito, que passariam a ser positivados por diversas constituições, passando esses direitos a ser reconhecidos como direitos fundamentais.

A partir da nova realidade social, pautada na defesa das liberdades, passam a surgir conseqüentemente novas necessidades para que se discuta a exigência de novos direitos humanos, que passam a ser considerados de segunda dimensão, são os que pleiteiam a luta por direitos sociais, culturais e econômicos. Essa necessidade surgiu principalmente por parte da classe trabalhadora, que era injustiçada e arbitrariamente explorada pelos empresários, que viam o lucro como pilar principal da atividade econômica, sendo a pessoa do trabalhador posta em segundo plano. As desigualdades sociais eram gritantes nesse período. O século XX foi marcado pelo reconhecimento e tutela desses direitos fundamentais na constituição de muitos Estados, assim como em dispositivos infraconstitucionais. Com a normatização desses direitos, pretendia-se que o abismo social fosse diminuído e que o ser humano tivesse uma vida digna, tendo direito à educação, saúde, lazer, habitação, cultura e tantos outros direitos mínimos existenciais.

Novas necessidades fundamentais foram surgindo para a sociedade, fazendo nascer os direitos sociais de terceira e quarta dimensão. Conforme anuncia Bobbio, os direitos humanos de terceira dimensão estão em uma categoria heterogênea e vaga. Os direitos de terceira dimensão lutam para tutela de direitos tidos como coletivos, a exemplo do meio ambiente limpo e sadio; o direito a paz; ao desenvolvimento; os direitos do consumidor, dentre outros. Já os direitos de quarta

dimensão caminham junto a evolução tecnológico-científica. Foi à descoberta do genoma humano o marco desses direitos. A Conferência Geral da UNESCO, adotou no ano de 1997, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, reconhecendo assim a pesquisa sobre o genoma humano e as suas aplicações no progresso da saúde e conseqüentemente na melhoria de vida da humanidade. Essas pesquisas, por mais que sejam um marco na evolução das pesquisas tem que respeitar a individualidade de cada indivíduo, respeitar a dignidade, os direitos humanos e a liberdade.

2.3 PRINCÍPIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

As constituições quanto ao conteúdo podem ser classificadas como materiais e formais. Do ponto de vista material, a constituição seria um conjunto de normas que disciplinam a criação de um Estado e da estruturação de seus órgãos, bem como a repartição de competências, direitos e garantias dos cidadãos. Já do ponto de vista formal, a Constituição é definida como sendo o texto escrito resultante da manifestação do Poder Constituinte originário, que somente poderá ser modificado nos limites estabelecido pelo mesmo Poder Constituinte.

A Constituição Federal é sem dúvida, a norma superior de todo ordenamento jurídico normativo brasileiro e diz como devem ser produzidas as demais normas e limita o conteúdo das mesmas, condicionando-a às suas determinações. Os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito no Brasil estão localizados no título I da Constituição Federal. Assim é preciso que se evidencie a máxima de que em sede de objetivos fundamentais do Estado brasileiro, a República Federativa do Brasil buscará a construção de uma sociedade livre justa, livre e solidária, trabalhará para garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, além de promover as desigualdades sociais. Há uma estrita relação entre os princípios e objetivos elencados na Constituição com os princípios desenvolvidos no Estado Democrático de Direito, pois este é composto por princípios que traçam os contornos que lhe são próprios, mais especificamente os princípios da Legalidade, da igualdade, da Liberdade e do acesso à justiça.

2.3.1 Princípio da Liberdade

A liberdade é a faculdade natural que o homem possui de agir ou não agir, sendo responsável pelos seus próprios atos. A liberdade é um dos três princípios universais da Revolução Francesa, juntamente com a fraternidade e a igualdade, sendo assim um dos pilares básicos dos direitos humanos, inerente ao ser humano que somente pode ser privado desse direito em situações excepcionais.

Não existe, um direito absoluto de liberdade, que deve ser limitado em benefício da paz social e do bem comum. A liberdade deixa de ser absoluta, mas essa diminuição deve realizar-se em uma sociedade democrática, respeitando as leis, já que somente faz sentido privar a liberdade de um indivíduo de parte daquilo que lhe corresponde.

Os acontecimentos históricos nos informam que na maioria das vezes quem detém o poder tende a abusar, cometendo excessos e arbitrariedades. Por isso há a necessidade de limitação desse poder, prevalecendo à vontade do povo, refletida na lei. A lei é a maneira pela qual o povo, por intermédio dos seus representantes cria as regras de convivência social, como também as sanções impostas pelo descumprimento das normas. O Estado a partir dessa visão de que deve respeitar as leis, que de forma reflexa é a manifestação do povo, deixa de ser opressor para ser um representante da vontade popular, manifestada por meio de uma lei. A lei passa a ser vista como expressão da liberdade popular no que diz respeito a convivência em sociedade.

2.3.2 Princípio da Igualdade

A preocupação dos revolucionários franceses em declarar a igualdade de todos com relação à lei foi assinalada como corolário do Estado Democrático de Direito e adotada pelas constituições mais jovens e modernas, a exemplo da brasileira. Com isso, inicialmente o princípio da legalidade defende a necessidade da igualdade de tratamento de todos perante a lei, sem que haja distinções de qualquer natureza.

No que se refere à Justiça Penal, o princípio da igualdade na prática é um dos menos observados, sendo constantemente violado, não havendo uma aplicação correta desta para com a lei penal. Atualmente, mesmo se difundindo a igualdade material, em que há necessidade de se tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade, não se vê esse ideal ser aplicado, o que podemos observar principalmente nos países subdesenvolvidos e nos países em desenvolvimento é uma seletividade do Direito Penal, o qual as punições são direcionadas a um público-alvo, vale dizer, aos pobres e miseráveis. Enfim, é principalmente uma seletividade do Sistema Penal, da Justiça Criminal, mas, em alguns casos, também do próprio Direito Penal, quando se compara o tratamento dado àqueles que cometem crimes patrimoniais “comuns” com aqueles que cometem crimes tributários e previdenciários.

2.3.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade, conforme preceitua o art. 5º, II da Constituição Federal, diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude da lei”. Isso significa que uma pessoa somente está obrigada a fazer, ou proibido de fazer algo quando tiver uma lei determinando aquilo que é realmente obrigado.

Sobre a importância do Princípio da Legalidade, escreve Nilo Batista (2001, p.67):

O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da “previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado”, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do “sentimento de segurança jurídica” que postula Zaffaroni. Além de assegurar prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido à coerção distinta daquela predisposta na lei. Está o princípio da legalidade inscrito na declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Modernamente, os doutrinadores têm desdobrado princípio da legalidade em três postulados, o da reserva legal, que diz respeito às fontes das normas penais incriminadoras; o da determinação taxativa, referente à enunciação dessas normas e o da irretroatividade, que dispõe sobre a validade das leis penais no tempo. (LUIZI, 1991, p.13)

O princípio da reserva legal está disposto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, que preceitua o seguinte: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. O mesmo texto é repetido no artigo 1º do Código Penal. Pode-se afirmar que esse postulado representa a mais importante conquista de natureza política, significando, destarte, norma básica do Direito Penal Moderno.

Sobre o assunto, elenca Delmanto apud Favoretto (2012, p.83):

Seu conteúdo mostra-se “indispensável à segurança jurídica e à garantia da liberdade de todas as pessoas, impedindo que alguém seja punido por um comportamento que não era considerado delituoso à época de sua prática, em como evitando que a pena aplicada seja arbitrária, impondo a ela prévios limites.

O postulado da Taxatividade exige que as leis penais sejam claras e o mais possível precisas, proibindo, assim, as incriminações vagas e incertas. “A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na aplicação de seus elementos, inteligíveis por todos os cidadãos”. (LOPES, 1999, p.82):

O terceiro e último postulado do Princípio da Legalidade é o da irretroatividade da lei penal. A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 5º, inciso XL, que “A lei penal não retroagirá, salvo quando para beneficiar o réu”. Tendo o Código Penal disposto em seu artigo 2º, “caput”, que “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória” e no Parágrafo único que “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Para o Direito Penal, a aplicação retroativa da lei significaria a possibilidade de ser considerado crime determinado fato que não o era pela lei do tempo em que o fato se praticou. A irretroatividade da lei penal expressa, por sua vez, a exigência de atualidade da lei, que deve ser aplicada somente aos fatos praticados após a sua vigência, não alcançando os fatos anteriores.

Sendo assim, Alexandre de Moraes, assinala que tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado que, portanto, só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois é expressão da vontade geral.

Nesse sentido, com o primado da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei 16, pois como já afirmava Aristóteles, “a paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão – eis a lei”. (ALEXANDRE, 2004, p.71).

Na seara penal é ainda mais importante o princípio da legalidade, por ser a lei a única fonte do Direito Penal quando se pretende proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Vale a máxima de que tudo o que não for expressamente proibido será permitido em sede de Direito Penal. Em matéria penal, o princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais, a primeira consiste em proibir a retroatividade da lei penal; A segunda diz respeito a proibir a criação de crimes e penas através dos costumes; já a terceira função é proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas; por fim a última função é a de proibir incriminações vagas e indeterminadas.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXIX, preceitua que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, a partir desse preceito fundamental extraído da Constituição federal em que a redação se assemelha com a constante no art. 1º do Código Penal, tem-se a certeza de que ninguém será punido por um fato, ao tempo da ação ou da omissão, era tido como um indiferente penal, haja vista que não havia qualquer lei penal incriminando-o.

Buscar um Direito Penal garantista, impõe utilizar critérios de legalidade formal e material, sendo ambos indispensáveis à aplicação lei penal. A legalidade formal consiste na obediência aos procedimentos presentes na Constituição para inserir determinado diploma legal no ordenamento jurídico. Já a legalidade material sustenta que devem ser obedecidas não somente as formas e procedimentos previstos na Constituição, mas devem principalmente se exaltar o seu conteúdo, respeitando-se suas proibições e imposições, para se garantir todos os direitos fundamentais previstos na Carta Maior, qual seja, a Constituição federal de 1988.

Entender a distinção entre legalidade formal e material, faz com que surja uma outra distinção que se dá entre vigência e validade da norma penal. O conceito de vigência se assemelha a legalidade formal, e o conceito de validade se associa a legalidade material. A lei penal que for formalmente editada pelo Estado, pode transcorrido o período de *vacatio legis*, ser considerada em vigor. Porém a sua vigência não será suficiente para que ela possa ser aplicada, somente após a

verificação da sua validade conforme a Constituição é que essa lei terá plena aplicabilidade e será considerada válida no ordenamento pátrio.

2.3.3 Princípio do acesso à justiça

O homem por meio da justiça, poderá se defender dos abusos e arbitrariedades cometidas pelo Estado. O Princípio do acesso à justiça ou da justicialidade, pode ser encarado como um da manutenção do Estado de Direito, evitando que a lei seja descumprida, independente de quem a exerça. Assim, em um Estado Constitucional de Direito, que se adequa e adota o chamado “ Império das leis”, não faria sentido a exigência da legalidade se não houvesse um rígido controle sobre a sua aplicação.

O primeiro objetivo do princípio da justicialidade é tornar efetivo o controle de constitucionalidade das leis, andando juntamente com o princípio da legalidade, evitando que este seja violado, principalmente no qual trata ao seu aspecto material.

No que diz respeito ao acesso à justiça, a aplicação da lei ao caso concreto somente será legítima se houver em um primeiro plano, a preservação do juiz natural, vendando-se os tribunais de exceção. É preciso que haja publicidade dos atos processuais, garantindo as partes o contraditório e a ampla defesa e também a motivação de todas as decisões judiciais, a proibição de provas ilícitas, reconhecimento da presunção de inocência e o direito de recorrer de todas as decisões que lhe forem contrárias.

Assim, é possível afirmar que a justiça pressupõe interpretação e cada sociedade adotará regras próprias que deverão ser observados indistintamente por todos. Mas o que deverá ser sempre observado será o equilíbrio e a proporcionalidade das decisões judiciais, proporcionando a todos acesso democrático a justiça e assegurado as partes a duração razoável do processo. Isso deve também ser levado em conta no âmbito penal com respeito à ideia de pena proporcional. Contudo, esse é um dos maiores problemas enfrentados pelo Direito Penal, que é encontrar a pena proporcional, principalmente considerando a descoberta de sanções alternativas à pena privativa de liberdade.

2.4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE AO SISTEMA PRISIONAL COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO DIREITO PENAL

Em um Estado Democrático de Direito é essencial à efetivação da dignidade humana para todos os cidadãos sem qualquer distinção, uma vez que é atributo inerente a condição de ser humano e conseqüentemente necessita ser protegido.

É preciso que se evidenciem os princípios aplicáveis ao direito penal e a sua relação com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Segundo Nucci (2009, p.78):

Os princípios penais são caracterizados como constitucionais explícitos os da legalidade, em que só podem ser criados preceitos através de leis, anterioridade, retroatividade da lei benéfica, personalidade ou responsabilidade pessoal, individualização da pena e humanidade, e como princípios constitucionais implícitos os da intervenção mínima, fragmentalidade, culpabilidade, taxatividade, proporcionalidade e o da vedação da dupla punição pelo mesmo fato.

No que se refere ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, apesar de este não estar disciplinado de forma expressa como princípio do direito penal, é preciso considerar que ele é perceptível em inúmeros princípios penais, como o da humanidade e o da intranscendência. Há de se considerar que no Estado Democrático de Direito o ser humano deve ter assegurado tratamento digno por parte do Estado e da coletividade, capaz de efetivar todos os princípios expressos do direito penal, havendo uma tendência da doutrina em associar a dignidade da pessoa humana aos direitos fundamentais, refletindo na maneira de punir do Estado. Quanto à dignidade da pessoa humana que: “quem pratica homicídio, por exemplo, merecendo punição, ofendeu a dignidade da pessoa humana. Logo, todas as normas penais estão em conjunto, protegendo o respeito ao ser humano e seus valores fundamentais”. (NUCCI, 2009, p. 78).

Para se alcançar os preceitos das tendências do direito penal no que concerne a constitucionalização da Dignidade da Pessoa Humana é indispensável associar o direito de punir do Estado em confronto com a liberdade do indivíduo, uma vez que, falar em dignidade é falar em uma relação tanto com os direitos humanos quanto com os direitos fundamentais. Os Direitos Humanos, para os doutrinadores tem sua origem no direito internacional, por tratar de tratados que visam humanizar a relação entre todos, sendo essenciais para qualquer Estado Democrático de Direito, proporcionando para as populações vida digna e o desenvolvimento do ser humano

em todos os segmentos. Tais direitos são tão importantes e consagrados no ordenamento jurídico que Possui assim um legado, que traz rente ao ordenamento jurídico a equivalência dos tratados e convenções internacionais com as emendas constitucionais, dispositivo este que visa proteger a integridade e humanização das penas. Com isso, é pertinente a diferenciação entre direitos fundamentais e direitos humanos. O primeiro se refere aos direitos do ser humano circunscritos na Constituição, enquanto os direitos humanos protegem tais direitos, mas relacionado ao direito internacional, independentemente de qualquer relação com a constituição. No plano teórico, há uma nítida definição e até uma diferenciação aparente entre tais direitos, porém existe uma enorme contradição no que se refere à aplicação desses direitos no sistema carcerário brasileiro, principalmente no que toca a humanização das penas. É preciso observar que:

A dignidade é o fundamento, origem e ponto comum entre os direitos fundamentais, os quais são imprescindíveis para uma vida digna. No entanto, nem todos derivam da dignidade humana com a mesma intensidade: enquanto a vida, a liberdade e a igualdade decorrem de forma direta (derivação de 1º grau), outros são apenas derivações indiretas (derivação de 2º grau). (NOVELINO 2008, p. 249 *apud* RAMÍREZ, 1997)

O princípio da dignidade da pessoa humana tem sido discutido em todos os setores da seara jurídica, tanto quanto aos seus desdobramentos teóricos quanto a sua aplicação. Hoje em dia, a luta no que diz respeito à dignidade da pessoa humana não se restringe ao seu reconhecimento enquanto princípio norteador de todo o ordenamento jurídico, mas sim na sua aplicabilidade prática. Vale salientar que este é um princípio universal, por isso, não pode ser interpretada de maneira restrita nem minimalista.

Encontrar a origem da dignidade da pessoa humana, enquanto valor fundamental que deve ser respeitado por todos nos remete a encontrar na história uma fonte capaz de evidenciar a construção desse princípio basilar. No cristianismo encontra-se uma de suas raízes, no qual é possível encontrar nesse período a igualdade e o respeito entre homens e mulheres, como também mandamentos elucidativos contendo sentimentos como o amor e a compaixão com o próximo demonstram o verdadeiro sentido do cristianismo personificado na pessoa de Jesus, que é a base do complexo que forma a dignidade da pessoa humana. Contudo, por mais que as origens desse princípio remetam à Antiguidade, o princípio da Dignidade da pessoa humana é fruto da evolução filosófica ocidental, que tinha como fundamento a

individualidade e na liberdade e respeito à vida, tinha como fundamento a valorização do homem considerado enquanto ser único.

Passaram-se os séculos, e o período iluminista, também conhecido como século das luzes, onde a razão do homem prevalecia em detrimento dos sentimentos e subjetivismos. Assim, os séculos XVII e XVIII foram fundamentais para o efetivo reconhecimento e consolidação da dignidade da pessoa humana, como um valor máximo a ser respeitado por todos.

O século XVIII foi caracterizado pela crise da consciência europeia, centralização absoluta do poder na mão da monarquia, desigualdade social, benefícios únicos à nobreza e ao clero, liberdades civis.

A Revolução Francesa e a Independência dos EUA marcaram as reivindicações por liberdade, igualdade, felicidade e fraternidade nessa época. O governo liberal e anticapitalista equalizou empregados em relação a patrões, mulheres em relação a homens. Essas revoluções significaram o fim do sistema absolutista e dos privilégios da nobreza. Em contrapartida, a burguesia conduziu esse processo de forma a garantir seu domínio social.

A Revolução Americana significou a independência do povo enquanto a Revolução Francesa foi marcada pela pretensão de universalidade e busca de libertação do absolutismo e do regime feudal. De um lado observava-se um considerável progresso na história da afirmação dos valores fundamentais da pessoa humana, de outro, a igualdade obtida com as mudanças de governo trouxe uma forma de igualdade desfavorável à maioria, evidenciando-se na sociedade a exclusão daqueles despossuídos de riqueza. O resultado foi o de que não houve equiparação dos indivíduos e que mesmo reconhecendo alguns direitos com a Constituição Federal de 1848 somente no século XX, por intermédio da Constituição Mexicana e da Constituição de Weimar é que foram positivados os direitos sociais e econômicos.

Conceituar dignidade da pessoa humana nos tempos atuais é um grande desafio, visto que, tal conceito encontra-se no rol daqueles considerados vagos, não haverá como dar contornos precisos, por ser um conceito aberto. É um princípio que desde a sua origem está em construção, visto que ele acompanha as mudanças sociais e somente a análise do caso concreto é que irá nos permitir se houve violação a essa dignidade que é intrínseca ao homem. Para a construção do conceito de dignidade

da pessoa humana não se pode deixar de lado a diversidade histórico-cultural dos povos, uma vez que irá acompanhar as transformações e comportamentos da sociedade.

No que diz respeito ao sistema penitenciário, o desrespeito à dignidade da pessoa humana pelo Estado é intenso e generalizado. O Estado ao executar a pena não extrai as verdadeiras funções desta, que é reprová-lo aquele que praticou o delito, bem como prevenir a prática de futuras infrações penais e tenta a qualquer custo se vingar do infrator, fazendo com que este se arrependa do ato que praticou de forma perversa e desumana, remetendo a um passado sombrio em que as penas eram os mais cruéis castigos ao delinquente. O Estado deixa de observar o princípio da dignidade humana seja fazendo, como também deixando de fazer algo para preservá-la. O sistema carcerário brasileiro é palco dos mais diversos tipos de violência. Nessa confluência em face da realidade do sistema prisional Nucci (2010, p.990), defende que:

Na realidade, no entanto, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante a privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distante do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto.

É importante destacar que diante da realidade precária existente nos estabelecimentos prisionais, por não possuírem sequer equipamentos e pessoal capacitado para atender aos direitos assegurados na Lei e na Constituição, dessa forma Marcão (2010, p.54), afirma que:

Desrespeita-se, impunemente, a Constituição Federal; a Lei de Execução Penal; Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Reclusos, adotadas em 31 de agosto de 1995, pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes; Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil- Resolução n. 14, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), de 11 de novembro de 1994 (DOU de 2-12-1994); Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão- Resolução n.43/173 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, visando à humanização da justiça penal e a proteção dos direitos do homem; Princípios de Ética Médica aplicáveis à função do pessoal de saúde, especialmente aos médicos, na proteção de prisioneiros ou detidos contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; Resolução n.37/1994 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1982 etc.

Assim, no Brasil e na maioria dos países subdesenvolvidos é perceptível as diversas formas de violação do Princípio da Dignidade da pessoa humana pelo próprio Estado, que no modelo De Estado Democrático de Direito deveria observar em todas

as situações, não havendo a diligência e sensibilidades necessárias para resolver os problemas que afetam diretamente o sistema carcerário e viola frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto se faz pertinente mencionar um caso da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para ilustrar a violação dos direitos humanos e do Princípio da Dignidade da pessoa humana no que se refere a privação de liberdade.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentou perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos uma demanda contra a República do Equador, a qual se originou de uma denúncia (nº 11.273) recebida na Secretaria da Comissão em 1994. Em sua demanda, a Comissão invocou os artigos 50 e 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A Comissão apresentou esse caso com a finalidade de que a Corte decidisse se houve violação, por parte do Equador dos artigos 5 (Direito à integridade pessoal), 7 (Direito à Liberdade Pessoal), 8 (Garantias judiciais), 25 (Proteção Judicial) todos referentes ao artigo 1(Obrigações de respeitar os direitos) da Convenção em relação ao senhor Rafael Iván Suárez Rosero, como resultado da sua prisão em uma contravenção de uma lei pré-existente, da não apresentação oportuna perante um funcionário judicial após a sua detenção, a falta de uma resposta adequada e efetiva as suas tentativas de invocar garantias judiciais internas, bem como de assegurar que seria ouvido dentro de um tempo igualmente razoável no processamento das acusações formuladas contra ele.

No seu relatório à Comissão condena a prolongada detenção preventiva do Senhor Suárez e recomenda que o Governo adote medidas necessárias para sua libertação, sem prejuízo da continuidade do seu julgamento, adote as medidas que garantam o processamento completo e diligente neste caso e concedesse ao Senhor Suárez uma reparação pelos danos sofridos. A corte no julgamento do mérito a respeito dos requisitos formais, adverte que a Constituição Política do Equador dispõe, em seu artigo 22.19, inciso h, que:

Ninguém será privado de sua liberdade, senão em virtude de ordem escrita de autoridade competente, nos casos, pelo tempo e com as formalidades prescritas na lei, exceto em flagrante delito, em cujo caso tampouco poderá ser mantido preso sem mandado judicial por mais de vinte e quatro horas. Em qualquer caso, não poderá permanecer incomunicável por mais de vinte e quatro horas.

Outra parte da decisão da Corte foi no sentido de considerar que com a prolongada detenção preventiva do senhor Suárez Rosero foi violado o princípio da presunção de inocência, já que permaneceu detido de 23 de junho de 1992 a 28 de abril de 1996 e a ordem de liberdade proferida em seu favor em 10 de julho de 1995 foi cumprida apenas quase um ano depois. Por todo o exposto, a Corte declara que o Estado violou o artigo 8.2 da Convenção Americana.

Por fim, como consequência do que foi afirmado, a Corte considera que o Equador deve ordenar uma investigação para identificar e, eventualmente, punir as pessoas responsáveis pelas violações aos direitos humanos que foram declaradas nesta sentença. É evidente que no presente caso a Corte não pode dispor que se garanta ao lesado o gozo de seu direito ou liberdade violados. Ao contrário, é procedente a reparação das consequências da situação que configuraram a violação dos direitos específicos neste caso, o que deve compreender uma justa indenização e o ressarcimento dos gastos em que a vítima ou seus familiares tenham incorrido com as diligências relacionadas a este processo.

2.4.1 Acepção normativa da Dignidade da pessoa humana

Embora pareça uma tarefa difícil, é necessário construir um conceito de dignidade da pessoa, entendida esta como uma condição que integra a própria condição humana, sendo por isso, irrenunciável e inalienável. É um valor que não pode ser suprimido em razão da sua própria natureza.

Em um Estado Democrático de Direito, como objetiva nossa Constituição Federal, valoriza-se e tem como prioridade a realização do bem-estar do ser humano e a valoração da sua dignidade, sendo este um dos fundamentos da República federativa do Brasil. Sendo os direitos humanos utilizados para orientar tanto as relações do Brasil internacionalmente, quanto nas relações internas. Em um meio onde se quer a justiça nas relações do Estado com os seus particulares a Dignidade da pessoa humana é um princípio basilar. A dignidade é essência do ser humano, sendo irrenunciável, existindo ainda que o direito não a reconheça, porque é atributo inerente a pessoa humana.

Vê-se hoje no sistema uma verdadeira promiscuidade diante da falta de estrutura e superlotação dos estabelecimentos prisionais, não existindo respeito ao Princípio da Individualização da pena. Há uma mistura de indivíduos com temperamentos e diversidade na maneira com que cometeram os crimes, fazendo não concorrer à recuperação, mas sim a reincidência.

A Declaração dos Direitos Humanos, carta que traz para o ordenamento jurídico brasileiro uma gama de direitos e garantias fundamentais a pessoa humana, visando sempre a sua dignidade, assegura em seu preâmbulo princípios de igualdade entre todos os homens, além de liberdade, paz e justiça. Assegura que todos têm direito a vida, liberdade e segurança pessoal, mas em discordância desse preceito temos outra realidade, em que a segurança pessoal não é respeitada. A superlotação das prisões é o demonstrativo de que o preso tem violado direitos básicos como o da segurança, ficando vulnerável a qualquer ato de violência dos outros apenados. As crescentes brigas e mortes nos estabelecimentos prisionais é prova marcante dessa total desordem e desrespeito a segurança do preso.

O princípio de respeito ao preso considerado pela Carta Magna de 1988 busca reprimir os maus tratos, as torturas, as condições desumanas em que os presos são mantidos, além da discriminação da própria sociedade. Mas a realidade é diversa da objetivada pela Constituição. O que se observa nos estabelecimentos prisionais é a falta de respeito à dignidade e bem-estar do cidadão preso. Há uma verdadeira degradação do seu corpo e do seu psicológico. Os apenados, na grande maioria, não possuem assistência no fornecimento de alimentação de qualidade, provocando a debilidade da saúde desses indivíduos. As instalações além de insuficientes são pouco arejadas, sem estrutura que permita ventilação e iluminação adequadas, com dependências sanitárias deterioradas. Assim, o conceito da dignidade do preso deveria ser de fato, um elemento inalienável e irrenunciável, que reconhecesse, respeitasse e os protegesse, pois é inerente a todo e qualquer ser humano. Logo, o Estado, tem a função de guiar os indivíduos para preservá-la e deve criar condições para seu pleno exercício. “A prisão deve ter o mesmo objetivo que tem a educação da infância na escola e na família; preparar o indivíduo para o mundo a fim de subsistir ou conviver tranquilamente com seus semelhantes”. (MUKAD,1998, p.24)

Para que se possa refletir sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana inserido na temática do sistema penitenciário brasileiro, é necessário que se busque

na Jurisprudência das Comissões Internacionais de Direitos Humanos as discussões e desdobramentos dessa temática.

2.4.2 Relativização do princípio da Dignidade da pessoa humana: direito a uma vida digna versus sistema prisional

Partindo de uma posição doutrinária majoritária, a dignidade da pessoa humana não possui caráter absoluto, e por isso deverá ser utilizado outros princípios que servirão para interpretar e tornar efetiva a ponderação de interesse, que resultará na prevalência de um ou de outro. Percebe-se, com isso, que a dignidade como um valor individual deverá ser analisada e ponderada em cada caso concreto. Não devemos nos afastar do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, que não poderá ser alterado. A dignidade, por outro lado, poderá ser ponderada contra os próprios interesses daquele que a possui e dela poderá dispor em determinada situação, incidindo o Estado ainda que coercitivamente, a fim de preservá-la.

É preciso ressaltar que o preso, independentemente do fato por ele praticado não perde a sua dignidade e o Estado não tem o direito de viola-lo. Em se tratando da realidade do sistema penitenciário brasileiro haverá uma confluência entre a preservação de uma vida digna no interior das prisões e a realidade das prisões, em que não se assegura as condições necessárias para que o apenado possa se reintegrar à sociedade.

Podemos traçar um paralelo entre os índices de criminalidade e o modelo econômico neoliberal. Assim, o aumento da criminalidade venha a refletir diretamente a situação do momento social no qual se encontra o país, o resultado da política neoliberal, além da exploração e da perda das conquistas obtidas pelos trabalhadores, levando conseqüentemente a um grande desemprego, o que deixará a sociedade ainda mais instável, intranquilo e marginalizado, levando a um aumento da criminalidade e aumento do número de reclusos nos estabelecimentos prisionais.

O sistema penitenciário se apresenta complexo, no que se refere a sua estrutura física, uma vez que envolve vários modelos de unidades prisionais, com unidades penitenciárias e extra penitenciárias, pois para cada uma delas deve-se verificar sua

distinção, tendo o legislador definido os estabelecimentos do Sistema, destinado cada qual a um fim. Segundo D'Urso (1996, p.44-45):

Que as penas cruéis, infamantes ou inutilmente não se compadecem como os princípios de humanidade em que, no tempo presente se inspiram a Ciência e a Justiça Social, não contribuindo para a reparação da ofensa, segurança pública ou regeneração do criminoso”, conforme rezava o Decreto nº774, de 20 de setembro de 1890. Reparação da ofensa, segurança públicas e regeneração são objetivos antigos e conflitantes. O Código Penal da República lança as bases do sistema penitenciário que, ao Governo, pareceu mais conveniente adotar.

É possível inferir que ao invés de ser uma instituição destinada a reeducar o indivíduo que cometeu alguma conduta criminosa e prepara-lo para o retorno ao convívio social, a prisão acaba sendo o contrário, os estabelecimentos prisionais acabam sendo lugares de recorrentes tormentos físicos e morais, submetendo o encarcerado a terríveis castigos. Antes de ser uma instituição ressocializadora, a prisão tornou-se a indústria do crime, onde os apenados se tornam criminosos mais frios e incapazes de conviver fora do presídio.

A forma como o Estado vem mantendo as prisões, muitas vezes é mais humilhante do que a aplicação dos castigos corporais que ocorriam antes do período Humanitário. O que acontece com frequência é o não atendimento ao princípio da individualização da pena, havendo uma mistura dos indivíduos que praticaram crimes hediondos com aqueles que praticaram crimes mais leves. Não se respeita o indivíduo enquanto titular de valores, e o faz muitas vezes refém do sistema que mais corrompe do que ressocializar.

A promiscuidade interna é tamanha que com o tempo leva o preso, a perder o sentido de dignidade e honra que ainda lhe resta; isto é, em vez do Estado, via cumprimento da pena, nortear a sua reintegração ao meio social, dotando o encarcerado de capacidade ética, profissional e de honra, age de forma inversa, inserindo o condenado num sistema que viola aos direitos humanos e aos direitos fundamentais.

Segundo OLIVEIRA (*apud* COELHO 2003, p.1):

Nada mais é do que um aparelho destruidor de sua personalidade, pelo qual não serve para o que diz servir, neutraliza a formação ou o desenvolvimento de valores; estigmatiza o ser humano; funciona como máquina de reprodução da carreira no crime; introduz na personalidade a prisionização da nefasta cultura carcerária; estimula o processo de despersonalização; legitima o desrespeito aos direitos humanos.

Vale salientar que o uso do conceito de “reintegração” social ao invés de ressocialização, pois para ele esse conceito ressocialização representa um papel passivo por parte da pessoa em conflito com a lei e, o outro, ativo por parte das instituições, que traz restos da velha criminologia positivista, “que definia o condenado como um indivíduo anormal e inferior que deveria ser readaptado à sociedade, considerando esta como ‘boa’ e o condenado como mau”. (BARATTA, 1997, p.76)

Com relação ao conceito de reintegração social, tem que se abrir um processo de comunicação e reintegração entre prisão e sociedade, onde as pessoas presas se identificariam na sociedade e a sociedade conseqüentemente se reconheceria no preso. “A ressocialização não pode ser viabilizada numa instituição carcerária, pois essas convertem-se em um microcosmo no qual reproduzem-se e agravam-se as contradições que existem no sistema social”. (BITTENCOURT, 1996, p.24),

Segundo Molina (1998, p.383):

A ideia de ressocialização como a de tratamento, é radicalmente alheia aos postulados e dogmas do direito penal clássico, que professa um retribucionismo incompatível com aquela. É de fato, sua legitimidade (a do ideal ressocializador) é questionada desde as mais diversas orientações científicas, progressistas ou pseudo progressistas, tais como a criminologia crítica, determinados setores da psicologia e da psicanálise, certas correntes funcionalistas, neomarxistas e interacionistas.

Muitos setores da sociedade afirmam que o ideal ressocializador é uma utopia, não passando de um mero discurso ou declaração ideológica. Não há efetivação ao que está positivado na Lei de Execuções Penais e na Constituição Federal de 1988. As políticas carcerárias são precárias, não há respeito aos Direitos Humanos, o que há são abusos excessivos e violentos aos direitos dos presos, onde o acompanhamento social, psicológico e jurídico é insuficiente interferindo na reinserção do preso na sociedade. Baratta (1997, p.71), ressalta que:

Na atualidade o modelo ressocializador demonstrou ser ineficaz, sendo provada a sua falência através de investigações empíricas que identificaram as dificuldades estruturais e os escassos resultados conseguidos pelo sistema carcerário, em relação ao objetivo ressocializador.

Porém, “a ressocialização não é o único e nem o principal objetivo da pena, mas sim, uma das finalidades que deve ser perseguida na medida do possível”. (BITTENCOURT, 1996, p.25). Salienta também que não se pode atribuir às disciplinas penais a responsabilidade de conseguir a completa ressocialização do delinquente, ignorando a existência de outros programas e meios de controle social

através dos quais o Estado e a sociedade podem dispor para cumprir o objetivo socializador, como a família, a escola e a igreja.

A marginalização social é gerada por um processo discriminatório que o sistema penal impõe. O processo de marginalização agrava-se ainda mais no momento da execução da pena. O indivíduo que tem a sua liberdade cerceada já entra nos estabelecimentos prisionais fragilizados e marcados por estereótipos que os segregam do restante da sociedade. Quando ingressam nesses estabelecimentos encontram situações que o conduzem a delinquir novamente, não havendo instrumentos que o façam refletir a conduta criminosa que cometeram, que em tese teria a função principal de conformar o seu comportamento com o que é socialmente aceito e positivado pela lei penal. Assim, ao se falar de reinserção social, admite-se, inequivocamente, “uma atuação sobre o indivíduo-delinquente que, nem por isso, se deixa encarar como um problema que polariza em si precisamente as tensões entre a reforma do indivíduo e da sociedade” (RODRIGUES, 1982, p.27). Fica evidente que os direitos elencados na Lei de Execução Penal são violados e não há respeito das autoridades na correta efetividade desses, gerando consequências na vida do apenado, que não encontra condições mínimas para se ressocializar.

É notório que a pena desde os tempos mais antigos possuía uma desproporcionalidade em sua aplicação sendo meio de castigo para aqueles que cometessem atos contrários a moral e os bons costumes da época. Os condenados eram castigados das formas mais cruéis possível, não levando em consideração sua dignidade. Acreditava-se que quanto mais severa fosse a pena, mais efetiva seria a resposta do Estado para os que clamavam por justiça.

Com o decorrer do tempo a pena foi sendo aprimorada e em uma fase mais evoluída procurou humanizar a pena, tornando-a voltada a banir penas cruéis e castigos que atingissem a dignidade do indivíduo, em respeito aos novos princípios constitucionais que surgiram para fomentar esse espírito de dignidade humana. Surge assim, a noção de proporcionalidade da pena tendo em vista as características pessoais do apenado, bem como considerando o tipo de crime cometido.

Insta dizer que, no tempo presente, a deficiência na aplicação da pena mudou apenas de cenário, pois quando se analisa esta visão executória persistente no ordenamento jurídico, meramente punitiva, não importando a pessoa do condenado,

há por consequência, a ampliação de diversos problemas, que como exemplo na aplicação da pena privativa de liberdade, relata-se a precariedade nos complexos penitenciários, grave problema de superlotação, falta estrutural nos estabelecimentos penitenciários e falha nas assistências diversas. Mas a realidade mostrou que, tal aplicação dessas penas alternativas começou a ser ineficiente gerando outros problemas, antes não analisados, como a falta de estrutura para atribuir esta espécie de pena, devido à falta de investimento em manutenção de locais existentes e criações de novos.

Sendo assim, constata-se que a realidade é bem diferente do que preceitua as legislações, gerando uma desproporcionalidade manifesta entre o contexto atual do sistema prisional brasileiro e o que as legislações dizem como ideal a ser cumprido. Não se respeita as regras mínimas para garantia da humanização da pena e conseqüentemente afeta a reintegração do preso atingindo a sua personalidade e dignidade, características indispensáveis para a construção de um Estado Democrático de Direito. Tem que se respeitar e efetivar de forma plena tanto os direitos elencados na Constituição Federal de 1988, quanto os previstos na Lei de Execução Penal para que as ações governamentais sejam voltadas a dignidade dos indivíduos que estejam cumprindo pena em regime fechado nos estabelecimentos.

3 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O sistema prisional se configura como sendo um dos conjuntos de mecanismos de controle em que a sociedade tem disponível para punir aqueles que transgridam a lei. Com isso, percebemos o quão complexo é o sistema prisional brasileiro, uma vez que as práticas punitivas dos povos passam por constantes transformações, seguindo muitas vezes a realidade política e econômica vigente.

O cárcere surgiu sem planejamento, sendo caracterizado desde o início como sendo um local onde os seres humanos eram amontoados para só depois receberem uma punição mais severa que poderiam ser castigos físicos ou até mesmo a pena de morte. Com a evolução da sociedade, a punição se desvincula das penas cruéis e degradantes para um novo modelo de pena, que privilegia a dignidade do preso e encara a pena de morte como algo que não possui embasamento legal, nem tampouco se apoia em algum tipo de direito. Beccaria irá se opor à pena de morte, porém vários filósofos que produziam nessa época, como Kant afirmam a legalidade da pena de morte. Então é possível afirmar que as penas cruéis são condenadas pelo Iluminismo, mas o mesmo não ocorre com a pena de morte.

Assim Cesare Beccaria, por meio de sua obra dos Delitos e das penas influenciou consideravelmente a legislação penal, ao declarar e defender que a morte era inútil e não fazia sentido. Desta forma observa Beccaria, pensador do direito penal (1764, p.52):

A morte de um cidadão apenas pode ser considerada necessária por duas razões: nos instantes confusos em que a nação está na dependência de recuperar ou perder a sua liberdade, nos períodos de confusão quando se substituem as leis pela desordem; e quando um cidadão, embora sem a sua liberdade, pode ainda, graças às suas relações e ao seu crédito, atentar contra a segurança pública, podendo a sua existência acarretar uma revolução perigosa no governo estabelecido.

Beccaria defendeu em sua obra a existência de uma proporcionalidade entre as penas e os delitos, as suas ideias foram precursoras para que as penas passassem a ser proporcionais aos delitos cometidos, caminhando para o surgimento do sistema prisional com a finalidade precípua de ressocializar o infrator.

Para outros autores a concepção de estabelecimento prisional teria surgido na Idade média, pelo intermédio da igreja, que pregava a ideia de purificação a partir do sofrimento e da solidão, porque nessa condição poderia refletir sobre os erros

cometidos. Nesse sentido o juiz pernambucano Adeildo Nunes desenvolveu em sua obra as problemáticas pertencentes das prisões brasileiras, assim Nunes (2005, p.46):

Na idade média, a igreja, foi precursora na aplicação da prisão, como forma de castigo àqueles que infringissem seus preceitos, fazendo recolher os monges rebeldes ou infratores em celas individuais, onde mercê de orações e reflexos reconheciam seus próprios pecados e não voltava a cometê-los.

Realmente a ideia de estabelecimentos prisionais nos leva a refletir que este marco representou um avanço ao direito de punir. Surgiu com a necessidade de que era preciso abolir as penas desumanas e cruéis e proporcionar ao apenado a possibilidade de reinserção na sociedade, proporcionando que o indivíduo possibilidades de refletir suas condutas e tenha nesses estabelecimentos uma reforma moral capaz de viver uma vida digna fora das prisões. Nesse sentido, “os estabelecimentos penitenciários representam a evolução do direito de punir e conter os agressores do crime. A sanção penal percorreu um longo caminho histórico até chegar à condição atual, qual seja a pena privativa de liberdade”. (NORONHA, 1999, p.202)

Verifica-se que a população carcerária no Brasil aumentou consideravelmente tomando como base os dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2014, que é de 715.655 presos, o que tornou o sistema prisional degradante em todos os sentidos. É importante destacar que diante da realidade precária existente nos estabelecimentos prisionais, por não possuírem sequer equipamentos e pessoal capacitado para atender aos direitos assegurados na Lei e na Constituição, dessa forma Marcão (2010, p.54), afirma que:

Desrespeita-se, impunemente, a Constituição Federal; a Lei de Execução Penal; Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Reclusos, adotadas em 31 de agosto de 1995, pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes; Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil- Resolução n. 14, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), de 11 de novembro de 1994 (DOU de 2-12-1994); Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão- Resolução n.43/173 da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, visando à humanização da justiça penal e a proteção dos direitos do homem; Princípios de Ética Médica aplicáveis à função do pessoal de saúde, especialmente aos médicos, na proteção de prisioneiros ou detidos contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; Resolução n.37/1994 da Assembléia Geral das Nações Unidas.

Essa carência estatal para assegurar os direitos inerentes ao cidadão preso faz com que muitas vezes haja por parte do Poder Judiciário um ativismo maior, uma vez que

constitucionalmente não é de competência de o Poder Judiciário interferir ou legislar nas questões que se referem à política carcerária. Todavia, os juízes podem interferir na política de carcerária. Com isso, já há decisões dos tribunais no sentido de autorizar a prisão domiciliar e licenças domiciliares para tratamento médico, por não haver por parte da Administração pública políticas para se efetivar os direitos elencados tanto na LEP, quanto na Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, é necessário fazer uma reflexão acerca da natureza jurídica da Execução Penal. Não é possível afirmar com precisão que com o trânsito em julgado da sentença, esgotam-se a função jurisdicional do Estado. Assim, os ditames da sentença do processo de conhecimento, se não forem devidamente cumpridos pela parte vencida no processo, serão considerados ineficazes. Mas para essa questão se fazem presente os processos de execução. Neste sentido, Alfredo de Marsico (1987, p.44):

A jurisdição, em suma, é o poder exclusivo de um órgão público de apurar a violação de um direito público ou privado, para a declaração da vontade da lei e aplicação coativa das consequências cominadas para a infração ou das medidas destinadas a preveni-la.

Ada Pellegrini (2001, p.83) defende a natureza mista da execução penal e traça um conceito de jurisdição, evidenciando a tese da natureza jurisdicional:

A atividade jurisdicional é uma das funções do Estado, mediante a qual se substitui aos titulares dos interesses em conflito para imparcialmente buscar a atuação da vontade do direito objetivo (...), seja expressando autoritariamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).

A execução das sentenças, penais e não penais será provida pelo juiz competente, através de um processo, que muitas vezes será autônomo ao processo de conhecimento. A diferença se restringe na intensidade dos desdobramentos deste. Enquanto as sentenças civis, o Judiciário costuma dispor de todos os mecanismos necessários e, eventualmente irá necessitar da ajuda do Poder Executivo, principalmente pelo aparato policial, as sentenças penais que acabam condenando os réus à privação de liberdade serão na sua totalidade cumpridas em estabelecimentos que sejam especializados e mantidos pelo Poder Judiciário.

Sistematizando melhor essa situação, a singularidade não pertence a execução penal como um todo, mas sim a execução das sentenças que aplicam as penas privativas de liberdade. A pena de prisão, exige do Estado um aparato dispendioso

para manter os condenados nos estabelecimentos penais. Difere assim, as sentenças que envolvem obrigações patrimoniais, da execução da sentença penal, que acaba se protraindo no tempo.

Alguns doutrinadores defendem a natureza administrativa da Execução Penal, por serem as penas privativas de liberdade cumpridas em estabelecimentos que são geridos pelo Poder Executivo. Com relação a esta interferência de outros poderes no exercício da função jurisdicional do Estado, José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 551-552) informa que:

As várias funções devem ser separadas e atribuídas a um órgão ou grupo de órgãos também separados entre si. Isto não significa uma equivalência total entre a atividade orgânica e função, mas sim que a um órgão deve ser atribuída principal ou prevalentemente uma determinada função.

O Poder Judiciário, sendo o conjunto de órgãos especializados para desenvolver a atividade jurisdicional, pode contar com a participação dos outros poderes, quando estes estiverem com melhor aparato para a realização de determinada atividade. Há uma extrema fragilidade no argumento dos que consideram a natureza administrativa da execução penal, por isso, apesar de se defender que a execução penal é, pela sua origem, jurisdicional, há de se reconhecer que durante muito tempo ela foi tida como administrativa, passando com o tempo, a ser propriamente judicializada. Considerando qualquer dos argumentos, a execução penal é atividade jurisdicional e por isso, é indelegável e irrenunciável por parte do Estado.

Portanto, mesmo considerando a execução penal uma atividade jurisdicional, haverá a participação de outras esferas de poder para gerir o Sistema Prisional no Brasil, e o que se nota é um descaso por parte da Estado no que se refere a poucos investimentos bem como a não concretização de políticas da Administração Penitenciária.

É preciso evidenciar alguns dados para a demonstração dessa omissão estatal. Segundo dados do Infopen, entre os anos de 2000 e 2014, apesar do número de vagas ter quase triplicado nesse período, o déficit de vagas mais do que dobrou, e isso se justifica pela tendência de crescimento exponencial da população carcerária. São 375.892 vagas no sistema prisional brasileiro, sendo que as unidades prisionais brasileiras apresentam capacidades muito distintas, a média é de 265 vagas por unidade, entretanto a unidade com maior capacidade chega a 2.696 vagas. Nota-se ainda uma diferença entre as Unidades da Federação em relação ao porte das

unidades, enquanto que no Tocantins a capacidade média das unidades é de 53 vagas, com um máximo de 432 vagas em uma unidade, o Estado de São Paulo, apresenta uma capacidade média de 805 vagas, chegando a uma unidade com o máximo de 2.696 vagas. É possível ainda observar uma diferença significativa no porte nas unidades entre as regiões do Brasil. A região Sudeste apresenta a maior capacidade média das unidades prisionais, com 485 vagas, seguida da região Sul, com 317 vagas, da região Centro-oeste, com 148 vagas e, por fim, a região Nordeste, com 128 vagas. Das vagas criadas nesses últimos anos juntamente com as já existentes, cerca de 64% são destinadas a pessoas condenadas, sendo 44% para condenadas em regime fechado, 18% em regime semiaberto e 2% em regime aberto. Quase um terço das vagas é destinado a presos sem condenação, evidenciando a falta de planejamento das políticas carcerárias.

Com relação ao número de unidades da federação com profissionais de saúde por tipo de atividade nas unidades da federação em números absolutos, Minas Gerais é o estado com mais profissionais da área de saúde, 714 no total, seguido da Bahia, com 320 profissionais, todavia, no Estado de Roraima há apenas uma unidade, com apenas dois profissionais de saúde, um clínico médico e um auxiliar técnico de enfermagem.

A Lei de Execução Penal afirma que as Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais. Mas, mesmo diante dessa previsão legal é preciso averiguar se os estabelecimentos prisionais dispõem de recursos, tanto material quanto humano, para concretizar essa previsão. Aproximadamente, uma em cada quatro unidades prisionais do país não tem prestação sistemática de assistência jurídica gratuita. Em 63% dos estabelecimentos, a prestação é feita pela Defensoria Pública. Oito em cada dez unidades do Rio Grande do Norte não apresentam prestação sistemática de assistência jurídica gratuita, no Ceará, cerca de seis em cada dez. No Brasil, cerca de 36.128 pessoas estão presas em unidades prisionais sem assistência jurídica gratuita. Em números absolutos, o Estado do Rio Grande do Norte, com 5.430 pessoas, de Goiás, com 4.823, do Rio de Janeiro, com 4.150 pessoas e do Ceará, com 4.144 têm a maior quantidade de pessoas nessa situação. Portanto esses dados demonstram que mais da metade dos presos nas unidades

prisionais no Brasil estão sem assistência jurídica, contrariando frontalmente a Lei de Execução Penal.

Assim, no Brasil e na maioria dos países subdesenvolvidos é perceptível as diversas formas de violação do princípio da dignidade da pessoa humana pelo próprio Estado, que no modelo de Estado Democrático de direito deveria observar em todas as situações, não havendo a diligência e sensibilidade necessários para resolver os problemas que afetam diretamente o sistema carcerário e viola frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os apenados, na grande maioria, não possuem assistência no fornecimento de alimentação de qualidade, provocando a debilidade da saúde desses indivíduos. As instalações além de insuficientes são pouco arejadas, sem estrutura que permita ventilação e iluminação adequadas, com dependências sanitárias deterioradas. Não possuem os apenados a assistência médica adequada, disseminando nas prisões doenças contagiosas, que assolam a população carcerária, sendo inclusive questão de saúde pública, que não tem o olhar sensível das autoridades. As condições de higiene não só das celas, mas dos outros espaços demonstram o abandono dos apenados. Com isso, conforme a Lei de Execução Penal (lei nº 7.210), uma legislação complementar aprovada em 11 de julho de 1984, onde no Art. 10 desta lei considera a assistência aos presos é dever do Estado, e segue afirmando que também é de sua responsabilidade uma assistência material ao apenado, consistindo no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, a assistência à saúde do preso terá um caráter preventivo e curativo, e contará com o atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

Esse descaso se reflete em outros campos como na educação. Em tese, segundo diploma penal vigente, o apenado a partir dos estudos poderá ter a sua pena remida, incentivando com isso os estudos do indivíduo, que além de desfrutar desse benefício terá o fornecimento de conhecimentos que o auxiliarão na sua reinserção na sociedade. Porém, a realidade que se constata é contraditória, não há por parte da Administração carcerária o fornecimento adequado desse benefício trazido pela lei. O apenado que deseja estudar tem muitas vezes negligenciado esse direito e acaba ficando sem condições para obter qualquer conhecimento nesses estabelecimentos. No que se refere às práticas de incentivo para a reintegração à vida em liberdade, como nas oficinas que ensinem novos ofícios e nos trabalhos

alternativos suficientes para todos, não há a efetivação adequada. Na questão do apoio jurídico, a maioria não tem recursos financeiros e veem na esfera pública a única esperança de ajuda, deparando-se com a falta de defensores públicos e com a falta de preocupação destes para com seus casos.

Em relação ao estabelecimento do Hospital de Custódia e Tratamento psiquiátrico, explica “o que se vê na prática são executados reconhecidos por decisão judicial como inimputáveis, que permanecem indefinidamente no regime fechado, confinados em cadeias públicas e penitenciárias, aguardando vaga para transferência ao hospital” (MARCÃO, 2010, p.143). Com isso, percebemos mais uma falha na efetividade das garantias dispensadas ao apenado.

O ambiente maléfico e promiscuo das prisões também se caracteriza pela incidência de perturbações psicológicas e agressões físicas e morais. É comum a divisão de subgrupos nos estabelecimentos de reclusão, e nesses grupos prevalece à lei do mais forte, ficando aqueles que não satisfazem os interesses dos mais fortes submissos e vulneráveis aos seus desmandos. Há também por parte da própria classe pública, que corrompidos em um sistema de interesses, tratam os condenados como indivíduos inferiorizados que devem respeitar a lei dos “mais fortes” nas penitenciárias e se moldarem para sobreviver.

3.1 A FUNÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL NA ADMINISTRAÇÃO DO PROBLEMA DA CRIMINALIDADE

A função do sistema prisional é conflituosa tanto no âmbito teórico quanto no prático, onde existem discursos em dois sentidos, o dominante é no sentido de que o papel do sistema prisional enquanto instituição é o controle social se diferenciando de um outro discurso, o qual se filia no entendimento de que tem que se valorizar e criar mecanismos para a ressocialização do apenado. Contrariando essa afirmação percebemos claramente que o Estado vem optando pela criminalização da miséria, punindo os marginalizados e aumentando a insegurança social. Para Loïc Wacquant (2001, p.19), a doutrina da “Tolerância Zero”:

[...] instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda - a que se vê, a que causa incidentes e desordens no espaço público, alimentando, por conseguinte, uma difusa sensação de

insegurança, ou simplesmente de incômodo tenaz e de inconveniência -, propagou-se através do globo a uma velocidade alucinante. E com ela a retórica militar da "guerra" ao crime e da "reconquista" do espaço público, que assimila os delinqüentes (reais ou imaginários), sem-teto, mendigos e outros marginais a invasores estrangeiros - o que facilita o amálgama com a imigração, sempre rendoso eleitoralmente.

No Brasil, a chamada política da "tolerância zero" não está presente no programa do Plano Nacional de Segurança Pública, mas está nas práticas aplicadas no sistema prisional sendo que "a política de Tolerância Zero é um instrumento para controlar as camadas populares, fazendo com que a população carcerária aumente de forma astronômica". (WACQUANT, 2001, p.53)

Neste sentido, considerando todo o contexto de marginalização social, bem como a função do Estado de punir, "em muitos países do mundo, a justiça social foi reduzida à justiça penal. O Estado vela pela segurança pública: de outros serviços já se encarrega o mercado, e da pobreza, gente pobre, regiões pobres, cuidará Deus, se a polícia não puder". (EDUARDO GALEANO, 1999, p.31)

O sistema prisional é considerado como um fato social e nos é apresentado por meio de uma sociedade violenta, que se torna vítima dela própria, onde muitos indivíduos transgridam regras de comportamento e tornam suscetíveis a integrar o sistema, demonstrando que o índice de criminalidade aumenta cada vez mais e conseqüentemente aumenta o sentimento de impunidade de insegurança, que é reflexo direto de um judiciário que não age como eficiência diante as problemáticas decorrentes da execução penal.

A exclusão sócio econômica dominante na sociedade é um dos fatores de reflexão quanto a segregação de classes existente no Brasil, é nítida a constatação de que somente os que possuem mais condições financeiras tem direito a uma assistência jurídica eficiente e célere, tal situação acaba levando a uma criminalização cada vez maior dos menos favorecidos. A distância continua existindo, mas nos últimos dez anos a situação melhorou com o processo acelerado de estruturação das Defensorias Públicas, que como resultado dessa ampliação, cresceu o número de atendimentos e ações ajuizadas ou respondida. Segundo informações dos Diagnósticos da Defensoria Pública organizados pelo Ministério da Justiça, os atendimentos por parte da Defensoria ainda carecem de maior organização. Identificou-se que cerca de 20% das Defensorias Públicas não estão situadas em locais próximos a transportes públicos e 35% não estão preparadas para atender

peças com deficiência ou com algum tipo de dificuldade de locomoção. Conforme analisado, a capacidade de organização em torno de um planejamento estratégico é essencial para a maior qualidade das ações desenvolvidas pelas Defensorias e seus profissionais, notadamente, no que se refere à alocação de recursos, pessoal e universalização do atendimento. Entretanto, verificou-se a existência de deficiências importantes nessa área. Do ponto de vista formal, tanto a União quanto a maioria dos estados declaram adotar um planejamento estratégico, cuja elaboração teria envolvido a participação dos Defensores interessados, assim como do corpo gestor da instituição. No entanto, boa parcela dos Defensores Públicos afirmou não ter ciência desse planejamento e tampouco que tomaram parte na sua elaboração.

Verifica-se nesse contexto que no Brasil, o sistema prisional é reflexo de uma sociedade de marginalizados, caracterizada pela cruel segregação social, onde muitos vivem abaixo da linha da pobreza enquanto uma minoria privilegiada concentra grande parte da riqueza e goza de privilégios justamente por serem mais afortunados.

Essa situação de seletividade penal é demonstrada por Zafaroni, que sustenta (2006, p.47)

A inevitável seletividade operacional da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes) provocam uma distribuição seletiva em forma de epidemia, que atinge apenas aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo, aqueles que se tornam mais vulneráveis à criminalização por que: a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; b) sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção e c) porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo, com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo.

O resultado direto dessa segregação é o surgimento de uma massa que será excluída de muitas relações sociais, propensa a ingressar no sistema prisional por não se enquadrarem nos padrões impostos pela sociedade. É possível traçar um perfil social daqueles que ingressam nos estabelecimentos prisionais, pois são estes os que sofrerão as consequências diretas da segregação social, ficando muitas vezes a margem da sociedade, não tendo ao longo da vida oportunidades sociais, sendo essa população em sua maioria pobre, negra, analfabeta ou semialfabetizada e jovem.

Se faz por bem salientar que o Estado por meio das suas políticas públicas e a sociedade não podem negligenciar essa situação, pois os estabelecimentos

prisões estão esquecidos e carecem de um planejamento mais sério por parte das autoridades para que o apenado tenha condições de ingressar no sistema prisional e dele conseguir retornar ao convívio social. As prisões no Brasil não possibilitam ao preso a sua ressocialização. Os direitos encontrados na Lei de Execução penal não são aplicados na prática de forma homogênea. Sendo assim, Almuiña (2005, p.17) explica que:

Se o fim da prisão é a ressocialização do preso, se a experiência é que possibilita a modificação e o desenvolvimento dos valores, seria de se esperar que as prisões fossem ambientes que proporcionassem ao condenado uma gama de experiências educativas que lhe permitissem desenvolver valores benéficos à sociedade.

Sendo assim, constata-se que a realidade é bem diferente do que preceitua as legislações, gerando uma desproporcionalidade manifesta entre o contexto atual do sistema prisional brasileiro e o que as legislações dizem como ideal a ser cumprido. Não se respeita as regras mínimas para garantia da humanização da pena e conseqüentemente afeta a reintegração do preso atingindo a sua personalidade e dignidade, características indispensáveis para a construção de um Estado Democrático de Direito. Tem que se respeitar e efetivar de forma plena tanto os direitos elencados na Constituição Federal de 1988, quanto os previstos na Lei de Execução Penal para que as ações governamentais sejam voltadas a dignidade dos indivíduos que estejam cumprindo pena em regime fechado nos estabelecimentos.

3.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL

A Execução penal é uma fase do processo em que se faz valer o que está contido na sentença penal condenatória, impondo a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos ou a pena pecuniária. Nessa fase do processo o Estado visa tornar efetivo e jus puniendi, colocando em movimento a persecução penal, visando satisfazer concretamente a sua pretensão punitiva através de uma pena aplicada para aqueles que violarem a regras e normas impostas para a convivência social harmoniosa. Neste sentido, manifesta o doutrinador Capez (2007, p.17):

Pena é a sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cujas finalidades são aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua

readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida a coletividade.

Nasce assim, o poder executório penal, que é imposto de forma cogente, sustentado em uma sentença penal transitado em julgado proferida com base no devido processo legal. A lei 7.210 de 1984 é a Lei de Execução Penal e foi instituída com a finalidade de o Estado proporcionar ao indivíduo que transgrediu a norma penal sua reintegração à sociedade. Esta lei é considerada um dos melhores instrumentos legislativos em relação aos direitos e garantias do apenado, mas há uma evidente contradição com relação a sua efetividade e falta de políticas públicas prisionais voltadas para a recuperação do indivíduo que é submetido a custódia estatal.

O artigo 1º da Lei de Execução Penal aduz de forma clara que “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.” A interpretação do STF é no sentido de que:

A Lei de Execução Penal – LEP é de ser interpretada com os olhos postos em seu art. 1º. Artigo que institui a lógica da prevalência de mecanismos de reinclusão social (e não de exclusão do sujeito apenado) no exame dos direitos e deveres dos sentenciados. Isso para favorecer, sempre que possível, a redução de distância entre a população intramuros penitenciários e a comunidade extramuros. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da CF, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). A reintegração social dos apenados é, justamente, pontual densificação de ambos os fundamentos constitucionais.” (HC 99.652, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 3-11-2009, Primeira Turma, DJE de 4-12-2009).

Por isso, baseado no entendimento do STF, para a LEP alcançar os seus objetivos, o Estado deve atuar de forma eficiente, instituindo uma política voltada para a efetivação desses direitos e garantias previstos na lei, e a sociedade precisa intervir nesse contexto para que o Poder público crie programas concretos a fim de proporcionar uma vida digna ao apenado para que este esteja apto ao convívio em sociedade.

É preciso ainda ressaltar que cabe a União, privativamente, a competência para legislar em matéria de execução penal quando as regras disserem respeito à esfera penal ou processual penal. Outro aspecto é que quando estivermos diante de matéria pertinente a direito penitenciário, relacionada à organização e funcionamento dos estabelecimentos prisionais, bem como normas de assistência ao egresso e órgãos auxiliares da execução penal, a competência legislativa é da

União, mas poderá ser uma matéria concorrente entre os Estados e o Distrito Federal, conforme o art. 24. I da Constituição Federal.

3.2.2 Humanização da Execução Penal

Com o jus executions nasce para o Estado o direito de executar a pena e para o condenado o dever de submeter a ela. As consequências decorrentes da execução estão dentro dos limites constitucionais inseridos em um Estado Democrático de Direito que é o modelo adotado pelo Brasil. Neste sentido, a Execução Penal é uma atividade complexa que envolve o conjunto de direitos e deveres do Estado e do condenado, de tal modo que, além das obrigações impostas pela lei que decorrem da sua situação particular, o condenado se submete ao conjunto de normas, que anunciam os deveres durante o cumprimento da pena e também surgem as obrigações do Estado, o qual deve firmar as suas políticas para a recuperação e o retorno digno do apenado à sociedade. Neste sentido, de não se excluir os presos do convívio social e se efetivar os direitos do preso, Mirabete observa que (2002, p.110):

O princípio inspirador do cumprimento das penas e medidas de segurança de privação de liberdade é a consideração de que o interno é sujeito de direito e não se acha excluído da sociedade, mas continua formando parte da mesma e, assim, nas relações jurídicas devem ser impostas ao condenado tão-somente aquelas limitações que correspondam à pena e à medida de segurança que lhe foram impostas.

Paralelamente a esses deveres, existem direitos que são negligenciados pelo Estado e acabam distanciando do verdadeiro sentido da execução da pena e violando não só as legislações infraconstitucionais que dizem respeito ao tema, mas também, o não cumprimento dos direitos e garantias previstos expressamente na Constituição Federal de 1988, uma vez que com a colocação do Princípio da Dignidade Humana como norteador do ordenamento jurídico, o apenado deixou de ser mero sujeito e objeto do direito penal e passou a ser a pessoa de direitos e obrigações em um sentido amplo, tendo que ter os seus direitos assegurados de forma digna. Assevera o doutrinador Antônio José Miguel Feu Rosa (1995, p.83):

Em outros tempos a mera condição de preso importava na perda de todos os direitos. O preso perdia todos os seus bens, sua família, toda e qualquer proteção da lei, e, como condenado, passava a não ter direito algum. Hoje o

preso deixou de ser objeto do Direito Penal para ser pessoa do Direito, num sentido amplo.

Com relação a pena privativa de liberdade, a Constituição Federal de 1998, não anuncia de forma expressa questões relacionadas a custódia, mas analisando os seus dispositivos verificamos que as garantias fundamentais presentes no texto constitucional devem ser observadas, conforme pondera Sidnei Agostinho Beneti (1996, p.59):

A Execução Penal deve respeitar os direitos fundamentais que, em decorrência da Constituição Federal, são assegurados aos presos. Nesse rol há direitos dos presos e direitos comuns dos cidadãos, com os quais também os presos se protegem que dizer, direitos não próprios dos presos, mas que o amparam, em decorrência da enumeração básica do art. 5º da Constituição Federal.

É de fácil percepção que o apenado durante o cumprimento da pena é dotado de proteção decorrente dos reflexos do Princípio da dignidade humana que garante os limites da liberdade individual presente tanto no texto constitucional como no Tratados Internacionais que versem sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil e protegidos no parágrafo 2º do art. 5º, da Constituição Federal, que possuem hierarquia constitucional conforme dispõe o parágrafo 3º do art. 5º, Carta Constitucional, conforme expressamente se apresenta: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

A pena privativa de liberdade, nesse contexto deve se basear no princípio da humanidade, sendo vedada qualquer tipo de punição cruel ou degradante e que seja contrária ao princípio da legalidade, uma vez que tanto a Lei de Execução Penal quanto a Constituição Federal preveem direitos aos sentenciados que devem ser respeitados.

O que tem ocorrido na realidade é uma constante violação dos direitos e garantias legais presentes na execução da pena privativa de liberdade. O preso quando ingressa nos estabelecimentos prisionais, não está somente perdendo o seu direito de liberdade, mas também todos os outros direitos fundamentais que não foram atingidos pela sentença penal, sendo submetido aos mais variados castigos que levam a uma degradação tanto física quanto psicológico do apenado, levando a perda da sua dignidade, em um processo que não oferece ao apena as mínimas condições para uma vida digna e de se preparar para o seu retorno à sociedade.

Neste sentido, a Lei de Execução Penal se torna ineficaz, se reduzindo a uma verdadeira “carta de intenções” de um suposto idealismo normativo com resultados práticos que não condizem com a realidade.

3.2.3 Aplicação da Execução Penal ao preso provisório

Em se tratando do preso provisório, se o réu é cautelarmente detido, seja por prisão preventiva, prisão em flagrante e prisão para recorrer, antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória e ficando recolhido em algum estabelecimento prisional, ainda que seja separado dos demais presos condenados, deve ser submetido as normas que regem a execução penal, quando compatíveis com a natureza da sua prisão.

Tem direito de ter respeitadas as suas integridades física e moral, bem como a assistência estatal que o preso definitivo possui, como alimentação, vestuário e assistência médica. Tiveram alguns direitos e enfoques que foram surgindo com a jurisprudência, como a possibilidade de o preso provisório trabalhar, tendo direito a utilizar o instituto da remição, assim como exercendo o direito à progressão de regime.

O Art. 105 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984) estabelece de forma imperativa que: “Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”. Com isso, se deduz que o trânsito em julgado da condenação se traduz em um título executivo judicial para que se dê início a execução da pena privativa de liberdade. Nesse sentido “A Lei nº 8.038/1990 ao determinar que os recursos excepcionais tenham efeito meramente devolutivo, contraria esse preceito. Não obstante, trata-se de norma inconstitucional e, por isso, não produz efeitos”. Ademais, os preceitos que estão presentes na LEP se sobrepõem nos sentidos material e temporariamente também, como dispõe o artigo 637 CPP. (MESQUITA JUNIOR, 2005, p.230)

Contudo, o art. 2º, parágrafo único da Lei de Execução Penal, quando se refere ao preso provisório, admite a possibilidade da execução provisória. Mas para haver a compatibilização com a ordem constitucional e, portanto, ser válido deverá se referir

somente as prisões processuais, que sejam revestidas de cautelaridade, evitando injustiças aos presos. Se o réu é provisoriamente detido, terá a sua integridade física e moral asseguradas, além de ser abrangidos pelos mesmos direitos dos presos definitivos. No caso de advir uma condenação definitiva irá se aplicar a detração prevista no art. 42 do Código Penal.

Contudo, a aplicação da Lei de Execução Penal ao preso provisório não irá ditar a antecipação da Execução da pena, como nos termos descritos acima, mas também a garantia de todos os direitos, como o de visita, ao preso. Além disso, existe um tipo de execução provisória da pena que interessa ao réu, quando o juiz nega ao preso o direito de recorrer em liberdade, por entender presentes os requisitos da prisão preventiva, o réu pode ser colocado no regime da sentença enquanto aguarda o trânsito em julgado, se não houver recurso da acusação.

3.3 OS REGIMES E OS ESTABELECIMENTOS DE EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

O Código Penal brasileiro elenca três regimes para a execução penal privativa de liberdade: o fechado, semi-aberto e aberto. O condenado poderá progredir ou regredir de um regime para o outro levando em conta o seu comportamento e outras variáveis dentro do estabelecimento prisional. Assim, o art. 112 da LEP diz que:

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

3.3.1 Regimes prisionais: aspectos gerais

Para adentrar no tema regime de cumprimento de pena é preciso esclarecer o conceito de pena, bem como os princípios que a fundamenta. “a pena é a imposição do Estado como consequência da prática de uma conduta definida como crime, que consiste na privação de bens jurídicos com a finalidade de reabilitar o criminoso ao

convívio social, bem como trazer como resultado a prevenção de novas práticas ilícitas”. (GONÇALVES, 2012, p.124)

O cerceamento do direito de ir e vir de um indivíduo se dá com a aplicação da pena privativa de liberdade e por ser esse um bem jurídico de expressivo grau de importância foi necessário criar mecanismos para que essa restrição à liberdade do indivíduo não fosse aplicada de maneira arbitrária pelas autoridades competentes.

Nesse sentido foram criados princípios constitucionais para fundamentar a aplicação das leis penais na execução da pena, como: o Princípio da legalidade, que diz que a pena deve estar prevista em lei vigente à época da prática do fato delituoso; O Princípio da Individualização da pena, no sentido de que a lei deve regular a pena de acordo com a culpabilidade e as características pessoais do acusado, sendo incomunicáveis as condições de caráter pessoal, salvo quando as elementares do crime, baseado no artigo 30 do Código Penal incidir; O Princípio da pessoalidade ou intranscendência, sendo a pena aplicada exclusivamente ao criminoso, não pode ultrapassar a pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens, conforme os termos da lei, ser estendidas aos sucessores e contra eles executadas até o limite do valor do patrimônio transferido, com base no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal; O Princípio da Vedação a pena de morte, penas cruéis, de caráter perpétuo ou de trabalhos forçados, conforme menciona o artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal e por fim o Princípio da Proporcionalidade em harmonia com o artigo 5º, inciso XLVI e XLVII, da Constituição Federal, a pena será cumprida em estabelecimentos distintos de acordo com a natureza do delito praticado, a idade e o sexo do apenado, haverá enquadramento e adequação da necessidade do caso concreto com a norma penal, levando em conta a dignidade do apenado, alcançando pena compatível com a conduta e as consequências do delito.

3.3.1.1 Regime fechado

O condenado no regime fechado fica isolado do meio social e privado da sua liberdade de locomoção, uma vez que é submetido a permanecer em um

estabelecimento prisional e cumprir a sua pena isolado do mundo exterior. Esse regime é aplicável aos condenados à pena de reclusão ou preso provisório. Vale destacar que a pena de reclusão é mais gravosa que a pena de detenção, pois incide e visa punir condutas mais graves, devendo ser cumprida em estabelecimento de segurança média ou máxima. (GONÇALVES, 2002, p.125)

Embora o Código Penal não tenha definido o que se entende por estabelecimento de “média” ou “máxima” proteção quis o legislador se referir aos estabelecimentos prisionais fechados, ou seja, as mais conhecidas penitenciárias, as quais acabam sendo destinadas os presos mais perigosos e que geralmente cometem os crimes que são punidos mais duramente pelo Direito penal. Nesse sentido afirmam, Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2006, p.176):

O regime fechado caracteriza-se pela limitação das atividades em comum dos presos e por maior controle e vigilância sobre eles. Devem cumprir pena nesse regime os presos de periculosidade extrema, assim considerados na valoração de fatores objetivos: quantidade de crimes, penas elevadas no período inicial de cumprimento, presos reincidentes.

O regime fechado será aplicado aos condenados com pena superior a oito anos e, levando em consideração o artigo 34 do Código Penal, o condenado será submetido ainda no início do cumprimento da pena ao exame criminológico com a finalidade principal de individualizar a execução da pena. Nesse exame, o condenado conforme dispõe o artigo 5º da Lei 7.210 de 1984 será classificado conforme a sua personalidade e antecedentes, além de se analisar as circunstâncias do crime em consonância com o artigo 59 do Código Penal. O exame criminológico será realizado por uma comissão técnica multidisciplinar, composta por um psiquiatra, dois chefes e serviço e um assistente social quando estivermos diante de um condenado submetido a pena privativa de liberdade. A finalidade dessa comissão é a de elaborar um programa individualizador adequada e proporcional ao condenado ou ao preso provisório.

O apenado cumprirá sua pena em cela individual, que conterà dormitório, aparelho sanitário e dormitório, em uma área que deverá ter no mínimo seis metros quadrados e possuir salubridade com relação aos fatores ambientais e de higiene adequadas a existência humana. Com relação as mulheres e os apenados maiores de 60 anos, segundo o código penal, esses deverão cumprir suas penas separadamente, recolhidos em estabelecimento próprio, adequado as suas condições pessoais.

O condenado fica submetido ao trabalho durante o dia e no período noturno fica isolado em repouso. O trabalho para o condenado é obrigatório por força do artigo 50, inciso VI da Lei 7.210 de 1984, o seu descumprimento será considerado falta grave e sempre será levado em conta as particularidades físicas e habilidades técnicas do apenado. Mas ao preso provisório, o trabalho não é considerado obrigatório, só havendo a opção de trabalhar no interior do estabelecimento. No entanto, a realidade carcerária do regime fechado constitui uma verdadeira negativa do programa do legislador, tendo como referência que o trabalho interno comum é privilégio de poucos condenados; o trabalho externo em serviços ou obras públicas é raríssimo; e o isolamento durante o repouso noturno é excluído pela superlotação carcerária. (JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, 2007, p.519)

Ainda referente ao trabalho, é admitido nesse regime o labor realizado fora dos estabelecimentos prisionais em serviços e obras públicas, realizadas por órgãos da Administração direta ou indireta e entidades privadas desde que o preso possua aptidão, disciplina e responsabilidade, além do requisito objetivo de ter cumprido um sexto da pena. Quando os presos forem trabalhar fora dos estabelecimentos, as autoridades competentes deverão tomar medidas para evitar a fuga dos presos e ações a favor da disciplina. Esse trabalho será remunerado, assim como os outros exercidos pelo indivíduo, sendo-lhes garantido os benefícios da Previdência Social, conforme dispõe taxativamente o artigo 39 do Código Penal.

O regime fechado, caracteriza-se também pelo maior controle e vigilância dos condenados e abriga os presos de maior periculosidade, tendo como finalidade principal a reinserção do delinquente à sociedade. Porém, o que se verifica é que os estabelecimentos prisionais brasileiros não cumprem com a função que lhes foi destinada pelo legislador, ferindo as condições básicas anunciadas pelo artigo 88 da LEP.

Com isso, nota-se que existem inúmeros problemas ligados as prisões no Brasil, uma vez que a prisão não possui condições de recuperar o condenado para a sua vida em sociedade. Por isso, afirma Valdir Sznick (2001, p.257) que sabidos são os males da prisão e hoje quase todas não passam de “depósitos de presos”. No entanto, a prisão continua sendo o remédio doloroso de que dispõe o Estado para sancionar o infrator da lei penal. (LEAL, 2002, p.111).

3.3.1.2 Regime semiaberto

Para tratar do regime semiaberto é preciso falar da progressividade dos regimes prisionais, uma vez que no regime semiaberto, além de ser inicial para alguns presos, pode ser alcançado por meio da progressão de regime, ou da regressão para quem começou no regime aberto.

A progressão de regime consiste na transferência do preso de um regime mais rigoroso para um mais brando, desde que estejam preenchidos alguns requisitos legais.

Segundo o autor Adeildo Nunes (2014, p.100-116):

A progressão de regime é pressuposto essencial para essa reintegração, pois a lei estabelece que esse retorno à sociedade devas ser realizada aos poucos, pois saindo do fechado para as ruas, certamente essa ideia seria frustrada, o que é uma realidade, é assim, pois, que depois de determinado tempo de cumprimento de pena, dependendo do comportamento carcerário de cada um, o benefício pode ser concedido, nesse caso, o preso é transferido do regime fechado para o semi-aberto ou do semi-aberto para o aberto, de modo a facilitar seu retorno à sociedade.

Vale ressaltar que a progressão de regime não se opera automaticamente, é necessário requerer em juízo após o cumprimento dos requisitos legais. Qualquer pessoa interessada, e que possua capacidade para o ato poderá requerer a progressão de regime.

Para a concessão desse benefício é preciso que o apenado preencha o requisito objetivo e subjetivo. No primeiro, o reeducando deverá cumprir o lapso temporal necessário previsto em lei, de acordo com o crime cometido e as condições pessoais do agente.

O dispositivo do art. 112 da Lei de execução penal determina que os presos condenados por crimes comuns, devem cumprir no mínimo 1/6 da pena total para progredir de um regime mais rigoroso para um regime mais brando, desconsiderando as condições do agente.

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

Com relação aos crimes hediondos, sendo primários, terá que cumprir no mínimo 2/5 da pena e os condenados reincidentes em crimes hediondos deverá cumprir 3/5 da pena para concessão desse benefício.

Já no que se refere aos requisitos subjetivos, será necessário que o preso apresente bom comportamento carcerário para atingir a progressão de regime, não podendo ter cometido nenhuma falta grave no estabelecimento prisional.

Portanto, exige o art. 112 da LEP, tão somente, o cumprimento de um sexto da pena (requisito objetivo) e o atestado de boa conduta carcerária (requisito subjetivo). A presença de ambos (integralmente cumpridos no presente caso) é o que basta para a progressão.

Aplicar-se-á o regime semiaberto aos condenados que não sejam reincidentes, cuja pena seja superior a 4 anos e inferior a 8 anos. A pena de detenção ou prisão simples será cumprida em regime semiaberto ou aberto e poderá também o apenado ser submetido a exame criminológico, de acordo ao artigo 35 do Código Penal. Explicando esse regime afirmam Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2006, p.176) que “há condenados a penas de média ou curta duração que têm, desde logo, aptidão para o regime semiaberto, sendo desnecessário seu recolhimento inicial em regime fechado”.

De acordo com Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2006, p.177), no regime semiaberto:

[...] a preocupação com a segurança é menor do que a prevista nas penitenciárias, fundando-se, principalmente, na capacidade de senso de responsabilidade do condenado, estimulado e valorizado, que o leva a cumprir com os deveres próprios de seu status, em especial, o de trabalhar, submeter-se à disciplina e não fugir.

Dessa forma, é preciso afirmar que nesse regime não há a necessidade de segurança muito extrema, uma vez que, os presos podem se movimentar com certo grau de liberdade. Em contrapartida, o sentido de responsabilidade desse regime deve ser enfatizado, pois possui como finalidade primordial, o trabalho do condenado para que este ocupe seu tempo útil produzindo de forma útil e não fique ocioso. O condenado ficará sujeito a trabalho em comum durante o período do dia em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e no período noturno deverá ser recolhido. É perfeitamente possível o trabalho externo, bem como a

frequência a cursos profissionalizantes, de segundo grau ou superior, conforme se extrai do artigo 35, parágrafo 2º do Código Penal.

O preso submetido a esse regime ainda terá direito a saída temporária do estabelecimento sem vigilância direta, quando a solicitação for no sentido de se visitar a família, frequentar curso supletivo para formação acadêmica e participação de atividades que o juiz entenda como válidas para a reinserção do apenado ao convívio social. Não poderá ultrapassar o prazo de sete dias, renovável quatro vezes por ano, com prazo mínimo de quarenta e cinco dias entre uma e outra. O juiz de execução que dará essa autorização e a sua decisão deverá ser motivada, ouvidos o Ministério Público e a Administração Carcerária. A obtenção desse direito dependerá do cumprimento de alguns requisitos, como: comportamento adequado, cumprimento de no mínimo um sexto da pena se for primário e de um quarto se for reincidente.

Enfim, o regime semiaberto se caracteriza como sendo um regime intermediário com relação aos regimes fechado e aberto e este possui como principais peculiaridades o trabalho comum interno e externo durante o dia, com recolhimento noturno e pela permissão concedida pelo juiz da execução penal para o apenado frequentar cursos profissionalizantes.

3.3.1.3 Regime aberto

Será aplicado o regime aberto ao condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, o qual poderá cumpri-la desde o início nesse regime. Deverá ser cumprido em casa de albergado ou estabelecimento adequado, e o recolhimento do preso somente se dará no período noturno e nos dias de folga. O regime aberto, explicam Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2006, p. 178), “[...] constitui-se em uma modalidade ou espécie do gênero prisão aberta, ou prisão noturna ou na semi-liberdade” e funda-se:

Na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado [...]. Este deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. [...].

Igualmente entende Juarez Cirino dos Santos (2007, p.520), ao dispor que:

O regime aberto tem por fundamento a autodisciplina e o senso de responsabilidade do condenado [...] e se caracteriza pela liberdade sem restrições para o trabalho externo, frequência a cursos e outras atividades autorizadas durante o dia e pela liberdade restringida durante a noite e dias de folga [...]

Para que o condenado cumpra a sua pena no regime aberto é necessário que além do cumprimento dos requisitos objetivos e subjetivos, há a necessidade da aceitação do programa e das condições imposta pelo juiz, conforme anuncia o artigo 113 da LEP.

É preciso dizer que o regime aberto, em regra deverá ser cumprido em casa de albergado ou estabelecimento adequado para tal medida. Porém, os condenados que se encontrem abarcados nas hipóteses do artigo 117 da LEP poderão cumprir a pena na sua residência. O juiz que irá determinar essa conversão somente nas hipóteses taxativas do artigo mencionado. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça já tem entendimento no sentido de que se o sentenciado tem o direito ao regime aberto e encontra em situação tal que esteja impedido de exercê-lo por falta de local apropriado poderá perfeitamente cumprir a pena em prisão domiciliar, pois nesse caso fica evidente a omissão do Poder Público em construir ou adaptar os estabelecimentos dos quais a lei faz referência, não poderá prejudicar o sentenciado ou submeter-lhe a um regime mais gravoso do que aquele que lhe é garantido pela lei.

3.3.2 Estabelecimentos prisionais

Conforme o artigo 82 da LEP, os estabelecimentos prisionais serão destinados ao condenado definitivo, ao submetido a medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.

Para o melhor entendimento do tema, é preciso que se traga a comparação entre os mais modernos estabelecimentos carcerários como Walnut Street Jail, na Filadélfia (1829); Auburn, Nova York, em (1817); e o sistema da Pensilvânia, todos nos Estados Unidos da América. Consideram-se modernos porque instalam a disciplina, removem a tentação da fuga e reabilitam o ofensor. No sistema de Auburn, os prisioneiros dormem em celas separadas, mas trabalham, durante o dia, em

conjunto com os demais prisioneiros. Já o sistema da Pensilvânia, o ofensor é isolado durante todo o período do confinamento.

Deste modo, é possível afirmar que, os sistemas são baseados na premissa do isolamento, na substituição dos maus hábitos, da preguiça e do crime, submetendo o preso a penitência para que se encontre apto ao retorno junto a sociedade. Há a exigência de segurança e disciplina no interior das prisões, onde deverá haver uma correta coerção e supervisão por parte do Estado, controlando o nível de liberdade dos apenados. Assim, para Thompson (1998, p.96):

- I. Dada a exigência de segurança media e máxima, não se pode esperar que o regime funcione como agente reformador
- II. Dada a exigência de segurança, não se pode encontrar um nível de liberdade interna capaz de, automaticamente, assegurar a disciplina. Necessariamente, terá de haver supervisão e coerção.
- III. Dadas as exigências de segurança e disciplina, não se poderá definir o papel do funcionário comum como sendo também o de amigo e conselheiro do preso.

Entretanto, esse comentário trazido pelo autor irá adentrar nos moldes e padrões internos do equilíbrio e a estabilidade do sistema, colocando na balança, o poder do preso e o poder estatal, propondo que o agente penitenciário, não se envolva emocionalmente com o preso, tendo em vista que será considerado o que este terá o poder da coerção, quando for necessário.

3.3.2.1 Penitenciária

A penitenciária destina-se, conforme o artigo 87 da LEP, destina-se ao condenado à pena de reclusão em regime fechado. Podem ser de segurança máxima ou média, conforme preceitua o artigo 33, parágrafo 1º, letra a. O apenado que ingressar nesse estabelecimento deverá ser alojado em cela individual, com área mínima de seis metros quadrados, contendo dormitório, aparelho sanitário e lavatório (artigo 88 da LEP).

O Ministério da Justiça classifica as penitenciárias em Segurança Máxima Especial e Segurança Média ou Máxima. As primeiras se referem a estabelecimentos prisionais destinados a abrigar pessoas presas com condenação, colocados exclusivamente

em celas individuais. Já as segundas, são destinados a abrigar pessoas presas com condenação em regime fechado, dotados de celas individuais e coletivas.

3.3.2.2 Colônias agrícolas

A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar irá se destinar, conforme o artigo 91 da LEP, ao cumprimento da pena em regime semiaberto e se caracteriza pela inexistência de grades, muros, cercas elétricas ou guardas armados para evitar a fuga do preso.

3.3.2.3 Casa do albergado

A casa do Albergado destina-se, segundo o artigo 93 da LEP, ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto, bem como da pena de limitação do final de semana. O condenado fica recolhido somente no período noturno, nos domingos e feriados. O apenado poderá exercer normalmente o seu trabalho, no caso de estar exercendo algum.

Esse estabelecimento não possui nenhum tipo de vigilância direta, isso porque o condenado demonstra senso de autodisciplina e de responsabilidade. A construção desse estabelecimento foi pensada de modo a permitir que esta não possua características de estabelecimento prisional.

3.3.2.4 Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP)

O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, conforme o artigo 99 da LEP irá ser destinado aos inimputáveis e também aos semi-imputáveis. É nesse estabelecimento que estão as pessoas submetidas à Medida de Segurança, que conforme relatório médico poderão ser internados ou realizar o tratamento ambulatorial.

3.3.2.5 Cadeia pública

O artigo 102 da LEP, a cadeia pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios, que ainda estão sem condenação, como aqueles que estão com prisão preventiva ou temporária decretada pela Justiça criminal. Esse estabelecimento também pode ser chamado de presídio e será sempre de segurança máxima.

4 A FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL

Em se tratando do Brasil, é possível inferir que este encarcera mais pessoas do que qualquer outro país da América Latina. Segundo dados divulgados pelo Ministério da justiça referentes ao primeiro semestre de 2014, em números absolutos, o Brasil alcançou a marca de 607.700 presos, atrás apenas da Rússia, com 673.800, da China, com 1,6 milhões e Estados Unidos, com 2,2 milhões. Quando se compara o número de presos com o total da população, o Brasil está em quarto lugar, atrás apenas da Tailândia, Rússia e Estados Unidos. Segundo dados do Infopen e do relatório divulgado pelo Ministério da Justiça, a população carcerária aumentou 80% em números absolutos, ocasionando problemas nesse sistema e que requer consequentemente soluções correspondentes. Os Direitos Humanos são desrespeitados corriqueiramente nas unidades penais, afetando os apenados e suas famílias, principalmente no que se refere à indiferença da sociedade para com o que ocorre nos estabelecimentos prisionais, tendo como principal motivo o pensamento de que os apenados são “marginais”, e não devem ter direito a preservação de suas vidas e a integridade física.

A política carcerária atualmente é regulamentada pela Lei de Execuções Penais, a Lei nº 7.210 de 1984, que determina como deve ser executada e cumprida a pena privativa de liberdade e a restritiva de direitos. Essa lei ainda contempla os conceitos tradicionais da justa reparação, do caráter social preventivo da pena e a ideia de reabilitação, ainda aponta os direitos e deveres dos reclusos, dentre outros.

A realidade da política carcerária brasileira é arcaica e ultrapassada. Os estabelecimentos prisionais não são adequados a acomodar a quantidade de pessoas que comporta, e não possuem as mínimas condições para oferecer os serviços básicos aos apenados, transformando a vida do recluso em um martírio, onde na maioria das vezes irá viver amontado a outros, em celas totalmente sujas, úmidas e sem higiene. O cotidiano no interior dos estabelecimentos prisionais é permeado de conflitos, violências, saudosismo e depressões, que se manifestam das mais variadas formas. Mas esse cotidiano também é marcado por normas e relações de poder que limitam e proíbem o exercício de muitas atividades a ser desempenhada pelos reclusos.

O fato é que considerando o contexto do sistema penitenciário brasileiro “a preservação da vida, essência primeira e fundamental da própria natureza, é o objetivo primordial do homem” (BUSSINGER, 1997, p.13), não é um direito efetivado, nem mesmo estabelecido. Assim, o que fica claro nesse modelo de prisão é a ideia da violação dos direitos humanos dos que estão presos e conseqüentemente, por estarem nessa situação a sociedade acredita que eles não merecem a atenção do Poder Público.

A violência no Brasil ainda é tratada e veiculada tanto na mídia quanto nos diversos meios da sociedade como mero caso de polícia, em que se reitera sempre que lugar de bandido é na cadeia e que a grande falha do Estado é a sua incapacidade de prender os “bandidos” e de mantê-los presos. O clamor por mudanças nas leis do país aumenta o rigor das autoridades no trato com os que transgridam a lei, e nos faz questionar acerca da efetividade dos direitos humanos. Assim, Varella (2002, p. 105), diz “se as leis são ineficientes para conter a escalada do crime em nossas cidades, não se trata de mudá-las simplesmente, mas, sobretudo de colocar em prática as leis que assegurem respeitabilidade humana”. Fica claro que, o não cumprimento das leis é uma das principais causas apontadas pelos líderes das rebeliões nos diversos estabelecimentos prisionais brasileiros.

Levando em conta as rebeliões, as reivindicações mais frequentes são: a diminuição da superlotação carcerária, o direito de receber a visita dos filhos, serviços de saúde, melhoria na alimentação e a efetivação dos seus direitos e muitas vezes a resposta das autoridades competentes é no sentido de que garantir condições dignas aos presos é uma atividade dispendiosa ao Estado. A situação se torna cada vez mais caótica e algumas alternativas são buscadas, mas o que se vê é uma superlotação carcerária cada vez maior e também uma maior negligência com relação aos direitos do preso. Busca-se, constantemente, sem sucesso, soluções para os problemas ocorridos no interior das prisões, problemas que na maioria das vezes se relacionam à superlotação, ao constrangimento ilegal e à reincidência, que já é consequência da própria política penal.

No Brasil, a política carcerária sempre foi adotada como um plano secundário por parte do Estado e isso dificulta a implementação de políticas públicas penais. Por isso, os estabelecimentos prisionais é um ambiente propício para a proliferação e reprodução da violência. A superlotação, os maus tratos e as precariedades das

condições de vida, bem como as arbitrariedades dos que comandam as prisões, contribuem muito para o embrutecimento da população carcerária, além de revelar a incapacidade do Poder Público em gerenciar o contingente populacional carcerário e assegurar o cumprimento da Lei de Execução Penal.

Os presídios, na verdade, nunca cumpriram a sua finalidade de reeducação e de reinserção do indivíduo, pelo contrário, transformaram-se em um depósito de seres humanos, onde não se busca a sua reintegração e o seu resgate enquanto indivíduo capaz de respeitar o ordenamento jurídico. Assim, afirma Thompson (1998, p.22), as finalidades da prisão são: “confinamento, ordem, punição, intimidação particular, geral e regeneração”. Essas finalidades só traduzem coerções que conduzem a um processo de exclusão social dos detentos e à desumanização do ser social.

Com isso, a prisão pode ser vista como um arcabouço de crimes e violência que de acordo com Foucault (1987, p.196), “conhecem-se 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”.

A política carcerária, nessa perspectiva, faliu tanto administrativamente quanto na sua estrutura, no que diz respeito aos direitos do recluso. A questão prisional é posta como uma política secundária e não é inserida como prioridade diante das políticas públicas no país, uma vez que não existe interesse em efetuar uma política voltada para aqueles indivíduos que são estigmatizados e enfrentam uma sociedade que possui um preconceito acentuado em relação a um presidiário ou ex-presidiário. Como nos afirma Leal (1998, p.69), o que contribui ainda mais para esta situação é:

A incúria do governo, a indiferença da sociedade, a lentidão do Ministério Público e de todos os órgãos de execução penal incumbidos legalmente de exercer uma função fiscalizadora, mas que, no entanto, em decorrência de sua omissão, tornam-se cúmplices do caos.

Diante disso, nota-se que os problemas e a insegurança gerada pela situação carcerária no Brasil são um problema crônico e de difícil solução, porque exige investimentos financeiros elevados, bem como vontade política e respeito à dignidade humana. Sendo assim, o cárcere acaba criando um abismo entre os detentos e o mundo exterior, em que as péssimas condições dos estabelecimentos transformam as prisões em escolas para o cometimento de novos crimes. Desta feita Camargo (2006) reflete que o quadro das condições precárias nos estabelecimentos penais ainda persiste e as penitenciárias acabam sendo “usinas de revolta humana”.

Assim, nos ditames da lei, assegura-se ao preso o direito à reabilitação garantindo-lhe a realização de atividades sócio-educativas, laborais e de lazer, que deveriam contribuir sobremaneira para a sua reinserção. No entanto, sabe-se também que no interior das unidades penais nem sempre são oferecidas condições que favoreçam o desenvolvimento dessas atividades, devido a inúmeros fatores como: estrutura física e material, espaço para o desenvolvimento de tais atividades, além das dificuldades das relações interpessoais entre os internos. Em relação a estes aspectos acredita-se que falta vontade política para a implantação de uma política que articule formação e qualificação profissionais direcionada para uma possível reinserção sócio-econômica. “As prisões brasileiras são insalubres, corrompidas, superlotadas, esquecidas. A maioria de seus habitantes não exerce o direito de defesa. Milhares de condenados cumprem penas em locais impróprios”. (CARVALHO FILHO, 2002, p.10)

Portanto, há uma enorme contradição quando comparamos o que preceitua a Lei de Execução Penal com a realidade dos estabelecimentos prisionais. O que se encontra nas prisões é um verdadeiro palco de violação dos Direitos Humanos, no qual não se respeita os direitos do apenado bem como o princípio basilar que rege o ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana.

4.1 PERFIL SOCIODEMOGRÁFICO DA POPULAÇÃO INTERNA

A população prisional brasileira, de acordo com os últimos dados coletados pelo Infopen/MJ, chegou a 607.731 pessoas. É a primeira vez que, o número de presos no país ultrapassou a marca de 600 mil. Considerando o ano de 2014, o número de pessoas privadas de liberdade é 6,7 vezes maior do que em 1990. Desde o ano 2000, a população prisional cresceu em média 7% ao ano, totalizando um crescimento de 161%, valor que é dez vezes maior que o crescimento total da população brasileira, que no mesmo período apresentou aumento de apenas 16%, ou seja, uma média de 1,1% ao ano.

Entre os anos de 2000 e 2014, a taxa de aprisionamento aumentou 119%. Em 2000, havia cerca de 137 presos para cada 100 mil habitantes. Em 2014 essa taxa subiu consideravelmente atingindo a marca de 299,7 pessoas. A projeção é de que, caso

mantenha-se esse ritmo de encarceramento, no ano de 2022, a população prisional no Brasil ultrapassará a marca de um milhão de pessoas. Em 2075, uma em cada dez pessoas estará em situação de privação de liberdade.

Vale ressaltar que, no ano de 2000, 25% da população que tinha a sua liberdade privada, encontrava-se custodiada mais comumente em carceragens de delegacia ou estabelecimentos similares, os quais eram administrados pelos órgãos de Segurança Pública. Em 2014, esse número caiu para 5%. Essa queda significativa de percentual nos deixa clara a constatação de que esses estabelecimentos não se mostraram adequados para o cumprimento da pena baseados na Lei de Execução Penal.

Há de se notar também que o número de pessoas presas nas Unidades da Federação é bem diversificado. Tomando como referência o Estado de São Paulo, podemos afirmar que este possui o maior número de presos, cerca de 219.053 pessoas estão presas, montante que corresponde a cerca de 36% da população prisional do país, seguido por Minas Gerais, com 61.286 presos, e Rio de Janeiro, com 39.321. Roraima é o Estado que possui a menor população carcerária em números absolutos, tem cerca de 1.610 pessoas presas.

Uma das diferenças entre a quantidade de pessoas presas nas Unidades da Federação é sem dúvida, consequência das diferenças demográficas entre os entes, refletindo conseqüentemente na população carcerária, pois sendo São Paulo o estado mais populoso do país, e Roraima o menos, é de se esperar que tenha a maior e a menor contingente de indivíduos presos.

A média brasileira no que se refere a taxa de aprisionamento é em média de 300 presos para cada cem mil habitantes, aproximadamente. Assim, a partir de dados do Infopen, apesar do Estado do Mato Grosso do Sul ter a sétima maior população prisional do Brasil, em termos proporcionais é o estado com o maior número de presos, cerca de 568,9 para cada cem mil habitantes. Já o Maranhão, por sua vez, é o estado com o menor número de presos em termos proporcionais, aproximadamente 89 pessoas presas para cem mil habitantes. São Paulo, cuja população é a maior em números absolutos, possui aproximadamente 497,4 presos para cada cem mil habitantes. Com isso, constata-se que o elevado número de pessoas privadas de liberdade nas Unidades da Federação, não se justifica apenas em razão do contingente populacional.

Em todas as Unidades da Federação, houve um considerável crescimento da população carcerária em relação a cada cem mil habitantes. Assim, entre 2005 e 2014, a população prisional aumentou, em média, 66%, sendo que em alguns estados a população carcerária, mais do que dobrou, como em Minas Gerais, 163%, na Bahia, 116% e no Amazonas, 103%.

4.2 CONDIÇÕES DE SAÚDE DOS INTERNOS NO SISTEMA PRISIONAL

A precariedade, superlotação e insalubridade das celas, associado à má alimentação dos presos, o uso de drogas e a falta de higiene tornam as prisões um ambiente muito mais propício à proliferação de doenças e epidemias.

Os presos adquirem as mais variadas doenças nos estabelecimentos prisionais. Dentre essas doenças, as mais comuns são aquelas ligadas ao aparelho respiratório, como tuberculose e doenças de pele, como sarna e micose. É muito frequente, a proliferação de doenças venéreas em geral, principalmente a AIDS.

Na maioria das prisões não há tratamento médico-hospitalar adequado. Com isso, no que se refere à remoção de presos para hospitais Assis (2007, p.02), ressalta que:

Para serem removidos para os hospitais os presos dependem de escolta da PM, a qual na maioria das vezes é demorada, pois depende de disponibilidade. Quando o preso doente é levado para ser atendido, há ainda o risco de não haver mais uma vaga disponível para o seu atendimento, em razão da igual precariedade do nosso sistema público de saúde.

Neste sentido, as condições de saúde dos presos no interior dos estabelecimentos prisionais são precárias, principalmente pela ausência de condições de higiene e inexistência de acompanhamento médico, seja para prevenir doenças ou trata-las. Nesse sentido, Camargo (2006, p. 07) afirma:

Quem mais sofre pela carência de assistência médica são as detentas, que necessitam de assistência ginecológica. [...]. Os serviços penitenciários são geralmente pensados em relação aos homens, não havendo assistência específica para as mulheres grávidas, por exemplo. Sanitários coletivos e precários são comuns, piorando as questões de higiene.

Em se tratando das doenças sexualmente transmissíveis, principalmente a AIDS, é comum que muitos presos não saibam que contraíram a doença pela omissão do Estado em não disponibilizar testes e exames para verificação de tal doença. “A

promiscuidade e a desinformação dos presos, sem acompanhamento psico-social, levam à transmissão de AIDS entre os presos, muitos deles sem ao menos terem conhecimento de que estão contaminados”. (CAMARGO, 2006, p.07), além da AIDS, outras doenças são negligenciadas pelas autoridades competentes, fator que dificulta ainda mais as condições de saúde do apenado. Uma outra questão que agrava a saúde desses indivíduos é a falta de medicamentos nos estabelecimentos penais, de forma que muitas doenças sem conexão são tratadas com um único remédio.

Em face a essa realidade, o Ministério da Saúde, em ação conjunta com o Ministério da Justiça, desenvolveu o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, é o chamado PNSSP.

4.2.1 O plano nacional de saúde no sistema penitenciário

Foi a Portaria Interministerial nº 1777, de setembro de 2003, que instituiu o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, que será baseada nos princípios do Sistema Único de Saúde (SUS). O cadastramento dos presos se dará na mesma sistemática da Cartão Nacional de Saúde. Os serviços de saúde serão organizados nas unidades prisionais e serão realizadas por equipes multidisciplinares da área de saúde.

O Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário irá contemplar, essencialmente, a população recolhida em penitenciárias, presídios, colônias agrícolas ou industriais e hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, não se inclui os presos do regime aberto, bem como os presos provisórios, recolhidos em cadeias públicas e distritos policiais.

É possível enumerar as diretrizes estratégicas do PNSSP, que são: I) prestar assistência integral resolutiva, contínua e de boa qualidade às necessidades de saúde da população penitenciária; II) contribuir para o controle e/ou redução dos agravos mais frequentes que acometem a população penitenciária; III) definir e implementar ações e serviços consoantes com os princípios e diretrizes do SUS; IV) proporcionar o estabelecimento de parcerias por meio do desenvolvimento de ações intersetoriais; V) contribuir para a democratização do conhecimento do processo

saúde/doença, da organização dos serviços e da produção social da saúde; VI) provocar o reconhecimento da saúde como um direito da cidadania, e VII) estimular o efetivo exercício do controle social.

No que se refere à equipe técnica mínima, as unidades prisionais com população entre 100 e 500 presos, obedecerá a uma jornada de trabalho de 20 horas semanais e deverá ser composta por: médico; enfermeiro; odontólogo; psicólogo; assistente social; auxiliar de enfermagem, e auxiliar de consultório dentário. Já os estabelecimentos com menos de 100 presos não terão equipes exclusivas, os atendimentos acontecerão na rede pública de saúde – pelo menos um atendimento semanal. As ações de atenção básica se classificam em: controle de tuberculose; controle de hipertensão e diabetes; dermatologia sanitária – hanseníase; saúde bucal, e saúde da mulher. As ações complementares se classificam em diagnóstico, aconselhamento e tratamento em DST/ HIV/AIDS; atenção em saúde mental; protocolo mínimo para o diagnóstico de saúde e o desenvolvimento de ações de promoção da saúde e de prevenção de agravos por ocasião do ingresso da pessoa presa no Sistema, e agentes promotores de saúde.

4.2.2 Assistência médica e higiene

Segundo os artigos 12 e 14 da Lei de Execução Penal, o preso ou o internado, terá assistência material, no que se refere a higiene, instalações higiênicas e acesso a atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Mas a realidade não condiz com o que preceitua a lei, os presos estão submetidos a péssimas condições de saúde e higiene.

Em relação à assistência, Mesquita Júnior (2003, p. 95), consente em dizer que, conforme dispõem os artigos 10, 11, 25 e 26 da LEP, há uma asseguração do tratamento penitenciário sob a denominação “Assistência”, norma esta que “abrange todos os elementos do tratamento penitenciário”. Para este penalista, a assistência não é exclusiva ao condenado, estendendo-se também a sua família, à vítima e a família desta, não sendo a LEP aplicada somente no tempo de cumprimento da pena, atingindo também ao egresso, a fim de apoiá-lo e com a objetiva orientação de reintegração social.

Quanto à assistência à saúde, esta tem caráter preventivo e curativo, compreendendo o atendimento médico, farmacêutico e odontológico, nos moldes do art. 14§2º da LEP.

Porém, conforme numa breve crítica Mesquita Júnior (2003, p.101), diz que

Merece destaque a omissão do Estado no que concerne à assistência à saúde, esquecida até mesmo para a população em atividade no mercado de trabalho, sem qualquer condenação criminal. No presídio, a assistência à saúde é complicada e, na maioria das vezes, é insuficiente.

As condições higiênicas, na maioria dos estabelecimentos são precárias e possuem diversas deficiências. Cabe ressaltar que, em 2014, segundo informações do Infopen foi instituída a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional. Com essa política, a população prisional foi inserida formalmente na cobertura do SUS. Verifica-se que cerca de um terço (37%) das unidades prisionais tem módulo de saúde, sendo que o Distrito Federal possui o melhor quadro: todas as unidades prisionais contam com módulos de saúde e médicos. Em números absolutos, Minas Gerais é o estado com mais profissionais da área de saúde, 714 no total, seguido da Bahia, com 320 profissionais. É preciso ressaltar ainda que nas 872 unidades prisionais que apresentaram dados de atendimento médico, foram realizadas 309.296 consultas médicas, desse total, 72% foram realizadas no próprio estabelecimento e 28% externamente.

Quem mais sofre com a deficiência de atendimento médico são as detentas, que necessitam corriqueiramente de assistência ginecológica e pela precariedade, muitos estabelecimentos não possuem sequer meios de transporte para transportar as internas para uma visita ao médico ou unidade hospitalar.

Sanitários coletivos e precários são comuns, agravando ainda mais a proliferação de doenças pela falta de higiene, que prevalece nesse ambiente. Além disso, a promiscuidade e a falta de informações dos presos, levam à transmissão da AIDS entre os detentos, muitos deles nem tem conhecimento de que estão contaminados e os que já estão debilitados por conta das diversas doenças oportunistas que proliferam não chegam sequer a ter assistência médica digna por parte da direção das penitenciárias. Mas não é somente a AIDS que é negligenciada. Segundo relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, houve muitas queixas dos presos de doenças gástricas,

urológicas, dermatites, pneumonias e ulcerações e que essas doenças também eram negligenciadas, não havendo atendimento médico adequado nem medicamentos para tratá-las. Esse mesmo relatório também evidencia que não há por parte da Administração penitenciária qualquer assistência visando prover as necessidades dos detentos no que se refere a vestuário. Muitos acabam sofrendo com as oscilações de temperatura, levando ao contágio de gripes, que poderá se agravar e desencadear em uma pneumonia. Por isso, os programas de vacinação têm incluído os presos como grupo de risco, como público prioritário.

Assim, a superlotação das celas e a sua precariedade, tornam as prisões um ambiente propício para a proliferação de doenças e de conflitos internos entre os reclusos. Tais fatores estruturais aliados à má alimentação, o uso de drogas e a má higiene, fazem com que o preso que já ingressaram fragilizados nos estabelecimentos prisionais saia de lá mais prejudicado, seja com relação a sua saúde ou o seu modo de enxergar a sociedade. Além das doenças, há um grande número de presos portadores de distúrbios mentais, carecendo de acompanhamentos particularizados e especializados, o que é muitas vezes negligenciado pelo Poder público na administração carcerária. O que acaba tendo é uma dupla penalização do condenado, a pena de prisão propriamente dita e o estado de saúde que ele adquire no interior dos estabelecimentos prisionais. Também pode ser percebido de forma clara o descumprimento dos dispositivos da Lei de Execução Penal.

4.2.3 Alimentação

A alimentação também constitui como sendo um direito do preso. Segundo relatório apresentado pela Comissão de Direitos Humanos, muitos presos denunciaram a ação de policiais que negociavam comida como mercadoria, baseado na máxima de que quem possuía mais recursos receberia mais alimentação. Com isso, o desvio de comida é grande e cria uma hierarquia de poder nas prisões, em que quem possui mais condições financeiras recebe tratamento diferenciado por parte da administração carcerária. Além disso, não há uma alimentação pensada na saúde do apenado. Nesse sentido de haver uma segregação no interior dos estabelecimentos,

quanto às espécies de assistências, estas têm por objetivo “evitar tratamento discriminatório e resguardar a dignidade da pessoa humana”. (MARCÃO, 2010, p. 51).

Ainda segundo relatório da Comissão de Direitos Humanos, na maioria das vezes, a alimentação é fornecida pelas empresas sem que haja contato direto com os presos no processo de preparo. As instalações são próprias das empresas, sendo fora dos estabelecimentos prisionais. Já nas prisões em que as cozinhas estão em atividade, estas em sua maioria são velhas, sem higiene e não possuem manutenção adequadas, agravando ainda mais as condições de higiene das prisões e implicando na saúde e bem-estar dos presos.

4.3 A POPULAÇÃO CARCERÁRIA

A população carcerária do Brasil, no ano de 2014, segundo números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é de 715.655 presos, sendo que 147.937 pessoas estão em regime domiciliar. Para o levantamento desses dados, o CNJ consultou os juízes responsáveis pelo monitoramento do sistema carcerário, considerando os 26 estados e o Distrito Federal. Se consideramos os dados anteriores do CNJ, que não incluía as prisões domiciliares. A inclusão das prisões domiciliares no total da população carcerária também derruba o percentual de presos provisórios (aguardando julgamento) no País, que passa de 41% para 32%. Em Santa Catarina, a porcentagem cai de 30% para 16%, enquanto em Sergipe, passa de 76% para 43% domiciliares, a população carcerária era de 607.000 presos.

Com essas estatísticas, o Brasil passa a ter a terceira maior população carcerária do mundo, segundo dados do ICPS, sigla em inglês para Centro Internacional de Estudos Prisionais, do King's College, de Londres. As prisões domiciliares fizeram o Brasil ultrapassar a Rússia, que tem 676.400 presos. O novo número também muda o déficit atual de vagas no sistema, que é de 210 mil, segundo os dados mais recentes do CNJ. Assim, Considerando as prisões domiciliares, o déficit passa para 358 mil vagas. Se contarmos o número de mandados de prisão em aberto, de acordo com o Banco Nacional de Mandados de Prisão 373.991, a nossa população prisional saltaria para 1,089 milhão de pessoas.

4.3.1 Superlotação gera rebelião

A superlotação carcerária é um dos grandes males que desestrutura o sistema penitenciário. A adoção por parte da justiça criminal de um Direito Penal máximo como solução dos mais vastos problemas sociais têm contribuído para o fenômeno da superlotação dos estabelecimentos prisionais.

A grande inflação por parte do Poder Legislativo, fruto de um Direito Penal simbólico, possibilita que os fatos de pequena importância sejam processados e julgados pela Justiça Criminal, fazendo conseqüentemente que o sistema fique superlotado com pessoas que poderiam ser punidas pelos outros ramos, como o direito civil e o direito administrativo. Dessa forma, o uso sem controle de privação cautelar de liberdade, tem contribuído decisivamente para a situação se agravar e as prisões ficarem ainda mais cheias, apesar de que foram tomadas medidas legislativas e judiciais para evitar o excesso da prisão provisória como: a Lei de Cautelares (12.403/2011), a liberdade provisória para tráfico (STF, HC 104339, em 2012) e as audiências de custódia (CNJ, Res. 213/2015).

Em muitos casos, essas pessoas que aguardam presas o seu julgamento, foram privadas ilegalmente do seu direito de liberdade, obrigando o Estado civilmente ao dever de reparar os danos causados. Também é preciso dizer que os estabelecimentos penais em alguns casos comportam pessoas que cumprem suas penas por um período superior àquele determinado pela sentença condenatória. Na maioria das vezes, são pessoas de classe social baixa e carentes de uma assistência efetiva por parte do Estado, que as esquece no cárcere após a sua condenação.

A superlotação, é considerado um fator de risco não somente para aqueles presos que cumprem suas penas em situações indignas, mas também para os funcionários encarregados pela vigilância, pois o sistema penitenciário transforma-se em uma situação de grande risco para a sociedade. Um outro fator que conduz à superlotação carcerária é a falta de verbas para a construção de novos presídios, como também ao alto número de infrações penais que são praticadas pela população como um todo. Há de salientar também a corrupção praticada pelos que

possuem o poder nas mãos e exorbitam o poder que é de sua competência praticando atos contrários a lei e desviando verbas.

As prisões estão sucateadas e superlotadas, não fornecendo ao preso um mínimo de dignidade e violando todos os direitos que a Lei de Execução Penal oferece ao apenado. A maioria dos esforços dispensados para diminuir o problema, não chagam a nenhum resultado positivo, uma vez que há uma enorme disparidade entre a capacidade instalada e o número total de presos.

Devido a superlotação das prisões, muitos indivíduos acabam tendo muitos dos seus direitos negligenciados, dormindo no chão das suas celas, sem qualquer estrutura e conforto. Não há banheiros adequados nas celas, o que agrava a situação dos apenados que muitas vezes dormem próximos ao esgoto, por não haver manutenção da administração carcerária.

Os estabelecimentos prisionais brasileiros, variam com relação ao tamanho, forma e desenho. O grande problema se dá pelo fato de que nos estabelecimentos penais ou em celas de cadeias, o número de detentos que ocupam seus lugares, chega em média cinco vezes maior que a sua capacidade. Nesse sentido as causas das rebeliões, não difere das nossas atuais:

Nos últimos anos, houve revoltas em prisões em muitos lugares do mundo. Os objetivos que tinham, suas palavras de ordem, seu desenrolar tinham certamente qualquer coisa paradoxal. Eram revoltas contra toda miséria física que dura há mais de um século: contra o frio, contra a sufocação e o excesso de população, contra as paredes velhas, contra a fome, contra os golpes. Mas também revoltas contra as prisões-modelos, contra os tranqüilizantes, contra o isolamento, contra o serviço médico ou educativo. Revoltas cujos objetivos eram só materiais? Revoltas contraditórias contra a decadência, e ao mesmo tempo contra o conforto; contra os guardas, e ao mesmo tempo contra os psiquiatras? De fato, tratava-se realmente de corpos e de coisas materiais em todos esses movimentos: como se trata disso nos inúmeros discursos que a prisão tem produzido desde o começo do século XIX. O que provocou esses discursos e essas revoltas, essas lembranças e invectivas foram realmente essas pequenas, essas ínfimas coisas materiais. (FOUCAULT, 2000)

O autor ainda argumenta que as rebeliões e revoltas, na sua grande maioria apresentavam reivindicações dos detentos que não tinham suas necessidades atendidas por parte das autoridades competentes e dos funcionários do sistema penitenciário. Com isso, percebemos que as rebeliões não possuem causas infundadas, elas se dão como uma forma de protesto dos detentos que sentem na pele a dor de serem internos de um sistema prisional que não respeita os direitos

fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, nem tampouco os direitos previstos na Lei de Execução Penal.

4.3.2 O domínio das facções

No ano de 1981, pela primeira vez no Brasil a imprensa noticiava o surgimento de uma facção criminosa do país, que se deu nos presídios cariocas. Com a veiculação dessa notícia, ganhava notoriedade a existência de um grupo denominado Comando Vermelho, que foi criado pela associação de alguns presos mais bem informados e politizados, em afronta às condições que lhes eram impostas no sistema prisional.

Nota-se que o pensamento criminológico pode fazer uma análise do fenômeno grupal baseado em dois enfoques principais, de um lado pode investigar a criminalidade praticada por um grupo propriamente dita, considerando um número considerado de agentes atuando de forma simultânea e sem qualquer tipo de organização, essa é a chamada delinquência das multidões, das rebeliões e dos linchamentos. De outro lado, existem autores que cometidos individualmente, recebem essa qualificação por influenciarem um determinado grupo na ocorrência e do cometimento as manifestações. É uma criminalidade de um grupo por influência, em que o agrupamento é de grande importância na motivação do crime. É nesse sentido que se situa a análise da criminalidade de grupo abordada pelas escolas sociológicas do consenso da criminologia.

As duas percepções são importantes para o estudo das facções criminosas que surgiram nos presídios brasileiros, uma vez que elas podem atuar tanto de modo desorganizado quanto de modo organizado, com hierarquia própria, influenciando indivíduos a praticar condutas em uma criminalidade de grupo, mas que é executada individualmente.

Há de se notar que existe uma impossibilidade de atribuir uma definição precisamente científica ao que a sociedade convencionou chamar de “facção criminosa”. Isso se dá principalmente por não se conseguir traçar uma linha demarcatória entre os grupos criminosos e os não-criminosos no plano ontológico, visto que o termo “criminoso” não decorre de sua própria existência, mas sim, de uma rotulação impostas pelo poder social. Sendo assim, as facções criminosas,

nada mais são de que aqueles grupos indicados pela mídia, pelas autoridades e também pela sociedade. Nesse sentido de desafio metodológico, a solução que se encontrou está no abandono da pretensão de criar uma definição precisa para as facções criminosas. Desse modo, na intenção de realizar um corte metodológico, oferecendo um conceito de “facção criminosa” Alves (2003, p.218) afirma:

Facções criminosas são grupos de pessoas em que se verificam relações de solidariedade e gregarismo, que surgiram nos presídios brasileiros e foram fundados prioritariamente sob o lema da defesa dos interesses da comunidade carcerária, tendo a prática de atos tipificados em lei como crimes como um de seus modos de atuação dentro e fora dos presídios.

Silva (2009, p. 23) aponta três requisitos para que se verifique a existência de uma organização criminosa: estrutural (associação de três ou mais pessoas), temporal (durabilidade da associação) e finalístico (concernente ao propósito de cometimento de crimes graves). Com isso, associando esses requisitos ao conceito de facções criminosas conseguimos refletir sobre a questão das facções criminosas.

A abordagem midiática ao veicular o tema das facções, geralmente trazendo o fenômeno como sendo “crime organizado”, criam-se os chamados “Estados paralelos”, ou seja, imagina-se que o Crime Organizado dispõe de regras próprias, execuções rápidas e violentas e julgamentos internos, tudo de forma a substituir os três poderes estatais, de criar leis, executá-las e julgá-las” (LUCAS, 2007, p.111). A referência de às facções como “Estado paralelo”, não encontra respaldo em uma investigação empírica, constituindo apenas um jargão que contrapõe de forma absoluta esses agrupamentos a ordem formal, que se traduz no Estado de Direito.

Analisando mais profundamente o fenômeno das facções se chega a conclusão de que as práticas de poder que são delas decorrentes são complexas para que possam ser traduzidas como “paralelas” à ordem formal. Isso pelo fato de que na dinâmica de um presídio, é verificável uma relação simbiótica entre a ordem legal, o poder disciplinar e as normas estabelecidas pela própria massa carcerária. (BRAGA, 2008, p. 80-86). É de se notar a dicotomia entre o formal e o informal, principalmente quando se faz referência a prisão, local onde as técnicas disciplinares legais e extralegais, conjugam –se em uma complexa rede de relações de poder chamada de “o carcerário” (FOUCAULT, 2004, p.243-253).

Há uma simbiose entre as facções e as instituições oficiais no que se refere à dinâmica com que as relações de controle se dão dentro dos estabelecimentos

penais, local onde as facções foram criadas e se apresentam de forma mais explícita. Por mais que as facções apresentem objetivos que são alheios as regras formais da administração carcerária e as práticas de poder dos agentes do Estado, tanto as facções penais quanto as instituições penais convergem no que diz respeito ao exercício do poder disciplinar com relação a massa carcerária. Nesse sentido, a instituição penal é estruturalmente incapaz de dominar completamente a massa de internos, a administração é induzida a ceder-se às lideranças informais dos presídios, e são obrigados a fazer-lhes concessões com a finalidade de manter um nível satisfatório de controle diante daquela população carcerária que está sob a sua responsabilidade.

A associação entre as facções e o Estado também pode se verificar, de forma a se verificar a atuação desses grupos fora das limitações do cárcere. Esses grupos atuam nas favelas e nos bairros da periferia, nos quais constata-se corrupção, negociações e concessões que acabam mantendo um equilíbrio entre as instâncias de poder, especialmente quando tratamos da corrupção policial, e são nesse sentido as palavras de Elizabeth Leeds, que realizou, entre 1987 e 1995 entrevistas com funcionários do governo e líderes comunitários em 25 favelas cariocas e verificou-se que não se justifica tratar os fenômenos das facções como relacionada à fundação de “Estados paralelos”, mas isso não significa que as facções não tenham se tornado polos normativos diferentes do Estado, resultando no que Boaventura de Souza Santos denominou de pluralismo jurídico. Há uma situação de pluralismo jurídico “sempre que no mesmo espaço geopolítico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica”. (SANTOS, 1999, p.87).

A construção de uma identidade de delinquente no apenado distancia a massa carcerária do acesso aos meios formais de tutela dos seus interesses, levando o cárcere a se submeter ao império de normas informais, levando a execução penal uma “região sombria do saber onde o poder de punir não se ousa mais se exercer com o rosto descoberto” (FOUCAULT *apud* BARROS, 2001, p. 245).

É nesse contexto que as organizações sociais dos presos, produtores de normas informais, surgem como forma de protesto e reivindicação a uma política carcerária do Estado, que é fruto de uma nova cultura de controle que irá se basear em uma ideologia meramente neutra, que não está preocupada com a efetivação dos direitos fundamentais na execução penal. A situação do pluralismo jurídico surge associado

a justaposição do sistema penal que traumatiza o indivíduo apenado e do estatuto da ilegalidade que é imposto, muitas vezes de forma arbitrária ao apenado. A criação de normas informais, cria por um lado a impossibilidade de acesso às instâncias oficiais que regulam a sociedade e efetivam os direitos e por outro lado, surge a necessidade premente do estabelecimento de regras que façam jus a situação de violência extrema, na qual se banalizam tanto os direitos presentes na Constituição Federal de 1988 quanto os que estão presentes na Lei de Execução Penal.

4.4 OS PROBLEMAS ATUAIS DO SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL

São inúmeras as falhas que podemos constatar no sistema prisional. A começar pelos direitos dos presos previstos na Constituição Federal de 1988, na qual estão presentes os direitos fundamentais do preso não são efetivados. O artigo 3º da Lei de Execução Penal diz que é assegurado ao condenado e ao internado todo os direitos que não são atingidos pela sentença ou pela lei.

Há discrepâncias muito fortes entre a previsão legal e a realidade. No Estado Democrático de Direito, o cumprimento das leis, especialmente as que tratam de um dos maiores valores do ser humano, que é a sua liberdade, deveria ser a regra. Todavia, o que se vê em quase todos os Estados é o descumprimento flagrante das normas jurídicas que tratam da execução penal. Basta lembrar os presos que cumprem pena em regime fechado, os quais deveriam estar em celas individuais (art. 34, d 1º, do Código Penal e art. 88, da LEP). Isso raramente acontece em nosso país. As regras do regime semi-aberto estão desvirtuadas e praticamente são as do regime aberto. Não existem casas de albergados. Os patronatos não foram instalados; os Conselhos da Comunidade, com raras exceções, não cumprem suas atribuições. Em suma, a Lei de Execução Penal não passa de ficção: só existe no papel (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2005, p. 72).

Com o passar do tempo, constata-se que os objetivos principais da prisão vêm se modificando e, atualmente as prisões se transformaram em depósitos de infratores que estão ali para “pagar” os seus atos perante a sociedade. Considerando a Lei de Execução Penal, muitos presos, encontram-se vivendo de forma irregular, como no caso dos que estão cumprindo a pena no regime fechado quando deveriam cumprir pena em regime semi-aberto, sendo essa uma das causas da superlotação e das rebeliões.

O Estado não investe em medidas assistenciais para prevenir a criminalidade, como também não promovem políticas públicas com ações com relação aos problemas sociais e a economia, que refletem diretamente na vida da população. As autoridades acabam investindo mais na repressão do que na prevenção e se considerarmos as condições carcerárias no Brasil iremos verificar que são assustadoras. A maioria dos estabelecimentos prisionais mantêm entre duas e cinco vezes mais presos do que suas capacidades comportam, atingindo níveis desumanos, com detentos amontoados nas celas. Os dormitórios desses estabelecimentos mostram também as condições desumanas vividas pelos presos, os presos se amarram pelas grades para diminuir o espaço no chão.

Na grande maioria das prisões, a distribuição do espaço é considerada irregular, de forma que o pior da superlotação recai desproporcionalmente sobre os presos. Um outro fato a se salientar é que apesar que certos presídios tenham lotação muito superior às suas capacidades, os estabelecimentos penais mais superlotados no Brasil, geralmente são as delegacias de polícia. Ao invés de serem usadas para as detenções de suspeitos por pequenos períodos, as delegacias policiais, em vários estados, mantêm detentos por períodos longos, e essas são exatamente as causas mais comuns das rebeliões. Toda a falta de estrutura, a demora para se julgar as demandas criminais, as torturas e todas as violações dos direitos dos presos também geram diversos conflitos entre os detentos. “O desespero dos presos acaba gerando conflitos, onde milhares deles amotinam-se para exigir melhores condições de vida em troca da liberdade de reféns”. (MAGNABOSCO, 1998, p. 08)

Outra violação que é cometida e acaba por resultar em superlotação no sistema prisional, é a demora em se conceder os benefícios àqueles que gozam da progressão de regime, ou de serem colocados em liberdade aqueles presos que já cumpriram a sua pena. Essa situação é reflexo da ingerência e negligência dos órgãos responsáveis pela execução penal, uma vez que insistem em manter os indivíduos presos de forma ilegal.

É nesse contexto que Assis (2007, p.05) diz que:

[...] enquanto o Estado e a própria sociedade continuarem negligenciando a situação do preso e tratando as prisões como um depósito de lixo humano e de seres inservíveis para o convívio em sociedade, não apenas a situação carcerária, mas o problema de segurança pública e da criminalidade como um todo tende apenas a agravar-se.

O autor nessa passagem demonstra que não se pretende tornar a prisão um ambiente agradável ao seu convívio, tirando assim, o caráter retributivo da pena de prisão. O que se pretende, é garantir que sejam asseguradas aos presos as garantias previstas em lei durante o cumprimento da pena privativa de liberdade.

As prisões além de violar os direitos que estão previstos na Lei de Execução Penal, apresenta constantes violações aos direitos humanos e diante disso Segundo Danielle Magnabosco (1998, p. 16):

[...] a violência não é um desvio da prisão: violenta é a própria prisão. Não é possível eliminar a violência das prisões, senão, eliminando as próprias prisões. Mas a supressão das prisões será somente possível numa sociedade igualitária, na qual o homem não seja opressor do próprio homem e onde um conjunto de medidas e pressuposto anime a convivência sadia e solidária entre as pessoas.

Além da violência que se mostra nas prisões, existe uma outra violência maior, que é demonstrada quando se prende o indivíduo que ainda não foi julgado, é o encarceramento sob respaldo dos decretos da prisão preventiva, que na maioria dos casos acaba nem sendo condenado. Assim diante do trecho citado pelo autor é perceptível que a prisão preventiva é a maior de todas as violências na prisão, pois se o cidadão for preso preventivamente e no final do processo criminal ele for absolvido, esta violência ficara marcada pelo resto de sua vida e também dos familiares.

A apatia do Poder Público em relação aos abusos contra os prisioneiros evidente e não há dúvidas de que o sistema prisional brasileiro está falido, além de este sistema não se mostrar eficaz para solucionar os problemas da criminalidade, não há respeito aos direitos humanos garantidos pela Constituição.

4.4.1 A prisão como fator criminógeno

É comum no interior das prisões a prática de agressões físicas e torturas, além da violação de outros direitos do apenado. Essas agressões podem partir dos próprios presos, como também dos agentes da administração prisional, abrangendo os agentes penitenciários e os policiais, principalmente quando acontecem as fugas e as rebeliões: “muitas vezes esse espancamento extrapola e termina em execução, como no caso que não poderia deixar de ser citado do “massacre” do Carandiru, em

São Paulo, no ano 1992, no qual oficialmente foram executados 111 presos” (ASSIS, 2007, p.04).

Assis (2007, p.04) aponta ainda que a prática dos atos violentos entre os próprios presos e a impunidade ocorrem de forma ainda mais exacerbada.

A ocorrência de homicídios, abusos sexuais, espancamentos e extorsões são uma prática comum por parte dos presos que já estão mais “criminalizados” dentro do ambiente da prisão e que, em razão disso, exercem um domínio sobre os demais presos, que acabam subordinados a essa hierarquia paralela. Contribui para esse quadro o fato de não serem separados os marginais contumazes e sentenciados a longas penas dos condenados primários.

Com isso, constata-se que a violência que se dá entre os detentos nas instituições prisionais se converte em uma forma de estabelecer as relações sociais. Os funcionários conseguem estabelecer uma “ordem” pela linguagem da violência para impor a disciplina e por meio de um certo tipo de linguagem criadas para a comunicação entre si que os próprios encarcerados estabelecem a sua ordem. Como exemplo dessa sistemática, considera-se o Primeiro Comando Vermelho da Capital, o PCC, que surgiram em meados dos anos 90, nos presídios paulistas, eles utilizavam da violência como punição por dívidas que eram contraídas, ou como forma de resolver conflitos entre os detentos. Esta facção foi a pioneira nos estabelecimentos prisionais a difundir a violência como forma de solucionar os problemas internos nos estabelecimentos. Desobedecer às ordens impostas pelo PCC significava ter que pagar um preço, podendo inclusive resultar na morte de quem a desobedecesse.

Nas prisões, mais precisamente nas de segurança máxima, os presos tidos como mais poderosos matam outros presos com covardia e impunidade. A administração carcerária fica subordinada a violência desses grupos que elevam a violência como a base das suas relações seja com os outros internos ou com os funcionários. Assis (2007) afirma que, além da “lei do mais forte”, também impera a “lei do silêncio” dentro da prisão, onde os presos que detém esse poder paralelo não são denunciados e, na maioria das vezes, também permanecem impunes em relação a suas atitudes.

São inúmeros os fatores que propiciam tais abusos, dentre eles se destaca: as péssimas condições das prisões, a falta de supervisão eficiente que combata os diversos tipos de violência e arbitrariedades seja pelas facções ou pelos

funcionários, que muitas vezes se corrompem para obter vantagens desses grupos que dominam as prisões. Há também um vasto acervo de armas, que entram nos estabelecimentos de forma ilegal, uma vez que não há uma fiscalização eficiente e preparada de modo a impedir a entrada desses objetos. A ociosidade também é um dos fatores determinantes para se instalar o caos no sistema prisional, sem ter atividades os presos apresentam comportamentos que são contrários as leis e ao que se espera de um interno. E um dos mais importantes fatores que contribuem para a disseminação da violência nas prisões é a ausência de classificação dos presos. Essa classificação não ocorre por falta das Comissões Técnicas de Classificação, mas por uma omissão do Estado que negligencia essa classificação e viola o Princípios basilares do direito penal. Por não haver de fato essa classificação, reincidentes violentos e pessoas presas pela primeira vez por ter cometido crimes de menor gravidade, acabam dividindo a mesma cela.

4.4.2 Altos índices de reincidência

Em um primeiro momento é preciso que se faça um estudo entre a pena e o instituto da reincidência para que se demonstre a ligação entre esses dois institutos, traçando uma evolução histórica e dogmática do instituto da reincidência. Em se tratando da pena, esta deve ser entendida como a resposta principal da sociedade ao delito, é uma forma de controle social e conseqüentemente uma resposta a aqueles indivíduos que estão fora dos padrões de conduta.

A pena, considerada como resposta ao delito, evidencia metas a serem satisfeitas com a aplicação e conseqüentemente a efetivação, seja para aqueles que defendem a teoria absoluta, ou retributivista, como Kant, e esta teoria defende que a pena é um fim em si mesmo e não apresenta nenhum objetivo além do castigo como retribuição ao delito praticado, ou para os que defendem as teorias preventivas. A pena tem o único objetivo de fazer justiça e a culpabilidade do autor do crime deve ser compensada com um mal que seja proporcional a sua conduta. De um outro lado, se faz presente a Teoria Preventiva da pena. Considerando tanto a Teoria preventiva Geral quanto a teoria Preventiva Especial, ambas objetivam impedir que o crime ocorra ou ter uma finalidade pedagógica, que consiste em ensinar àquele que

cometeu um delito a viver em sociedade, respeitando as normas e costumes sociais. Assim, as teorias preventivas possuem três finalidades básicas para explicar a pena: a finalidade preventiva ou de sobrevivência do grupo social, prevenir a prática de crimes e prevenir a reincidência.

Para Bittencourt (2004, p.121) as teorias preventivas das penas poderiam ser tidas como:

As teorias relativas da pena apresentam considerável diferença em relação às teorias absolutas, na medida em que buscam fins preventivos posteriores e fundamentam-se na sua necessidade para a sobrevivência do grupo social. Para as teorias preventivas, a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido e sim prevenir a sua comissão. Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, *quia peccatum est*, somente por que delinuiu nas teorias relativas à pena se impõe *ut ne peccetur*, isto é para que não volte a delinquir.

A prevenção geral tem o objetivo de intimidar os possíveis indivíduos ao cometimento do crime. Se baseia na crença de que o indivíduo por ser um Ser racional, consegue medir e sopesar o bem e o mal. Já a Prevenção Especial, se direciona ao delinquente propriamente dito, com o intuito de que a pena aplicada tenha um efeito ressocializador.

Para a melhor compreensão do instituto da reincidência se faz necessário a compreensão do desenvolvimento de alguns pensamentos que foram desenvolvidos ao longo do tempo. Assim, a Escola Clássica, que se originou com as ideias Iluministas, irá influenciar a dogmática penal com pensamentos filosóficos, como a obra de Beccaria, que difunde no mundo jurídico-penal o ideal de realizar um juízo penal legítimo e equilibrado. Com isso, defendia-se as penas como sendo proporcionais aos delitos, as acusações deveriam ser apresentadas e não serem secretas e a elevação de princípios humanitários são algumas das premissas defendidas e apresentadas por Beccaria como base do pensamento penal atualmente. A escola Clássica tem seus fundamentos pautados na responsabilidade que advém da vontade consciente do indivíduo de respeitar o contrato que é firmado com a sociedade e caso sejam violadas, as normas penais vigentes deverão ser instauradas.

Em oposição a Escola Clássica, surge a Escola Positiva que busca compreender o fato criminoso com base em conceitos naturais e sociais. Essa escola inaugura um novo tempo e uma nova concepção de crime, agora baseada no conceito de Periculosidade. É a obra *L'uomo Delinquente* de Cesare Lombroso, que irá

inaugurar uma nova fase, sendo este considerado um marco da Criminologia. Para Lombroso, o crime não era um fenômeno social, mas sim biológico. Acreditava-se no chamado Criminoso Nato, que possuía características que em algum momento da sua vida o identificaria como criminoso.

Uma vez demonstrado esse momento de evolução de pensamento com relação a pena é preciso ater-se ao instituto da reincidência como um dos principais reflexos negativos do sistema prisional brasileiro.

Analisando a história do instituto da Reincidência no Brasil percebe-se que esta se confunde com a Independência do Brasil e também com os ideais libertários da Revolução Francesa. O Brasil, em um primeiro momento seguiu os mesmos tanto o Código Penal Francês quanto o Código Penal de 1830 no que diz respeito ao tratamento da reincidência, que considerava o indivíduo como reincidente quando este uma vez condenado deveria ser submetido ao cumprimento de uma pena anteriormente aplicada.

O Código Penal de 1890, diferente do que pregava o antecedente, estabelece a reincidência ficta, considerando o indivíduo reincidente aquele que já foi anteriormente condenado em crime da mesma natureza, não se levava em conta o fato dele ter cumprido a pena que realmente foi aplicada.

O Código Penal de 1940, modifica a estrutura legal do instituto da reincidência e estabelece em seu artigo 46 a possibilidade da existência da reincidência genérica e da reincidência específica. Houve posteriormente uma outra grande modificação trazida pela Lei 6.416/77, que passou a adotar o sistema da transitoriedade em razão do sistema que trazia o efeito de recaída a condenação anterior, ultrapassado o período superior a cinco anos entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e do delito não deveria prevalecer.

Em 1984 ocorreu a reforma da parte geral do Código Penal, que nos seus artigos 61, I, 63 e 64, incisos I e II privilegiou a reincidência ficta como circunstância genérica agravante.

Diante dessa evolução, a reincidência no sistema penal brasileiro apresenta vários efeitos seja considerando o momento da execução da pena ou da sua aplicação. Sendo assim, no Brasil teoricamente falando, somente é reincidente quem pratica novo crime depois de ter sido condenado definitivamente por outro, anteriormente.

Mas, em geral, as pesquisas não trabalham com esse conceito técnico e restrito de reincidência, mas considerando que reincidente seria quem pratica uma segunda infração ou terceira e assim sucessivamente.

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública com apoio do Ipea de acordo com dados coletados e publicados no Anuário Estatístico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população carcerária no Brasil cresceu 83 vezes em setenta anos. O total de apenados condenados no sistema prisional passou de 3.866 pessoas em 1938 para 321.014 em 2009. O Brasil já é o quarto país que mais encarcera no mundo e em contradição a esse dado convive com taxas de criminalidade muito altas.

Segundo dados do Informe Regional de Desenvolvimento Humano (2013-2014) do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, o percentual de reincidência no Brasil é um dos mais altos do mundo. Os níveis de reincidência com base das populações das prisões evidenciam que a taxa de reincidentes no Brasil chega a 47,4%, sendo a reincidência no caso das mulheres proporcionalmente menor.

Um outro levantamento sobre a reincidência, demonstra que de cada 10 presos pelo delito de roubo, 7 reincidiram no Estado de São Paulo, esses dados foram coletados de janeiro de 2001 a julho de 2013, sendo que 41% do total são menores, e isso revela que o conceito de reincidência que esses estudos registram é mais amplo que o conceito legal, referindo-se a qualquer tipo de reiteração de comportamento desviante. O levantamento mostra ainda que, dentre os reincidentes, 20,5% cometeram o primeiro roubo antes dos 18 anos e 20,6% com menos de 17. Esses dados evidenciam os problemas que são enfrentados pelo sistema prisional, que reflete diretamente na conduta do apenado.

O sistema carcerário não é o único fator que influencia na reincidência do delito, a deficiência dos programas de reabilitação, as condições prisionais difíceis e a exposição a redes criminosas nos cárceres combinam-se e influem negativamente como aspectos reprodutores da violência e do crime. Os Estados devem promover mecanismos que permitam vincular os processos que ocorrem em cada elo do sistema, desde a polícia, passando pelos ministérios públicos, os tribunais e o sistema penitenciário.

4.4.3 Problemas psicológicos que a prisão produz

Foucault em sua obra “vigiar e punir”, desnudou um incômodo que atingia a consciência crítica que girava em torno do sistema prisional. Todavia, as discussões desse tema são mais antigas, remetendo às primeiras reflexões do pensamento Iluminista, onde já se discutia a questão da dignidade humana.

Essa noção de dignidade humana como princípio basilar do ordenamento jurídico passou a ser a máxima defendida pelos doutrinadores e pensadores humanistas, que defendem o sistema prisional como um ambiente propício a preservar os direitos dos apenados e lhes garantir tratamento digno. Assim, todos os problemas de natureza social, ou psicológica que conduziram o indivíduo ao cárcere são superlativados dentro das prisões. As prisões acabam se tornando um ambiente caótico, com leis próprias incompreensíveis aos olhos de quem está de fora dos estabelecimentos. O sistema prisional carrega praticamente todos os elementos que ferem a dignidade humana.

Um dos fatores que mais chamam atenção com relação as frágeis e precárias condições das prisões são as políticas de encarceramento. Não adianta construir prisões modelo se para elas fossem enviadas a mesma quantidade de pessoas e fosse oferecida a esses indivíduos condições precárias. O ideal seria reduzir a malha prisional e no lugar estabelecer programas sociais com a finalidade principal de apurar os indivíduos e lhes garantir tratamento humanitário e digno.

A questão da superlotação das prisões não só agrava os problemas que já existem nos estabelecimentos, mas criam outros como rebeliões, sequestros e assassinatos. Além disso, o próprio ambiente de confinamento favorece a disseminação de moléstias de cunho “social” como a tuberculose e a AIDS. É ainda frequente as torturas e agressões físicas, tanto por parte dos agentes penitenciários, como por parte dos presos.

Com isso, os efeitos psicológicos da prisão são diversos. A vida no presídio impõe uma passividade das autoridades competentes com relação as políticas públicas que serão efetivadas nos estabelecimentos prisionais. Toda essa omissão, gera um subsistema de ilicitude e corrupção, onde outras necessidades não previstas como bebidas e drogas são contrabandeadas como “moedas de troca”. A adaptação ao

meio prisional impõe ao indivíduo a reconstrução de sua identidade a fim de assegurar a sobrevivência no novo ambiente. Diante desse fato, é comum que em praticamente qualquer espaço de confinamento forçado é suficiente para confirmar a falha do sistema prisional.

Ao retirar do indivíduo sua capacidade de autogerenciamento da própria vida pode-se entender que isso representa disciplina, mas pelo contrário, traz uma acomodação que implicará em enorme dificuldade de ressocialização fora da prisão. Por outro lado, o espírito humano impõe que o indivíduo que se submeta aos estabelecimentos tenha comportamentos que o faça passar por muitas situações impostas pelo sistema. Nota-se comumente o uso dos mais variados tipos de entorpecentes, desde drogas convencionais até bebidas fabricadas com restos de comida. É muito comum também, a autoagressão, que também pode ser considerada como uma forma de violência. E finalmente, culmina com um processo de despersonalização. Neste ambiente, onde acontecem os mais variados tipos de violência, a tensão é sempre um estado constante, e isso, muitas vezes pode ser interpretado como uma forma de ego, remodelado em um estado de sobrevivência, pois do contrário seria eliminado pelo isolamento e uma possível depressão futura. Sendo assim, a possibilidade de rebeliões, embates com grupos antagônicos e enfrentamento das autoridades carcerárias é uma situação cotidiana. O constrangimento e a intimidação fazem parte da rotina. Considerando o regime fechado de prisão, a ausência absoluta de privacidade promove um clima de constante agressividade e um ambiente propício a manifestação de violência e transtornos psicológicos.

Toda essa tensão que se instala no sistema prisional não é privilégio apenas dos detentos, mas afeta também os agentes penitenciários, que sofrem os males do confinamento, da convivência forçada e até mesmo das constantes ameaças e tensões que se fazem presentes nas prisões. Se dedicando ao estudo dos agentes penitenciários, Silva (1980, p.32) explica que:

Nessas instituições vivem dois grupos de pessoas praticamente obrigados a conviver diariamente em ambientes escuros e úmidos, espaços ínfimos e precários, a cumprir ordens arbitrárias e seguir regulamentos autoritários; ali aprendem e acostumam a conviver com a violência, com o isolamento e a distância social, assim como a barbárie, a opressão e a morte. Agentes e segurança penitenciário e presos são estes dois grupos que mantêm entre si relações de sistemática e limítrofe, intimidades e conflitos.

Diante da passagem do autor, fica evidente que o sistema prisional tem a capacidade de vitimizar todos aqueles que se situam em sua zona de atuação. A proliferação de transtornos mentais ocasionados é grande e cresce cada vez mais. A sensação de descrença no sistema e na sua possível reinserção na sociedade induz a mente dos indivíduos reclusos a arquitetar complexos mecanismos de adaptação ao meio ou a fuga. A título exemplificativo, a síndrome de Ganser é um transtorno psicológico muito comum nos presídios, em que os detentos simulam problemas mentais para tentar fugir da realidade desumana dos estabelecimentos penais.

O passar dos anos nos presídios, diante da realidade massacrante da violação de direitos e garantias do indivíduo gera a corrosão da consciência do encarcerado, que vai gradativamente perdendo seus referenciais e criando outros de acordo com as situações e acontecimentos que vivencia. Isso não se resume a fatores éticos e morais, mas também a questão da percepção de mundo e de respeito às regras de conduta. O preso que é submetido ao regime fechado, por sobreviver em um espaço limitado e restrito, sem contato direto com o mundo exterior, fica condicionado a horários que alteram e delimitam a sua percepção de tempo. Diante desses fatores, quanto mais tempo os detentos permanecem em isolamento, mais complicado se torna o seu processo de ressocialização. De acordo ao exposto Serafim (2002, p.21) diz que os principais estados de confusão mental são:

Estado confusional: [...] diminuição do nível de consciência, como a turvação da consciência; é a forma mais comum de desorientação. Estado apático ou abúlico: fruto de uma marcante alteração de humor e da volição, por desinteresse e desmotivação. O indivíduo tende a responder qualquer pergunta com “um não sei”. Estado delirante: secundário à atividade delirante, podendo ter até a perda da atividade. É comum a dupla orientação, na qual a orientação falsa coexiste com o real. Quadro amnésico: ocorre por déficit de memória de fixação no qual o indivíduo não consegue fixar as informações ambientais básicas. Geralmente o indivíduo perde a noção de fluir do tempo, do deslocamento do espaço.

Estes fatores podem evoluir para uma escala de ordem psiquiátrica. É comum que existam presos com quadros agudos de depressão, loucura, esquizofrenia, dentre outras patologias psiquiátricas. Diante dessa problemática, alguns detentos, diante da gravidade da sua patologia são enviados para hospitais de custódia para tratamento psiquiátrico. Nestes casos, se evidencia que os problemas se estendem além dos muros das prisões. Os anos de encarceramento deixam marcas profundas e muitas vezes irreparáveis na vida de detento e isso explica a grande reincidência de crimes e conseqüentemente o constante estado de reencarceramento de grande

parte da população carcerária. Isso demonstra a incompetência do sistema prisional para administrar suas próprias decisões e isso reflete diretamente nos altos índices de reincidência, como também vem agravar o problema de superlotação dos presídios.

Um subsistema social se reconfigura dentro dos muros da prisão, pois o cárcere apresenta-se como um instrumento de controle total do encarcerado. “A prisão é o exemplo clássico de uma instituição total, que produz efeitos devastadores e consequências perversas tanto para os detentos quanto para sua rede social” (LIMA, 2006, p.10).

Com essa situação, o detento é transformado em um ser passivo do sistema. As suas necessidades de trabalho, lazer ou mesmo sexuais, dependem da instituição e o presídio não se acha responsável pelos acontecimentos negativos. Com isso, “a instituição total produz no interno, desde que nela ingressa, uma série de depressões, degradações, humilhações e profanações do ego”. (BITENCOURT, 2004, p.166-167). Durante o processo em que o preso está submetido a pena de reclusão no regime fechado, ocorre uma coisificação da pessoa que passa a ser classificada como objeto e inserida no sistema burocrático-administrativo do estabelecimento prisional levando a sua despersonalização e a depreciação do seu ego.

4.4.4 Consequências negativas da privação de relações sexuais

A questão sexual no interior das prisões sempre se revelou como um tabu, não se discutindo efetivamente esse tema, bem como os seus desdobramentos para os reclusos. A Administração carcerária omite essa questão e preferem que os presos sublimem a sua sexualidade. Mas na realidade, o que ocorre é justamente o contrário, a repressão do “instinto sexual” transtornos sérios como o descontrole da libido, agressividade e um estado tensional constante.

O fato de o indivíduo ser condenado a reclusão desestrutura a sua vida conjugal e afetiva, e dentro das prisões em alguns casos essa situação tende a ser “recuperada”, porém de maneira imposta, em que principalmente nos presídios femininos, irá ocorrer o fenômeno da homossexualidade circunstancial. Já nos

presídios masculinos, essa prática é, geralmente acompanhada de violência e assédio. O sexo se torna instrumento de dominação e poder tanto nos estabelecimentos masculinos quanto femininos, através das mais variadas ameaças e manipulações.

No tocante às mulheres reclusas, nota-se íntima ligação entre o papel da mulher na sociedade com as questões reprodutivas, uma vez que a maternidade lhes imprime identidade. Essas mulheres, em sua maioria ocupavam um papel central no sustento cotidiano dos seus filhos e outros familiares. Seu encarceramento provoca um grande impacto ambiental para essas mulheres, bem como uma substancial mudança na forma de subsistência e na organização de suas famílias.

A privação da autonomia da vontade das mulheres dentro das prisões evidencia a sua transformação em um ser passivo, sendo marcante sua redução ao status de criança (LEMGRUBER, 1983, p.84). Ou também, considerada um adulto não completamente desenvolvido, um ser entre o homem e a criança, de frágil composição orgânica e carente de proteção. Esse fato é ocasionado pelo sofrimento provocado pela detenção, principalmente pelo distanciamento familiar. Para as mulheres, a privação da liberdade é revestida de características ainda mais gravosas, visto que “o rompimento do contato contínuo com seus familiares e, sobretudo, seus filhos, afigura-se lhe extremamente difícil de suportar” (LEMGRUBER, 1983, p. 83).

Ademais, os crimes praticados por mulheres são objeto de maior repulsa por parte da sociedade e condenação, com relação as expectativas de papéis femininos e masculinos, a mulher criminosa diante desse fato “interioriza a visão que dela faz a sociedade, julgando-se um indivíduo sem moral, um indivíduo que não presta” (LEMGRUBER, 1983, p.86).

As condições precárias nas prisões, leva os detentos a adquirirem a chamada consciência coletiva, definido como uma condição de antagonismo com a sociedade livre. “O mundo dos reclusos é um mundo muito confuso, sendo temerário afirmar que possua uma estrutura social propriamente definida, já que não existem valores e objetivos claros e consolidados” (BITENCOURT, 2004, p.169).

O valor que domina no sistema carcerário é o exercício do poder, que é exercido de forma coercitiva. O status dentro da prisão é adquirido por meio da força e da

reputação, seguindo símbolos de estratificação social, que entram em contradição quando comparados aos objetivos apresentados para as finalidades que as penas se dispõe a cumprir.

Esse cenário de extrema hostilidade e violência se desenvolve em um meio marcado por tabus. Ignora-se os fatos de que o ingresso à prisão não é suficiente para determinar um fim às atividades sexuais do homem e da mulher, não se atendo que a prática sexual é uma atividade elementar e própria do instinto humano, não pode ser controlada por meio da reclusão. Não se pode reprimir instintos e contrariar a vontade dos indivíduos. “Os reclusos preocupam-se com o problema sexual carcerário e têm interesse na sua solução” (BITENCOURT, 2004, p.203).

A abstinência sexual que é imposta ao indivíduo recluso, é capaz de gerar transtornos físicos e psicológicos, pois o equilíbrio orgânico e nervoso do indivíduo irá depender do seu equilíbrio sexual. A privação das práticas sexuais pode ocasionar graves desajustes que dificultam o retorno do indivíduo a uma vida sexual.

Tanto nas prisões femininas quanto nas prisões masculinas, há em grande número a chamada homossexualidade circunstancial. Nas prisões a supressão de atividade sexual com pessoas do sexo oposto faz com que as taxas de homossexualidade sejam mais elevadas do que se comparadas com o mundo fora dos muros das prisões. A homossexualidade é uma prática tão comum e significativa na comunidade carcerária, que acabam surgindo papéis especificamente sexuais, os quais preenche uma série de necessidades e afetivas.

4.4.5 A utilização de drogas no interior das prisões

Foucault define o sistema prisional como sendo um depósito de mazelas sociais, com um os fins de eliminar os comportamentos “anormais” da sociedade. Qualifica as instituições que são destinadas ao internamento como um instrumento utilizado para eliminar de determinados grupos sociais os elementos considerados nocivos, ou seja, uma espécie de “patologia social”. Assim, verificando os problemas que permeiam no cotidiano das prisões é preciso dizer que o sistema penal não é capaz de extinguir as práticas criminosas porque seu fundamento básico é a segregação.

De acordo com dados da Secretaria de Segurança do Estado de São Paulo, entre janeiro e setembro de 2015, foram registrados no Estado 22.280 ocorrências de porte de entorpecentes; 34.190 de tráfico de entorpecentes e 3.311 apreensões cuja autoria não foi identificada. Esses dados identificados no Estado de São Paulo, refletem uma realidade de âmbito nacional: a população carcerária vem aumentando e o tráfico de drogas é o principal impulsionador desse crescimento.

Essa mesma pesquisa também afirma que o consumo de cocaína atingiu proporções epidêmicas. No passado, há mais ou menos trinta anos atrás essa droga era largamente utilizada pelas elites e hoje essa droga é utilizada pelas parcelas menos favorecidas da sociedade, já que o valor da cocaína é proporcional ao seu grau de pureza.

O jornalista italiano Roberto Saviano em sua obra “Zero, zero, zero” traz uma investigação do crime organizado que irá envolver o tráfico transnacional de drogas, mais especificamente, que é a mais utilizada em larga escala. O título da obra faz alusão a um resultado positivo “zero” no que diz respeito às apreensões e as prisões que foram concretizadas. Por essa razão, que fez sua proposta da liberalização da droga para todos como único instrumento capaz de tornar o comércio ilícito menos atrativo e reduzir a criminalidade que gira em torno do tráfico de drogas. É nesse sentido que o jornalista questiona:

As prisões parecem não bastar nunca. As políticas de reação parecem sempre errar o objetivo. Por mais que possa parecer terrível, a legalização total das drogas poderia ser a única resposta. Talvez uma resposta horrenda, horrível, angustiante. Mas a única possível para bloquear tudo. Para parar os faturamentos que incham. Para parar a guerra. Ou ao menos é a única resposta que vem dar quando ao final de tudo perguntam-nos: e agora que se faz? (SAVIANO, 2014, p. 438)

A legislação brasileira de drogas foi consideravelmente influenciada pela lei dos crimes hediondos, o que ocasionou à permanência nas prisões os condenados pelo tráfico de drogas. Com isso, o sistema penitenciário brasileiro, que sempre foi marcado pelo problema da superlotação, a opção do Estado por uma política repressiva fez aumentar ainda mais as já precárias condições das prisões no Brasil. Diante desse fato, é possível detectar dois parâmetros para elucidar essa questão: o percentual de presos cumprindo pena por tráfico de drogas e o aumento da população carcerária brasileira, considerando a última década

Pesquisas realizadas pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, o número de pessoas presas com relação a crimes de tráfico de drogas no Brasil passou de 50 mil para 150 mil, entre os anos de 2005 e 2013. Vale ressaltar também que de acordo com relatório do Departamento Penitenciário Nacional, cerca de 25% dos presos do Brasil cumprem penas por crimes hediondos em regime integralmente fechado. Esse agravamento da sanção possibilita prever que a porcentagem de presos por tráfico de drogas, crime hediondo, deve ultrapassar em um futuro próximo a de apenados por crimes contra a propriedade.

As prisões brasileiras que são fortemente caracterizadas pela superlotação e pela falta de investimentos, tiveram sua situação agravada se for considerado desde quando a lei de crimes hediondos começou a vigor e pelo aumento no número de pessoas presas pelo tráfico de drogas. A política de aprisionamento a qualquer custo no Brasil, associada ao aumento da repressão ao tráfico de drogas ocasiona efeitos ainda mais devastadores, diante das agravantes de ser o Brasil um país em desenvolvimento.

A condenação de pequenos traficantes a penas pequenas, para que seja cumprida em regime integralmente fechado, acaba retirando os jovens do seu convívio familiar e esses são incorporados nas diversas facções criminosas que estão presentes no interior das prisões ou fora delas, além de serem estigmatizados e violentados dentro das prisões.

Portanto, a política de drogas no Brasil, baseada nos repressivos moldes do proibicionismo, assim como nos Estados Unidos, teve como resultado nesses anos de aplicação a manutenção do funcionamento do tráfico ilícito, bem como a superlotação das prisões, sendo muito altos os custos que a sociedade tenha que arcar pela adoção desta estratégia repressiva que foi adotada.

Com relação ao Brasil, será a Lei 11.343/06 que irá elencar os crimes que envolvem o uso e o comércio de drogas. O problema é que, apesar da lei brasileira estabelecer a diferença entre usuários e traficantes, a falta de critérios mais bem definidos dificulta a diferenciar e conseqüentemente ocasiona o aumento da população carcerária. Isso se dá porque muitos dos indivíduos que são presos, na realidade, são dependentes que acabam comercializando a droga para sustentarem seu próprio vício. Cresce a quantidade de pessoas tidas como criminosas, mas na

verdade, deveriam receber tratamento adequado para o seu problema, que pode ser considerado como uma doença.

O modelo atual revela-se despreparado e ineficaz para dar uma resposta que corresponda com as expectativas da sociedade. A droga acaba envolvendo interesses econômicos que são manipulados por diversas organizações criminosas.

A Lei 11.343/20063 instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, esta lei passou a prescrever medidas de prevenção ao uso indevido das drogas; estabelece medidas de reinserção social dos usuários e dependentes; prevê os novos crimes relativos às drogas; estabelece o novo procedimento criminal. Com relação à legislação anterior, já revogada, nota-se diferenças fundamentais, principalmente no que diz respeito ao crime praticado pelo usuário:

Lei 6.368/76: Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Lei 11.343/06: Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

Essa lei foi sem dúvidas uma inovação legislativa, no que se refere ao usuário de drogas e aborda diversos aspectos. A expressão “substância entorpecente” foi substituída por “droga” e duas figuras típicas foram acrescentadas: “transportar e ter um depósito para uso pessoal”, a pena de prisão também foi substituída por advertência, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa.

O verbo “Despenalizar” significa que a conduta continua sendo criminosa. Porém, não se aplica pena a quem a pratica. Em relação à Lei 6.638/76, a Lei 11.343/06 foi despenalizadora, visto que o fato não deixou de ser crime. Assim, O STF já se pronunciou no sentido de que não houve abolitio criminis, mas apenas despenalização, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade (STF, 1ª 304 Turma, RE 430105 QO/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13/02/2007, DJ 27/04/2007, p. 00069). Nesse sentido “Descriminalizar” significa

excluir o caráter criminoso do fato. A conduta deixa de ser considerada uma infração penal e não será punida. Contudo, a questão da legalização envolve muitas questões éticas do Estado, deve-se ater que essa questão pode ser uma das formas do Estado sobre a produção, circulação e consumo das drogas.

4.5 ALTERNATIVAS À PRIVAÇÃO DE LIBERDADE DO INDÍVIDUO

É evidente que o sistema prisional está em crise, principalmente porque na grande maioria dos países não se consegue cumprir com os objetivos para os quais foi criado e resulta na ofensa direta à dignidade da pessoa humana.

Diante desse cenário, a legislação penal deverá ser pensada novamente, adotando-se atitudes e medidas minimalistas e, com isso, deixar de lado os pensamentos estritamente da lei e da ordem, que levam a uma inflação legislativa. Deve-se fazer uma seleção apurada no sistema legal, não utilizando o que não seja de interesse do Direito Penal, pois esses bens podem ser protegidos pelos demais ramos do direito.

Nos casos de aplicação do Direito Penal, tem que se evitar o encarceramento do indivíduo de forma desnecessária. Para tanto, surgem alternativas no ordenamento jurídico que poderão ser utilizadas, como os Juizados Especiais Criminais, com o principal objetivo de aplicação das penas não privativas de liberdade.

Com o avanço da tecnologia, muitas audiências passaram a ser realizadas por meio de videoconferências, sem que haja necessidade do preso ser conduzido ao Tribunal ou vara, podendo participar da audiência no interior do estabelecimento prisional. Evita-se assim gastos desnecessários para transportar os apenados e ainda garante uma maior segurança para todos. A tecnologia e o seu rápido avanço deverá ser considerada pelo Direito Penal, que como reflexo deverá implementar medidas que prever a substituição da prisão, com meios que ao mesmo tempo puna o agente que praticou a infração, mas que acima de tudo, preserve a sua dignidade, enquanto ser único.

4.5.1 Necessidade de uma Política Estatal, Política Criminal e Política Penitenciária

Kenya Espinosa Valázquez e Milagro Mengana, diante da crise do sistema prisional propuseram soluções em três âmbitos políticos: o político-criminal; político-penitenciário; e o político-estatal.

No que diz respeito à política criminal, será o combate a corrupção um dos fatores essenciais para que as funções às penas sejam cumpridas e que isso possibilite o devido cumprimento das determinações legais que sejam destinadas a execução penal.

Nesse contexto, uma postura minimalista deve ser implementada, somente se utilizando do cárcere em casos mais graves, que violem bens jurídicos de maior importância. Deverá se observar a natureza subsidiária do Direito Penal, deixando a proteção de determinados bens jurídicos para outras áreas do direito. Deverá ser evitada a prisão de natureza cautelar, sendo utilizada apenas nas situações consideradas extremas e que não se ofenda o princípio da presunção de inocência.

Ações despenalizadoras deverão ser adotadas, com a perspectiva de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos como também pela pena de multa, quando for compatível a sua aplicação ao caso concreto em detrimento da condição econômica do condenado.

Deverá se ater a chamada privatização do Direito Penal, onde a vítima exerce papel fundamental, permitindo-se a composição de danos, com ressarcimento, pelo indivíduo acusado, dos prejuízos que foram ocasionados pela sua conduta.

No campo da política penitenciária há a obrigação de uma verdadeira fiscalização pelos órgãos competentes, como o Ministério Público e o Poder Judiciário, como também a disposição dos funcionários que são responsáveis por exercer suas atribuições no sistema penal. Os doutrinadores K.M Espinoza Velázquez e M. Mengana sinalizam, que deverá ser considerada a elaboração de planos nacionais de reforma penitenciária em que se abranja todas as demandas do sistema prisional, tomando como referência não só os planos a serem implementados, mas principalmente a sua efetivação.

Por fim, tem-se, a política estatal que é de extrema importância para o abrandamento do sistema penitenciário. Os Estados devem respeitar e cumprir com o que preceitua as suas Constituições, como também os Tratados e Convenções Internacionais da qual faz parte, efetivando os direitos sociais e com isso, diminuir a lacuna presente entre os meios da sociedade.

O Estado deve investir e implementar programas que se destinam as famílias, possibilitando que a população menos favorecida tenha pleno acesso à educação, cultura, esporte, lazer e tantos outros direitos básicos que se destinam ao cidadão. Esses programas devem ter como finalidade não somente a conscientização das famílias, mas levar os recursos essenciais para que se tenha uma vida digna.

A educação, é um dos pilares básicos e essenciais para que o Estado investir. É na educação que as pessoas terão condições de galgar uma vida melhor e mais digna. Se não for implementada políticas públicas no que se refere a educação voltada para o desenvolvimento das crianças, elas irão se deparar com uma realidade difícil, um mercado de trabalho competitivo e certamente serão desmotivadas pelo mercado formal de trabalho, e entrarão no mundo crime.

Portanto, as soluções estão concentradas nos âmbitos de poder, seja quando da elaboração de leis mais brandas, que se preocupam com a intervenção mínima do Direito Penal ou da construção de penitenciárias que levem em conta o à dignidade da pessoa humana, que evidencie o cumprimento de políticas públicas que se destinem as funções sociais do Estado.

4.5.2 As finalidades sociais do Estado como um fator inibidor da prática de Infrações penais

A transformação do Estado Social em Estado Penal foi o propulsor da inflação legislativa que afeta tantas pessoas atualmente. O Direito Penal simbólico acabou se transformando no instrumento mais utilizado pelos governantes, sendo utilizado com o objetivo de dar uma resposta a sociedade, pelo aumento em larga escala da criminalidade. Eric Hobsbawm (1994, p.335), salienta que:

Todo observador realista e a maioria dos governos sabiam que não se diminuía nem mesmo se controlava o crime executando-se os criminosos ou

pela dissuasão de longas sentenças penais, mas todo político conhecia a força enorme e emocionalmente carregada, racional ou não, da exigência em massa dos cidadãos comuns para que se punisse o antissocial.

Vige no Brasil, uma democracia social, onde a Constituição anuncia que os direitos sociais como saúde, educação, segurança, lazer previdência social, dentre outros. Porém, como observa Dulce Chaves Pandolfi (1999, p.45):

Passados quase 15 anos do fim da ditadura militar, muitas são as dificuldades para a consolidação de uma sociedade democrática. Se no campo político os avanços foram grandes, em outras áreas as mudanças foram bem menos significativas. O novo regime não conseguiu reverter a acentuada desigualdade econômica e o fenômeno da exclusão social expandiu-se por todo o país. A despeito da implantação de um Estado de direito, os direitos humanos ainda são violados e as políticas públicas voltadas para o controle social permanecem precárias. Se, formalmente, pela Constituição de 1988, a cidadania está assegurada a todos os brasileiros, na prática, ela só funciona para alguns. Sem dúvidas existe um déficit de cidadania, isto é, uma situação de desequilíbrio entre os princípios de justiça e solidariedade.

Considerando uma família que a maioria dos seus membros não possuem emprego fixo, não possuem casa própria e vivem à margem da sociedade, o Estado não os oferece a assistência necessária, sendo abandonados, fazendo com que cresce as desigualdades sociais e conseqüentemente a criminalidade se torna mais acentuada. Diante desse fato, há aquelas infrações penais que são cometidas, na maioria das vezes, por pessoas que pertencem às classes sociais mais baixas, são condutas que geralmente estão associados a ofensa a integridade física, a integridade física, a saúde ou a vida das pessoas, bem como os crimes contra a liberdade sexual.

Um outro tipo de criminalidade, tido como oculta, no que se refere a omissão do Estado social, é a chamada criminalidade organizada, em que os mentores intelectuais são pertencentes das classes sociais mais altas, e são esses que acabam ocupando os noticiários dos jornais como sendo dignos de respeito e admirados pela sociedade. Com isso, o que nos é evidenciado é a diferença entre a criminalidade aparente, que são praticadas pelas classes sociais mais baixas e, aquela outra, que é oculta, cometida pelas classes sociais mais elevadas. A primeira, tem sua principal causa na omissão de gerência pelo Estado, que não efetua de forma adequada os direitos do preso, sendo uma criminalidade de natureza preponderantemente social.

Em relação ao crime organizado, Ivan Luiz da Silva (2012, p.31) declarou que:

Para compreendermos melhor o fenômeno social da criminalidade, é necessário que façamos uma análise da estrutura social, na qual estamos inseridos, e das inter-relações entre seus participantes; só assim, portanto, poderemos compreender em que estágio social nos encontramos e como essa realidade interfere na criminalidade e vice-versa.

Fazendo um comparativo, um crime praticado por um indivíduo desempregado e que não se enquadra nos padrões sociais, em uma escala valorativa, significa menos do que o crime de corrupção praticado por um funcionário público, por exemplo. A sociedade, de certa forma tolera mais o corrupto do que o indivíduo pobre que cometa um crime.

No Brasil, principalmente nas grandes cidades, é comum a presença de favelas, onde moram pessoas mais carentes de recursos financeiros e há ausência do Estado para a prestação dos serviços públicos. Diante dessa ausência de prestação social por parte dos governantes há o domínio de traficantes de drogas, que passam a impor o seu regime e a utilizar da violência como principal instrumento de coação. Os traficantes utilizam armamentos pesados sem a permissão para tanto, esses chegam nas favelas de diversas formas, como contrabando, tráfico de armas e corrupção de funcionários públicos. Diante dessa violência e dominação dos traficantes nas favelas, a polícia que até então se omitia a prestar serviços para essas comunidades, acabam invadindo esses locais também com violência e sem preparo técnico para tanto, com a finalidade originária de pacificação policial.

Embora a polícia tenha de certa forma dominado os territórios anteriormente ocupados pelos traficantes, não irá resolver o problema se o Estado não realizar as suas funções sociais. Assim, é possível reduzir e não eliminar com a criminalidade aparente a partir do momento em que o Estado assume a sua função social, diminuindo o abismo social existente entre as classes sociais.

4.5.3 Teoria do bem jurídico como fundamento da intervenção mínima do direito penal

O princípio da intervenção mínima é analisado sob dois enfoques principais, o primeiro é a *ad initio*, que deve ser entendido como um princípio de análise abstrata, que irá servir de orientação ao legislador quando da criação ou da revogação das figuras típicas. Como também por evidenciar a chamada natureza subsidiária do

Direito Penal, que deve ser interpretado como a última ratio de intervenção de Estado.

Tomando como base um enfoque mais minimalista, que é característico do princípio da intervenção mínima, sendo que a finalidade do direito penal é acolher os bens mais importantes a comunhão da sociedade. Partindo dessa premissa, somente os bens de maior importância é que irão merecer a concentração do legislador penal, que para guarda-los deverão criar os tipos penais incriminadores, proibindo ou determinando a prática dessa cultura sob a ameaça de sanção.

Por isso, a primeira vertente do princípio da intervenção mínima, gira em torno, da teoria do bem jurídico. Já a segunda vertente, irá evidenciar a necessidade do Direito Penal de ser aplicado de forma subsidiária, tendo em vista a gravidade da sua intervenção para aqueles que contrariem as normas penais. Só será necessária a interferência do Direito Penal quando outros ramos do direito se mostrarem não capazes de proteger esses bens jurídicos.

De acordo com a concepção minimalista, a finalidade central do Direito Penal é a proteção dos bens mais relevantes e adequados ao convívio social. Roxin (2008, p. 55), coloca em dúvida se a teoria do bem jurídico ocorreu efetivamente, no Iluminismo e diz:

A questão do conceito de bem jurídico, cuja criação se atribui a Birnbaum, tinha na época em que surgiu no século XIX um conteúdo liberal e limitador da punibilidade, é tão discutida como a conexão que frequentemente se afirma que existe entre a teoria do bem jurídico e o Direito Penal do iluminismo, que havia se esforçado para restringir a punibilidade aos danos sociais, derivando disto, também, a exigência de impunidade das meras infrações contra a moral.

Por este motivo, “um bem jurídico é uma situação ou fato valorado positivamente”. (JAKOBS, 1995, p. 50). Em que pese a difusão desse conceito, foi a partir das ideias iluministas que a teoria do bem jurídico se desenvolveu e vigorou no Direito Penal. Na passagem de um Estado Absolutista para um Estado Liberal verificou-se que a teoria do bem jurídica ganhou mais relevância, uma vez que esta é uma garantia do cidadão de aceitar a criação de tipos penais incriminadores pelo Estado somente quando um bem jurídico estivesse sendo por ele protegido. Isso demonstrava que o tipo penal passaria a exercer a sua função seletiva dos bens jurídicos, com a finalidade central de que o princípio da intervenção mínima seja atingido.

Ferrajoli (2014, p.575) compara os delitos com as contravenções penais, e advoga a tese da completa revogação destas últimas, pois de acordo com a pena cominada em abstrato, que define a gravidade da infração, se as contravenções penais interferem na proteção dos bens que não são tão relevantes, chegando a não serem protegidos pelos tipos penais que preveem os delitos, mais eficaz seria se atendo ao princípio da intervenção mínima, que todas fossem abolidas, sendo os bens nela protegidos por outros ramos do direito.

Portanto, a proteção dos bens jurídicos mais importantes e indispensáveis ao convívio em sociedade não poderá ser absoluto e engessado para todo e qualquer ordenamento jurídico, pois o grau de importância irá variar de acordo a cada cultura.

4.5.4 Mediação Penal e a formulação de uma justiça restaurativa

No Brasil e em muitos países da América Latina a Justiça Penal está sucateada. São milhares de processos que não possuem julgamento, trazendo consigo a espera angustiante de uma resolução dos litígios. Em muitos casos, as ações penais acabam prescrevendo, em detrimento da demora do estado para julgar os conflitos ali postos. Quando não ocorre a prescrição, a prolação de uma sentença que já é tardia, deixa de cumprir as finalidades que são destinadas às penas.

O processo penal acaba sendo angustiante, na medida em que muitas infrações penais, principalmente aquelas de menor potencial ofensivo, como os crimes contra a honra, no qual o que a vítima mais deseja é o pedido de desculpas do ofensor.

As leis penais de vários ordenamentos jurídicos acabam incentivando a reparação dos danos pelo acusado, para o benefício da vítima, impedindo o início da ação penal pelo Ministério Público, ou pela vítima, quando ocorrer antes da peça inaugural de acusação.

Surge, como uma inovação para essa problemática, a chamada mediação penal, que deve voluntariamente ser levada como um meio importante para solucionar o conflito entre a vítima e o autor e a pessoa que terá a competência para minimizar as consequências da infração será o mediador. O autor deverá reconhecer que,

praticou a ação penal e a vítima, deve valorizar o comportamento daquele que violou a lei, está preparado para reparar o prejuízo que causou.

Sendo assim, a finalidade da mediação é a de oferecer espaços de diálogos entre pessoas que sejam afetadas pelo mesmo fato, em que intervém uma terceira pessoa, que age com imparcialidade, é o mediador.

No Brasil, no ano de 1995, foi editada a Lei dos Juizados Especiais Criminais, que permitiu ao Ministério Público, naqueles delitos em que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapasse dois anos, propor a transação penal ou a suspensão condicional do processo, desde que o autor do fato delituoso, além de alguns requisitos impostos pela lei, repare o prejuízo por ele causado à vítima.

É preciso enfatizar que a mediação penal veio dar voz à vítima, como também evitar a desnecessária prisão do autor do fato. Quando o Estado chamou para si a responsabilidade de impor o jus puniendi, impedindo a vingança privada, deixou de lado a vítima da infração penal. Mas, com a mediação penal, a vítima é resgatada e valorizada. A mediação irá permitir que se elabore um programa que inclua as peculiaridades do autor da infração penal, fazendo-o refletir sobre o seu comportamento, e despertando o sentimento de arrependimento e o desejo de reparar o prejuízo que causou. E cabe ao mediador ponderar todos os fatos e despertar nas partes a solução mais eficaz. No entanto, como bem fundamenta Maria Pilar Sánchez Álvarez (2005, p.29):

Não é aquele que se valerá da força para impor a solução ao caso que lhe foi apresentado, mas sim, com toda destreza a capacidade, diminuirá a distância existente entre o autor do fato e a vítima, permitindo que iniciem um diálogo de confiança, pois que a mediação é a consequência da livre decisão de cada pessoa (vítima e infrator) e não a de um terceiro (mediador), de sentar-se à mesa para discutir os fatos que as envolveram, permitindo, assim, uma solução pacífica e racional do conflito que se formou.

Existe divergência entre os doutrinadores quanto ao número de fases da mediação, mas dentre as propostas, pode-se citar as seguintes: a) Fase em que a Justiça penal toma conhecimento de um fato, em tese, será passível de mediação; b) Fase de contato inicial com a vítima e o infrator; c) Fase de encontro entre o mediador, a vítima e o infrator; d) Fase de acordo; e) Fase de Execução; f) Fase de seguimento.

Com isso, adotando-se a mediação nos casos em que for possível, permite que seja feito um acordo, com o objetivo de reparar os prejuízos sofridos pela vítima com a

prática da infração penal, evitando-se o desnecessário encarceramento do acusado. Esse processo de mediação, permitirá que a Justiça Penal seja mais célere, pois só os casos mais graves é que terão a atenção e poderão levar o indivíduo ao cárcere.

No que se refere a justiça restaurativa, cada vez é mais frequente as técnicas de resolução de conflitos alternativos do Poder Judiciário, uma vez que a justiça se encontra sobrecarregada e não consegue resolver os problemas com a celeridade e eficiência necessárias. A proposta da Justiça Restaurativa diz respeito ao fato de permitir que a sociedade, que é leiga nessa temática, sem processos formais, possa, por si só, através de representantes eleitos, resolver os conflitos penais que surgirem em determinadas regiões. Tal acordo teria o valor de título executivo extrajudicial, podendo ser executado em caso de descumprimento, ou, ainda, permitindo a abertura de ação penal pelo Ministério Público.

Teríamos a implementação de “Juizados” informais, em que os representantes não seriam propriamente membros do Poder Judiciário, seria a sociedade julgando a própria sociedade, através de seus pares. “Os representantes do Estado, juiz, promotores, defensores públicos, delegados, são substituídos por mediadores, especialmente treinados e encarregados do processo restaurativo”. (SALIBA, 2009, p.117).

Os dados e a experiência penal já têm demonstrado concretamente que em várias situações, a vítima estaria solícita a aceitar o perdão de quem lhe causou o dano, como também, o acusado muitas vezes sente-se arrependido e tem a intenção de reparar os prejuízos que ele causou. Mas, os formalismos da Justiça Penal aumentam a distância entre o Poder Judiciário e à população.

A decisão do ofendido em aceitar uma reparação substitutiva da pena se refere principalmente as infrações de menor gravidade, que somente “ferem” direitos e interesses disponíveis do seu titular e, por essa razão deixados pelo ordenamento jurídico no campo da autonomia da vontade.

5 CONCLUSÃO

A crise do sistema prisional se agrava cada vez mais. E esta problemática acaba recebendo um trato muito influenciado pelas perspectivas sensacionalistas que andam junto as suas manifestações. O esgotamento sócio-político quando da abordagem do tema tem acentuado as opiniões com viés moralista que impossibilitam enxergar a complexidade que está por traz dessa questão.

É através desse discurso moralista e conservador que a sociedade pede por uma justiça penal que puna a qualquer custo, com penas mais longas e rigorosas e tendem a não considerar as condicionantes que determinam as questões sociais da criminalidade, principalmente no que se refere às desigualdades de classe. Por isso, que nos dias de hoje se eleva o pensamento de que “bandido bom é bandido morto”. Os problemas sociais reduziram-se a problemas policiais e há um clamor crescente pela pena de morte.

Os problemas ligados a violência e a criminalidade não se restringem ao campo da segurança pública, tem-se as mais diversas carências e falhas nas políticas sociais e nas modalidades de proteção social no Brasil, seja na saúde, educação ou na falta de empregos. A prisão, conforme o pensamento de Foucault, foi um instrumento que no seu nascimento, representou um avanço significativo em termo de humanização dos procedimentos punitivos se comparado com as formas cruéis e desumanas que as punições eram aplicadas.

O sistema prisional no momento contemporâneo, tem transformado em um dispositivo que muito além de punir, que seja eficiente não consegue concretizar as políticas voltadas para uma boa administração do sistema prisional. O que nos é apresentado é o confinamento e total abandono daqueles que violam a lei, sendo desprovidos de proteção social e do exercício de direitos que se referem a própria condição humana.

As prisões são cenário de frequentes violações dos direitos humanos dos presos, até porque à sociedade se mostra alheia a segregação e confinamento dos apenados. A superlotação, a má administração carcerária, a corrupção dos policiais e agentes penitenciários, são alguns dos principais problemas enfrentados e

demonstram que o sistema prisional brasileiro está excluindo qualquer tipo de possibilidade do preso se recuperar.

Há uma enorme contradição entre o que está escrito na Lei de Execução Penal e a realidade das prisões. Embora a LEP estabeleça que os presos devam ter acesso a vários tipos de assistência há uma omissão por parte do Estado em efetivar esses direitos, como assistência médica, assessoria jurídica e serviços sociais. Nenhum desses benéficos é oferecido ao indivíduo preso na extensão que a lei se propõe, e quem sofre com as consequências dessa omissão e má administração carcerária são os próprios presos, que acabam tendo negligenciados direitos básicos.

Segundo a LEP, todos os presos condenados no Brasil deveriam ter oportunidades de trabalho, educação e treinamento. Mas, apesar da lei ser clara na elucidação desses direitos, apenas a menor parte dos presos brasileiros tem a oportunidade de trabalhar. Como os presos que trabalham tem direito a redução da pena e, conseqüentemente ao livramento condicional, a falta de trabalho propicia a superlotação carcerária. O direito à educação e do trabalho estão atrelados a formação da personalidade do preso, são direitos sociais de grande relevância, porem são escassos, fazendo com que os presos realizem poucas atividades construtivas e favorece o ócio.

A pesquisa bibliográfica permitiu além de apontar as principais causas que contribuem para a falência do sistema prisional, também evidenciar propostas para a superação da crise do sistema prisional no Brasil, uma delas se refere às medidas que possibilitam reservar a pena de prisão para os crimes considerados mais graves, ou seja adotar o Minimalismo como política de correção do sistema, evidenciando a natureza subsidiária do direito penal, como também a incorporação da mediação penal nas Varas de Execuções Penais, para dar celeridade aos processos. A humanização das penas e a sua individualização também são de extrema importância, pois daria mais um sentido de justiça as punições.

Diante do que foi pesquisado e observado, chega-se à conclusão de que a sociedade vive em um paradoxo, onde diante de uma realidade cruel e desumana, existe o pensamento concreto de que a tendência é sempre piorar, pois não dá para visualizar uma aparente solução para essa realidade de sofrimento e angustia. Os valores éticos e morais, bem como a dignidade da pessoa humana precisam ser restaurados, visto que a sociedade, muitas vezes influenciada pela mídia se

acostumou a conviver com banalidades diárias e acham tudo normal, inclusive a degradação de um ser humano que é submetido ao sistema prisional. A ideia central não é ver o preso como vítima da situação, mas tentar fazer valer o que está escrito na Lei de Execução Penal, pois só assim o sistema se prestará ao fim que se destina e o cárcere deixará de ser um depósito de seres humanos e passará a garantir a assistência ao preso e ao internado, objetivando prevenir o crime e reinserir o preso na sociedade.

REFERÊNCIAS

ALMUIÑA. Solange Lage. Da re(in)clusão à libertação: práticas educativas que viabilizam o processo de ressocialização dos presos de salvador. 2005. Monografia de Pedagogia. Universidade do Estado da Bahia – UNEB. Departamento de Educação.

ALVES. Alaôr Caffé. **Lógica: pensamento formal e argumentação**: elementos para o discurso jurídico. 3 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

ALVES. Roque de Brito. **Estudo de ciência criminal**. Ed. CEPE. Recife-PE. 2003.

ASSIS. Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário Brasileiro**. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos908/a-realidade-atual/a-realidade-atual.shtml>>. Acesso em: 26.mar. 2016.

_____. **A realidade atual do Sistema Penitenciário Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br>>. Acesso em: 15 abril. 2016.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Revan. Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro, 2002

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BECCARIA, Marquês Cesare. **Dos delitos e das penas**. 1 ed. São Paulo: Edipro, 1999.

_____. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Claret.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. **La fundamentación de los derechos humanos em la doctrina española actual**.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Falência da pena de prisão**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Manual de Direito Penal**. 3.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. Atlas, 2006.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **A identidade do preso e as leis do cárcere**. São Paulo, dissertação de mestrado USP, 2008.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2010.

_____. **A história entre grades: a marginalidade social**. Disponível em: <<http://joseliahistoria.blogspot.com.br/2010/01/historia-entre-gradesmarginalidade.html>>. Acessado em: 02 abr. 2016.

_____. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 17 mai. 2016.

_____. **Código Penal. Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 17 mai 2016.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. Dados Consolidados. In: InfoPen. Brasília (DF), 2014. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 18.abril. 2016.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. **Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos Todas UF's**. In: InfoPen Brasília (DF), 2014. Disponível em: <http://www.mj.gov.br>. Acesso em: 18.abril. 2016.

_____. **Lei de Execução Penal nº 7.210, de 11-7-1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivi_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 20 mar.2016.

_____. **Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania**. Brasília (DF), 2008. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

BUSSINGER, Vanda Valadão. **Fundamentos dos direitos humanos**. In: Revista Serviço Social e Sociedade. São Paulo: Cortez, 1997, nº 53, ano XVIII, mar.1997.

CAMARGO, Virginia da Conceição, **Realidade do sistema prisional**, 2006 Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br>>. Acesso em 28 abril.2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 14. ed. - São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, A CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, Alvaro Mayrink da. **Criminologia**. Ed. Rio. Rio de Janeiro. 1976.

DE MARSICO, Alfredo *apud* NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 18. ed. atualizada por Adalberto José Q. T. De Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1987.

DOTTI, René Ariel. **A crise do sistema penitenciário**. Texto adaptado do artigo A crise do sistema penal, publicado na Revista dos Tribunais, vol. 768, p. 421 e s. em Disponível em: <http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/rene_dotti.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2016.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Endurecimento de penas se mostra, sempre, frustração. Consulex, São Paulo, 06 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.consulex.com.br/news.asp?id=6204>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios Constitucionais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOLCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 28 ed. Petrópolis.: Vozes, 2004.

_____. **Vigiar e punir nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 29 Ed. Petrópolis: Vozes. 2004.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramalhete. 26. ed, Petrópolis: Vozes, 1987.

GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso**. Trad. Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 1999.da Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; FLÁVIO GOMES, Luiz. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução as bases criminológicas da Lei 9.099/95; Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 8. ed. rev. e atual: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 2012.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1961.

_____. **Manicômios, Prisões e Conventos**. Tradução de Dante Moreira Leite. 7 ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal parte geral**, 18 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Legislação penal especial**, 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 3 ed. Niterói: Impetus, 2016.

HOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

JAKOBS, Guinther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

JAKOBS, Gunther. **Derecho penal – Parte general**. Madrid: Marcial Pons, 1997.

LEAL, César Barros. **Prisão: Crépulo de uma era**. Belo Horizonte, DelRey, 1998.

LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos Vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres**. 2 ed., revista atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LIMA, Márcia de. **Da visita íntima à intimidade da visita: a mulher no sistema prisional**. Dissertação de mestrado, Saúde Pública, USP, 2006. Disponível em: <http://www.sumarios.org/sites/default/files/pdfs/mtv8n1_p33-8.pdf>.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução de José Duarte Pereira. Tomo I. 19. Ed. São Paulo: Russell, 2003.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**: tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Editora Ícone, 2007.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípios Políticos do Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LUCAS, Flávio Oliveira. **Organizações criminosas e Poder Judiciário**. In Estudos Avançados, n. 61, 2007.

LUIZI, Luiz. **Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: SAFE, 1991.

_____. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 1991.

MAGNABOSCO, Danielle. **Sistema penitenciário brasileiro: aspectos sociológicos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 27 abril. 2016.

MAÍLIO, Serrano Afonso. **Introdução à Criminologia**, trad. Luiz Regis Prado. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2008.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARX, Karl. **O Capital**; trad. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. Ed. Abril Cultural, São Paulo, 2002.

MESQUITA JUNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de Execução Penal**: teoria e pratica. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 23. Ed. São Paulo:

_____. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Processo penal**. 14. ed. rev. e atual. Até dezembro de 2002. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas Editora, 2006.

MOLINA, A. G-P de Criminologia: Introdução a seus fundamentos teóricos – Introdução às bases criminológicas da Lei 9099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais. Tradução de Luiz Flávio Gomes. 7ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2010.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 6. ed. São Paulo:

_____. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. Volume 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: RT, 2009.

NUNES, Adeildo. **A realidade das prisões brasileiras**. 1. ed. Recife: Nossa Livraria, 2005.

_____. **Da Execução Penal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PABLOS DE MOLINA, Antônio Garcia. **Criminologia**: uma introdução a seus fundamentos teóricos. Tradução de: Luiz Flávio Gomes. 3ª. ed. Revista dos tribunais. São Paulo, 2002.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Execução Penal**. 1. ed. São Paulo: RT, 1995.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. 2ª ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Maria Pilar. Mediación penal comunitária: desde onde y hacia onde. **Alternativas a la judicialización de los conflictos**: La mediación. Barcelona: Icaria Editorial, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada**. In Souto , Cláudio e Falcão , Joaquim (orgs.). Sociologia e direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica. 2ª ed. São Paulo, Pioneira, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 1981.

SERAFIM, Antônio de Pádua. **Psicológica e práticas forenses**. Barueri: Manole, 2012.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado**: procedimento probatório. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SZNICK, Valdir. **Penas Alternativas**. São Paulo: Leud, 2001.

VARELLA, Drauzio. **O sistema penitenciário brasileiro e das leis que não se cumprem**. In: Jornal folha de São Paulo, São Paulo, Abr. 2002. THOMPSON, Augusto. A questão penitenciária. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. Título original: Les prisons de la misère.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. (Coleção Pensamento Criminológico).

**ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM
DIREITO DA FACULDADE BAIANA DE DIREITO**

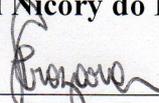
Aos 30 de junho de 2016 realizou-se, na sede da Faculdade Baiana de Direito, na Rua Visconde de Itaboraahy 989 – em Salvador Bahia, às 11h a sessão de Defesa da Monografia Final do (a) bacharelando (a) **Felipe Oliveira Gomes**, intitulada, *A falência do sistema prisional brasileiro na eficácia dos direitos e garantias fundamentais do preso: uma questão de dignidade humana e responsabilidade social.*, estando presente o (a) Orientador(a) prof.(a) Daniel Nicory do Prado, os demais componentes da Banca Examinadora, Prof(a) Rosberg Santos Crozara e Prof(a) Thais Bandeira de Oliveira e, ainda, alunos do Curso de Direito. Os trabalhos foram iniciados e os integrantes da Banca Examinadora passaram a arguir o aluno (a). Após a arguição, a Banca Examinadora deliberou nos seguintes termos:

Banca Examinadora	Notas	Indicação de alteração do texto para a entrega da versão final
Daniel Nicory do Prado	10,0	
Rosberg Santos Crozara	10,0	
Thais Bandeira de Oliveira	10,0	

Nada mais havendo a tratar, o (a) Senhor (a) Presidente declarou encerrada a sessão, sendo lavrada a presente ata que, depois de lida e aprovada, vai assinada pelos membros da Banca Examinadora.



**Prof. Orientador
Daniel Nicory do Prado**



**Membro da Banca Examinadora
Rosberg Santos Crozara**



**Membro da Banca Examinadora
Thais Bandeira de Oliveira**

