



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ – UFPA
FACULDADE DE DIREITO – FADIR
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE MARABÁ – CAMAR

LEONARDO LUNA ALVES DA SILVA

FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL:
O Minimalismo Como Fortalecedor do Sistema Jurídico-Penal Brasileiro

MARABÁ
2013

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca II da UFPA. CAMAR, Marabá, PA

Silva, Leonardo Luna Alves da

Falência do Sistema Prisional no Brasil: o minimalismo como fortalecedor do sistema jurídico-penal brasileiro. / Leonardo Luna Alves da Silva; orientador, José da Trindade Borges. — 2013.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Pará, Campus Universitário de Marabá. Faculdade de Direito - FADIR, Marabá, 2013.

1. Direito Penal - Brasil. 2. Sistema prisional - Brasil. 3. Execução penal. 4. Minimalismo. I. Borges, José da Trindade, orient. II. Título.

CDD: 341.591



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ – UFPA
FACULDADE DE DIREITO – FADIR
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE MARABÁ – CAMAR

LEONARDO LUNA ALVES DA SILVA

FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL:

O Minimalismo Como Fortalecedor do Sistema Jurídico-Penal Brasileiro

Trabalho apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará – Campus Marabá, sob orientação do professor José da Trindade Borges.

Marabá

2013
LEONARDO LUNA ALVES DA SILVA

FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL:

O Minimalismo Como Fortalecedor do Sistema Jurídico-Penal Brasileiro

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à banca examinadora designada pela Coordenação do Curso de Direito, da Universidade Federal do Pará – Campus Marabá, como pré-requisito para obtenção de título de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____ de _____ de 20____.

Por:

José da Trindade Borges
Orientador – Bel.

Jorge Luis Ribeiro dos Santos
Coordenador – Me.

*Dedico este trabalho à minha querida esposa Márcia,
eterna companheira e auxiliadora, e a você Lucas, meu
amado filho e orgulho.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço sobretudo a Deus, minha energia vital.

Aos meus pais, esposa, filho, familiares, pelo alento propiciado nos incentivos constantes.

À PRF, que flexibilizou minha jornada tornando exequível este feito.

Ao professor Trindade, pela paciência na orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão deste escrito; pelos ensinamentos compartilhados e pelo referencial ético, cristão que representa.

Aos professores Marco Alexandre e Jorge, que à frente da coordenação do curso protagonizaram não só a façanha de alçar a nossa faculdade ao posto de recomendada pela OAB, *locus* ocupado, nos últimos quatro anos, por apenas mais duas entidades em todo Pará; mormente por consolidar junto à sociedade e aos seus formandos, a responsabilidade social que é inerente às academias.

A todos os professores do curso, que foram tão importantes na minha vida acadêmica, e em especial a querida professora Olinda Magno pelo carinho e dedicação com que ministra suas aulas, e ao Dr. Montarroyos, pela instigação e frescor que sua filosofia propicia.

A toda equipe administrativa, em particular João e Solange, sempre competentes e obsequiosos.

Aos amigos e colegas de curso, pela camaradagem ímpar, à inseparável “equipe do fundo”: Luciano, Jobson, Marcell, Saraiva, Augusto e Thiago, aos queridos Juscelino e Anaconda, sem vocês não seria possível e não teria graça.

RESUMO

Apresenta uma reflexão sobre a conjuntura prisional nacional, apontando suas dificuldades e desafios. Sintetiza o desenvolvimento histórico do poder punitivo estatal, ainda mesmo antes que este viesse a ser formado, ligando o seu exercício com o papel dos direitos humanos, bem como com os princípios norteadores do direito penal. Analisa a execução de penas restritivas de liberdade na Idade Moderna e Contemporânea e o conseqüente nascimento das prisões, discorrendo sobre os principais sistemas prisionais clássicos. Segue considerando as teorias sobre a função da pena, passando pelas Teorias Retributiva, Preventiva, Mista e suas variações. Resgata a reflexão sobre a crise da pena de reclusão, tecendo críticas sobre a sua desnecessária manutenção, no atual ambiente carcerário, para reclusos com baixo potencial de lesividade, bem como apresenta alternativas à mesma, demonstrando o acerto da aplicação das penas alternativas e a necessidade da maximização do seu alcance. Salieta a potencialidade do Minimalismo como fonte alternativa de inspiração complementar à produção legislativa penal e de execução penal.

Palavras-chave: direitos humanos, minimalismo, execução penal.

ABSTRACT

Presents a reflection on the national prison situation, pointing out its difficulties and challenges. Summarizes the historical development of state punitive power, yet even before it came to be formed by connecting your exercise with the role of human rights as well as the guiding principles of criminal law. Analyzes the implementation of penalties restricting freedom in Modern and Contemporary Age and the consequent birth of prisons, discussing the main prison systems classics. Follow considering theories about the function of the sentence, through the retributive theories, Preventive, Mixed and its variations. Rescues reflection on the crisis of imprisonment, weaving criticism about its unnecessary maintenance, the current prison environment for inmates with low potential harmfulness and presents alternatives to it, showing the correctness of the application of alternative sanctions and the need for maximizing their reach. Stresses the potentiality of Minimalism as an alternative source of inspiration complementary to legislative output criminal and criminal enforcement .

Keywords: human rights, minimalism, criminal enforcement.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. FUNDAMENTOS DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL.....	12
2.1. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO.....	12
2.2. O PAPEL DOS DIREITOS HUMANOS FRENTE AO <i>IUS PUNIENDI</i>	14
2.3. OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PENAL.....	16
2.3.1. Princípio da Legalidade.....	16
2.3.2. Princípio da Igualdade.....	17
2.3.3. Princípio da Justicialidade.....	18
2.3.4. Princípio da Liberdade.....	18
2.3.5. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	19
3. A EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE LIBERDADE NA IDADE MODERNA E CONTEMPORÂNEA.....	21
3.1. A PENA NO SENTIDO <i>LATO</i>	21
3.2. AS PENAS DE SUPLÍCIO.....	22
3.2.1. A Ostentação dos Suplícios.....	25
3.2.2. O Fim dos Suplícios - Supressão do Espetáculo e Anulação da dor..	26
3.3. O NASCIMENTO DAS PRISÕES.....	29
3.3.1. Sistema Pensilvânico, Celular ou Filadélfico.....	29
3.3.2. Sistema Alburniano.....	30
3.3.3. Sistemas Progressivos.....	30
3.3.4. Sistema de Montesinos.....	31
4. TEORIAS SOBRE A FUNÇÃO DA PENA.....	32
4.1. GENERALIDADES.....	32
4.2. TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUTIVAS DA PENA.....	32
4.2.1. Teoria de Kant.....	33
4.2.2. Teoria de Hegel.....	34
4.2.3. Críticas às Teorias Retribucionistas.....	34
4.3. TEORIAS PREVENTIVAS DA PENA.....	35
4.3.1. A Prevenção Geral.....	35
4.3.2. A Prevenção Especial.....	36

4.4. TEORIA MISTA OU UNIFICADORA DA PENA.....	38
4.5. TEORIA DA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA.....	38
5. A CRISE ENFRENTADA PELA PENA DO CERCEAMENTO DA LIBERDADE..	39
5.1. O FATOR CRIMINÓGENO DA PRISÃO.....	39
5.1.1. Fatores Físicos.....	39
5.1.2. Fatores Psicológicos.....	40
5.1.3. Fatores Sociais.....	41
6. ALTERNATIVAS AO ENCARCERAMENTO.....	44
6.1. PENAS ALTERNATIVAS À PRISÃO.....	45
6.1.1. Suspensão Condicional da Pena.....	45
6.1.2. Penas Pecuniárias.....	46
6.1.3. Penas Restritivas de Direitos.....	46
6.2. A APLICAÇÃO DO MINIMALISMO COMO POLÍTICA INSTRUMENTADORA DA REFORMA PENAL.....	47
6.2.1. A Seleção dos Bens Jurídicos.....	49
6.2.2. O Esquema Minimalista Piramidal de Rogério Greco.....	50
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
8. REFERÊNCIAS.....	55

1. INTRODUÇÃO:

Ao depararmos com o estado caótico em que se encontra o nosso sistema penitenciário, cercado por toda sorte de mazelas e desesperança, procuramos tentar colaborar, infimamente com a nossa sociedade, propondo neste fórum profícuo que é a academia, uma reflexão sobre as medidas que possam fomentar um alargamento das possibilidades de substituição das penas restritivas de liberdade pelas restritivas de direito, a partir de uma visão humanista com engajamento social, que é, sem dúvida alguma, um dos marcos de nossa academia.

Dentro deste aspecto investigativo, a que esse trabalho se propõe, podemos citar alguns questionamentos abaixo que serviram como fonte inspiradora para o desenvolvimento de nossa pesquisa:

- o atual sistema de execução penal no Brasil é capaz de regenerar um interno?

- até que ponto é benéfico para a sociedade brasileira ter sob o mesmo teto prisioneiros que tenham cometido delitos tão diferentes no aspecto (potencialidade lesiva)?

- é salutar uma ampliação do alcance das penas restritivas de direito?

- as condenações contemporâneas de encarceramento, de certa forma, não seriam na prática uma manutenção dos antigos suplícios?

Na intenção de contrapor o exercício do direito de punir em tempos passados, com a atualidade, discorreremos sobre os rudimentos de “justiça”¹ e a fundamentação do *ius puniendi* estatal em cotejo com os Direitos Humanos, mencionando ainda alguns princípios norteadores da política penal, de modo que haja lastro ideológico e filosófico para o exercício de tão especial poder.

Teceremos alguns comentários sobre a pena propriamente dita, e uma análise sobre a evolução do sistema de execução das penas restritivas de liberdade na idade moderna e contemporânea até o desenvolvimento dos sistemas prisionais clássicos, seguido da fundamentação teórica específica da matéria.

Passando adiante, teremos uma análise das possibilidades de substituição das penas restritivas de liberdade pelas alternativas, demonstrando serem as mesmas uma importante ferramenta de aprimoramento do sistema prisional,

¹ A justiça desejável é a imparcial, portando-se equidistante das partes.

acrescentando o Minimalismo como fonte inspiradora da construção do alicerce legal em matéria penitenciária.

Trata-se de tema de extrema relevância para a sociedade brasileira, que aqui será marcado pelo respeito e fomento aos direitos humanos.

2. FUNDAMENTOS DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL:

2.1. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO:

A liberdade é um valor inestimável, onerosamente conquistada ao longo de muitos anos, e é o valor em destaque durante todo o nosso trabalho, principalmente pelo fato dela figurar hoje como elemento de eleição do nosso Estado, quando se deseja punir o mais severamente possível.

Somente na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que é um texto com apenas seis páginas, ela aparece diretamente 19 (dezenove) vezes. É a liberdade de consciência, de opinião, de imprensa, de reunião, de expressão, de locomoção, de escolha, de religião, de aderir ou não, de fazer ou de abster-se, que para ser exercida pressupõe um dever de bem fazê-lo, consistindo numa mão perene de duas vias, na qual o seu exercício deve guardar respeito com o de outrem.

O problema é que a vida em sociedade requer justamente as concessões que devem ser feitas de parte a parte de modo que um cidadão em pleno gozo de seu exercício, não fira o direito do outro. Assim, fez-se necessário um regramento social para que o convívio humano fosse exequível, cedendo o homem poder ao Estado para que o mesmo criasse normas que viabilizem este convívio.

Entre esses poderes cedidos ao Estado há o *ius puniendi*, que pode ser compreendido tanto no sentido objetivo (no exercício legislativo criador das penas) quanto no subjetivo (em que aplica, via Poder Judiciário, estas regras).

Mesmo antes de se haver este *ius puniendi*, ou do nascimento do Estado (na compleição que hoje o consideramos), vemos que ao longo da história da humanidade o homem tenta reestabelecer o equilíbrio constantemente rompido quando as regras de convívio são maculadas.

Inicialmente o que se vê é a vingança privada, onde aquele que tem o seu direito violado deveria valer-se das próprias forças, ou da de seu grupo familiar ou ainda social, para responder à afronta cometida, vingando-se; não importando como e quanto se vingar, mas vingar-se, o que mais a frente foi combatido pelo Talião, que ao prever o “olho por olho”, pelo menos fixou rudimentarmente o Princípio de

Proporcionalidade.

Segundo Greco (2011, p. 127) logo a frente se substituiu a vingança pela composição dos danos, e procurou-se a restauração através de um preço (gado, utensílios, dinheiro), o que era um avanço até mesmo econômico, visto que geraria um incremento patrimonial e não o cometimento de novo mal para expiar o anterior.

À frente temos um rudimento de arbitragem que desenvolve uma relação de intermediação do conflito, pondo termo às demandas de modo um pouco mais satisfatório, já que um terceiro isento tenderia a deliberar de modo mais equidistante das partes.

Ao chamar a resolução das demandas privadas para si, o Estado deu um grande passo, estabelecendo a jurisdição, que significava (dizer não somente qual era o direito aplicável ao caso concreto, mas ainda o de executar as suas deliberações), mas o problema é que esse Estado inicial não se preocupava tanto assim com a “verdade” da lei. O compromisso era em apenas cumprir o que lá está insculpido, pouco importando a sua materialidade. Então, mesmo que contivesse um conteúdo absurdo, era lei e tinha que ser cumprida.

Para que esse governo deixasse de ser tirânico era necessária uma abrupta mudança, que só foi conseguida após os embates históricos desenvolvidos pelas forças revolucionárias, como as ocorridas, ainda no século XVIII, na América e a Revolução Francesa.

A declaração de direitos proferida que a seguiram, fundamentada na Liberdade, Igualdade e Fraternidade, teve o poder de fundamentar essa nova política, dando lastro para importantes mudanças como a melhor distribuição dos poderes, tripartindo-os em Legislativo, Executivo e Judiciário, e a solidificação da igualdade entre todos, no que o *ius puniendi* passou a ser exercido com coerência, fazendo-se igualitário a todos, independentemente de sua condição, origem ou estado.

Interessante destacar que o termo utilizado (declaração) se amolda perfeitamente com o que se desejava demonstrar, ou seja, o ato declaratório não constituía direitos, mas apenas declarava a todos que os mesmos já **preexistiam**, assim, lembrando a todos, permanentemente, os seus direitos e deveres.

Segundo Greco (2011, p. 27) as características desses direitos naturais são:

a) Abstração: embora tenha sido declarada por franceses, os valores ali encerrados pertencem a toda a humanidade, independentemente de sua origem;

b) Inalienabilidade: por mais que alguém queira ou até mesmo seja constringido a abrir mão desses direitos, não o pode, visto que são inerentes à sua própria natureza;

c) Imprescritibilidade: não se perdem com o passar do tempo ou pela sua não fruição;

d) Universalidade: pertencem a todos os homens, e são individuais;

e) Sagrados: pois o próprio Deus, ao criar o ser humano os constituiu.

Hoje, o direito de punir do Estado **deve ser entendido** não apenas como a avocação do processo jurisdicional e a observância da Lei, mas a busca pela aplicação da mesma, dentro de uma perspectiva que valorize as desigualdades e as minorias e reforce o respeito à dignidade humana, balizada numa hermenêutica que tenha por pano de fundo os Direitos Humanos.

2.2. O PAPEL DOS DIREITOS HUMANOS FRENTE AO *IUS PUNIENDI*:

Não há como falar no poder de punir do Estado sem conectá-lo aos direitos humanos, que devem servir como limitador do mesmo, impedindo que novas atrocidades sejam cometidas.

(MONTARROYOS, 2013) nos ensina que a conquista do homem pelos direitos humanos não foi uma atividade de beneplácito dos governantes, mas o resultado de lutas e de resistências sendo construídos por força da política e da moral, denotando ainda a capacidade inventiva do ser humano ao tentar superar os desequilíbrios da Modernidade.

Essa conquista acima apontada fora fracionada em três etapas. Os Direitos humanos pré-revolucionários, como a Lei Mosaica, que previa no livro de Deuteronômio o perdão de dívidas depois de decorridos sete anos e a assistência aos pobres; ainda a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, editada com a finalidade de proteção contra os excessos praticados pela Coroa, prevendo no seu artigo 39 que nenhum homem poderia ser preso sem que antes fosse julgado legalmente por seus pares ou pela lei (BELLOSO MARTÍN, apud GRECO, 2011, p. 37).

Na segunda parcela aparecem os direitos humanos do Constitucionalismo Liberal, que foram conseguidos capitaneamente pela Burguesia, que tinha por

finalidade o reconhecimento de uma série de direitos que providenciassem a igualdade perante a lei, como o direito à propriedade, e liberdade.

Por último as conquistas angariadas durante o movimento do Constitucionalismo Social, em que a classe trabalhadora, vivenciando toda uma conjuntura de exploração econômica como salários miseráveis, jornada laboral excessiva, falta de assistência médica e garantias ao emprego, clama por segurança social reclamando o seu quinhão de prosperidade.

Segue abaixo a tradicional posição de BOBBIO (2004, p. 4-5) que divide as conquistas dos direitos humanos em gerações:

- **primeira geração:** direitos de liberdade ou negativos, impondo uma abstenção do Estado, como a liberdade religiosa, as liberdades civis, política;
- **segunda geração:** direitos sociais ou positivos, implicando numa atividade do Estado no sentido de garantir educação, emprego e assistência social;
- **terceira geração:** que constituem uma categoria meio heterogênea e vaga, destacada pelo movimento ecológico por um ambiente não poluído e sustentável;
- **quarta geração:** advindos do desenvolvimento da pesquisa biológica, relacionada à manipulação de material genético animal ou vegetal.

Assim, temos clara a posição dos direitos humanos como balizadores da produção e execução da política penal no mundo, servindo como peso e contrapeso no alcance do equilíbrio desejável.

Contudo, como afirma o professor Montarroyos (2013), há de se pensar que com as novas realidades criadas pelo fenômeno da globalização, como a diminuição das fronteiras entre os Estados Soberanos, o incremento das comunicações, informações e do deslocamento das pessoas e bens e serviços, bem como o notório crescimento da tendência de ser transmutada a nossa realidade social para uma sociedade global, acompanhada pelo fortalecimento de organismos reguladores internacionais; parece-nos inevitável que a tutela dos direitos humanos deva ser alçada a um patamar mais elevado (o do nível supranacional), como uma forma de aumentar a sua efetividade:

[...] o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) funciona como instrumento operacional dessa nova ordem contratualista, fundada voluntariamente entre os Estados. Por seu intermédio, a sociedade anárquica internacional (visto que não existe um Leviatã comandando a ordem dos países) tem procurado limitar a violência e também garantir a

propriedade nacional com a adoção de normas pactuadas entre os Governos interessados nesse tipo de acordo. (MONTARROYOS, 2013).

A busca pela internacionalização da tutela dos direitos humanos não é recente. É uma busca progressiva, que já existia desde as articulações internacionais para o enfrentamento aos abusos patronais cometidos durante a fase do pós Revolução Industrial, ainda no final do século XIX e início do século XX, avançando muito desde a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, com o fim da Segunda Guerra Mundial.

As possibilidades que surgem na prática com essa internacionalização são um incremento da efetividade das respostas aos desrespeitos cometidos, geralmente por governos totalitaristas, uma vez que a maior adesão dos membros potencializa as ações que rechaçam tal prática, como as sanções internacionais de embargo financeiro, comercial e outros, diminuindo a necessidade do emprego de tropas armadas.

2.3. OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PENAL:

Falaremos agora sobre os princípios que fundamentam a construção do direito penal no nosso ordenamento jurídico, citando as suas principais características e papel, baseado na formulação de (GRECO, 2011, p. 53 a 94).

2.3.1. Princípio da Legalidade:

O Princípio da Legalidade no Estado Democrático de Direito é o império da lei, com o Estado obedecendo a sua própria produção legislativa tecida sob a participação democrática, buscando-se ofertar o máximo de participação possível à população, não se atendo apenas à representatividade, mas o exercício direto como as participações em referendos e plebiscitos. É a espinha dorsal desse Estado, que terá a liberdade como regra e a sua restrição como exceção.

A lei deve ser elaborada como regra a ser cumprida por todos, seu comando deve ser abstrato e geral.

O Princípio da Legalidade *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* (não há crime nem pena sem lei anterior que o defina) está insculpido no inciso XXIX, do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), significando, por desdobramento que no direito penal o que não é proibido, segundo a regra geral, deve ser permitido.

Sua função na seara penal é a de proibir:

- a retroatividade da lei penal;
- a criação de crimes e penas pelos costumes;
- o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas;
- a incriminação vaga e indeterminada.

O Princípio da Legalidade compreende ainda a lisura da produção legislativa com compatibilidade formal, ou seja, a obediência aos requisitos, trâmites procedimentais previstos pela Constituição na sua elaboração, bem como a compatibilidade material que vai além do metódico, vislumbrando ainda o seu conteúdo em consonância com a carta maior.

2.3.2. Princípio da Igualdade:

Após o reconhecimento da importância do Princípio da Legalidade, é de esperar que tal legalidade a todos seja imposta, aplainando as diferenças e nivelando todos perante a Lei.

O conceito de igualdade está intimamente ligado com o conceito que o senso comum tem de justiça. Porém, essa igualdade não é completamente linear, pois temos a:

- igualdade formal: de onde se extrai que todos são iguais perante a lei;
- e a
- igualdade material: pela qual, determinados indivíduos em determinadas condições, recebam tratamento diferenciado, exemplificando, é o que ocorre com o foro privilegiado no Brasil e com o impedimento de se executar a

prisão do Presidente da República, nas infrações comuns, enquanto não sobrevier sentença condenatória, parágrafo 3º do art. 86, (CRFB/88).

Segundo Rui Barbosa (1999, p.26), a regra da igualdade não pode ser linear, pois “Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.”

2.3.3. Princípio da Justicialidade:

Trata-se do acesso à justiça, previsto no nosso ordenamento jurídico no art. 5º, Inciso XXXV, (CRFB/88), e o controle de sua conformidade para com a Constituição, posto que, de que adiantaria haver todo um aparato judicial legal, coerente e igualitário, sem que não se permitisse o acesso a este sistema, bem como se o mesmo fosse viciado e incongruente com sua fonte maior.

Como exemplifica Greco (2011, p. 71), não adiantaria a previsão constitucional expressa, de proteção da dignidade da pessoa humana, se o legislador infraconstitucional criasse legislação autorizadora da tortura, como ferramenta de entrevista no curso do inquérito policial.

Assim, o acesso à justiça plena, com leis conforme a Carta Maior, respeitado o princípio do juiz natural, devido processo legal, contraditório e ampla defesa... reforça a ideia do Estado de Direito.

2.3.4. Princípio da Liberdade:

A liberdade, um dos três princípios fundamentais da Revolução Francesa, representa a faculdade que tem o homem de agir segundo a sua livre escolha, ou de não agir, sendo um dos pilares básicos dos direitos humanos, que somente pode ser tolhida em situações excepcionais.

Entre outras formas, a liberdade pode ser analisada sob dois aspectos, o positivo e o negativo. Aquele quando se tem a possibilidade de comissão com autonomia de vontade e a segundo quando não há a interferência de outrem, ou

seja, o sujeito pode atuar sem a interferência de outro sujeito.

Como já falado, é o elemento de eleição do Estado em nosso ordenamento jurídico, quando se deseja executar a punição penal em sua forma mais dura.

2.3.5. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana:

Segundo (GRECO, 2011, p. 88) a dignidade da pessoa humana tem por função precípua a valorização do homem em si mesmo considerado, sendo mais uma construção filosófica do que o conceito jurídico propriamente dito. A dignidade da pessoa humana é a:

Qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

(SARLET, 2010, p. 70)

Partindo rapidamente para uma análise prática do tema, poderíamos citar a situação do transporte de drogas, celulares e artefatos de metal, com finalidade de servir de armamento ou instrumento para romper os grades, o que já é de amplo conhecimento de toda a população.

Visitantes, valendo-se de toda a sorte de expedientes que vão desde a sua dissimulação no interior dos alimentos, como por exemplo, fazer bolinhas de maconha e colocá-las no meio da farofa, introduzir pequenos celulares nas partes íntimas etc.

Assim, diariamente, inúmeras pessoas transportam material proibido para o interior do cárcere, fazendo com que os agentes responsáveis pela segurança tomem medidas invasivas para tentar frear esse ingresso como a revista minuciosa das partes íntimas de mulheres, que têm de se agachar expondo a vagina e ânus.

Tal tratamento degradante, que fere mortalmente a dignidade de qualquer pessoa de bem, não pode ser regra, mas o é por conta da falta de investimentos.

Essa rotina poderia ser facilmente substituída por implementos tecnológicos, e com mais eficiência, como seria o caso do emprego de *scanners* corporais, que já são utilizados nos aeroportos, porém, nós sabemos que isso não acontece porque as pessoas, a “clientela” que transita pelo sistema prisional brasileiro não tem poder de pressão. Segundo o sítio do jornal Estadão², o custo médio de uma dispositivo desse é de aproximadamente US\$145.000,00.

²

<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,scanner-corporal-barra-traffic-em-cumbica,750253.0.htm>

3. A EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE LIBERDADE NA IDADE MODERNA E CONTEMPORÂNEA:

Em face do que nos propomos a realizar neste trabalho, ficaremos apenas com a análise mais acurada do universo punitivo compreendido a partir da transição da Idade Moderna para adiante, em que já há a presença do Estado, mesmo que incipiente.

3.1. A PENA NO SENTIDO *LATO*:

O próprio significado de pena, do latim *poena* é punição, assim, no sentido de causar mal, afligir, impelir dor física ou moral ao transgressor do contrato social. Mas, o que queremos chamar a atenção, é para o fato de que esse *jus puniendi*, substanciado na *poena*, de certo modo evoluiu, mas não o suficientemente desejável.

A de morte, mesmo até o século XVIII encontrou muitos defensores, entre eles destaca-se Beccaria face o alto teor humanista de sua obra (Dos delitos e das penas), que a admitia em situações deveras grave, como em revoluções contra a forma de governo, mas, não vamos esmiuçá-la porque não esta afeta ao nosso trabalho já que em nosso país não tem repercussão alguma, salvo em caso excepcional, como o de guerra declarada; possibilidade insculpida na alínea “a” do inciso XLVII, do art. 5º da (CRFB/88).

Registre-se que, conforme as informações do sítio da Anistia Internacional-Portugal, no ano de 2011 foram executadas pelo menos 676 pessoas em 20 países, tendo como principais executores países como Arábia Saudita, China, Coreia do Norte, EUA, Iémen, Irã, Iraque e Somália³.

A china, em particular, executou sozinha, mais pessoas do que todos os

³ ANISTIA INTERNACIONAL-
http://www.amnistiainternacional.pt/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog &id=17&Itemid=75.

países citados juntos. Ressalte-se que segundo a própria Anistia Internacional, trata-se de dados incompletos uma vez que as informações da China não são confiáveis, conforme projeções do relatório (Death Sentences and Executions 2012), divulgado em 2013 pela Anistia Internacional, apontando números bem mais expressivos⁴.

Já as penas que causavam dor e sofrimento, mas não a morte, eram definidas como aflitivas, dividindo-se em diretas ou indiretas.

Diretas ou positivas quando a sua imposição implicasse em contado direto com o corpo de sentenciado, e indiretas ou negativas quando a condenação consistisse em ato distante do corpo, como por exemplo, o cerceamento da liberdade, o desterro.

As diretas ainda se subdividiam em indeléveis (que deixavam marcas como uma amputação) e deléveis que não deixavam marcas.

Outra denominação bastante conhecida é o termo “ordálias”, que designava os julgamentos tidos por “divinos”, em que o acusado era submetido às torturas mais terríveis como a colocação de tenazes em brasa sobre a sua língua, que não deveriam queimá-la, pois se o mesmo estivesse falando a verdade Deus o protegeria...

As penas que além de impingir dor e sofrimento resultavam ainda na morte, eram chamadas de suplícios. Vejamos mais detalhadamente estas.

3.2. AS PENAS DE SUPLÍCIO:

Aberrantes e desumanas, as penas durante a idade moderna eram uma manifestação irracional do *jus puniendi* estatal, ou melhor, do *iure punire regem*, pois o pensamento majoritário norteador da execução penal era de que a delinquência era sobre tudo uma afronta ao Rei e não tanto ao Estado, então Absolutista.

Assim, o ato de punir era embalado mais pela vingança real do que o desejo de regenerar, mais próximo da cultura do Talião onde a pena era mais uma

⁴ ANISTIA INTERNACIONAL: http://www.amnistia-internacional.pt/files/Noticias_anexos/abril2013/Death_sentences_and_executions_2012_embargado_00h01_dia_10_abril_2013.pdf

(**retribuição ao mal causado**) do que a intenção de prevenir e dissuadir novos delitos, seja pelo condenado seja pela plateia, ainda que se tivesse por desdobramento esse resultado.

À frente verificamos que a disposição sobre o corpo do delinquente fora tolhida, devendo então o Estado “*ferir mais a alma do que o corpo*”, cedendo a tentação de castigar a carne mirando no profundo, sobre a vontade, intelecto, sobre o coração, assim o objeto do castigo agora é mais complexo, o incorpóreo (MABLY, apud FOUCAULT, 2012, p. 21).

Inicialmente a punição recaía sobre o corpo do delinquente, do qual se apoderava o Estado, que passava a sofrer toda sorte de castigos corporais.

Segundo (FOUCAULT, 2012, p. 36 e 37), os suplícios eram ações acessórias ou integrantes da execução penal, determinadas pelos magistrados e cumpridos à risca pelos seus executores, os carrascos, constituindo em castigos corporais públicos e sobre humanos, carregados mais do sentido de vingança real do que de terapia corretiva.

Era todo um baú asqueroso repleto de inúmeros castigos que, com plena ostentação pública, se impeliam sobre os “fora da lei”, indo da exposição ridícula como o caso da berlinda às manifestações mais macabras, como as mutilações. Realmente, uma página sombria da história da humanidade, que talvez não tenha virado totalmente.

A prática execrável de alguns suplícios era tão impiedosa, tão horripilante que sua análise nos põe a fazer ao menos três perguntas:

- por que a sua manutenção por tanto tempo?
- por que tamanha plateia?
- como tantos semelhantes conseguiam assistir a tal espetáculo, mesmo com elevadíssimo nível de crueldade?

No primeiro capítulo de *Vigiar e Punir* de Foucault (2012), vemos o relato do suplício de Damiens, um parricida (filho que mata o pai) que em meados do século XVIII, no ano de 1757, fora condenado a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris, sendo o mesmo conduzido nu, coberto apenas por uma camisola, carregando uma tocha de cera acesa, tendo que em seguida, sob um patíbulo levantado para a ocasião na Praça de Greve, ser atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, segurar na sua mão direita a faca com que cometeu o dito parricídio para que esta mão depois fosse queimada com fogo de

enxofre, e depois ser banhado (nas partes em que fora atenazado) com a aplicação de chumbo derretido, óleo fervente, piche e fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e por fim ter o seu corpo consumidos ao fogo, reduzido a cinzas, e estas lançadas ao vento.

Nota-se que **os suplícios perduravam mesmo depois da morte**: cadáveres arrastados ou expostos por dias, corpos queimados e suas cinzas lançadas ao vento.

Segundo (FAUCAULT, 2012, p. 9) a *Gazette d' Amsterdam* atesta que a sentença fora integralmente cumprida.

Primeiro o atenazamento que consistia na retirada de pedaços de carne do executado por uma espécie de alicate cumprido, quente em brasa; após, os locais feridos (em que se retirou pedaços do tecido com a tenaz) foram banhados pelo líquido composto acima descrito; adiante teve a sua mão direita queimada e, para que o seu corpo fosse consumido ao fogo, resolveram mutila-lo; ato de tal modo tenebroso que parecia horrorizar até mesmo os animais, que transpareciam recusar-se em cooperar.

Mesmo com o auxílio de vários carrascos e quatro cavalos, teve de se ajuntar aos mesmos mais dois equinos para completar o esquarteramento de Damiens, que na verdade, só ocorreu com o auxílio dos cortes com lâminas nas juntas dos membros.

Ainda segundo o periódico da época o infeliz parecia resistir até o fim, de modo que os carrascos confessaram que antes de lançarem o tronco na fogueira notaram que o mesmo ainda estava vivo, pois parecia mexer o maxilar, como se desejando falar; provavelmente súplicas por misericórdia. Damiens, com urros horríveis e dores inexprimíveis, descrente em qualquer possibilidade de compaixão humana (seja dos executores ou da plateia) gritava durante o suplício: “*Meu Deus, tende piedade de mim; Jesus, socorrei-me*”.

Ao analisar o espetáculo suplicante Beccaria assim sentenciou “O assassínio, que nos aparece como um crime horrível, nós o vemos cometer friamente e sem remorso” (BECCARIA, 1764, p.36). Isto porque o juiz (maior símbolo de personificação da justiça), ao determinar a ação do carrasco sobre o sentenciado, acabava por se aproximar muito do delito praticado por este.

Às vezes, a própria multidão movia-se com grande compaixão para com os condenados que afinal, não mereciam tanto, Beccaria

Assim, resumidamente, depreende-se da leitura de *Surveiller et Punir* que os objetivos desta economia punitiva, afetos ao nosso trabalho, alcançados foram:

- castigar material e visualmente o corpo pela delinquência, inculcando pavor nos observadores através da crueldade e publicidade dos suplícios;
- colocar em prática a vingança do soberano, pois este se sentia a própria fonte das leis e o desrespeito a elas, era um desrespeito ao monarca, pois a força da lei é a força do príncipe: “*Principis est virtus vim legis*”.
- como efeito colateral: como já citado, a inversão de valores/papéis uma vez que, dada a excessiva carga de castigo, havia muitos expectadores que acabavam por “absolver” os sentenciados, “condenando” os executores.

3.2.1. A Ostentação dos Suplícios:

Vemos aqui o uso equivocado da publicidade como elemento dissuasor/preventivo da prática de novos delitos, objeto de estudo pela Teoria Preventiva.

Abaixo trecho que serve para simplificar a vitrine que se tornaram os suplícios:

O confessor fala com o paciente ao ouvido e depois que ele lhe dá a bênção, imediatamente o executor, com uma maça de ferro, das que são usadas nos matadouros, descarrega um golpe com toda a força na têmpora do infeliz, que cai morto. No mesmo instante, o **mortis exactor** lhe corta o pescoço com uma grande faca, banhando-se de sangue: num espetáculo horrível para os olhos; corta-lhe os nervos até os dos calcanhares, e em seguida abre-lhe o ventre de onde tira o coração, o fígado, o baço, os pulmões, pendurando-os num gancho de ferro, e o corta e disseca em pedaços que põe em outros ganchos à medida que vai cortando, **assim como se faz com os de um animal**. Quem puder que olhe uma coisa dessas.

grifo nosso (BRUNEAU, apud FOUCAULT, 2012, p. 51).

A ostentação dos suplícios era a política do terror. Materializar a cólera do soberano e não reparar o dano, reafirmar o poder do Rei como supremo e não como aquele que poderia/deveria mediar o conflito entre dois adversários; era uma resposta, uma réplica direta ao ofensor, daí a necessidade de toda a publicidade.

Apesar do elemento ostentação não estar mais presente na execução penal,

bem como não ser mais admissível a extensa publicidade do ato punitivo como ferramenta de vingança do Estado (Rei) contra o delinquente, e/ou ato intimidador, fins de prevenir e dissuadir o anelo criminoso, entendemos ser pertinente fazer mais à frente uma ponte sobre as atuais condições de cumprimento da pena de reclusão no Brasil e a prática dos suplícios da Idade Moderna.

3.2.2. O Fim dos Suplícios - Supressão do Espetáculo e Anulação da dor:

“Que as penas sejam moderadas e proporcionais aos delitos, que a de morte só seja imputada contra os culpados assassinos, e sejam abolidos os suplícios que revoltem a humanidade” (SELLIGMAN, apud FOUCAULT, 2012, p. 71).

Estas honrosas palavras foram registradas nos *Cahiers de doléances* – (cadernos de queixas) dos delegados aos Estados Gerais de 1789, que mais tarde foram compiladas por SELLIGMAN. Estes cadernos eram utilizados para registrar os pedidos dos delegados.

O clamor generalizado pelo fim dos suplícios era senso comum e encontrou na Revolução Francesa o palco favorável para as mudanças iniciais. Era necessário que o poder de punir sofresse um deslocamento da autoridade real para o seio social.

Não criar um novo direito de punir e sim estabelecer uma nova “economia” deste direito, assegurando uma melhor distribuição deste, de modo a que seja repartido de forma tão homogênea que possa ser praticado difuso e continuamente, ao ponto do mesmo ser sentido até pelo mais humilde cidadão.

No fim do século XVIII e início do XIX houve um esmaecimento da prática dos suplícios, talvez pela pregação dos cavaleiros da luz, talvez por incorporação ou desembotar natural do senso de fraternidade humano. O fato é que tais espetáculos de horror não poderiam mais ser admitidos e a sociedade passou a reivindicar este direito para si. Como já dito, deslocar a vingança do soberano para uma postura de defesa da sociedade.

Entre vários fatos históricos podemos citar o artigo 3º do código penal francês e o conseqüente uso da guilhotina a partir de 1792; o fim das confissões públicas dos crimes na França, em 1791; e a supressão do pelourinho que ocorreu mais

cedo, em 1789, sendo que a Inglaterra só o fez em 1837, porém, a exposição pública dos condenados perdurou até 1848, até que as carruagens de transporte de presos para a realização dos trabalhos forçados fossem modificadas de modo que não seria mais possível o contato visual entre estes e a população.

Logo após a Revolução Francesa, com a criação de um código penal houve uma mudança substancial para a época na execução da pena capital. O seu artigo 3º passou a determinar “Todo condenado será decapitado” (FRANÇA, Código Penal Revolucionário de 1791) a mudança substancial se dá por conta de dois aspectos neste novo tipo de execução:

1º – uma morte igual para todos (independente da classe ou condição do culpado. Antes, a decapitação era a pena sentenciada apenas para os nobres); e

2º – uma só morte por condenado (porque rápida, bem diferente das “mil mortes” das execuções pela roda alta, balcão de estiramento ou por empalamento).

A guilhotina, invento constituído de uma armação reta de quatro metros de altura e uma lâmina de 40kg, caiu nas graças dos revolucionários franceses como método muito mais racional e inclinado ao respeito aos seres humanos dos que os métodos até então empregados.

Sem dúvida alguma, o artigo 3º trouxe um avanço positivo no campo punitivo estatal. Foi um projeto do médico francês Joseph Ignace Guillotin desenvolvido para que as execuções capitais fossem menos sofríveis. Guillotin percebera que a velocidade de seu método poderia trazer alguma decência e humanidade frente aos demorados enforcamentos e decapitações por machado.

Como mudanças no sistema punitivo estatal já podemos salientar:

a) redução do contato entre a justiça e o executado: o contato se reduz a um mínimo necessário, ao tempo de um raio.

b) redução da exposição do apenado: o condenado não deve mais ser visto. Ele é levado com a cabeça coberta ao cadafalso e apenas a sentença deve ser visível mostrando um crime que não pode ter uma face.

Essa mudança substancial deslocou a percepção social das punições do campo da captação cotidiana para o campo da consciência abstrata. A punição fica, assim, introjetada no processo penal de forma mais velada, o que poderia, de início, colocar em questionamento o seu poder intimidador já que o teatro de horror, uma vez encenado, inegavelmente, não deixava de ecoar no inconsciente coletivo, no

senso comum da população; coerção forte o suficiente para dissuadir vários incautos.

A pena agora deve ser incorpórea. O objetivo era não tocar mais no corpo, ou o fazê-lo o mínimo, e ainda sim para atacar nele algo que não é o corpo propriamente.

A dor e o sofrimento físico não são mais elementares integrantes da pena. O castigo então transmuta-se de uma arte da sensação insuportável para uma economia dos direitos ora suspensos. Assim, o toque da justiça no corpo ocorre de modo indireto, à distância, a partir de um regramento bem rígido e claro. Isto, pelo menos teoricamente.

Mais adiante vemos mais mudanças na abordagem da execução penal, vemos que todo o aparato estatal dos suplícios deve ser substituído por novos equipamentos e por novos operadores destes equipamentos.

Desaparecem as figuras dos carrascos e entram no segundo ato outros atores sociais como guardas, psiquiatras, médicos, psicólogos e educadores. Até mesmo nos países onde a pena capital permaneceu, verifica-se que a maioria deles o fazem nesta mesma máxima, ou seja, (atenuar o máximo a dor e sofrimento e absterem-se de tocar no corpo do detento) ao valerem-se de fármacos, nos casos de execução por injeção letal, que como os barbitúricos, “anestésiam” os condenados “reduzindo” o seu sofrimento ao menos físico, explicitando a anulação da dor e a supressão do espetáculo.

Atualmente, no nosso ordenamento jurídico, verificamos que pelo menos do ponto de vista (estritamente legal), há toda uma preocupação com os direitos humanos dos que cumprem pena. Tanto a nossa Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) como a Lei nº 7.210/1984, Lei de Execução Penal (LEP) tratam da matéria sobre este prisma. A (CRFB/88) declara expressamente no seu artigo 5º, inciso XLVII, que não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra e assim mesmo declarada; que não serão admitidas as penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

A (LEP), desde o seu artigo primeiro ressalta a disposição governamental de reintegrar o detento/interno ao declarar que seu objetivo é: “[...]proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” E depois reafirma este propósito no artigo 10º, prometendo ainda oferecer-lhe uma gama de atividades assistencialista que vai da material à religiosa.

O cerne da nossa problemática é, como já dito acima, a discrepância entre a belíssima estrutura estritamente legal e a práxis deficitária e desidiosa governamental, que ao implementá-la remotamente, não somente torna a cada dia mais distante a possibilidade de recuperação e reintegração da “clientela” do sistema penal, como na ampla maioria dos casos agrava o estado dos condenados, fomentando o ódio contra a sociedade.

É neste viés que seguiremos o nosso trabalho, fins de procurar propor uma breve reflexão sobre suas implicações sociais.

3.3. O NASCIMENTO DAS PRISÕES:

Neste ponto passaremos a dissertar de modo bem resumido sobre os sistemas penitenciários clássicos, a partir das informações de (BITENCOURT, 2011, p. 75 a 110).

Ainda no magistério de (GRECO, 2011, p. 172) se anuncia que graças a Beccaria, John Howard e Jeremy Bentham, surgem no final do século XVIII e início do XIX os primeiros sistemas: o Pensilvânico e o Alburniano.

Colocaremos em destaque apenas os principais sistemas e suas características básicas.

3.3.1. Sistema Pensilvânico, Celular ou Filadélfico:

Criado em 1790, na Pensilvânia, EUA, caracterizou-se sobretudo pelo isolamento e silêncio absoluto a que seus internos eram submetidos. Não haveria contato entre eles, nem para trabalhar ou receber visitas, sendo que a sua recuperação baseava-se na leitura da Bíblia Sagrada, meditação e oração.

Conforme informa (BITENCOURT, 2011, p. 81), o isolamento era tão forte que até mesmo o ingresso do detento era feito com a colocação de uma carapuça que só seria retirada quando chegasse à sua cela. Daí por diante o detento passaria a não ter contato com ninguém além dos carcereiros.

O sistema foi criticado por não socializar, já que o isolamento era absoluto, também era muito caro para ser mantido, porém apresentou pontos positivos como o fato de limitar o contato de detentos iniciantes com delinquentes contumazes.

3.3.2. Sistema Alburniano:

Construído em 1816, em Nova York, permitia o trabalho inicialmente na própria cela, mas evoluindo para o seu exercício em conjunto, assim como as refeições.

Manteve o isolamento absoluto noturno e o silêncio absoluto do sistema Pensilvânico.

Separava os recém-chegados em três classes:

- a dos mais velhos e persistentes delinquentes (isolamento contínuo);
- a composta pelos menos incorrigíveis (que eram isolados por três dias na semana e tinham permissão para trabalhar);
- e a dos detentos com mais potencial de recuperação (que sofriam apenas isolamento ininterrupto noturno e um dia por semana, gozavam de permissão para trabalhar).

Quase sempre o resultado para os indivíduos isolados continuamente era a morte ou a loucura.

Outro ponto gritante era a disciplina extrema, com influência militar, que impedia até que os presos caminhassem normalmente, só podendo o fazer em ordem unida.

3.3.3. Sistemas Progressivos:

Desenvolvidos na Inglaterra e Irlanda, caracterizavam-se pela sua flexibilização ao medir a duração da pena por uma soma de trabalho e boa conduta.

O inglês ficou conhecido como *mark system* (sistema de vales), visto que a pena era expiada quando se atingia um determinado número de marcas (vales), que

eram concedidos diariamente conforme o trabalho produzido e o bom comportamento, assim como as penalidades (por mau comportamento) eram feitas neste mesmo sistema de vales.

O Irlandês, tal como o inglês, previa isolamento diurno e noturno no (período de provas), trabalho sobre silêncio, mas foi considerado um aperfeiçoamento do inglês por acrescentar um período intermediário, onde o preso trabalhava ao ar livre e prever por fim a liberdade condicional.

3.3.4. Sistema de Montesinos:

Tem seu nome em homenagem ao seu criador, o Coronel Manuel Montesino e Molina, um militar que após ser mau tratado em campanha, ironicamente foi nomeado como gestor do presídio de Valença, onde primou pela dignidade do condenado, o que lhe garantiu um nível de reincidência baixíssimo, em torno de 30 a 35%.

Montesinos inovou com as concessões de saídas temporárias e a redução em um terço da pena pelo bom comportamento.

4. TEORIAS SOBRE A FUNÇÃO DA PENA:

4.1. GENERALIDADES:

Neste ponto é necessário analisar as construções teóricas à cerca do tema, de modo a fundamentar melhor a nossa proposta de trabalho, demonstrando a evolução teórica da problemática em tela, valendo-se principalmente da obra de Bitencourt (2011).

Pena e Estado estão intimamente ligados, pois o próprio desenvolvimento deste depende de sua capacidade de dar respostas à altura (pena) aos desrespeitos às suas regras, sendo notória a influência que o regime estatal terá sobre a estrutura repressora penal.

Desse modo, mudando a “roupagem” estatal, muda automaticamente a hegemonia teórica fundamentadora da pena.

Assim, dentro de uma perspectiva holística, podemos analisar a pena como um produto de um modelo socioeconômico, de determinada forma estatal que lhe influencia marcadamente. O que pode ser facilmente constatado não só no ponto de vista prático, quando, por exemplo, verificamos que um Estado Absolutista teve a notória tendência a punir com mais rigor do que um Estado Democrático, mas ainda, no campo teórico, visto que é constatável que a própria visão (teórica) de pena tem conotações diferentes, uma vez que o corpo teórico serve-se ao papel de dar calado científico a mesma.

4.2. TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUTIVAS DA PENA:

A pena é a retribuição pelo mal injusto causado. Tendo por fim fazer justiça, é

um fim em si mesma.

Criadas num contexto de Absolutismo, época em que revoltar-se contra o monarca seria o mesmo que rebelar-se contra Deus, as Teorias Absolutas tinham características de severidade, bem como caráter inquestionável.

Seu fundamento religioso inicial (Teoria do Direito Divino), defendida por pensadores como Bodin e Bossuet, acabou por conter por um tempo as revoltas, permitindo um certo controle das massas e uma satisfatória proteção do capitalismo, então incipiente, garantindo um excedente de mão de obra, caso das *workhouses* - casas de trabalho, principalmente na Holanda, Inglaterra e Alemanha.

Depois, com o Mercantilismo, o Estado Absolutista começa a ruir, dando lugar ao Estado burguês que necessitou de uma nova justificação que se prestasse a garantir fundamento ideológico às suas teorias, já que teriam de fazer frente ao discurso do Teocentrismo. Assim, tendo como plano diretor o Estado Burguês, fez-se necessário a concepção de nova sistemática compatível com a tese sucessora, a Teoria do Contrato Social, cite-se também a Divisão dos poderes como importante implementação política, que fizeram, como já dito, um novo alicerce capaz de sustentar um novo argumento de autoridade para punir, em substituição à já desgastada reverência divina.

Agora, a retribuição não é pela injúria à autoridade humana constituída por Deus, mas a retribuição humana, pelo desrespeito de alguém que fere o tácito contrato por todos anuído, pelo desrespeito à nova ordem estabelecida, repita-se, uma ordem humana.

Segundo (Bitencourt, 2011, p. 119), apesar de haver vários pensadores que desenvolveram trabalhos nesta área, os seus principais expoentes são Kant e Hegel.

4.2.1. Teoria de Kant:

Cunhou sua teoria com base na ordem ética, em contra ponto a Hegel, que o fez basicamente na ordem jurídica.

Para Kant, o dever de cumprir as determinações legais é sobretudo um dever ético, classificando a lei penal como imperativo categórico que não deve ser maculado, cabendo ao soberano velar por sua integridade, devendo, para tanto,

castigar “impiedosamente” seu transgressor (KANT, apud BITENCOURT, 2011, p. 120).

Desse modo Kant deixa transparecer que em sua teoria não há, pelo menos diretamente, nenhum vislumbre de função preventiva da pena, aplica-se esta, pura e simplesmente, pelo fato de alguém ter infringido uma lei penal. É a retribuição pelo mal causado e não a prevenção de novos delitos ou a preocupação em restaurar dentro do corpo social o ***status quo ante***.

4.2.2. Teoria de Hegel:

Hegel tem uma abordagem mais próxima do universo jurídico em comparação com Kant.

Para ele a pena se justifica dentro da necessidade de restabelecer o consenso racional a que todos anuíram. A vontade geral. Mas não a entende com o efeito preventivo.

Hegel resume a pena como a negação da negação do Direito, porque idealiza o Direito como sendo a tese representativa da vontade geral; a desobediência ao Direito como a antítese, e por fim a pena como síntese (negação da negação), isto é, o castigo pela desobediência à tese.

Assim, se esta vontade geral é violada por alguém, há de se intervir com a pena, de modo que essa vontade volte a pairar soberana.

“O delito é aniquilado, negado, expiado pelo sofrimento da pena, que, desse modo, restabelece o direito lesado” (CLAUS ROXIN, apud BITENCOURT, 2011, p. 124).

4.2.3. Críticas às Teorias Retribucionistas:

As teorias retribucionistas encontraram grande adesão, além de Kant e Hegel, houve mais pensadores que adotaram as teses retribucionistas, como o alemão Karl Binding e italiano Francesco Carrara, porém, não tardaram as críticas, entre eles

Claus Roxin que fez três objeções. A primeira afirmava que o pensamento retribucionista não tinha uma fundamentação adequada para a pena, já que não explicava sob que fundamento a culpa humana autorizaria o Estado a castigar.

Na sua segunda indagação Roxin afirma que a Teoria Retribucionista não considera o fator (livre arbítrio), uma vez que só o indivíduo que goze de plena liberdade de escolha poderia transgredir e ser culpável, ou seja, a culpabilidade pressupõe a liberdade de vontade.

Por terceiro, de modo paradoxal, Roxin avalia a impossibilidade de se eliminar um mal (delito cometido) valendo-se de um segundo mal (pena).

4.3. TEORIAS PREVENTIVAS DA PENA:

Criadas a partir do fundamento da sobrevivência do grupo social, os adeptos das Teorias Preventivas miram no futuro, focam nos efeitos que serão alcançados pela aplicação da pena, se desapegando com o mal injusto já desferido.

Não há desejo em se expiar o delito já cometido, mas sim em evitar a sua repetição.

Bitencourt (2011, p. 132) ensina que a teoria preventiva mais remota é a de Sêneca, que ao citar a obra de Platão (Protágoras), diz que nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas com o fito de não vê-lo mais repetido.

A teoria preventiva se desdobra em duas, a geral e a especial.

4.3.1. A Prevenção Geral:

Entre seus defensores há Bentham, Beccaria e Feuerbach que foi o formulador da teoria da coação psicológica, para quem a pena tinha o poder de ameaçar psicologicamente os cidadãos para que se abstivessem de cometer delitos.

A ideia de vestir a pena com o argumento da prevenção do cometimento de novos delitos acabou soando melhor, era sem dúvida menos metafísica, o que foi

decisivo para seu apoio pelos pensadores do seu período de desenvolvimento, o período Iluminista.

Assim, a teoria da prevenção geral valia-se da pena como ferramenta dissuasória dos intentos delitivos, agindo ainda na fase embrionária do ideal criminoso, ecoando em todas as mentes com tom de advertência para as consequências a que estariam sujeitos os seus transgressores.

O problema mais grave que a afetava era o fato de mesma desprezar a possibilidade, bastante plausível, de seu destinatário ignorá-la na confiança de que seu erro poderia jamais ser descoberto, o que mitigaria bastante a sua força intimidatória.

Assim, tem-se que seu valor, sua efetividade, seria bastante razoável para o homem médio, sob condições normais, mas e quanto ao delinquentes contumazes e até mesmo o homem médio sob estado psicológico extremo?

Para este nicho de criminosos é necessário uma ação menos genérica e mais pontual, assim, surge a Prevenção Especial.

4.3.2. A Prevenção Especial:

Tem essencialmente a mesma preocupação que a prevenção geral, que é evitar o cometimento de novos delitos, porém, seu ponto de divergência é o público ao qual é destinado.

Enquanto a prevenção geral volta-se para a coletividade, a prevenção especial mira no delinquente em particular.

Entre seus defensores temos Marc Ancel na França; Von Liszt na Alemanha e a Escola Correcionista na Espanha.

Segundo BITENCOURT (2011, p. 139), a estrutura do pensamento de Liszt se finca em três estacas principais, a **intimidação** (para os que não necessitem de ressocialização); **correção** (para os que transgrediram); e **inocuidade** (neutralizando os incorrigíveis).

Interessante porque abarca três níveis de prevenção, primeiro os que não transgrediram qualquer dispositivo legal, para os quais a simples intimidação basta; segundo, visando os já delinquentes, que necessitam de ressocialização e

reeducação, fins de não delinquirem mais; e por fim, o nível dos contumazes, para os quais, o isolamento busca por a salvo a sociedade.

Saliente-se que a teoria da prevenção especial, fundamentada na necessidade de proteger a sociedade, guarda estreita relação com o Estado capitalista, alinhando-se com as mudanças em curso, transitando de um Estado Guardião para um Intervencionista, sob influência do Positivismo, que buscava a ordem e disciplina das organizações estatais.

Novamente Bitencourt, citando Roxin, aponta outra crítica bastante ácida deste, deixando-nos bastante pensativos com a profundidade das colocações de Roxin ao questionar de onde emanaria o direito de poder educar e submeter a tratamento, contra a sua vontade, pessoas adultas? Por que não poderiam, se assim desejasse, viver à margem da sociedade? (CLAUS ROXIN, apud BITENCOURT, 2011, p. 141).

Calcada na premissa de ressocializar, a teoria da prevenção especial, sem contar com outro meio mais eficaz, acaba se valendo do tratamento penitenciário como ferramenta recuperadora social. Mas como enfrentar dilemas tais como:

- ressocializar um delinquente, sem, contudo, ferir os próprios princípios do Estado Democrático de Direito, já que a imposição fere a autodeterminação do indivíduo;
- tratar um enfermo social fora do âmbito da sociedade, ou seja, enfrentar o desafio de prepará-lo para o convívio social longe do social;
- oferecer uma alternativa viável à pena capital em nosso ordenamento jurídico, que é a encarceradora;
- por que adotar medidas paliativas, periféricas? Tratar as manifestações sintomáticas da doença e não os seus efeitos?
- ainda, por que não tratar a sociedade ao invés do seu produto? Ou seja, ressocializar a sociedade ao invés do homem?

Apesar das duras críticas a que foram submetidas, como a da pouca eficiência da ressocialização já apontada, e a questão da fundamentação que daria legitimidade para ressocializar, a prevenção especial teve grandes méritos como o de transportar o homem para o centro da problemática penal, dando caráter mais humanista, fugindo do já citado metassocial, e mirando no homem de carne e osso, com argumentos tangíveis.

4.4. TEORIA MISTA OU UNIFICADORA DA PENA:

Ainda no começo do século XX, surgiu, na Alemanha, esta teoria eclética. Criada por Merkel, desde então se mostrou a tese mais proeminente à época.

Fundamenta a pena apenas no fato praticado e atribuem ao direito penal o papel de proteção da sociedade, dividindo-se em duas frentes, a posição conservadora, representada pelo Projeto Oficial do Código Penal alemão de 1962, que entende a proteção social calcada numa relação de retribuição justa e avaliando a pena como complementar. Já a posição progressista (projeto alemão alternativo), contemporâneo ao primeiro, fundamenta a pena na necessidade da defesa da sociedade, restando a retribuição apenas como limite máximo de exigência de prevenção, impedindo o excesso da pena para além do necessário.

Também sofreu duras críticas por apresentar-se como um remendo de várias correntes.

4.5. TEORIA DA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA:

Fruto do trabalho de pesquisadores que se demonstraram insatisfeitos com as lacunas anteriores, também se desdobra em duas vertentes. A da Prevenção geral positiva fundamentadora, concebida por Welzel, para quem mais importante que a proteção de bens jurídicos é a garantia de vigência real dos valores de ação da atitude jurídica. Welzel entende que a máxima do direito penal é de natureza ético-social, BITENCOURT (2011, p. 156 e 157) tece crítica à mesma por conta da pretensão de impor aos indivíduos, de modo coativo, padrões éticos, o que se demonstra claramente incoerente com o nossa configuração atual de Estado, também por eliminar os limites do *ius puniendi* estatal.

Ainda a Prevenção geral positiva limitadora, que diz acreditar que a prevenção geral deve expressar-se com sentido limitador do poder punitivo estatal.

5. A CRISE ENFRENTADA PELA PENA DO CERCEAMENTO DA LIBERDADE:

Tendo a prisão a finalidade maior de recuperar o interno, para que o mesmo não volte a delinquir, e não apenas punir. Vemos que na prática há uma inversão desses valores, já que o poder punitivo da mesma é avassalador, ao subjugar o homem contra a sua vontade, submetendo-o a condições de ínfima higiene, saúde e privacidade, já o objeto principal que é a recuperação, este se mostra diminuto.

5.1. O FATOR CRIMINÓGENO DA PRISÃO:

O detento entra na prisão e a prisão nele. Ela invade a vida do detento, atingindo várias áreas de sua personalidade, influenciando-o diretamente.

Vamos analisar o poder modificador que a mesma tem sobre seus internos, observando alguns fatores como o físico, psicológico e o social.

[...] Fui enviado a uma instituição para jovens com a idade de 15 anos e saí dali com 16, convertido em um bom ladrão de bolsos – confessou um criminoso comum. Aos 16 fui enviado a um reformatório como batedor de carteiras e saí como ladrão... Como ladrão, fui enviado a uma instituição total onde adquiri todas as características de um delinquente profissional, praticando desde então todo tipo de delitos que praticam os criminosos e fico esperando que a minha vida acabe como a de um criminoso.

(C. HIBBER, apud BITENCOURT, 2011, p. 165)

A prisão, em vez de frear a delinquência, parece estimulá-la e não por acaso, mas pelas condições inóspitas que lá reinam, as quais dividimos em:

5.1.1. Fatores Físicos:

Caso das deficiências em sua engenharia, impedindo a adequada circulação de ar, condições deploráveis de higiene, proliferação de insetos por todos os lados.

Por certo, uma melhor adequação física possa prospectar uma melhor recuperação do interno, mas de uma forma ou outra, danos psicológicos e sociais continuarão a existir, daí a preocupação de minimizá-los de modo que não venham a ser catalisadores de vinganças por parte do preso desferidas a toda sociedade.

A cela deveria ter, segundo o (art. 88, LEP), um mínimo de seis metros quadrados, o que já é incompreensível para um ser humano, dirá para dez ou quinze.

5.1.2. Fatores Psicológicos:

Dado o tempo absurdo que o detento fica sem ter contado com o seu “universo” anterior, parece que o mesmo fica imerso num ambiente surreal, em que as ilusões, a atividade imaginativa parecem exercer grande influência sobre o mesmo, facilitando o desenvolvimento do automatismo em mentir, em dissimular.

Alguns danos psicológicos serão insuperáveis, como o caso de filhos que crescem longe dos pais, daí ter-se o cárcere como medida última.

Conforme (BITENCOURT, 2011, p. 195) a partir do século XIX, começou-se a desenvolver estudos a respeito dos danos psicológicos a que estariam submetidos os encarcerados. Esse interesse surgiu a partir da constatação de casos de loucura muito recorrentes nos internos do regime celular. Eram inicialmente os malefícios do isolamento absoluto, o que não é o nosso caso, pois não aplicamos este tipo de isolamento total, mas ao contrário, temos na superpopulação carcerária um dos principais problemas a serem atacados.

Estes estudos iniciais só constaram a ocorrência de depressões e transtornos comuns, nada que fosse peculiar, nenhuma doença específica, uma psicose carcerária, porém em 1912, (BITENCOURT, 2011, p. 199) cita que Strassler localizou uma síndrome bastante comum aos internos, o puerilismo, que consiste no comportamento de imitar uma criança na tentativa de refugiar-se na fase infantil de sua vida, buscando uma irresponsabilidade, e suavização dos malefícios do cárcere.

Outra síndrome bastante comum foi a “síndrome da farsa”, especialmente nos

presos provisórios, e a forte inclinação ao suicídio. O problema de se considerar este último é a possibilidade de ser encenado de modo a encobrir um homicídio.

Uma decorrência bastante grave e comum aos presos é a degradação da autoestima, subtraindo fortemente o autoconceito de que o preso tem de si. A culpa por ter cometido o crime ou até mesmo de ter sido pego, esteriliza muito a capacidade de se reerguer.

5.1.3. Fatores Sociais:

A dificuldade da reinserção do egresso do sistema penitenciário no convívio social se dá não só pelo rótulo que o mesmo passa a carregar, mas também pela mitigação e posterior deterioração das relações humanas saudáveis que a cela produz.

É inegável a aflição degradante que o presidiário passa, constantes humilhações e a mortificação contínua de sua dignidade, depressão crescente...

Imaginemos agora, por um segundo, ter que fazer nossas necessidades fisiológicas na frente de todos.

Quando sai da cadeia o ex-presidiário em reação reflexa do que ele recebe, invariavelmente passa a não confiar em mais ninguém, e é bem verdade que ele também acaba por não gozar mais da confiança de ninguém. Isto praticamente inviabiliza a seu retorno à normalidade. Isso é produto da subcultura carcerária que lhe é introjetada paulatinamente, ou melhor, a pauladas. É o que (BITENCOURT, 2011, p. 190) chama de (prisonalização).

Os internos criam um ordenamento social paralelo onde existem regras bem claras, que estratificam a população carcerária em camadas e em grupos, geralmente facções criminosas rivais.

A partir de pesquisas realizadas junto a profissionais que trabalharam no sistema penitenciário, pudemos levantar que muitas vezes a própria administração penitenciária, ciente dessa subcultura e de modo a evitar os abusos e espancamento imediatos, acabam por separar por alas os detentos de modo a que fiquem acondicionados juntamente com a facção “dominante” de seu bairro ou localidade, aderindo, assim, involuntariamente, a uma dessas facções.

Exemplificando: em grandes cidades, um detento que acaba de ingressar no cárcere, mesmo que não tenha qualquer vinculação com uma organização criminosa, tem de ir pra ala do PCC, ou do Comando Vermelho, simplesmente porque mora no bairro tal.

Segundo o noticiado pelo sítio da revista Super Interessante⁵, em entrevista com o Deputado Estadual do Rio de Janeiro, Marcelo Freixo, a própria Secretaria de Administração Penitenciária no seu estado, já chega ao absurdo de informar a existência de vagas de acordo com a facção criminosa: “que as vagas para o CV são tantas, para a ADA são tantas e para o Terceiro Comando são tantas”.

Os chefes dessas quadrilhas acabam por encabeçar o controle carcerário, dando continuidade à sua carreira delitiva, ordenando a execução de diversas ações dentro e fora dos presídios, inclusive de cometimento de assassinatos.

Ainda com apoio em (BITENCOURT, 2011, p. 187), o código do recluso, fins de criar forte coesão no grupo, pode ser resumido com as seguintes regras:

- não se intrometer nos interesses dos detentos;
- não perder a cabeça;
- não explorar os detentos (que é a mais descumprida);
- não se debilitar;
- não ser ingênuo.

Outro ponto social, sobremodo importante, a ser abordado é a questão sexual nas prisões.

O interno(a), que muita das vezes tinha uma atividade sexual ativa, passa a ter poucas alternativas, já que lhe restariam as visitas íntimas, a homossexualidade (indesejada), a masturbação e a repressão ao instinto sexual.

Dentro de uma concepção freudiana, todos nós temos conhecimento que tanto o nosso equilíbrio psíquico como orgânico dependem de certo modo do equilíbrio sexual.

O problema é que nenhuma das alternativas vai satisfazer o preso, já que em todas as alternativas a intimidade acabaria sendo violada, em maior ou menor grau, pelos demais expectadores.

- as visitas íntimas, como já dito, seriam devassadas e inviáveis devido as instalações e a sua frequência (sem contar com a exposição humilhante do

⁵

<http://super.abril.com.br/cotidiano/bicho-pega-dentro-cadeia-622841.shtml>.

cônjuge);

- no caso da repressão, esta provavelmente acarretaria o aumento da irritabilidade e diminuição da tolerância;

- a masturbação por ser ato individual é incompleta do ponto de vista sexual;

- já o homossexualismo sofreria com o problema da violação da intimidade a que o ato conjugal requer, da mesma forma que a visita íntima e, pior, poderia ocorrer não por ato consensual, mais por coação.

6. ALTERNATIVAS AO ENCARCERAMENTO:

Algumas taxas de reincidência criminal para os crimes cumpridos em regime de reclusão e suas fontes:

PAÍS	TAXA	FONTE
EUA	60 a 70%	Sítio do Bureau Of Justice Statistics ⁶
Uruguai	60%	Sítio El Pais ⁷
Brasil	70%	Sítio Valor Econômico ⁸
Alemanha	32,6%	Pesquisa do Dr. Wolfgang Heinz ⁹
Noruega	16%	Blog da Lu Rocha ¹⁰

Interessante constatação que fizemos ao comparar a taxa de reincidência criminal geral, entre diversos países americanos como EUA, Uruguai, Brasil, concluindo que a taxa de reincidência nas Américas não é tão discrepante.

No Brasil o valor é de 70%, conforme informação atribuída ao Ministro Cezar Peluso ao sítio do Valor Econômico no ano de 2011. Esta taxa pode sofrer alterações com a conclusão de pesquisa mais detalhada que foi encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de modo a se fazer um verdadeiro diagnóstico a nível nacional, devendo a mesma ser divulgada em 2015.

Já a taxa de reincidência na grande Belo Horizonte, segundo o sítio Conjur¹¹, é de menos de 17% para os beneficiados com o sistema de penas alternativas, o que é bem próximo do percentual da Noruega, 16%, considerada a menor taxa mundial de reincidência (para penas privativas da liberdade).

Dessa forma, vemos que os dados obtidos com a aplicação das penas

⁶ <http://www.bjs.gov/content/reentry/recidivism.cfm>

⁷ <http://www.elpais.com.uy/informacion/diez-mil-presos-carceles-sesenta-reincidencia.html>

⁸ <http://www.valor.com.br/legislacao/998962/indice-de-reincidencia-criminal-no-pais-e-de-70-diz-peluso>

⁹ http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Heinz_Rueckfall-und_Wirkungsforschung_he308.pdf

¹⁰ <http://atualidadesdodireito.com.br/iab/artigos-do-prof-lfg/noruega-como-modelo-de-reabilitacao-de-criminosos/>

¹¹ <http://www.conjur.com.br/2011-ago-07/penas-alternativas-geram-17-reincidencia-belo-horizonte>

restritivas de liberdade no Brasil são muito desanimadores, daí coadunarmos com o pensamento de que deve ser repensada toda a política penal no Brasil.

Vamos trabalhar com duas frentes, a primeira delas a partir das alternativas já previstas no nosso ordenamento pátrio, as Penas Alternativas e a segunda, com uma argumentação ideológica, o Minimalismo aqui fundamentado em Rogério Greco, que poderá ser uma fonte futura de inspiração da nossa confecção legislativa.

6.1. PENAS ALTERNATIVAS À PRISÃO:

Existem basicamente três grupos de penas no direito pátrio, as privativas de liberdade, as restritivas de direitos e a de multa. Trataremos das duas últimas como alternativas ao encarceramento.

6.1.1. Suspensão Condicional da Pena:

A primeira alternativa apresentada não é sequer uma pena, a Suspensão Condicional da Pena (SURSI) é a suspensão da mesma sob determinadas condições.

Bitencourt aduz “ou o condenado é um delinquente habitual, e a condenação é totalmente ineficaz, ou é um delinquente ocasional, e a condenação vai além do necessário” (POLA, apud, BITENCOURT, 2011, p. 235), assim, a SURSI pode se apresentar como uma grade ferramenta nas situações em que se verifica a grande possibilidade de não reincidência.

Disciplina hoje pelos artigos 77 a 82 do Decreto-Lei nº 2.848/1940-Código Penal (CP), fora adotada no Brasil em 1924, pelo decreto nº 16.588, a SURSI é um crédito concedido ao criminoso primário, para que o mesmo não volte a delinquir.

É concedida nos seguintes termos principais, o réu deve ser condenado a pena privativa de liberdade não superior a 2 (dois) anos e não pode se reincidente em crime doloso. Durante o período de suspensão, que poderá durar até quatro

anos, o réu passa por um período de observação tendo que atender às condições impostas.

Existem dois sistemas de suspensão, o franco-belga ou europeu-continental (suspende a execução da pena ou julgamento) e o anglo-saxão (suspende a própria ação penal). Filiamo-nos ao primeiro.

Sobre a sua natureza jurídica (BITENCOURT, 2011, p. 245) entende que não obstante as diversas correntes prevaleça a de que a SURSIS é uma medida penal de fundo não institucional, restritiva de liberdade, já que durante o seu cumprimento devem ser observadas várias regras, sem contar que o beneficiário é condenado a prestar serviços à comunidade ou a limitação de fim de semana.

Podemos ainda citar ainda duas outras modalidades de SURSIS, a especial, para o condenado que reparar o dano cometido, salvo a impossibilidade de o fazê-lo e se as circunstâncias do art. 59, CP, forem totalmente favoráveis, caso em que ficará dispensado das exigências do primeiro ano de prova passando a atender as disposições do § 2º, do art. 78, CP, bem mais suaves; e a humanitária, para os condenados com mais de setenta anos de idade, § 2º, do art. 78, CP, em que o teto de seu alcance é para condenações de até quatro anos.

6.1.2. Penas Pecuniárias:

Disciplinada nos artigos 49 a 52, do CP, a pena de multa não será nosso objeto de estudo porque acreditamos (por motivos íntimos) ser merecedora de severa crítica, já que o seu cumprimento carrega extrema impessoalidade, pelo fato de poder ser saldada por qualquer um. O que foge completamente do intento corretivo a que deve se impor ao infringente legal.

6.1.3. Penas Restritivas de Direitos:

Também disciplinadas pelo CP, nos artigos 43 a 48, as penas restritivas de direitos demonstram-se como alternativas viáveis ao encarceramento, sendo

destinadas aos fatos delituosos de menor lesividade, entre as mais aplicadas temos:

- **Limitação de fim de semana:** que em Portugal recebe o nome de prisão por vias livres e de prisão por tempo livre na Alemanha, tem a finalidade precípua de evitar o afastamento do apenado de sua tarefa diária, mantendo o convívio familiar e demais relações sociais e fundamentalmente afastando o mesmo do convívio com o ambiente penitenciário. Nós acreditamos que essa espécie de pena é efetivamente adequada aos delitos menos potenciais porque realmente é capaz de ao mesmo tempo punir e ressocializar, visto que mantém a unidade familiar, laboral e social por um grande espaço de tempo.

- **Prestação de serviços à comunidade:** é uma obrigação imposta pelo juízo criminal, como uma concessão ao condenado, devendo o juízo de execução determinar a entidade beneficiada e fazer alguns ajustes que julgue necessário. Nesta modalidade o beneficiário deverá doar horas de trabalho para entidades assistencialistas, hospitais, escolas... Da mesma forma que a limitação de fim de semana, a prestação de serviços comunitários consegue manter boa parte da normalidade da vida do beneficiado e ainda tem o poder de presentear entidades que necessitem de apoio com o incremento de mão de obra gratuita.

- **Interdição temporária de direitos:** deverá ter a sua duração pelo mesmo tempo que a pena privativa de liberdade substituída, podendo alcançar:

- tanto o exercício de cargo, função ou atividade pública como mandato eletivo;
- o exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial ou licença;
- a habilitação para dirigir veículo automotor;
- a liberdade de livre circulação, impedindo o condenado de frequentar determinados lugares, muito comum nos casos dos vandalismos perpetrados por integrantes de torcida organizadas.

6.2. A APLICAÇÃO DO MINIMALISMO COMO POLÍTICA INSTRUMENTADORA DA REFORMA PENAL:

A ocorrência de crimes graves com repercussão nacional devido à ampla

exposição midiática, desperta sempre uma pressão social sobre os legisladores para criarem novos diplomas legais ou recrudescer as penas.

Podemos ilustrar essa assertiva utilizando o caso do assassinato da atriz global Daniella Perez, morta em 28 de dezembro de 1992, que foi a mola propulsora para uma modificação legislativa penal. Através de sua mãe, a autora Glória Perez, houve uma mobilização popular pela criação de Emenda Popular, a partir da reunião de mais de 1,3 milhão de assinaturas, passando a considerar o homicídio qualificado (praticado por motivo torpe ou fútil, ou cometido com crueldade) como crime Hediondo.

O que discutimos é o fato de que toda essa pressão social acaba por desembocar na inflação legislativa, com a produção de novos e novos dispositivos legais, que de certo modo banalizam e desacreditam as nossas crenças em justiça.

Nesse prisma acreditamos, é a nossa humilde opinião, que a solução não é o endurecimento da pena, mas o fortalecimento do aparato punitivo estatal como um todo, culminando na **certeza da aplicação da pena**, está sim poderia, hipoteticamente, ser capaz de dissuadir com mais eficiência os intentos delitivos. Note-se que isso não é pensamento contemporâneo, mas já era afirmado por Beccaria ainda no século XVIII ao semear que “Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo [...]” (BECCARIA, 1764, p.40).

Outra face a ser analisada é a da tutela desnecessária a que alguns bens jurídicos são submetidos ao Direito Penal frente ao Princípio da Intervenção Mínima, uma vez que já poderiam ser plenamente tutelados por outros ramos do Direito como o Tributário, Civil e outros. Abandonou-se de certa forma o Princípio da Intervenção Mínima, esquecendo-se da razão de ser do Direito Penal, a *ultima ratio*.

Greco (2011) em seu capítulo IV, pregando o Minimalismo Penal, defende a intervenção mínima estatal informando-nos que a finalidade do Direito Penal é a da proteção dos bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, crendo que o Direito Penal deva ter natureza subsidiária, daí a sua obediência ao Princípio da Intervenção Mínima.

Ferrajoli (FERRAJOLI, apud GRECO, 2011, p. 339) chega a advogar a tese da revogação das contravenções penais no Brasil, dada a sua penalização em abstrato ser tão pequena, alardeando que melhor seria, em promoção do Princípio da Intervenção Mínima, passando as contravenções a serem tuteladas por outros

ramos do Direito já apontados.

Logo, se por razões óbvias se toma a postura de realmente considerar seletivamente a valoração adequada dos bens jurídicos a serem protegidos, escolhendo aqueles indispensáveis, tem-se por resultado não a fragilização do Direito Penal, mas o seu fortalecimento.

6.2.1. A Seleção dos Bens Jurídicos:

A origem da Teoria do bem jurídico como fundamento para a Intervenção Mínima desenvolveu-se a partir das ideias iluministas, apesar de questionamentos como de Roxin (GRECO, 2011, p. 338).

Questão complexa é a de definir o cartel de bens jurídicos que merecerá a proteção do Direito Penal, uma vez que é uma atividade singular, balizada dentro de dado ordenamento em particular, e em dado momento histórico, pois, interessante ressaltar, uma conduta considerada típica em uma nação poderá não sê-lo em outra, como é o caso do aborto que não é crime nos Estados Unidos e grande parte da Europa, mas o é no Brasil.

Greco (apud, Gomes, 2011, p. 264 e 265) dissertando sobre os papéis exercidos pelo bem jurídico fins de realizar a seleção dos comportamentos que se deseja coibir diz que o primeiro papel é de natureza **indicativa**, pois, só os bens jurídicos existenciais (individuais ou supraindividuais) mais importantes para a humanidade merecem a contemplação penal. O segundo papel é de caráter **negativo**, afirmando quais bens não necessitam da referida proteção, como a moral, ética, ideologias, religião etc.

Assim, o legislador deverá considerar como princípio norteador legislativo o Princípio da Intervenção Mínima, bem como outros princípios do Direito Penal como o da Lesividade e o da Inadequação Social do comportamento para construir coerentemente seu diploma legal.

Ora, então, o que seria um bem importante, vital ao convívio em sociedade? Como já dito, o que faz uma nação chorar pode gerar indiferença a outras. Aquilo que era importante para o Nazifascismo, como a eliminação do povo judeu, foi visto por todo o mundo como a mais horrenda afronta humana já praticada contra

semelhantes.

Essa seleção não é imutável, mas dependente do calor social, da estrutura humana em dado momento histórico, e em alguns casos ela é predeterminada, como no caso de alguns incisos do artigo quinto da nossa Constituição, como os incisos XLI a XLIV:

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

(CONSTITUIÇÃO, 1988).

No segundo sentido, o negativo, aponta-se o que não deve ser tocado pelo Direito Penal, uma vez que não havia necessidade de tutela, pois não necessitariam de proteção certos valores como a moral, ética, ideologias, religião etc. a não ser a sua liberdade de exercício balizada pelos ditames legais. Depois de escolher os bens jurídicos a serem tutelados, restaria ainda definir o tipo de pena a ser aplicada, bem como a sua quantificação.

A segunda linha mestra da Intervenção Mínima é a da Natureza Subsidiária do Direito Penal, pregando que o Direito Penal só poderia agir, apenas e somente quando os bens jurídicos não fossem alcançados pelos demais ramos, mostrando-se assim, a última razão. Dentre todas as medidas protetoras possíveis, a última carta.

6.2.2. O Esquema Minimalista Piramidal de Rogério Greco:

A proposta minimalista apresentada por Greco (2011, p. 352 a 356), sinteticamente, é a de uma estrutura piramidal constituída a partir de quatro pontos:

- **Base:** onde haveria uma seleção dos tipos penais que deveriam ser revogados, já que os bens por eles protegidos poderiam ser resguardados pelos

demais ramos do ordenamento jurídico. Dessa forma, ao contrário do movimento predominante, que é o da inflação legislativa, deveríamos depurar - deflação legislativa - o nosso ordenamento jurídico-penal, fazendo com que só permaneça os bens jurídicos realmente carecedores da proteção do Direito Penal.

- **Segunda camada:** implementar os Juizados Especiais Criminais, com a finalidade de julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo, aplicando-se apenas penas não privativas de liberdade, ou de multa, evitando o contato promíscuo destes infratores com outros de maior periculosidade no cárcere.

Ainda dentro desta perspectiva de celeridade a que estão imbuídos os Juizados Especiais, seria desejável a implementação de institutos alienígenas bastante promissores, amplamente empregados na justiça penal norte-americana como a *plea bargain* (uma negociação executada dentro do processo pela acusação e defesa, pelo *quantum* da pena a ser aplicada, de acordo com a colaboração oferecida pelo réu), e a *plea guilt* (em que o réu, fins de agilizar o desfecho do processo, confessa a sua culpa, em troca de uma pena menor).

Um dos desdobramentos práticos da implementação dessas medidas seria a diminuição da população carcerária, o aumento substancial da velocidade para conclusão dos processos penais e a possibilidade de se oferecer melhores condições à população carcerária, já que haveria uma drástica redução da mesma. Greco (2011, p. 354), chega a sugerir ainda que o limite, teto para a liberdade seria o estipulado para condenações até 4 (quatro) anos, que no Brasil é de dois anos, conforme prevê o artigo 61 da LEP.

De acordo com o relatório emitido pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)- quinquênio (2004-2009), em dezembro de 2004 havia (336.358 detentos para 211.255 vagas), o déficit aumento ainda mais chegando em dezembro de 2009 a (422.373 presos para 275.194 vagas), dado alarmante que merece ser analisado.

- **Terceira camada:** ficariam as infrações penais de maior potencial ofensivo, que não podem ser abolidas nem tampouco julgadas pelos Juizados Especiais Criminais, tendo em vista sua gravidade, restando impraticável qualquer possibilidade de negociação entre o Ministério Público e acusado.

Note-se que não se quer suavizar por completa toda e qualquer infração, não se quer afrouxar a repressão indiscriminadamente, mas selecionar os delitos que realmente mereçam especial repreensão estatal, pois se o crime é grave, deve merecer uma resposta à altura, que, ainda não se tem apresentada outra solução

senão a do encarceramento.

- **Quarta camada:** em seu ápice, a pirâmide Minimalista coloca os crimes contra a humanidade, como o genocídio, que de tão graves que são não deveriam prescrever.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

“Definitivamente, o homem não nasceu para ficar preso” (GRECO, 2011, p. 125).

Depois de lembrar toda a construção e reconstrução por que passou o poder punitivo do Estado, simbolizada pelas formas de se encarar a pena e as sua reprodução através das teorias fundamentadoras, e após denunciarmos a falência do nosso sistema penitenciário; chegamos à conclusão, com arrimo no Minimalismo Penal, de que é necessário uma reflexão sobre o alcance que deva ter política seletiva dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal.

Às vezes na arquitetura, na moda, na retórica ou até na comida, o menos é mais, e o que nos propomos é exatamente fomentar este ideal, na aplicação e construção penal, uma vez que **menos** indivíduos (potencialmente inofensivos) encarcerados significa **mais** atenção dispensada aos (potencialmente perigosos), de modo a multiplicarmos os investimentos necessários à recuperação social destes.

Bom, mas como implementar este minimalismo?

Inicialmente poderíamos considerar a criação de comissões no Congresso Nacional de modo a que fosse avaliada a reforma do nosso atual CP, já ultrapassado e com muitos remendos, de forma a que se apreciassem sugestões minimalistas, como a da pirâmide minimalista feita por (GRECO, 2011, p. 351 a 357); principalmente alterando o alcance dos crimes considerados de menor potencial lesivo de dois para quatro anos, e seus desdobramentos consequentes, possibilitando o emprego das penas alternativas para esta faixa.

Ainda em Greco, a proposta de *abolitio criminis*, para todos os tipos previstos no Decreto Lei nº 3.688/1941- Lei de Contravenções Penais, com a sua sucessiva tutela pelos demais ramos do Direito, como o Tributário, Civil e o Administrativo.

Não há como deixar de pensar que uma situação de não socialização pode

socializar alguém, daí, reservá-la para os casos indispensáveis.

Nesta faixa de delitos a serem abolidos há casos que vão desde a sua completa subsunção pelo Princípio da Adequação Social, ou tipos que poderiam ser absorvidos totalmente por outros ramos do Direito, como é o caso do artigo 29, da Lei das Contravenções Penais, que poderia muito bem ser disciplinado pelo Direito Civil ou Administrativo:

Art. 29. Provocar o desabamento de construção ou, por erro no projeto ou na execução, dar-lhe causa:

Pena – multa, de um a dez contos de réis, se o fato não constitue crime contra a incolumidade pública.

Complementarmente, caso fosse necessário, poderia haver um ajustamento da pena de um ou outro delito, aumentando ou diminuindo-as, de modo a que se realocassem em outra faixa.

Todas essas medidas devem ser entendidas a partir do filtro dos direitos humanos como política delimitadora deste poder/dever de punir do Estado.

Por fim, entendemos que as condenações de reclusos contemporâneos, em nossas atuais celas, são de certa forma, na prática, uma manutenção dos suplícios, porque só quem esteve lá dentro tem condições de atestar o poder da fome, calor, sede, prostituição, drogas, corrupção. Pode quantificar a violência, os estupros, humilhações, solidão e todo sorte de violação da dignidade do ser humano que estão presentes na maioria das celas dos presídios brasileiros. Condições sub humanas que não oferecem um mínimo de respeito e dignidade ao apenado, deixando em aberto o questionamento sobre o tamanho do alcance desta pena e as possibilidades que se abririam ao reduzir a população carcerária a um mínimo necessário.

Assim, como dito, diminuir o rol dos bens jurídicos sob tutela do Direito Penal não teria por resultado o seu enfraquecimento, e sim o seu fortalecimento uma vez que o argumento é bastante palatável, já que não só as cadeias, mas também todo o complexo penal passaria a cuidar da prevenção, repressão, recuperação e inocuidade dos delitos verdadeiramente potenciais e, sobretudo, fomentar a dignidade do ser humano ao catapultar as possibilidades do reingresso do apenado no tecido social.

Chegando ao final do nosso trabalho, ainda em sede de direitos humanos,

desejamos ainda propor uma reflexão sobre a necessidade de se tratar a sociedade, pois o presidiário (apesar do livre arbítrio de suas decisões) não deixa de ser, de certo modo e guardada as devidas proporções, produto de uma sociedade doente.

Resultado de um modelo econômico elitista, que só agora, em nosso país, se torna inclusivo; que ainda tenta superar o déficit infraestrutural, restando investimentos tímidos para setores extremamente estratégicos, como a educação.

É necessário modificar, influenciar o modo com que se faz o Direito Penal. É preciso ponderar sobre as circunstâncias que levam ao cometimento do crime e refletir sobre a nossa parcela de culpa e principalmente para o poder que as nossas ações podem ter na prevenção dos delitos ou na reintegração do sentenciado.

É papel do Estado disseminar o gérmen da equidade, oferecendo a todos semelhantes condições de educação, saúde, moradia, cultura, para que menos homens possam adentrar às portas do cárcere. Para que seja facilitado o processo de reintegração do egresso do sistema penitenciário no seio social.

8. REFERÊNCIAS:

ANISTIA INTERNACIONAL- Portugal. **DEATH SENTENCES AND EXECUTIONS 2012**. Disponível em: http://www.amnistia-internacional.pt/files/Noticias_anexos/abril_2013/Death_sentences_and_executions_2012_embargado_00h01_dia_10_abril_2013.pdf. Acessado em: 8 nov. 2013.

ANISTIA INTERNACIONAL- Portugal. Disponível em: <http://www.amnistia->

internacional.pt/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=17&Itemid=75. Acessado em: 8 nov. 2013.

BARBOSA, RUY. **A Oração aos moços**. Edições Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: 1999. Edição popular anotada por Adriano da Gama Cury. Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_ao_mocos.Pdf. Acesso em: 8 nov. 2013.

BECCARIA, C. de. *Traité des délits et des peines*. 1764. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf. Acessado em: 4 nov. 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: Causas e Alternativas**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado; 1988.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execuções Penais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848/1940- **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, Capital Federal, 31 dez. 1940.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688/1941- **Lei das Contravenções Penais**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, Capital Federal, 03 out. 1941.

BUREAU OF JUSTICE STATISTICS. Disponível em: <http://www.bjs.gov/content/reentry/recidivism.cfm>. Acesso em: 9 nov. 2013.

CONSULTOR JURÍDICO. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-ago-07/penas-alternativas-geram-17-reincidencia-belo-horizonte>. Acessado em: 8 nov. 2013.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acessado em: 4 nov. 2013.

EL PAIS. Disponível em: <http://www.elpais.com.uy/informacion/diez-mil-presos-carceles-sesenta-reincidencia.html>. Acessado em: 8 nov. 2013.

ESTADÃO. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,scanner-corporal-barra-trafico-em-cumbica,750253,0.htm>. Acessado em: 21 nov. 2013.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhete. 40. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

FRANÇA. **Código Penal Francês de 1791**. REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, 3ª Época, nº 1 (2009), págs. 481-517 Disponível em: http://www.pucsp.br/cehal/downloads/relatorios/revista_derecho_penal_criminologia/2009_n_1.pdf. Acessado em: 4 nov. 2013.

GOMES, Luiz Flávio. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/iab/artigos-do-prof-lfg/noruega-como-modelo-de-reabilitacao-de-criminosos/> Acesso em: 8 nov. 2013.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

HEINZ, WOLFGANG. Disponível em: http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Heinz_Rueckfall-und_Wirkungsforschung_he308.pdf. Acesso em: 8 nov. 2013.

MONTARROYOS, Heraldo Elias. **Teoria pluridimensional dos direitos humanos. Uma proposição epistemológica aplicada ao estudo do Direito**. Jus Navigandi, Teresina, [ano 18, n. 3571, 11 abr. 2013](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24156>>. Acesso em: 8 nov. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SUPER INTERESSANTE. Disponível em: <http://super.abril.com.br/cotidiano/bicho-pegadentro-cadeia-622841.shtml>. Acesso em: 21 nov. 2013.

VALOR ECONÔMICO. Disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/998962/indice-de-reincidencia-criminal-no-pais-e-de-70-diz-peluso>. Acesso em: 9 nov. 2013.