



SISTEMA CARCERÁRIO E DIREITOS HUMANOS: REPENSANDO AS POLÍTICAS PÚBLICAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

CARCERARY SYSTEM AND HUMAN RIGHTS: RETHINKING PUBLIC PRIVATE LIBERTY POLICIES

<i>Recebido em:</i>	30/10/2018
<i>Aprovado em:</i>	23/01/2019

Nilton Carlos de Almeida Coutinho¹

Ana Maria da Costa Porto²

RESUMO

O presente artigo traz uma análise da situação carcerária e os resultados obtidos por meio das políticas públicas implementadas, na perspectiva dos direitos humanos. A evolução dos direitos fundamentais insertos no novo modelo de democracia e de Estado Constitucional propicia ao cidadão uma série de prerrogativas de defesa de seus direitos. Nesse contexto, a dignidade humana se sobressai como um valor supremo que conjuga todos os direitos fundamentais e personalíssimos, de caráter indisponível, irrenunciável e inafastável dentro do ordenamento jurídico, por ser inerente ao ser humano. Como meio de combate à

¹ Docente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília; Doutor em Direito pela Universidade Mackenzie; Procurador do Estado de São Paulo com atuação em Brasília - DF. E-mail: niltonpge@gmail.com

² Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Brasília; Especialista em Direito Administrativo e Processo Administrativo pela Universidade Cândido Mendes; Professora na graduação da Universidade Católica de Brasília; Advogada. E-mail: leda_eulalio@hotmail.com



criminalidade implementou-se uma série de políticas públicas fundadas na privação de liberdade. Contudo, consoante se observará ao longo do presente texto, a aplicação de tal pena em um sistema prisional falho não atinge a finalidade precípua de ressocialização, mas antes de tudo, se firma como instrumento de segregação e aumento das desigualdades sociais, em flagrante violação aos direitos humanos.

Palavras-chave: sistema carcerário; direitos humanos; dignidade humana; ressocialização; políticas públicas.

ABSTRACT

This article presents an analysis of the prison situation and the results obtained through public policies implemented, from a human rights perspective. The evolution of fundamental rights embedded in the new model of democracy and constitutional state provides citizens with a series of prerogatives to defend their rights. In this context, human dignity stands out as a supreme value that combines all fundamental and very personal rights, of an unavailable, inalienable and unassailable character within the juridical order, since it is inherent to the human being. As a means of fighting crime, a series of public policies based on deprivation of liberty were implemented. However, as it will be observed throughout the present text, the application of such a sentence in a faulty prison system does not achieve the primary purpose of resocialization, but above all, it is established as an instrument of segregation and increase of social inequalities, in flagrant violation of human rights.

Keywords: prison system; human rights; human dignity; recovery; public policy.

INTRODUÇÃO

A legitimação do Estado e a formalização da Lei, particularmente a Declaração dos Direitos Humanos transformaram o homem em cidadão. É fato que todas essas mudanças trouxeram uma série de direitos ao cidadão, mas também possibilitou o surgimento de novas



formas de exercício de poder, razão pela qual alguns direitos, tais como o direito à justiça, à dignidade, à saúde e a própria vida, nunca antes havia sido tão debatido.

O Estado Constitucional de Direito, como evolução do Estado Democrático, confirma a natureza normativa dos postulados constitucionais como forma de garantir a plena vinculação dos poderes que regem o Estado Democrático de Direito. Como consequência, toda atividade do Estado submete-se a controles, cujo poder superior reside nas máximas constitucionais. No entanto, o Estado é o primeiro a não assegurar o cumprimento das disposições legais, ao gerir de forma ineficiente os recursos públicos e não promover todas as medidas e atividades previstas em lei.

Os fundamentos que regem a política criminal no Brasil, não obstante sua constante reformulação, apenas efetivam as desigualdades econômicas e sociais, bem como o conflito entre o Estado e sua legislação com a sociedade.

Assim, a notória incapacidade do Estado em gerir o sistema carcerário, de modo a evitar ou pelo menos amenizar as violações de direitos humanos, evidencia a atuação distanciada a que atualmente convivemos, que é o fracasso do sistema prisional brasileiro.

Dessa forma, a ressocialização dos presos tem se mostrado ineficiente na prática, persistindo seu ideal apenas no campo teórico, sem que sejam tomadas medidas sociais e políticas para a sua ampla e verdadeira concretização.

O sistema carcerário no Brasil representa o agrupamento do que a sociedade enxerga como lixo social e que deve permanecer segregado e sem o devido e mínimo acompanhamento social, psicológico e de saúde.

Portanto, faz-se necessária uma reflexão acerca desse tema tão complexo da realidade social brasileira, bem como uma atuação conjunta do Estado e da sociedade, no sentido de se combater as situações desumanas que afligem e estigmatizam os presos no ambiente carcerário.



1 FUNDAMENTOS DOS DIREITOS HUMANOS

Com a evolução do Estado Democrático de Direito para Estado Constitucional, os direitos e garantias fundamentais ganham maior força coercitiva e efetividade, sob pena de deslegitimar a atuação estatal e suas instituições jurídicas, ou seja, o Estado somente possui legitimidade e suas normas apenas possuem legalidade quando observados os direitos fundamentais constitucionais.

Modernamente, entende-se que o fundamento de validade dos Direitos Humanos reside no próprio homem e no conceito de dignidade por sua natureza de pessoa humana, ao contrário do que antes se acreditava no tocante a aspectos religiosos e metafísicos. Assim, a partir dessa perspectiva, concentram-se os esforços no sentido de reaver a dignidade da pessoa humana, a qual passou a integrar tantos os Tratados e as Convenções Internacionais quanto a própria Constituição Federal.

Segundo Piovesan³, o valor da dignidade da pessoa humana se projetou por todos os ordenamentos jurídicos internacionais, não só em razão da crise do positivismo jurídico, mas também como respostas à derrota do Nazismo e do Fascismo. Assim, em decorrência desse período histórico de barbárie, a dignidade da pessoa humana se alçou a fundamento dos Direitos Humanos. Nesse sentido, afirma a citada autora:

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a

³ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 188.



ruptura do paradigma dos direitos humanos, através da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral.

Verifica-se, pois, que os avanços do Direito Positivo decorrem dos acontecimentos que os precederam, notadamente, experiências negativas que ocasionam uma pressão social sobre o Poder Legislativo por medidas normativas que assegurem certos direitos. É lamentável, mas o Direito não se antecipa aos fatos e a humanidade é obrigada a conviver com máculas de seu passado que ela própria deu causa.

Assim sendo, é possível afirmar que foi após os crimes da Segunda Guerra que a dignidade da pessoa humana ganha status de pedra fundamental dos Direitos Humanos e de diversos Estados Nacionais, assegurando a integridade humana e impondo um limite a violação dos direitos humanos.

Nesse contexto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, representa a máxima expressão de concretização dos direitos humanos, com a introdução de uma percepção contemporânea dos mesmos, entre as quais os conceitos de universalidade e indivisibilidade. Segundo Piovesan⁴:

Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais, e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem,

⁴ Idem, p. 182.



assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

Vale registrar a importância das Declarações Americana de 1776 e a Francesa, de 1789, pois desencadearam um processo de reflexão sobre os direitos fundamentais. A Declaração Americana consubstanciava as bases do direito dos homens e estabelecia, em seu artigo 1º, que a vida, a liberdade, a igualdade, a propriedade, a felicidade e a segurança são direitos inatos de todos os homens, mesmo no convívio em sociedade.

Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, tem direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.⁵

Nesse sentido, estabelece a Declaração Francesa:

[...] que os homens nascem e continuam livres e iguais em direitos (...) e que as suas proposições se aplicam a todas as sociedades políticas, uma vez que a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis à opressão. Reza o seu art. XVI que toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos ou não determina a separação dos poderes não tem Constituição.

⁵ ZISMAN, Célia Rosenthal. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 80.



Esclarece Comparato⁶, corroborando o entendimento de que referidas Declarações iniciaram o processo de reflexão acerca dos direitos fundamentais e da dignidade humana:

[...] a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 representou a culminância de um processo ético iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, o que levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. Esse reconhecimento universal da igualdade humana só foi possível quando, ao término da mais desumanizadora guerra de toda a História, percebeu-se que a ideia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião sobre todas as demais, põe em risco a própria sobrevivência da humanidade.

Apesar de a Declaração Universal dos Direitos Humanos não possuir a força jurídica de uma Constituição, é inegável a força que a mesma representa, não só por constituir um marco histórico, diante do grande número de adesões, mas também por resgatar o conceito de Direitos Humanos fundamentados no conceito de solidariedade entre todos os povos.

Ademais, foi a partir da Declaração Universal que muitos outros tratados e convenções relativos aos direitos humanos foram assinados. É bem verdade que a Declaração Universal trouxe parâmetros a serem observados por todas as nações em relação a todo e qualquer ser

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 211.



humano, independente de gênero, raça, religião ou quaisquer outros aspectos. Cuida da defesa da vida com dignidade, conforme defende Cançado Trindade⁷:

A Declaração resultou “de uma série de decisões tomadas no biênio 1947-1948, a partir da primeira sessão regular da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas em fevereiro de 1947. Naquele momento já se dispunha de propostas a esse respeito, enviadas à Assembleia Geral das Nações Unidas no trimestre de outubro a dezembro de 1946. Para um instrumento internacional que passaria a assumir importância transcendental, como universalmente reconhecida em nossos dias, os ‘travaux préparatoires’ da declaração universal de 1948 desenvolveram-se em um período de tempo relativamente curto, em um dos poucos lampejos de lucidez no decorrer deste século. Ao labor da comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas e de seu Grupo de Trabalho (maio de 1947 a junho de 1948) – com as consultas paralelas realizadas pela Unesco em 1947 -, seguiram-se os debates da III Comissão da Assembleia Geral das Nações Unidas (setembro de 1948).

Com efeito, o elo entre democracia e direitos humanos resta evidente a partir do conteúdo do art. 21:

1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direção dos negócios públicos do seu país, quer diretamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos.

⁷ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. O legado da declaração Universal e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. 1997, p. 13. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/26/dtr/dtr1.pdf> Acesso em: 19 nov. 2017.



2. Toda a pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país.
3. A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos; e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto.

Portanto, verifica-se que o postulado da dignidade da pessoa humana se constitui em verdadeira essência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, conferindo-lhe fundamento e sentido e o exercício da democracia é o reflexo desse entendimento.

2 SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Conforme ensinam AZEVEDO e SALDANHA, “a pena pode ser conceituada como uma sanção, a ser imposta pelo Estado ao sujeito que cometeu algum delito capitulado no artigo de lei, previsto pelo legislador”⁸. Hodiernamente, a prisão é entendida como um mal necessário, sem olvidar que mantém em sua natureza grandes contradições. É possível dizer que a referida pena se legitima por sua própria necessidade.

Outro não é o pensamento de Bitencourt⁹, quando afirma que “a pena constitui um recurso elementar com que conta o Estado, e ao qual recorre, quando necessário, para tornar possível a convivência entre os homens”.

O direito de punir surge com o Estado. Antes, o indivíduo tinha o direito de se proteger e até revidar, ante a ausência de uma estrutura que englobasse o poder e tivesse capacidade

⁸ AZEVEDO, Gabrielli Agostineti; SALDANHA, Rodrigo Róger. Pena: retribuição jurídica versus estabilização da norma violada. In: Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE) VOL. 3, N. 2, 2015.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 23. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 605.



de julgar. Assim, é possível afirmar que o direito de punir está sujeito às alternativas do Estado, bem como de quem o controla. Daí a importância da instauração de leis que não considerem o desejo isolado do soberano, mas a vontade de toda a coletividade.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça – CNJ¹⁰, entre os anos 2000 e 2008, a população carcerária no Brasil aumentou 89% e, não obstante o movimento mundial denominado “o grande encarceramento”, o referido aumento expõe o país ainda mais às críticas internacionais, possivelmente, em razão das mazelas que acometem o próprio aprisionamento. Já em 2014, com a última estimativa do Conselho Nacional de Justiça, restou constatado que a população carcerária brasileira é de 711.463 presos, o que representa um aumento de 403,5% em 20 anos.

Com as novas 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 206 mil, segundo os dados mais recentes do CNJ. “Considerando as prisões domiciliares, o déficit passa para 354 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”, afirmou o conselheiro Guilherme Calmon.

¹⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Disponível em: www.cnj.jus.br/geopresidios Acesso em: 18 nov. 2017.



Conforme dita a Lei de Execução Penal, os estabelecimentos penais para presos condenados são divididos de acordo com os regimes prisionais. São eles: presídios fechados, representados pelas penitenciárias; semi-abertos, representados pelas colônias penais agrícolas ou industriais, e regimes abertos, representado pela casa do albergado. Os detentos provisórios devem aguardar o julgamento em cadeia pública. Há, ainda, os hospitais de custódia, que é o local onde deve cumprir medida de segurança aquele que cometeu crime por algum problema mental e foi, por isso, considerado inimputável ou semi-imputável.

Ocorre, entretanto, que a falta de estrutura do sistema prisional brasileiro desfavorece o efetivo cumprimento da Lei, de modo que os juízes são impelidos a determinarem formas alternativas de cumprimento da pena, seja em prisão domiciliar ou outra, ainda que incompatível com a condenação.

Segundo dados extraídos do Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP)¹¹, existem no Brasil 2.644 estabelecimentos penais públicos. Dentre os principais tipos de estabelecimentos penais, há 260 destinados ao regime fechado, 95 ao regime semiaberto, 23 ao regime aberto, 725 a presos provisórios e 20 hospitais de custódia, além de 125 estabelecimentos criados para abrigar presos dos diversos tipos de regime, de acordo com os últimos números do Depen, referentes a junho de 2014. O levantamento revela, no entanto, que a separação dos presos por tipo de regime de pena prevista em lei não está sendo cumprida. Das 260 penitenciárias, por exemplo, que deveriam abrigar exclusivamente condenados ao regime fechado, somente 52 seguem a LEP.

A verdade é que a falta de uma efetiva política criminal impede sejam conferidos aos presos os direitos básicos referentes à saúde, ao trabalho e à educação, e mais precisamente, a sua efetiva ressocialização.

¹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecaoopenal/mapa.php> Acesso em: 18 nov. 2017.



Ademais, diversos dispositivos de ordem constitucional e infraconstitucional preveem condições mínimas para a aplicação da pena no sistema prisional brasileiro. Contudo, tais normas não são efetivas, e isso se dá em face da ausência de uma política criminal comprometida com a dignidade da pessoa humana e também, ciente da importância da população carcerária como forma de redução das práticas criminosas.

3 O PROBLEMA DA SUPERLOTAÇÃO E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Consoante asseveram AZEVEDO e SALDANHA, a superpopulação existente no sistema prisional brasileiro (e o descompromisso estatal no cumprimento de sua função) afronta a ideia de ressocialização.¹²

É cediço que a superlotação é uma das questões mais complexas do sistema prisional brasileiro, que se mostra cada vez menos eficiente, na medida em que o aumento da rigidez penal, seja em anos de condenação ou em determinado tipo penal, não contribui para a diminuição da criminalidade ou mesmo, para a efetiva ressocialização do preso. Pelo contrário, os dados revelam que tende a aumentar a população carcerária.

Assim sendo, a adoção de penas alternativas é entendida por parte da doutrina como medida eficiente de redução da superlotação, além de evitar a segregação e maior chance de o condenado se marginalizar.

Leciona Capez¹³ que um dos objetivos das penas alternativas é dar cumprimento ao disposto no art. 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, que estabelece como metas a serem

¹² AZEVEDO, Gabrielli Agostineti; SALDANHA, Rodrigo Róger. Pena: retribuição jurídica versus estabilização da norma violada. In: Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE) VOL. 3 , N. 2 , 2015.

¹³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 2011. Disponível em: <https://direito20112.files.wordpress.com/2012/08/curso-de-direito-penal-1-parte-geral-15c2aa-edic3a7c3a3o-capez.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.



alcançadas, tanto a diminuição da superlotação dos presídios, bem como a redução dos custos do sistema penitenciário.

Nesse sentido, importante registrar o que diz a própria Lei de Execução Penal¹⁴, em seus artigos 147 a 170, no tocante a aplicação de penas alternativas à de prisão.

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

Art. 148. Em qualquer fase da execução, poderá o juiz, motivadamente, alterar a forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana, ajustando-se às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal.

A legislação brasileira, entretanto, demanda reformas no sentido de não somente ampliar as possibilidades de aplicação das penas alternativas, mas também a infraestrutura necessária à efetivação de prestação de serviços a comunidade, tudo de maneira supervisionada.

Segundo Prado¹⁵, para que se implementem as penas alternativas, deve-se iniciar pela efetivação de um Direito Penal mínimo, tipificando apenas as agressões a bens jurídicos considerados relevantes.

¹⁴ _____. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. *Lei de Execução Penal*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm Acesso em: 19 nov. 2017.

¹⁵ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: parte geral. 13. ed., rev. São Paulo: RT, 2014, p. 149.



Com efeito, a problemática da superlotação requer uma mudança de pensamento tanto por parte dos magistrados quanto da sociedade, no sentido de não considerarem as formas alternativas muito brandas ou que se prestariam à impunidade.

É fato que a superlotação, além de concorrer para uma violência interna e um crescimento no número de rebeliões, também favorece a degradação e formação deturpada do detento. Eleva a promiscuidade, a formação de grupos organizados, bem como a violência, os privilégios e a corrupção por parte de funcionários, sem contar a falta de verbas para garantir as condições mínimas de funcionamento do estabelecimento penal.

Assim, com o intuito de reduzir o contingente carcerário, bem como as mazelas impostas ao indivíduo pela aplicação da pena privativa de liberdade, faz-se necessário uma maior adoção de penas alternativas, tais como a restritiva de direitos, a de prestação de serviços à comunidade, dentre outras. Referida medida seria muito mais efetiva para a redução da criminalidade e dos problemas do sistema prisional brasileiro.

Destarte, o condenado não será exposto à degradação física e moral reinante no ambiente carcerário, além de que diminuir-se-ão os gastos públicos nessa seara e conseqüentemente, haverá uma redução do número de presos nos estabelecimentos prisionais.

4 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A SUA (IN)EFICIÊNCIA

Em sua origem, as penas privativas de liberdade eram utilizadas como custódia do acusado em estabelecimentos escolhidos de maneira aleatória, sem cautela quanto às condições daquele ambiente. Eram as masmorras, os mosteiros e os poços, sendo utilizadas como etapa preliminar às penas propriamente ditas, constituídas por castigos corporais.

Em verdade, surge a pena privativa de liberdade com o propósito de reaver não somente a personalidade do condenado, como também a sua índole, tudo dentro dos



parâmetros descritos pela sociedade, através de seu sistema jurídico e social. Ocorre que, não obstante seu evidente fracasso em muitos aspectos, revalidado pelo aumento da criminalidade em todo o mundo, não se tem conhecimento de outra medida para substituí-la.

Nesse sentido, ensina Foucault¹⁶ que “conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, 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”.

O Código Penal acolheu duas espécies de penas privativas de liberdade. São elas: pena de reclusão e pena de detenção. Ambas são idênticas, em termos práticos, porém, em termos jurídicos, são distintas. Destaca Prado¹⁷, demonstrando que as diferenças entre as citadas penas são meramente formais:

A diferenciação entre reclusão e detenção hoje se restringe quase que exclusivamente ao regime de cumprimento de pena, que na primeira hipótese deve ser feito em regime fechado, semi-aberto ou aberto, enquanto na segunda alternativa – detenção – admite-se a execução somente em regime semi-aberto ou aberto, segundo dispõe o artigo 33, caput, do Código Penal. Contudo, é possível a transferência do condenado a pena de detenção para o regime fechado, demonstrada a necessidade da medida. Não existe nenhuma distinção ontológica entre as modalidades de pena privativa de liberdade. [...]. De conseguinte, a distinção entre reclusão e detenção é meramente quantitativa, fundada basicamente na maior gravidade da primeira. [...]. Na verdade, não há qualquer diversidade estrutural e de essência

¹⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 28. Ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 196.

¹⁷ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: parte geral. 13. ed., rev. São Paulo: RT, 2014, p. 454-456.



entre as duas espécies de pena privativa de liberdade. Ademais, a legislação penal brasileira, além de não oferecer outro critério de diferenciação que não seja o quantum da pena, apresenta inúmeras hipóteses de manifesta desproporção entre a pena privativa de liberdade abstratamente cominada e a gravidade do crime praticado.

Santos¹⁸ defende que a pena como é conhecida transcende sua função explícita de retribuição e prevenção, mas mantém suas relações de poder:

O objetivo real mais geral do sistema de justiça criminal (além da aparência ideológica e da consciência honesta de seus agentes) é a moralização da classe trabalhadora, através da inculcação de uma 'legalidade de base': o aprendizado das regras da propriedade, a disciplina no trabalho produtivo, a estabilidade no emprego, na família etc. A utilidade complementar da constituição de uma 'criminalidade de repressão' (localizada nas camadas oprimidas da sociedade e objeto de reprodução institucional) é camuflar a criminalidade dos opressores (abuso de poder político e econômico), com a tolerância das leis, a indulgência dos tribunais e a discricção da imprensa.

Desse modo, é possível inferir que a pena é a única resposta para o cometimento de um crime. Prossegue Santos¹⁹:

No Brasil e, de modo geral, nos países periféricos, a política criminal do Estado exclui políticas públicas de emprego, salário, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares, como programas

¹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 58.

¹⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 1.



oficiais capazes de alterar ou reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade; por isso, o que deveria ser a política criminal do Estado existe, de fato, como simples política penal instituída pelo Código Penal e leis complementares – em última instância, a formulação legal do programa oficial de controle social do crime e da criminalidade: a definição de crimes, a aplicação de penas e a execução penal, como níveis sucessivos da política penal do Estado, representam a única resposta oficial para a questão criminal.

A Constituição Federal, por sua vez, determina, em seu artigo 144, que segurança pública é dever do Estado e direito de todos. Assim sendo, ao Estado incumbe não só punir, mas também prevenir e coibir condutas criminosas, além de acompanhar o fiel cumprimento de uma sentença penal condenatória e a reinserção do egresso no meio social.

Nesse sentido, cabe ao Estado a promoção de ações e de estratégias que visem à prevenção da reincidência criminal, já que a ressocialização é o escopo fundamental da pena de prisão. Decerto, uma vez que haja reincidência, resta claro que a ressocialização foi ineficiente, assim como também pode ser entendida todas as medidas para reinserção do egresso no convívio social, no trabalho, dentre outros núcleos.

Pode ser entendida a reincidência criminal como a repetição da conduta criminosa, no mesmo crime pelo qual foi condenado anteriormente ou em outro tipo penal. Importante frisar a carência de definição teórica a esse respeito, no âmbito da legislação penal, mas há a tipificação no momento em que ela ocorre. Assim, para que se possa configurar o instituto da reincidência, faz-se necessário a existência de um crime anterior, com sentença penal condenatória transitada em julgado, e um crime posterior, tendo sido ambos praticados pelo



mesmo agente, já que por se tratar de circunstância subjetiva, não se comunica ao co-autor ou partícipe.

A reincidência criminal no Brasil é uma das grandes problemáticas a ser enfrentada, assim como são a superlotação dos presídios e a ineficiência da ressocialização. Segundo Diniz²⁰, “a falta de vagas nos presídios e o estabelecimento precário dos estabelecimentos já existentes são fatos que deterioram as expectativas de recuperação dos presos.” É possível concluir que um dos principais fatores que contribuem para a reincidência é a dificuldade de ressocialização, atrelada à falta de qualificação dos detentos para ocuparem o mercado de trabalho, já que uma vez que são postos em liberdade, não alcançam a efetiva reinserção social.

Outrossim, além de os egressos serem submetidos à deterioração de seu caráter e da pouca dignidade que lhes restam ao terem permanecido no presídio, ainda são vítimas, do lado de fora, do preconceito, da marginalização e do subemprego, ante a falta de oportunidades e de políticas públicas que lhes tragam possibilidades de ingresso no mercado de trabalho, afastando-os da criminalidade.

Não é preciso grande esforço de raciocínio para se concluir que no Brasil, as políticas públicas de segurança estão mais preocupadas com a construção de novos presídios, ainda que seja imprescindível tal medida, a investir em cursos profissionalizantes, em ações de geração de emprego junto aos setores públicos e privados. Percebe-se, portanto, que o objetivo é a custódia e não a efetiva recuperação do preso.

Nesse sentido, a Lei de Execução Penal - LEP²¹ dispõe sobre as normas atinentes à execução penal, estabelecendo, em seu artigo 1º que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a

²⁰ DINIZ, E. A. R.. *A realidade do Sistema Penitenciário Brasileiro*. 31 mar. 2003, p. 1-2. Disponível em: <http://www.geocities.com/paris/1997/2sistepen.html> Acesso em: 20 nov. 2017.

²¹ _____. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. *Lei de Execução Penal*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm Acesso em: 19 nov. 2017.



harmônica integração social do condenado e do internado.” O artigo 10 da referida lei estabelece ainda que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. Resta evidente que o legislador legitima o detento como célula da sociedade, almejando o seu retorno ao convívio social.

Prevê a LEP também sobre as formas em que se dará a educação e o trabalho do preso, sendo que o trabalho é considerado um direito-dever, embora na medida de suas aptidões e em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, nos termos dos artigos 28 e 126 da referida Lei, o trabalho do preso é reconhecido como um meio de ressocialização e de promoção de sua dignidade humana, possibilitando, inclusive, a remição de dias de sua pena. Não há dúvidas, portanto, de que a LEP revela um avanço legislativo no intuito de alcançar a produtividade do preso, objetivando manter o vínculo com o mundo exterior, que é o seu destino final.

Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva. [...] Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. § 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho. § 2º As atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados. §



3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem. § 4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição. § 5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação. § 6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º deste artigo. § 7º O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar. § 8º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa.²²

Todavia, caso o preso não atenda às condições determinadas pela ordem constitucional, perderá não somente o direito ao trabalho e, conseqüentemente, à remição, como também poderá regredir em sua execução penal.

Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.²³

²² _____. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. *Lei de Execução Penal*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm Acesso em: 19 nov. 2017.

²³ _____. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. *Lei de Execução Penal*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm Acesso em: 19 nov. 2017.



Conclui-se, assim, que a ressocialização é um direito do condenado, e diante das condições estabelecidas, deve ele cumpri-las com lealdade, sob pena de ocorrer um retrocesso na execução de sua pena.

A ausência de investimentos na própria estrutura penitenciária, bem como a falta de elemento humano indica o enfraquecimento do Estado brasileiro em efetivar a ressocialização, ainda que em grau menor. Percebe-se que há distorção entre o que prevê a lei e o que, de fato, se faz na prática.

É evidente que caso a LEP fosse aplicada em sua essência, em todos os estabelecimentos penais e, ainda, todos dispusessem de condições mínimas à manutenção dos detentos, a ressocialização seria um ideal menos utópico.

Importante ressaltar que aos presos em regime semi-aberto, a LEP destaca que o seu trabalho não se sujeita ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, podendo a remuneração ser inferior a um salário mínimo, no limite de $\frac{3}{4}$ deste, não sendo devido ao detento ainda qualquer encargo trabalhista ou previdenciário, tais como férias, 13º salário, aviso prévio, FGTS e horas-extras. Tais disposições beneficiam o setor empresarial, entretanto, não se encontram oportunidades de trabalho para os presos no setor privado, situação que dificulta para o egresso, que concorrerá com igualdade de direitos trabalhistas com as demais pessoas, sendo, então, preterido, em função do preconceito e do medo de ter nos quadros da empresa a pessoa de um ex presidiário. Isso resultará no ciclo vicioso do desemprego, da segregação social e da reincidência criminal.

Revela-se que, apesar da condição diferenciada da remuneração, sem encargos sociais, não há por parte do Governo medidas eficientes no sentido de proporcionar melhores condições aos ex detentos que, sem perspectiva de ter sua situação alterada, também não se importará com a sua própria ressocialização.

Portanto, não é necessário discorrer sobre o senso comum de que a pena de prisão não cumpre seu papel de punir, de coibir a prática criminosa, tampouco de ressocialização. É



preciso mais. Faz-se necessário que o Estado una, tanto a família quanto a sociedade, para que juntas possam contribuir com a reintegração do preso.

A partir do momento em que ambas caminharem juntas, cientes de que o crime e a violência são intrínsecos ao ser humano, devem buscar a concretização de estratégias de ressocialização, além de condições sociais mínimas que coíbam, ou pelo menos torne menos vantajoso o mundo do crime.

Resta evidenciado que não se combaterá a criminalidade, sobretudo a questão da reincidência, apenas com o enrijecimento das leis penais, com penas mais severas e com maior rigor na execução ou aumento da tipificação. Pelo contrário, é imprescindível sejam ofertadas vantagens ao detento pelo bom comportamento, dentro e fora das prisões, dentre outras alternativas.

O detento, assim como o egresso, é carente de apoio, credibilidade e confiança, ou seja, de sua própria autoestima e crença de uma efetiva ressocialização. Daí porque é crucial que ele enxergue vantagens em se manter dentro da sociedade e de adequar sua conduta ao que a sociedade espera dele. Logo, para alcançar esse intento, é imprescindível que a sociedade e o Estado atuem juntos na promoção de qualificação e de trabalho, com vistas a participação do egresso no desenvolvimento social.

É possível afirmar, portanto, que as políticas públicas voltadas a essa questão ainda são tacanhas, tanto em relação aos presos que merecem ter seus direitos cumpridos, quanto à sociedade, que depende da efetiva ressocialização, visando possibilitar um mínimo de segurança a todos.

Por fim, merece destaque a atual (e crescente) banalização da pena de prisão. Nesta linha, a prisão tornou-se economicamente inviável e - também - ineficaz, tanto na questão da ressocialização quanto ao óbice à criminalidade.

Conforme a teoria da Lei Penal, o Direito Penal Mínimo sugere a aplicação de pena privativa de liberdade como recurso último. Ocorre que a ausência de estrutura do Estado,



atrelada às demandas sociais deturpadas pelos meios de comunicação de massa, acabou introduzindo na consciência coletiva de que a prisão, de fato, é o melhor caminho.

Nesse aspecto, argumenta Bitencourt²⁴:

[...] Na sociedade moderna, a imposição de uma pena de 5 (cinco) anos a uma pessoa pode ter efeitos tão negativos em termos ressocializadores quanto os que existiam quando se impunham uma pena de 20 (vinte) anos, na primeira metade do século.

De fato, as principais críticas à pena privativa de liberdade se referem ao inadequado tratamento penal dispensado aos presos. Ademais, os custos com a construção e manutenção dos presídios e dos próprios detentos, bem como as consequências negativas aos primários, que se deparam, logo cedo, na escola do crime, são algumas das situações frequentes e que corroboram a crítica acima.

Nessa perspectiva, eis o pensamento de Shecaira²⁵:

Se o fim da pena privativa de liberdade nos parece um sonho, sua abolição imediata poderia transformar-se num pesadelo. Não se deve ignorar, por outro lado, que algumas ideias como descriminalização de pequenos delitos, despenalização de outros, desde já poderiam ser assumidas, sem que houvesse qualquer risco de afetar o sistema penal atual. Como o respeito a dignidade do cidadão ao se imporem as penas, pode-se chegar a metas muito mais efetivas na educação dos membros da sociedade do que se impondo penas mais e mais exacerbadas. A prevenção geral positiva ou integradora, permeada por critérios de

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: Causas e alternativas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 147.

²⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: RT, 2002, p. 144.



proporcionalidade e culpabilidade, e secundada pela perspectiva de reinserção social (prevenção especial positiva), com respeito ao direito de pensamento crítico do cidadão, nos parece a ideia mais atual de um sistema criminal moderno.

Portanto, é imprescindível a busca por soluções concretas e realistas que efetivamente se prestem a sanar as deficiências do sistema prisional brasileiro, sem se limitar à ideia radical de se eliminar a pena privativa de liberdade, já que deve haver adequação da infração aos tipos penais mínimos à convivência harmônica em sociedade.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que os direitos e princípios fundamentais inseridos na Constituição Federal devem ser garantidos e aplicados, sob pena de se deslegitimar o próprio Estado e suas instituições jurídicas.

Resta demonstrado que o sistema progressivo de cumprimento de penas adotado no ordenamento jurídico brasileiro não promove a reinserção social, tampouco a recuperação do condenado, tendo em vista os notórios problemas do sistema carcerário, tais como a falta de estrutura, a superlotação, a ausência de meios humanos e de materiais de orientação e promoção de atividade de efetiva recuperação, com retorno do preso à sociedade.

A Lei Penal instituída fomenta o desrespeito à individualidade, à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais. Nesse aspecto, a pena privativa de liberdade insere o preso a todas as mazelas sociais, preferindo-se a sua segregação às formas alternativas de cumprimento da pena, muitas vezes consideradas brandas.

Com efeito, entra-se no círculo vicioso do crime e da punição, o que leva ao aumento da população carcerária e à ineficiência estatal em atender a todas as demandas,



impossibilitando a essa parcela da população de terem condições mínimas para uma vida digna e de uma futura ressocialização.

Nesse sentido, conclui-se pela necessidade de efetivação de um Direito Penal mínimo, tudo com vistas a diminuição da população carcerária. Ainda, verifica-se que urge ao Estado brasileiro a efetivação real de uma política criminal e não apenas uma política de pena, de modo a assegurar a redução das desigualdades sociais e respeito aos direitos e garantias fundamentais dos presos como cidadãos que são.

Ademais, não se deve afastar do principal objetivo da execução penal que é a ressocialização do preso, por meio da observância de suas garantias e direitos fundamentais de dignidade, integridade física ou moral, saúde, trabalho, dentre outras, sem que implique em impunidade ou perigo à sociedade.

Tem-se, portanto, que a aplicação de penas privativas de liberdade (sem uma preocupação com a ressocialização do preso) em um sistema prisional falho não atinge a finalidade almejada, mas antes de tudo, se firma como instrumento de segregação e aumento das desigualdades sociais, em flagrante violação aos direitos humanos.

É preciso repensar as políticas públicas e estratégias implementadas no âmbito do direito penitenciário, de modo que o sistema carcerário brasileiro consiga diminuir a taxa de reincidência criminal e conseguir resultados mais satisfatórios com relação à recuperação e reinserção do detento no convívio da sociedade.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Gabrielli Agostineti; SALDANHA, Rodrigo Róger. Pena: retribuição jurídica versus estabilização da norma violada. In: Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE) VOL. 3 , N. 2 , 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: Causas e alternativas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.



BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 23. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – **CNJ**. Disponível em: www.cnj.jus.br/geopresidios
Acesso em: 18 nov. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – **CNJ**. Disponível em:
http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 2848 de 07 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em:
www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm Acesso em: 19 nov. 2017.

_____. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em:
www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm Acesso em: 19 nov. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:
www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 19 nov. 2017

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 2011. Disponível em:
<https://direito20112.files.wordpress.com/2012/08/curso-de-direito-penal-1-parte-geral-15c2aa-edic3a7c3a3o-capez.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIZ, E. A. R.. **A realidade do Sistema Penitenciário Brasileiro**. 31 mar. 2003, p. 1-2. Disponível em: <http://www.geocities.com/paris/1997/2sistepen.html> Acesso em: 20 nov. 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 28. Ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5. ed. rev., ampl. São Paulo. Max: Limonad, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.



PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: parte geral. 13. ed., rev. São Paulo: RT, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **Teoria da Pena**: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: RT, 2002.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. O legado da declaração Universal e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. 1997, p. 13. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/26/dtr/dtr1.pdf> Acesso em: 19 nov. 2017.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A proteção internacional dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Sindicato dos Bancos do Estado do Rio de Janeiro, 1998.

ZISMAN, Célia Rosenthal. O princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: IOB Thomson, 2005.