

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

MAIARA EDUARDA DA SILVA HARTMANN

**A PRIVAÇÃO DE LIBERDADE COMO MÉTODO DE SANÇÃO PENAL POR
EXCELÊNCIA: DA RESSOCIALIZAÇÃO AO ABATE
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa
2021

MAIARA EDUARDA DA SILVA HARTMANN

**A PRIVAÇÃO DE LIBERDADE COMO MÉTODO DE SANÇÃO PENAL POR
EXCELÊNCIA: DA RESSOCIALIZAÇÃO AO ABATE
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.º Bruno Pugialli Cerejo

Santa Rosa
2021

MAIARA EDUARDA DA SILVA HARTMANN

**A PRIVAÇÃO DE LIBERDADE COMO MÉTODO DE SANÇÃO PENAL POR
EXCELENCIA: DA RESSOCIALIZAÇÃO AO ABATE.
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora


[Bruno Pugialli Cerejo \(Jul 16, 2021 18:37 ADT\)](#)

Prof. Ms. Bruno Pugialli Cerejo – Orientador


[Cláudio Rogério Sousa Lira \(Jul 17, 2021 23:03 ADT\)](#)

Prof. Dr. Cláudio Rogério Sousa Lira


[Luiz Alberto Brasil Simões Pires Filho \(Jul 18, 2021 11:37 ADT\)](#)

Prof. Ms. Luiz Alberto Brasil Simões Pires Filho

Santa Rosa, 13 de julho de 2021.

DEDICATÓRIA

Dedico a presente monografia a todos os Professores do curso, ao Orientador do trabalho, aos familiares, amigos e a todos que de certa forma contribuíram para a realização deste projeto.

"A formação não se constrói por acumulação (de cursos, de conhecimentos ou de técnicas), mas sim através de um trabalho de reflexividade crítica sobre as práticas e de (re) construção permanente de sua identidade pessoal. Por isso é tão importante investir a pessoa e dar um estatuto ao saber da experiência".

Antônio Nóvoa

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso faz uma análise dos pressupostos do Direito Penal e Processual Penal, por meio de aportes doutrinários, a fim de expor a realidade sociocultural e o acolhimento da população carcerária brasileira, cotejando-a com a disciplina normativa aplicável à execução penal. A pesquisa visa esclarecer em que medida a pena privativa de liberdade é utilizada no Brasil como método de sanção penal balizada pelo respeito aos direitos humanos. A pesquisa tem sua relevância em razão do crescente direcionamento da persecução penal no Brasil, um reflexo da sociedade que leva ao caos do sistema carcerário, sendo necessária uma ampla discussão sobre o tema. Esta investigação é teórica, com tratamento qualitativo das informações e fins explicativos. A geração de dados acontece por meio de fontes primárias e secundárias. A análise e a interpretação deste conteúdo realizam-se pelo método hipotético-dedutivo, com procedimentos técnicos, históricos e comparativos. O trabalho é dividido em três capítulos. O primeiro caracteriza a pena privativa de liberdade através da evolução histórica do Direito Penal. O segundo aborda as teorias fundamentadoras da sanção penal. E o último, analisa a previsão normativa a respeito do tema e sua realidade fática. O estudo é finalizado com a conclusão de que a sanção penal utilizada de maneira indiscriminada, com pronunciado interesse das autoridades de aumentar a repressão aos detentos, sem o interesse de ressocialização e respeito à dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: Sanção penal. Pena privativa de liberdade. Teorias fundamentadoras.

ABSTRACT

This course conclusion work analyzes the assumptions of Criminal Law and Criminal Procedure, through doctrinal contributions, in order to expose the sociocultural reality and the reception of the Brazilian prison population, comparing it with the normative discipline applicable to the criminal execution. The research aims to clarify to what extent the deprivation of liberty penalty is used in Brazil as a method of penal sanction based on respect for human rights. The research is relevant due to the increasing targeting of criminal prosecution in Brazil, a reflection of the society that leads to the chaos in the prison system, requiring a broad discussion on the subject. This investigation is theoretical, with qualitative treatment of information and explanatory purposes. Data generation takes place through primary and secondary sources. The analysis and interpretation of this content is carried out using the hypothetical-deductive method, with technical, historical and comparative procedures. The work is divided into three chapters. The first characterizes the deprivation of liberty through the historical evolution of Criminal Law. The second addresses the fundamental theories of penal sanctions. And the last one, analyzes the normative prediction regarding the subject and its factual reality. The study ends with the conclusion that criminal sanctions are used indiscriminately, with a clear interest of the authorities to increase the repression of detainees, without the interest of re-socialization and respect for human dignity.

Keywords: Criminal sanction. Deprivation of liberty penalty. Fundamental theories.

LISTA DE ABREVIACOES, SIGLAS E SMBOLOS.

p. – pgina

FEMA – Fundao Educacional Machado de Assis

 - Pargrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 PRIVAÇÃO DE LIBERDADE: DA MERA CUSTÓDIA À SANÇÃO PENAL POR EXCELÊNCIA	12
1.1 Origem e desenvolvimento do Direito Penal. Por que punir?	12
1.2 Evolução histórica da privação de liberdade como exercício do poder punitivo estatal.....	18
2 AS TEORIAS FUNDAMENTADORAS DA SANÇÃO PENAL: PACIFICAÇÃO OU CONTROLE?	26
2.1 Análise crítica das finalidade da sanção penal.....	26
2.2 Das funções ocultas do Direito Penal e suas consequências	32
3 A ATUALIDADE DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS BRASILEIROS: DISCIPLINA NORMATIVA VERSUS REALIDADE	40
3.1 Do tratamento normativo fundamental da execução das penas privativas de liberdade no Brasil e sua natureza jurídica	40
3.2 A realidade carcerária nacional diante da necessária incidência dos direitos humanos.....	46
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

O trabalho proposto versa sobre o estudo da privação de liberdade como principal método de sanção penal no Brasil. A pesquisa visa esclarecer em que medida a pena privativa de liberdade é utilizada no Brasil como método de sanção penal balizada pelo respeito aos direitos humanos.

Busca-se analisar os pressupostos do Direito Penal e Processual Penal, por meio de aportes doutrinários, a fim de verificar em que medida a pena privativa de liberdade é utilizada no Brasil como método de sanção ressocializadora. Também tem o objetivo de caracterizar a pena privativa de liberdade através de sua evolução histórica, bem como analisar as teorias fundamentadoras da sanção penal, e por fim, examinar a revisão normativa acerca do tema e sua realidade fática.

A importância do trabalho está relacionada com a notória situação caótica do sistema penal brasileiro, desde a atuação seletiva de seus agentes, até a execução penal dissociada de ideais de direitos humanos. O tema é relevante em uma sociedade cada vez mais dividida e violenta. E apesar disso, é relativamente pouco abordado nas discussões atuais.

Para a realização deste trabalho foram efetuadas pesquisas bibliográficas e por meio eletrônico, analisando-se também a legislação e a jurisprudência, a fim de esclarecer a previsão e a realidade das penas privativas de liberdade do país.

Inicialmente, no primeiro capítulo, foi exposta a evolução histórica do Direito Penal. Na sequência, foi caracterizada a pena privativa de liberdade como exercício do poder punitivo estatal sob um enfoque de seu desenvolvimento ao curso da história.

No segundo capítulo foram analisadas as teorias fundamentadoras da pena. A primeira seção se direciona para a análise das finalidades da sanção penal, sob o enfoque das teorias e escolas que a abordam. A segunda seção, em contraponto à primeira, expõe os reais motivos que delineiam a sanção penal.

No terceiro e último capítulo é exposta a realidade e a prática da pena de prisão no Brasil. Para isso, o estudo é desmembrado em dois tópicos. O primeiro apresenta a previsão legal a respeito do tema, com exposição dos princípios que norteiam a

execução penal. O tópico final tem a finalidade de analisar a realidade da execução penal brasileira através de doutrina e jurisprudência selecionada.

A partir desse estudo se verifica que a sanção penal é utilizada de maneira indiscriminada, com expressivo interesse das autoridades de aumentar a repressão aos detentos, sem o interesse de ressocialização e respeito à dignidade da pessoa humana.

1 PRIVAÇÃO DE LIBERDADE: DA MERA CUSTÓDIA À SANÇÃO PENAL POR EXCELÊNCIA

Este capítulo tem a intenção de definir a pena privativa de liberdade, através de sua linha do tempo, e para isso, será dividido em dois subtítulos. O primeiro se limitará a expor a evolução histórica do Direito Penal, bem como as razões que norteavam a persecução penal. Na sequência, no subtítulo 1.2, é exposta a pena privativa de liberdade como exercício do poder punitivo estatal sob um enfoque do desenvolvimento histórico que levou à substituição das penas corporais pelo encarceramento dos condenados.

1.1 Origem e desenvolvimento do Direito Penal. Por que punir?

O Direito Penal é a parte do ordenamento jurídico que define os crimes e aponta as respectivas penalidades. O Código Penal é o estatuto legal que prevê delitos e penas, caracterizando-se como o centro do programa de política penal para controle de criminalidade do Estado (SANTOS, 2012).

A lei penal nem sempre teve a forma e conteúdo tal qual a conhecemos atualmente. O que em tempos passados se reconheceu com direito e objeto de estudo da ciência jurídica, hoje frequentemente não é mais assim considerado. Não deveria ser diferente, pois o direito abarca ideologias cunhadas por outras estruturas sociais e outras formas de controle social (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

Não se pode falar de uma continuidade histórica do Direito Penal, todavia pode reconhecer-se na sua história uma na qual surge a muito custo a concepção do homem com pessoa, indivíduo dotado de autonomia moral. Esse conceito não surgiu de maneira abrupta, ou sequer sob uma marcha progressiva ininterrupta, ao contrário, é oriundo de uma série de marchas e contramarchas, com um desenvolvimento que continua até hoje (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

O Direito Penal surge como uma forma de proteger os valores relevantes para uma sociedade através da ameaça de imposição de pena. Os bens jurídicos alvo da proteção penal são escolhidos por critérios definidos na Constituição, com base nas realidades ou potencialidades necessárias para o desenvolvimento do ser humano em sociedade (SANTOS, 2012).

A história do processo penal se relaciona intrinsecamente com a das penas, na medida em que o processo é um caminho para se atingir a pena e, principalmente, uma via que baliza o exercício do poder punitivo a uma série de regras que formam o devido processo legal (LOPES JR, 2019).

A história do Direito Penal é sintetizada pela análise do Direito repressivo de outros períodos da civilização, comparando-o com o atual. Não se trata de uma progressão regrada com períodos e princípios amplamente caracterizados. Na verdade, a doutrina costuma apresentar uma tríplice divisão na evolução histórica, que são a vingança divina, a vingança privada, e a vingança pública (BITENCOURT, 2012). No mesmo sentido:

Embora o Direito Penal tenha sua origem vinculada à própria organização do homem em sociedade, não se pode considerar a existência de normas penais sistematizadas em tempos primitivos. Nesse período, o castigo não estava relacionado à promoção de justiça, mas vingança, revide contra comportamento de alguém, abundando penas cruéis e desumanas. Era a fase da Vingança Penal, dividida em: vingança divina, vingança privada e vingança pública. (CUNHA, 2015, p. 43).

As sociedades primitivas, com forte influência religiosa, aplicavam punições aos infratores como medidas de desagravo da tribo frente à divindade que a regia. A pena era uma retribuição pela agressão sofrida pela coletividade. Os castigos invariavelmente eram cruéis, desumanos e degradantes. Esta fase, a da vingança divina, imperou nas legislações do Oriente antigo (BITENCOURT, 2012).

Na China, nos primórdios históricos vigia a as chamadas “cinco penas”: o homicídio penalizado com a morte, o furto e as lesões penalizados com a amputação de um ou ambos os pés, o estupro com a castração, a fraude com a amputação do nariz e os delitos menores com uma marca na testa. Posteriormente foram aplicadas penas ainda mais cruéis como abraçar ferro incandescente, perfuração de olho, esquartejamento, açoitamento, tortura e até mesmo a extensão dos castigos à família do réu (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

No século VII, suprimiu-se a aplicação de pena aos parentes do apenado, reduzindo-se novamente a cinco penalidades: morte, deportação, desterro, espancamento e açoitamento. No século X estabeleceu-se que nenhuma pena de morte podia ser executada sem a autorização do imperador. Em 1389, o código penal sancionado distinguia cinco categorias de infrações pela ordem de gravidade. Esse

texto foi modificado várias vezes até a sanção de novo código em 1647, que vigeu até 1912, no qual foram mantidas as cinco penas (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

Em outras sociedades também são encontradas legislações de características semelhantes como o Código de Manu na Índia, os Cinco Livros no Egito, a Avesta na Pérsia e o Pentateuco em Israel. Esse direito penal religioso, teocrático e sacerdotal tinha como finalidade a purificação da alma do criminoso através do castigo, aplicado por delegação divina, com penas cruéis e intimidativas (BITENCOURT, 2012).

Na América duas legislações se destacavam antes da chegada dos europeus. O Código de Netzahuatcóyotl, do povo asteca, caracterizava-se pela vingança, com penas como apedrejamento, estrangulamento, decapitação, escravidão, desterro, confisco, destituição de emprego e prisão, que podia ser domiciliar. A lei penal inca, altamente teocratizada, era extremamente severa. Os delitos mais graves podiam ser punidos com a destruição do povo a que pertencia o autor do delito (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

Nesse momento da evolução da pena, a reação era eminentemente coletiva e orientada contra o membro transgressor, através de uma reação social, originalmente, religiosa, que com o passar do tempo, paulatinamente, foi adquirindo um caráter mais civil (LOPES JR., 2019).

Superado esse momento histórico, surge uma nova determinação de retribuição dos males causados através de aplicação de uma reação proporcional. Essa fase é a da vingança privada, caracterizada principalmente pela famigerada Lei de Talião adotada no Código de Hamurabi. Foi uma embrionária tentativa de humanização da sanção criminal (BITENCOURT, 2012).

Essa segunda fase, de reação da comunidade contra o infrator, não teve sucesso. A justiça pela pelas próprias mãos implicava em autêntica forma de agressão. Diante disso, surgia um círculo vicioso de ação, reação e contrarreação, que levava ao extermínio de clãs e grupos (NUCCI, 2020).

A fase posterior é a da vingança pública. O Estado passou a assumir um poder-dever de manutenção de ordem e segurança pública. (BITENCOURT, 2012). O Estado chama para si o direito e o dever de proteger tanto a comunidade, como também o próprio réu (LOPES JR., 2016).

A centralização do poder punitivo fez surgir uma forma mais segura de repressão, pois não havia margem para contra-ataque. Na época, o critério do talião ainda predominava, de modo que o malfeitor sofria o mesmo mal que causara a

outrem. Não havia finalidade útil na sanção, a não ser o de apaziguar os ânimos da coletividade. Ainda assim, a adoção do talião constituiu uma evolução no Direito Penal, pois passou a haver maior equilíbrio entre crime e sanção (NUCCI, 2020).

O Direito Romano apresentou os três períodos já citados do Direito Penal no decorrer de sua história. Inicialmente o chefe da família (pater familias) aplicava as sanções que bem entendesse ao grupo. Na fase do reinado, a pena tinha um caráter sagrado. No período republicano prevaleceu o talião, separando-se religião e Estado, com o fim do caráter de expiação da pena (NUCCI, 2020).

A Lei das XII Tábuas, igualava os destinatários da pena, algo inexistente até então. Durante o Império Romano, houve um recrudescimento das penas, com a retomada da pena capital e trabalhos forçados. Porém, nessa época também houve diversos avanços ao Direito Penal, como a diferenciação do dolo de ímpeto e premeditação (NUCCI, 2020).

O que se deve ter em mente é que nessa época existia uma vingança coletiva, que, porém, não se considera uma pena. Vingança e pena são dois institutos distintos. A vingança emana liberdade, força e disposições individuais, enquanto a pena implica a existência de um poder organizado (LOPES JR., 2019):

O processo penal atrela-se à evolução da pena, definindo claramente seus contornos quando a pena adquire seu caráter verdadeiro, como pena pública, quando o Estado vence a atuação familiar (vingança do sangue e composição) e impõe sua autoridade, determinando que a pena seja pronunciada por um juiz imparcial, cujos poderes são juridicamente limitados. Assim, a titularidade do direito de penar por parte do Estado surge no momento em que se suprime a vingança privada e se implantam os critérios de justiça. (LOPES JR., 2019, p. 35).

No período medieval o ilícito penal assumia uma faceta eminentemente teológica. O crime era tratado principalmente como pecado. A justiça penal era muito influenciada pela confusão entre Igreja e Estado, de forma que poder do monarca era considerado a própria mão da justiça divina (JUNQUEIRA, 2019).

A Idade Média representou um grande retrocesso para o Direito Penal. As penas cruéis ganharam mais ênfase, com caráter iminentemente intimidador (CUNHA, 2015). O Direito Canônico imperava, perpetuando o caráter sacro da punição, que ainda assim tinha um intuito corretivo. A religião e o poder estavam profundamente ligados, de sorte que a heresia implicava crime contra o próprio Estado. A Santa

Inquisição não observava qualquer proporcionalidade entre a infração e punição, se utilizado inclusive de tortura para obtenção de confissão (NUCCI, 2020).

Essa predominância de penas intimidatórias saturou muitos intelectuais da época. Dentre eles, o Marquês de Beccaria, que em sua obra defendia a humanização das penas, pois se contrapunha à pena de morte, às cruéis, ao arbítrio e prepotência dos juízes, defendendo o princípio da proporcionalidade da punição à infração praticada. Rejeitava a tortura, bem como a extensão das penas aos familiares do criminoso. Ainda, sustentava o caráter ressocializador da punição. Enfim, foi um marco para o Direito Penal (NUCCI, 2020):

A primeira consequência desses princípios é que só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão. A segunda consequência é que o soberano, que representa a própria sociedade, só pode fazer leis gerais, às quais todos devem submeter-se; não lhe compete, porém, julgar se alguém violou essas leis. Com efeito, no caso de um delito, há duas partes: o soberano, que afirma que o contrato social foi violado, e o acusado, que nega essa violação. É preciso, pois, que haja entre ambos um terceiro que decida a contestação. Esse terceiro é o magistrado, cujas sentenças devem ser sem apelo e que deve simplesmente pronunciar se há um delito ou se não há. Em terceiro lugar, mesmo que a atrocidade das mesmas não fosse reprovada pela filosofia, mãe das virtudes benéficas e, por essa razão, esclarecida, que prefere governar homens felizes e livres a dominar covardemente um rebanho de tímidos escravos; mesmo que os castigos cruéis não se opusessem diretamente ao bem público e ao fim que se lhes atribui, o de impedir os crimes, bastará provar que essa crueldade é inútil, para que se deva considerá-la como odiosa, revoltante, contrária a toda justiça e à própria natureza do contrato social. (BECCARIA, 1764, p. 29 e 30).

A modernização do Direito Penal foi intensa com o advento do Iluminismo. Enfatizou-se a racionalização na aplicação das penas, em contraponto ao arbítrio que reinava no judiciário da época. O contratualismo se fazia presente, pois ao renunciar a uma porção de sua própria liberdade, cada cidadão delega ao Estado a tarefa de punir, nos limites da necessária defesa social. A pena não mais se destina apenas a castigar os ofensores, mas também passa a ter contornos de prevenção dos delitos (NUCCI, 2020).

Como já se viu, inicialmente as penas eram unicamente um método de punição, sem um grande aspecto educador ou ressocializador. Nesse sentido, Foucault

salienta que a prisão sequer era considerada uma punição, ante o caráter de crueldade das demais sanções:

Eles afirmam que, quando a lei pune alguém, a punição será a condenação à morte, a ser queimado, a ser esquartejado, a ser marcado, a ser banido, a pagar uma multa, etc. A prisão não é uma punição. (FOUCAULT, 2002, p. 98)

Superada a fase das penas cruéis, a evolução histórica do Direito Penal seguiu, em síntese, com as seguintes correntes:

O movimento iluminista, opondo-se às monarquias absolutas, revolucionou toda a concepção de mundo no século XVIII: a **secularização** (substituiu a confusão entre Estado e Igreja), o **contratualismo** (substituiu a ideia do poder político por derivação divina), o **racionalismo** (substituiu o obscurantismo que embaçava o desenvolvimento da ciência), o **utilitarismo** (substituiu a ambição pela realização de uma Justiça absoluta) e o **legalismo** (substituiu a incerteza e o arbítrio do Soberano) alteraram por completo a forma de se enxergar a realidade, a sociedade e o direito. (JUNQUEIRA, 2019, p. 45).

É notório que os sistemas punitivos evoluíram para tornar a execução penal o mais humana possível, de forma que as punições se mantenham no limite de suas finalidades. No entanto, isso não impede que os ordenamentos jurídicos modernos sejam influenciados por disposições de períodos anteriores, pois até hoje certos postulados são mantidos no cerne das codificações atuais (CUNHA, 2015).

Nesse sentido Zaffaroni e Pierangeli (2011) fazem interessante reflexão ao aduzir que apesar de alguns institutos, como a vingança pública, serem identificados com períodos mais distantes da humanidade, também são percebidos em eras contemporâneas:

Todas as sistematizações simplificadoras das etapas da legislação penal no mundo se vinculam a teorias da história que, apesar de sua multiplicidade, podem ser divididas em "cíclicas" e "progressivas", sendo as primeiras mais próprias da antiguidade e as últimas do século XVIII. Nas exposições da evolução legislativa penal tem prevalecido a adoção da teoria "progressiva". Assim, urna das distinções mais comuns que têm sido formuladas trata da vingança privada como período primitivo, a vingança pública quando o Estado toma a seu cargo a pena, a humanização da pena a partir do século XVIII, e o período atual, em que cada autor dá como triunfantes suas próprias ideias. Os assassinatos políticos com auspício oficial, o processo Mindzenty, os tribunais "especiais", a reclusão de "dissidentes" em manicômios, o "direito penal nazista", o "esquadrão da morte" e outros exemplos nos servem para demonstrar que, no plano do real, o caminho não é tão linear nem "evolutivo", e sim urna luta permanente e constante; e que vingança privada, vingança pública e tendências humanitaristas são termos que

encontramos em todas as épocas. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 164).

Com a proibição da vingança particular e da autotutela, o Estado utiliza sua prerrogativa de punir, o *jus puniendi*, para proteger a coletividade (LOPES JR., 2016). Praticada a infração, nasce o direito de o Estado aplicar a punição prevista em lei. No Brasil, via de regra, as penas são de multa e/ou privativas de liberdade (CUNHA, 2015).

Assim, é imprescindível que o processo penal sofra uma constitucionalização, estabelecendo-se uma série de garantias mínimas. Como decorrência, o processo é instrumentado a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas. Todo poder tende a ser autoritário e precisa de limites, que são as garantias processuais constitucionais, que atuam como escudos protetores contra o (ab)uso do poder estatal (LOPES JR., 2019).

Enfim, a partir das bases até aqui fixadas, cabe, por razões metodológicas, analisar a aplicação da pena privativa de liberdade ao longo da história, de modo a tentar responder os questionamentos apresentados, bem como tantos outros que surgem a partir do estudo das teorias que fundamentam a aplicação da sanção penal.

1.2 Evolução histórica da privação de liberdade como exercício do poder punitivo estatal

A história da pena de prisão não se caracteriza pela sua abolição, e sim, pela sua reforma. Atualmente, a prisão é vista como um mal necessário. Sua progressiva humanização e liberalização interior são a via da sua constante reforma (BITENCOURT, 2011).

Na idade Antiga, o cerceamento de liberdade não era encarado como uma pena imposta aos transgressores. Até o século XVIII, a prisão servia apenas como medida cautelar de guarda dos réus até seu julgamento (BITENCOURT, 2012).

A Grécia desconhecia a privação de liberdade como pena. No entanto Platão propunha, em sua obra, três tipos de prisão: a primeira, na praça do mercado, que servia de custódia; a segunda, a sofonisterium, que servia de método corretivo; e a terceira, destinada ao suplício, localizada em local deserto e sombrio, com o fim único de amedrontamento (BITENCOURT, 2011).

Os romanos, gigantes no Direito Civil, eram pigmeus no Direito Penal. A prisão romana se dirigia unicamente à custódia do réu. Havia, no entanto, assim como na Grécia, a prisão por dívida, que encarcerava o devedor até o saldo do débito. Também, em certos casos, a pena capital era comutada em prisão perpétua. E ainda, havia a prisão de escravos com a finalidade de castigo, que podia, inclusive, ser perpétua (BITENCOURT, 2011).

Os lugares onde os acusados eram mantidos até seu julgamento variavam, pois não havia uma estrutura penitenciária propriamente dita. Os piores lugares eram usados como prisões, tais como calabouços, aposentos insalubres de castelos, torres, conventos abandonados, palácios, entre outros. A prisão mamertina era um poço d'água convertido em cárcere. Na Sicília um depósito de água desse tipo até hoje é conhecido como "fossa dos condenados". Em Roma a primeira prisão foi construída nos tempos do imperador Alexandre Severo (BITENCOURT, 2012).

O Direito Germânico também desconheceu a pena de prisão, pois predominava as penas capitais e físicas (BITENCOURT, 2011). O predomínio germânico perdurou dos séculos V ao XI. A pena mais grave conhecida era a "perda da paz" (Friedlosigkeit), em que qualquer pessoa podia matar o apenado impunemente. Os delitos privados geravam a Faida, inimizade contra o infrator e seus familiares. Esse instituo permitia a composição em dinheiro ou até mesmo em combate (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

A prisão como pena em sentido próprio nasceu nas corporações monásticas na Idade Média, em virtude de sua adequação às funções penitenciais e correcionalistas, se afirmando como pena temporal nos séculos XVII e XVIII (FERRAJOLI, 2002).

As guerras religiosas da época haviam deixado os tesouros nacionais europeus em ruína. Na França os pobres formavam a quarta parte da população. Esses, acabavam por se sustentar através de delitos. As penas aplicadas variavam de açoitamentos, trabalhos forçados em galés até expulsão da cidade. Contudo, logo se percebeu que essas punições eram inócuas, pois os miseráveis eram tão numerosos que não havia como punir a todos (BITENCOURT, 2011).

Em meados dos séculos XV e XVI, com intensificação do capitalismo, os camponeses foram expulsos do campo, se concentrando em cidades. Nessas, não havia estrutura suficiente para a absorção da mão de obra pelas manufaturas, o que gerou uma formação de massas de desocupados urbanos (SANTOS, 2012)

Durante esse processo, a população urbana se tornava perigosa para os donos do capital. Carecia de trabalho e tinha fome, não tinha mais vínculo com os controles sociais feudais, em suma, nada tinha a perder. Estava localizada no mesmo lugar que as riquezas (e a miséria): nas cidades. Os crimes aumentavam, levando à necessidade de um controle social de contenção (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

A partir do século XVI começa a se impor progressivamente o racionalismo e a liberdade. Há o surgimento de uma má consciência que visa substituir a publicidade dos castigos pela vergonha. Certos aspectos no mal poderiam ser "contagiosos" e ser replicados através da publicidade. Assim, as prisões serviam muito bem para ocultar o castigo, até o esquecimento do agente (BITENCOURT, 2011).

Além disso, houve um surto de pobreza extrema na Europa nos séculos XV, XVI e XVII, que aumentou a mendicância e criminalidade. A pena de morte não mais era adequada aos anseios da justiça. Não tinha contido o aumento dos crimes. Nos casos de delitos leves ou dignos de graça, a publicidade da execução dava lugar à simpatia e à compaixão por parte dos presentes.. As penas corporais haviam contribuído para o aparecimento de um banditismo sumamente perigoso. Dessa forma, a pena privativa de liberdade foi a nova invenção social para, através da intimidação e correção, derrotar o delito, ou ao menos cercá-lo entre muros (BITENCOURT, 2011).

O suplício tornou-se intolerável. Para o povo, representava a tirania, a crueldade do prazer de punir. Para a vítima, era vergonhoso, pois reduzida a uma posição de desespero. É preciso eliminar a confrontação física entre soberano e condenado, a vingança do príncipe e a cólera do povo. É imperioso que a justiça criminal puna em vez de se vingar. (FOUCAULT, 1999).

Essa massa que se converteu em delinquentes, passou a ser direcionada às chamadas workhouses (SANTOS, 2012):

[...] é tangida para as workhouses, uma invenção do século 16 para resolver problemas de exclusão social do capitalismo ascendente: casas de trabalho forçado de camponeses expropriados dos meios de subsistência material, com a finalidade de disciplina e adequação pessoal para o trabalho assalariado. A penitenciária moderna começa nas workhouses, instituições de trabalho forçado do período de germinação do capitalismo – carente de mão de obra disposta ao trabalho assalariado –, criadas para a tarefa de disciplina da força de trabalho da manufatura e, depois, da indústria, reforçando o papel da família, da escola e de outras instituições sociais. (SANTOS, 2012, p. 460).

Na época, Instituições correcionais criadas na Inglaterra e na Holanda eram voltadas à reparação de delitos de menor ofensividade através do aprendizado de algum ofício. Na realidade, o objetivo fundamental das instituições de trabalho era que o trabalhador aprendesse a disciplina capitalista de produção (BITENCOURT, 2011).

A casa de trabalho forçado Rasphuis, fundada em Amsterdam no século XVII, foi o modelo de aparelho carcerário replicado na Europa. Rasphuis, cujo nome provém da ação de raspar madeira para produção de tinta, institui o trabalho compulsório como método educativo para reabilitação. A referida casa inaugurou a teoria da prevenção especial, que determina a duração das penas pelo objetivo de correção, ao excluir penas leves, em razão da aprendizagem insuficiente, e as perpétuas, pela falta de interesse de aprender (SANTOS, 2012).

A instituição tinha um modelo celular, porém em cada célula viviam diversos apenados. O trabalho era praticado no pátio central ou na cela, conforme a estação do ano. Na época havia duas formas de raspar a madeira para a produção da tinta. A primeira, era aplicada na sociedade livre, e se baseava no uso de uma pedra de moinho. A segunda era utilizada na casa de trabalho, consistia na raspagem manual da madeira duríssima com uma serra pesada. Esse trabalho manual cansativo era considerado adequado como punição a ociosos e preguiçosos (MELOSSI; PAVARINI, 2014).

A população interna consistia principalmente em jovens autores de infrações menores, mendigos, vagabundos e ladrões enviados por meio de mandado judicial ou administrativo. As sentenças eram curtas e com período determinado de cumprimento dos trabalhos, que podia ser modificado conforme o comportamento do apenado (MELOSSI; PAVARINI, 2014).

Os primeiros protótipos clássicos da prisão moderna surgem nos Estados Unidos, com o modelo de Filadélfia, na prisão de Walnut Street (1790), e com a Prisão e Controle Social Auburn, em Nova York (1819). A carcerária moderna é caracterizada pelo enxugamento dos custos e pelo trabalho produtivo. O nível de vida do aprisionado deve ser inferior ao das classes trabalhadoras mais baixas (SANTOS, 2012).

O sistema carcerário filadelfiano, pensilvânico ou celular era organizado com base no isolamento do apenado:

a organização de uma instituição na qual 'isolamento em uma cela, a oração e a abstinência total de bebidas alcoólicas deveriam criar os meios para salvar tantas criaturas infelizes'. Ordenou-se, através de uma lei, a

construção de um edifício celular no jardim da prisão (preventiva) de Walnut Street (construída em 1776), com o fim de aplicar o solitary confinement aos condenados (BITENCOURT, 2011, p. 348).

O modelo filadelfiano era inspirado na concepção religiosa Quaker. Combinava a arquitetura disciplinar do modelo do panóptico de Bentham com o confinamento em celas individuais para oração e trabalho. A funcionalidade do panóptico para o controle, bem como a redução dos custos administrativos, levou uma rápida difusão do modelo filadelfiano (SANTOS, 2012).

Acreditava-se que o isolamento era capaz de resolver qualquer problema penitenciário. A solidão deveria impedir a promiscuidade dentro da prisão, além de proporcionar momentos de introspecção, que levaria ao arrependimento. Por outro lado, o trabalho não tinha função econômica, pois era encarado como instituto meramente terapêutico (MELOSSI; PAVARINI, 2014).

Ainda que relatórios oficiais da época tenham concluído que o sistema filadelfiano fosse o mais humano e civilizado dentre os conhecidos, havia uma taxa crescente de loucura e suicídio entre os condenados, em efeito direto do sistema de reclusão solitário (MELOSSI; PAVARINI, 2014).

Esse sistema não logrou êxito ante o aumento da população carcerária recolhida no local (BITENCOURT, 2011). Contudo, segundo Juarez Cirino dos Santos, o fracasso se deu por motivos econômicos, já que o trabalho era isolado em celas individuais, de modo que a força de trabalho não é bem aproveitada (SANTOS, 2012).

O trabalho meramente terapêutico e artesanal era antieconômico, pois deseducava os presos, que perdiam sua capacidade de trabalho original, bem como simplesmente privava o mercado de trabalho de mão de obra capaz (MELOSSI; PAVARINI, 2014).

Por isso, começou-se a introduzir um modelo de trabalho produtivo nos cárceres. A atividade individual em celas não era compatível com a organização manufatureira da economia da época. Obrigar os presos a um trabalho manual, de pronunciada força física, e improdutivo não educava os encarcerados nas habilidades e capacidades profissionais do obreiro moderno (MELOSSI; PAVARINI, 2014).

Diante disso, o modelo de prisão seguinte foi aperfeiçoado para abarcar o trabalho coletivo, ao isolar os apenados durante a noite e impor trabalhos comuns durante o dia. É o modelo de Auburn (SANTOS, 2012). Este, também é caracterizado

pelo silêncio absoluto, já que os detentos não podiam falar entre si e somente em voz baixa com os guardas, mediante autorização (BITENCOURT, 2011).

A inovação desse sistema consistia na introdução e aplicação de uma estrutura de trabalho análoga à de uma fábrica. A disciplina mudou radicalmente. O trabalho produtivo necessitava interação entre os internos, com definição dos tempos e modos de agir de cada operário, o que importava na substituição da simples vigilância para a vigilância da organização interna do trabalho. Os internos eram mais estimulados pelas expectativas de regalias do que pela ameaça de punições (MELOSSI; PAVARINI, 2014).

Além disso, o sistema auburniano tinha as seguintes características:

Os principais sistemas de exploração do trabalho carcerário inventados pelo conluio entre capital privado e repressão pública, próprios do modelo de Auburn, são os seguintes: a) o contract – considerado o sistema mais adequado – submete a força de trabalho carcerária a duas autoridades: o capitalista organiza a produção, disciplina os processos de trabalho e vende a mercadoria no mercado livre a preços altamente competitivos, pela desenfreada e destruidora exploração da força de trabalho carcerária, remunerada em níveis inferiores aos do mercado; o Estado concede a exploração da força de trabalho carcerária e administra a instituição penitenciária, garantindo a segurança e disciplina internas, em troca de lucro sem risco econômico. b) o leasing submete a instituição penitenciária à autoridade exclusiva do capitalista, que dirige a prisão, organiza a produção e garante a disciplina da força de trabalho durante tempo determinado, mediante pagamento de um preço fixo ao Estado, livre de quaisquer custos: os problemas são a redução do preso à condição de escravo, os brutais castigos corporais por questões de disciplina ou de ritmo de trabalho e – last but not least – os acordos tácitos entre empresários da indústria carcerária e Poder Judiciário para transformar penas curtas em penas longas de prisão, permitindo exploração mais lucrativa da força de trabalho encarcerada. (SANTOS, 2012, p. 464).

Contudo, o modelo auburniano também entra em crise em razão da dificuldade de renovação tecnológica dos processos industriais na prisão, oposição das organizações laborais frente à concorrência do trabalho carcerário, exploração predatória do trabalhador recluso, castigos desumanos, entre outros motivos que impediram a transformação da prisão em empresa capitalista. No Estados Unidos da América, a privatização das prisões foi proibida em 1925 ante escândalos de maus tratos nos trabalhadores apenados (SANTOS, 2012).

A penitenciária é uma fábrica de homens visada à transformação de condenados em proletários. Os apenados devem se tornar sujeitos disciplinados e mecânicos. O encarcerado é uma mutação de criminoso não-proprietário em

proletária não-perigos, subordinado à disciplina do trabalho assalariado (SANTOS, 2012).

Ambos os modelos tinham seus ideais ressocializadores, seja através de fins espirituais e religiosos, seja por meio do trabalho árduo. Pode-se dizer que na Europa predominou o sistema filadelfiano, enquanto nos Estados Unidos a preponderância foi do auburniano (BITENCOURT, 2011).

A razão para essa preferência por cada regime, no entanto, não tem qualquer fim humanitário. A Europa não tinha escassez de mão-de-obra, de modo que não necessitava suprir sua falta com o trabalho dos presos. Por outro lado, necessitava que a prisão servisse de instrumento intimidatório para diminuir a delinquência, o que o sistema filadelfiano proporcionava (BITENCOURT, 2012).

Já os Estados Unidos viam no sistema auburniano uma alternativa mais viável economicamente. O sistema permitia alocar maior número de pessoas na prisão, além de propiciar um trabalho interno mais produtivo e eficiente (BITENCOURT, 2012).

O modelo seguinte descarta os sistemas auburniano e filadelfiano. É o sistema progressista, que permanece até hoje como espinha dorsal do sistema penal. Segundo, Cesar Roberto Bitencourt, consiste em:

[...] em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, e, de outro, pretende que este regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade. (BITENCOURT, 2011, p. 359).

Esse ainda é o sistema vigente no Brasil. A execução das penas privativas de liberdade obedece a critérios de progressividade como regra e regressividade como exceção, a fim de humanizar a pena. O mérito do condenado e tempo de execução da pena determinam o regime de execução da punição (SANTOS, 2012).

Porém o sistema progressivo também se encontra em crise e vem sendo gradativamente substituído por um tratamento de individualização científica e uma maior pretensão para que o regime penitenciário permita uma vida em comum mais humana, a exemplo o cumprimento de pena em regime aberto (BITENCOURT, 2011).

Portanto, resta evidente que a pena de prisão se constitui no método predileto de punição nas sociedades ocidentais modernas. Sua evolução se deu de modo a evitar as punições cruéis das eras passadas, a fim de abarcar ideais mais humanitários e ressocializadores. Superada a análise da evolução histórica do Direito Penal e da pena de prisão, passa-se a analisar as teorias fundamentadoras da sanção penal.

2 AS TEORIAS FUNDAMENTADORAS DA SANÇÃO PENAL: PACIFICAÇÃO OU CONTROLE?

No capítulo, é feita uma análise crítica das funções da sanção penal e as justificativas que norteiam sua aplicação, através de suas teorias fundamentadoras. A primeira seção se direciona para a análise crítica das finalidades da sanção criminal, sob o enfoque das teorias e escolas que a fundamentam. A segunda seção, em contraponto à primeira, expõe os motivos ocultos que delineiam a sanção penal e as consequências da real aplicação do Direito Penal.

2.1 Análise crítica das finalidades da sanção penal

A justificação da pena, o poder de uma coletividade de exercer uma violência programada sobre um de seus membros, é um problema clássico da filosofia do direito. No que se baseia esse direito de punir? Que razões tornam aceitável moralmente a aplicação de uma violência legal, que é a pena, sobre uma primeira violência ilegal, o delito? E qual é a justificativa do exercício de uma violência organizada de uma multidão de sujeitos contra um único indivíduo (FERRAJOLI, 2002)?

Essas três questões tiveram respostas positivas e negativas ao longo da história. As positivas são fornecidas pelas doutrinas justificacionistas, que fundamentam o direito penal com objetivos, razões e funções moral ou socialmente irrenunciáveis. As negativas são expostas pelas doutrinas abolicionistas, que não reconhecem justificação alguma ao direito penal indivíduo (FERRAJOLI, 2002).

O abolicionismo penal é um conjunto de doutrinas, teorias e pensamentos com uma ênfase em comum de negar qualquer caráter de justificação ou legitimidade externa à intervenção do estado sobre os indivíduos desviantes. Seus expoentes apontam a ilegitimidade do direito penal sob argumento de que não há justificativa moral para justificar as aflições por si impostas, ou porque entendem como benéfica a abolição da sanção punitiva em favor de sua substituição por meios pedagógicos ou instrumentos informais de controle (FERRAJOLI, 2002).

A lógica interna dos abolicionistas penais é de que se o sistema penal é puramente simbólico, cuja única função é manter a hegemonia de um setor da sociedade, com efeitos eminentemente negativos, o melhor é sua própria eliminação, cambiando por outro sistema mais racional e menos prejudicial (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

Entre uma das subdivisões das doutrinas justificacionistas estão os pensadores defensores das teorias absolutas, ou retributivas, das penas. Seus dois grandes expoentes modernos são Kant e Hegel. Para Kant, aquele que não cumpre a lei, não é digno do direito à cidadania. A lei penal é um imperativo categórico, uma ação em si mesma (BITENCOURT, 2011).

Hegel, por sua vez, pensa a pena de maneira diversa. A justificativa hegeliana da pena é essencialmente jurídica, ao passo que a kantiana é ética. Para Hegel, a pena encontra justificativa na necessidade de restabelecimento da vontade geral, simbolizada pela ordem jurídica, desrespeitada pelo delincente. Em síntese, pelas suas próprias palavras: a pena é a negação da negação do Direito (BITENCOURT, 2012).

As diferentes correntes de pensamento estruturadas de forma sistemática, segundo determinados princípios fundamentais, abarcaram diferentes explicações para a justificação da pena e do Direito Penal, são denominadas Escolas Penais. São conjuntos de concepções contrapostas sobre legitimidade do direito de punir, natureza do delito e finalidade da sanção penal (BITENCOURT, 2018).

A chamada Escola Clássica, na verdade, sequer é uma corrente uníssona em seu conteúdo. Em realidade, é uma denominação de conotação pejorativa imposta por adeptos do positivismo jurídico. O iluminismo foi o grande propulsor desse movimento, que representou uma humanização das ciências penais. Seus defensores criticavam abertamente a legislação penal da época, defendendo as liberdades individuais e fortalecendo princípios de dignidade do ser humano (BITENCOURT, 2012).

Um dos principais autores dessa escola foi Francesco Carrara. Carrara baseava seu pensamento no Direito Natural, de onde emanavam todos os direitos e deveres, com o papel do Estado sendo o de manutenção desse equilíbrio. A pena é uma sanção ditada por um preceito natural, sempre visando a conservação da humanidade e tutela de seus direitos, correspondendo ao sentimento da consciência coletiva (BITENCOURT, 2012).

Autores do mesmo período como Carmignani (1768-1847), Romagnosi (1761-1835) e Feuerbach (1775-1833) se filiavam a uma posição mais utilitária da pena, com menos ligação a um sentimento de castigo proporcional ao injusto e mais relacionada à função preventiva, como instrumento capaz de manutenção da ordem e segurança social

Carmignani (1768-1847), Romagnosi (1761-1835) e Feuerbach (1775-1833) tinham uma visão mais utilitária da pena, menos ligada à ideia de castigo proporcional ao injusto e mais comprometida com a função preventiva, como instrumento de ordem e segurança social (CAPEZ, 2012).

Outro destacado pensador relacionado a essa corrente é Anselm Feuerbach (1775-1833), considerado o fundador da ciência penal alemã contemporânea. Para Feuerbach, a pena é uma resposta a um fato acontecido e consumado, cujo objetivo é a coação psicológica de todos os cidadãos, para que não cometam delitos. Não é necessária apenas uma cominação, mas também a execução, conectando através da lei o mal e o delito, operando uma ameaça abstrata de que quando há lesão de direitos, também há a certeza de aplicação de uma pena correspondente (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

Passada a época do absolutismo, surgiu uma necessidade de revisão do fundamento do poder punitivo, afastando-se da retribuição como núcleo da pena e também do jusnaturalismo como expoente do Direito Penal. Tornou-se imperioso o método científico e positivista, conhecido e aplicado como Escola Positivista (JUNQUEIRA, 2019).

A Escola Positiva possui três fases bem determinadas por um aspecto e um autor expoente: a) antropológica de Cesare Lombroso; sociológica de Enrico Ferri; e jurídica de Raffaele Garofalo (BITENCOURT, 2012).

Cesare Lombroso, em o “O homem delinquente”, apresentou um conceito de criminoso nato. O autor examinava cadáveres de criminosos, e um deles, encontrou a “fosseta occipital média”, que atribuiu a uma característica de ser humano menos evoluído, que seria um “criminoso nato” (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018).

Raffaele Garofalo, introduziu uma concepção de delito natural, entendido como um comportamento por si só em qualquer momento ou local. O delito natural seria uma afronta aos sentimentos naturais de piedade e probidade. Garofalo também expôs uma expressão célebre para o direito penal: periculosidade (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018).

Sua preocupação fundamental era a incapacitação do delinquente, através da prevenção especial, sem objetivo de ressocialização. Ou seja, não havia intenção de correção, somente ênfase na eliminação do criminoso (BITENCOURT, 2018).

Enrico Ferri, agregou fatores sociais, econômicos e políticos considerados importantes na análise da delinquência ao conceito de criminoso nato de Lombroso. Assim, apontou cinco tipos de criminoso: natos, loucos, passionais ocasionais e habituais (GRECO, 2017).

Apesar de apresentar influência de Lombroso e Garofalo, deixando de lado o objetivo correccionalistas, em nome da defesa social, Ferri entendia que a maioria dos delinquentes era readaptável. Considerava incorrigível apenas os criminosos habituais, e ainda, admitindo que uma parcela dentro desse grupo podia ser ressocializada (BITENCOURT, 2018).

A Escola Clássica e a Positiva foram as únicas que possuíam posições extremas e filosoficamente bem definidas. Os movimentos posteriores visaram uma conciliação dos preceitos das duas mais antigas. Essas escolas ecléticas evitavam romper completamente com os ensinamentos das anteriores, mas demonstraram importante evolução no estudo das ciências penais (BITENCOURT, 2018).

Além dessas vertentes, há uma série de outras correntes que buscam explicar a sanção penal:

Para a Escola Clássica (Francesco Carrara), a pena surge como forma de prevenção de novos crimes, defesa da sociedade: "punitur ne peccetur". É necessidade ética, reequilíbrio do sistema: puniturquia peccatum est. Já para os seguidores da Escola Positiva (Cesare Lombroso), a pena funda-se na defesa social; objetiva a prevenção de crimes; deve ser indeterminada, adequando-se ao criminoso para corrigi-lo. Rafael Garofalo, por exemplo, vê a pena como forma de eliminar o criminoso grave, defendendo até a pena de morte. A Terza Scuola Italiana (Emanuele Carnevale), por sua vez, ampara-se em conceitos clássicos e positivistas. Na Escola Penal Humanista (Vicenzo Lanza), a pena é forma de educar o culpado. Pena é educação. Para a Escola Técnico-jurídica (Vincenzo Manzini), a pena surge como meio de defesa contra a perigosidade do agente; tem por objetivo castigar o delinquente. De acordo com os adeptos da Escola Moderna Alemã (Franz Von Lizst), cuida-se de instrumento de ordem e segurança social; função preventiva geral negativa (coaçoão psicológica). A Escola Correccionalista (Karl David August Roeder) entendia a pena como correção da vontade do criminoso e não a retribuição a um mal, motivo pelo qual pode ser indeterminada. Para os seguidores da Escola da Nova Defesa Social (Filippo Gramatica), a pena é uma reação da sociedade com objetivo de proteção do cidadão. (CUNHA, 2015, p. 384)

Outra forma de classificação das finalidades da pena são as absolutas/retributivas, relativas/preventiva e mistas/ecléticas. Para as absolutas a

pena seria uma forma de compensar o mal do crime através da retribuição. As relativas defendem a pena como prevenção de novos crimes. Por fim, as mistas combinam as duas finalidades já mencionadas (JUNQUEIRA, 2019).

No mesmo norte, a partir do século XIX a pena de prisão se tornou a principal resposta penal com o intuito de reformar o delinquente. Acreditava-se que a prisão poderia ser um meio para a realização das finalidades da pena, com o objetivo final de reabilitação do criminoso (BITENCOURT, 2012).

Na mesma seara, Fernando Capez resume:

a) Teoria absoluta ou da retribuição: a finalidade da pena é punir o autor de uma infração penal. A pena é a retribuição do mal injusto, praticado pelo criminoso, pelo mal justo previsto no ordenamento jurídico (puniturquia peccatum est). b) Teoria relativa, finalista, utilitária ou da prevenção: a pena tem um fim prático e imediato de prevenção geral ou especial do crime (punitur ne peccetur). A prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a segregação sociais do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir. A prevenção geral é representada pela intimidação dirigida ao ambiente social (as pessoas não delinquem porque têm medo de receber a punição). c) Teoria mista, eclética, intermediária ou conciliatória: a pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime, pela reeducação e pela intimidação coletiva (puniturquia peccatum est et ne peccetur). (CAPEZ, 2012, p. 383).

Atualmente, no Brasil a pena possui tríplice finalidade: retributiva, preventiva e reeducativa. A cominação legal de penalidade é o expoente do caráter preventivo geral da pena. Ao estipular os patamares de pena, fortalece a validade da norma transgredida pelo delito, configurando a prevenção geral negativa, além de inibir o cidadão de delinquir, com a prevenção geral positiva. Na fase de execução penal, ao prever disposições em específico para o réu, é concretizada a retribuição, bem como a ressocialização (CUNHA, 2015).

Com base no teor do art. 59 do Código Penal, é possível concluir que a legislação brasileira adotou a teoria mista ou unificadora da pena. O mencionado artigo combina a necessidade de reprovação com a prevenção de novos delitos, em flagrante união das teorias absolutas e relativas (GRECO, 2017).

O caráter educativo da pena é visto na própria legislação, qual seja na Lei de Execuções Penais, no artigo 1º:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. (BRASIL, 1984).

Hodiernamente, a pena de encarceramento vem sofrendo com persistentes críticas. Os resultados esperados da pena do cerceamento de liberdade não aparecem. A maior parte das críticas refere-se à impossibilidade de se obter algum efeito positivo sobre o apenado, em claro desafio ao objetivo ressocializador da punição (BITENCOURT, 2012).

Em um sistema penitenciário falido, como deve ser feita a reinserção do apenado na sociedade da qual ele fora excluído pelo Estado? A pena cumpre sua função ressocializante ou torna a corromper de vez a personalidade do agente? Que tipo de ressocialização é buscada pelo Estado? O objetivo é impedir o condenado de reincidir no crime ou torná-lo membro útil para a sociedade (GRECO, 2017)?

Da mesma forma, a retribuição não pode ser justa em sociedades altamente injustas quanto ao seu sistema de produção. Na América Latina grande parte da população é marginalizada quanto ao sistema de produção industrial e de distribuição de renda, onde impera a concentração na mão de poucos. Isso faz com que a retribuição se converta em discurso ideológico que serve aos setores dominantes. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

O sistema punitivo constitui o mais rigoroso instrumento de controle social formal. O delito é a forma mais grave de desobediência às normas sociais existentes. A incriminação de certos comportamentos visa proteger determinados bens e interesses, vistos como mais importantes para a sociedade. Por meio da previsão legal, sancionamento e execução penal pretende-se evitar esse tipo de conduta lesiva. O sistema penal destina-se à defesa social na forma em que essa defesa é vista por aqueles que têm o poder de fazer leis (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018).

Quanto aos ideais de prevenção geral, é preocupante, em um enfoque de conquistas democráticas, que a crença nas instituições jurídicas e estatais dependa da prisão de pessoas. Quando o poder público necessita aplicar penas de prisão para legitimação, é um prenúncio de retrocesso a uma forma de Estado policialesco e autoritário, totalmente dissonante do nível de civilidade já alcançado (LOPES JR., 2019).

Tal discurso denota o antagonismo entre um juiz “comprometido com a verdade”, alguém que se julga de bem, em uma cruzada contra os hereges. Esse conflito o afasta seu primordial papel de garantidos dos direitos fundamentais do acusado (LOPES JR., 2019):

Como muito bem destacou o Min. EROS GRAU, “o combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do Judiciário), seja através da polícia, como se lê nos incisos do artigo 144 da Constituição, quanto do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (artigo 129, I)”. No que tange à prisão preventiva em nome da ordem pública sob o argumento de risco de reiteração de delitos, está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal. (LOPES JR., 2019, p.803).

A prisão em vez de conter a criminalidade, tem, na verdade, funcionado como instrumento que a estimula através de uma vasta gama de desumanidades. Possibilita vícios e degradações, exercendo efeitos nefastos na personalidade dos reclusos. No entanto, sorrateiramente, tem-se atribuído exclusivamente aos condenados a culpa por eventual reincidência. Ignorando-se que é impossível ingressar no sistema prisional e não retornar de lá pior do que entrou (BITENCOURT, 2018).

Diante da inequívoca ineficácia da pena de prisão em seus objetivos declarados, faz-se necessária uma análise aprofundada de quais seriam seus reais ideais.

2.2 Das funções ocultas do Direito Penal e suas consequências

O Direito Penal vem ao mundo para cumprir funções dentro de uma sociedade organizada de certa forma. Quem quiser compreender o Direito de uma sociedade, deve buscar entender como essa mesma se organizava quanto à produção e distribuição de bens. O Direito Penal existe para que algo se realize (BATISTA, 2007).

É técnica de definição, individualização e repressão de comportamentos desviantes. Essa técnica revela-se pelas coerções e restrições aos potenciais ofensores, os suspeitos de sê-lo ou os condenados como tais. Esse conjunto de restrições representa um custo que deve ser justificado, já que atinge também aos inocentes. E muitas vezes, nem todos e nem somente aqueles culpados pelo desvio submetem-se a julgamentos, e invariavelmente, inocentes são levados ao Judiciário (FERRAJOLI, 2002).

Luigi Ferrajoli chama tal fenômeno de custo da justiça, que possui também uma face oculta:

Ao custo da justiça, que depende das escolhas penais do legislador - as proibições dos comportamentos por ele tidos como delituosos, as penas e os procedimentos contra os seus transgressores soma-se um altíssimo custo

de injustiças, que depende do funcionamento concreto de qualquer sistema penal; àquela que os sociólogos chamam de "cifra obscura" da criminalidade - formada pelo número de culpados que, submetidos ou não a julgamento, permanecem ignorados e/ou impunes - adiciona-se uma cifra, não menos obscura, mas ainda mais inquietante e intolerável, formada pelo número de inocentes processados, e, às vezes, punidos. Chamarei cifra da ineficiência à primeira,² e cifra da injustiça à segunda, à qual pertencem: a) os inocentes reconhecidos por sentença absolutória, após terem se sujeitado ao processo e, não poucas vezes, à encarceração preventiva;³ b) os inocentes condenados com sentença definitiva e posteriormente absolvidos em grau de revisão criminal;⁴ c) as vítimas, cujo número restará sempre ignorado - verdadeira cifra negra da injustiça - dos erros judiciais não reparados. (FERRAJOLI, 2002, p. 168).

Se todos os furtos, abortos, defraudações, adultérios, falsidades, subornos, lesões, ameaças, dentre outras condutas lesivas, fossem objeto de persecução penal, não haveria habitante que não fosse, ao menos uma vez, indiciado. Há uma grande disparidade entre o exercício de poder programado legislativamente, isto é, aquilo que deveria ser combatido pelo sistema penal, e a capacidade operativa de seus órgãos executores (ZAFFARONI, 2001).

Essa absurda suposição, da criminalização geral, torna óbvio que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade penal não opere, e sim, para que atue com alto grau de seletividade, dirigida, obviamente, a setores sociais vulneráveis (ZAFFARONI, 2001):

[...] As mortes, privações de liberdade e vitimizações recaem sobre os setores majoritários e carentes de nossas populações; a total indiferença pelas vítimas dos órgãos que exercem o poder penal; a perda completa de controle sobre as agências executivas dos sistemas penais e a crescente minimização da intervenção dos órgãos judiciais; e a prática de delitos gravíssimos por parte dos integrantes dos órgãos penais. Por outro lado, a experiência latino-americana, demonstra a incapacidade dos setores penais para resolver conflitos gerados pela poluição, pelo white collar, pelos crimes econômicos e de trânsito afasta qualquer pretensão nesse sentido. [...] existe uma inoperância geral de nossos sistemas penais que, nos poucos casos em que atua, é instrumentalizado como meio de eliminação competitiva, deixando vulneráveis os menos poderosos. (ZAFFARONI, 2001, p. 108).

O sistema penal fabrica culpados. Seu funcionamento está atrelado na afirmação de culpabilidade de um agente, pouco importando a compreensão e vivência que os interessados tenham da situação. Quando o sistema penal se põe em marcha, é sempre contra alguém que a lei atribui um status de culpável para que seja condenado (HULSMAN; CELIS, 1993).

Segundo Juarez Cirino dos Santos, o Direito Penal possui objetivos reais e objetivos declarados:

O Direito Penal possui objetivos declarados (ou manifestos), destacados pelo discurso oficial da teoria jurídica da pena, e objetivos reais (ou latentes), identificados pelo discurso crítico da teoria criminológica da pena, correspondentes às dimensões de ilusão e de realidade de todos os fenômenos ideológicos das sociedades capitalistas contemporâneas (SANTOS, 2012, p. 28).

Os objetivos reais se relacionam com uma ideia de dominação de classes sociais, protegendo interesses de grupos hegemônicos da formação econômico social, com a decorrente exclusão dos estratos sociais posicionados abaixo. O Direito Penal garante uma ordem social desigual, e logicamente a desigualdade social. Em adição às funções reais já mencionadas, existem também as funções ilusórias do Direito Penal, que se manifestam através encobrimento da natureza dessas relações sociais, em geral apresentadas sob forma diversa pelo discurso jurídico oficial (SANTOS, 2012).

Os objetivos declarados, em tese, consistem na proteção de valores essenciais à existência da sociedade, através da definição de bens jurídicos protegidos por tipos legais. Os pressupostos desses objetivos se relacionam com um ideário de unidade social, identidade de classes, igualdade social e liberdade individual (SANTOS, 2012).

Já suas funções reais expõem o significado política de controle social realizado pelo sistema penal. A criminalização primária, através da definição de crimes e cominação de penas, e a secundária, por meio da polícia, judiciário e prisões, garantem a existência e reprodução da realidade social desigual em nossa sociedade (SANTOS, 2012).

O sistema penal permite a manutenção de um sistema social e, por conseguinte, a perpetuação das desigualdades sociais e da marginalidade. É um facilitador da preservação da estrutura vertical social, impedindo a progressão e inserção das classes baixas, submetendo-as a um processo de marginalização (BITENCOURT, 2018).

Assim, através das definições legais de crimes e de penas, o legislador protege interesses e necessidades das classes e categorias sociais hegemônicas da formação social, incriminando condutas lesivas das relações de produção e de circulação da riqueza material, concentradas na criminalidade patrimonial comum, característica das classes e categorias sociais subalternas, privadas de meios materiais de subsistência animal: as definições de crimes fundadas em bens jurídicos próprios das elites econômicas e políticas da formação social garantem os interesses e as condições necessárias à existência e reprodução dessas classes sociais. Em consequência, a proteção penal seletiva de bens jurídicos das classes e

grupos sociais hegemônicos pré-seleciona os sujeitos estigmatizáveis pela sanção penal – os indivíduos pertencentes às classes e grupos sociais subalternos, especialmente os contingentes marginalizados do mercado de trabalho e do consumo social, como sujeitos privados dos bens jurídicos econômicos e sociais protegidos na lei penal. (SANTOS, 2012, p. 12).

Importante salientar que as condutas criminosas próprias das classes dominantes, cujo resultado se apresenta em amplos setores da população, são diferenciadas tanto na criminalização primária quanto na secundária. No primeiro nível, ou não são previstas como crimes, ou seus tipos penais são vagos, ou ainda, possuem penas irrisórias. Na criminalização secundária, tanto frustram a repressão penal, quanto se tornam investimentos lucrativos ante a natureza das penas cominadas (SANTOS, 2012).

O fenômeno da reincidência também passa por esse aspecto. Apesar de ela acontecer nas mais diversas classes sociais, essas reincidências não são comparáveis. Crimes econômicos, onde corrupção e tráfico de influência são fatores recorrentes, via de regra, não são alvo da persecução penal (BITENCOURT, 2018).

O sistema penal produz o mesmo tipo de discriminação contra as classes baixas que existe no sistema escolar. A estigmatização e etiquetamento que sofre o apenado após sua condenação tornam improvável sua completa reinserção social. Uma vez iniciada a carreira delitiva é muito difícil conseguir a ressocialização (BITENCOURT, 2018).

No processo de criminalização é que a posição social dos sujeitos revela sua função real na condenação ou absolvição. A variável decisiva no veredicto é a posição social do autor, composta por indivíduos vulneráveis selecionados por estereótipos e preconceitos, e não, pela gravidade de seus atos. A criminalidade sistêmica e econômica não produz consequência penais, ao passo que a criminalidade individual violenta de segmentos sociais subalternos enfrenta o total rigor do sistema penal e seus agentes (SANTOS, 2012).

É mais barato excluir do que aplicar políticas públicas de inserção sociais. É uma consequência da falta de um providencialismo por parte do Estado que gera uma maior marginalização e penalização. Os discursos de lei e ordem acaba por instituir que aqueles que são considerados marginais, em relação à classe dominante, sejam neutralizados, de preferência ao menor custo possível (LOPES JR, 2016).

Há uma inoperância total quanto a mortes evitáveis, ao mesmo tempo que o sistema penal se ocupa de exercer uma violência sem paralelo. A violência cotidiana

do sistema penal recai sobre os setores mais vulneráveis da sociedade, em especial sobre habitantes de favelas, cidades novas, vilas miseráveis, entre outros (ZAFFARONI, 2001).

A proteção dos bens jurídicos defendidos pelo sistema penal deveria atingir a todos indivíduos, independentemente de suas características individuais. No entanto, a proteção gerada por esses bens é desigual. Os sujeitos pertencentes às classes sociais hegemônicas são protegidos como seres humanos. Os titulares desses bens pertencentes às classes integradas nos processos de produção são defendidos como objetos, necessários à manutenção do sistema de produção (SANTOS, 2012).

Os contingentes marginalizados do mercado de trabalho não são protegidos nem como sujeitos, nem como objetos: são destruídos ou eliminados pela violência estrutural ou institucional do controle social. Portanto, a criminalização primária pode até parecer neutra, contudo, a secundária é diferenciada conforme a posição social dos sujeitos (SANTOS, 2012).

Nesse sentido:

A prisão nunca será — vista desde a sua origem, nas casas de correção holandesas e inglesas — mais do que uma instituição subalterna à fábrica, assim como a família mononuclear, a escola, o hospital, o quartel e o manicômio, que servirão para garantir a produção, a educação e a reprodução da força de trabalho de que o capital necessita. O segredo das workhouses ou das raspvais está na representação em termos ideais da concepção burguesa da vida e da sociedade, em preparar os homens, principalmente os pobres, os não proprietários, para que aceitem uma ordem e uma disciplina que os faça dóceis instrumentos de exploração. (BITENCOURT, 2012, p. 1280).

O discurso jurídico, em geral, baseia-se na retribuição e/ou ressocialização. O discurso policial é eminentemente moralizante, enquanto o penitenciário é terapêutico. Tais discursos acabam por ser contraditórios entre si, pois cada setor trabalha ignorando o outro e até mesmo busca apropriar-se de maior parte no sistema (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

Os meios de comunicação são os principais difusores dos discursos ilusórios do sistema penal. Em um nível internacional, há a introjeção do modelo penal como solucionador dos conflitos, exposta em filmes e séries que apresentam um desprezo pela vida humana, pela dignidade das pessoas e pelas garantias individuais, atuando como propaganda de reforço do poder verticalizado de controle social (ZAFFARONI, 2001).

No âmbito nacional, a mídia apresenta a função de incutir a ilusão de eficácia do sistema penal:

Mais concretamente, são os meios de massa que desencadeiam campanhas de 'lei e ordem' quando o poder das agências encontra-se ameaçado. Estas campanhas realizam-se através da 'invenção da realidade' (distorção pelo aumento de espaço publicitário dedicado a fatos de sangue, invenção direta de fatos que não aconteceram), 'profecias que se autorrealizam' (instigação pública para a prática de delitos mediante metamensagens de 'slogans' tais como 'a impunidade é absoluta', 'os menores podem fazer qualquer coisa', 'os presos entram por uma porta e saem pela outra', etc.; publicidade de novos métodos para a prática de delitos, de facilidades, etc.), 'produção de indignação moral' (instigação à violência coletiva, À autodefesa, glorificação de 'justiceiros', apresentação de grupos de extermínio como 'justiceiros, etc.). (ZAFFARONI, 2001, p. 129).

A política de controle social aplicada pelo sistema penal, além de englobar o ordenamento jurídico e político estatal, lança mão de outras instituições civis, como empresas, família, escola, igreja, sindicatos e mídia. Todos esses atores convergem na tarefa de instituir e reproduzir a formação econômico-social existente. Nesse contexto, a pena é o instrumento mais rigoroso contra as transgressões à ordem social, garantindo a existência e continuidade do próprio sistema (SANTOS, 2012).

Conhecer as finalidades do Direito Penal é conhecer a intenção de criminalização de determinados sujeitos. A determinação dos objetivos do Direito Criminal permite a compreensão de seu significado político, como método de controle social. O questionamento a respeito dos fins, presente em vários momentos particulares, como em interpretações da lei e debates sobre penas, não pode deixar de ser feito ao Direito Penal como um todo (BATISTA, 2007).

O sistema penal desintegra os socialmente marginalizados e vulneráveis. Os delinquentes são totalmente excluídos da sociedade. O sistema penal conduz a uma marginalização do delinquente, agravada ainda mais com a execução da pena. É impossível atingir a reabilitação do criminoso através de uma completa exclusão entre prisão e sociedade (BITENCOURT, 2018).

Os ideais capitalistas exigem a manutenção de um setor marginalizado na sociedade. A lógica capitalista é incompatível com o objetivo ressocializador. mantendo-se a mesma estrutura do sistema capitalista, a prisão manterá sua função repressiva e estigmatizadora (BITENCOURT, 2018):

Afinal, quem vai para a prisão? Se a mídia não se dedicasse apenas ao sensacionalismo, se não se preocupasse somente em dar repercussão a

esses horríveis processos dos tribunais que considera mais importantes, poderíamos saber melhor o que se passa todos os dias nas centenas de saletas, onde juízes têm competência para condenar as dezenas de milhares de pessoas que povoam nossas prisões. Numa determinada época, na França, um jornalista do Liberation teve a ideia de observar o que acontecia diariamente na 23ª Câmara Correccional do Tribunal de Paris, que julgava "flagrantes delitos". Foi uma ótima ideia. Representantes da imprensa deveriam estar presentes em todas as salas correccionais, o que, aliás, é previsto: em todos os tribunais, há um lugar reservado para jornalistas. Mas, normalmente, este lugar fica vazio. Os responsáveis pela mídia desprezam as sessões banais, rotineiras, onde os burocratas desempenham seus papéis sem convicção, onde todo mundo se aborrece. Se estes representantes da imprensa cumprissem sua missão, ficaríamos sabendo que centenas de pessoas são sumariamente julgadas todos os dias no país e que são sempre os mesmos que vão para a prisão: as camadas mais frágeis da população, os despossuídos. (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 74).

Hoje sabemos que a realidade operacional do sistema penal jamais será adequada ao discurso jurídico-penal. São marcas de sua própria essência, não pode ser extinta sem a supressão do próprio sistema penal. A seletividade, a violência repetitiva, a criação de condições para o aumento de crimes, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social, a destruição das relações comunitárias, são características estruturais do exercício de poder do sistema penal (ZAFFARONI, 2001).

No âmbito do sistema criminal, o dualismo entre "bons" e "maus" ainda impera. Ainda se espera que leis e estruturas promovam a harmonia social. Agentes do sistema penal como policiais, juízes, legisladores, são vistos como representantes da ordem e do bem, ainda que frequentemente sejam alvo de questionamentos por suas práticas (HULSMAN; CELIS, 1993).

De outra banda, em oposição a esses bastiões da justiça, estão os delinquentes, vistos como uma espécie aparte, anormais, facilmente identificáveis, pois não são como os outros indivíduos normais (HULSMAN; CELIS, 1993).

A questão criminal deve ser debatida por toda a sociedade. Todos setores da sociedade devem entender que a criminalidade é um problema de todos e não será resolvido com mera repressão criminal. Os meios de comunicação são importantes nesse processo, pois apresentam a criminalidade com um "perigoso inimigo" interior, que deve ser duramente combatido, dificultando uma mudança de cultura que abandone a atitude revanchista e repressiva (BITENCOURT, 2018).

Portanto, superada a análise dos objetivos declarados do sistema penal, fica claro que esta é superficial. Ao se adentrar no âmbito dos objetivos reais é que resta evidente que o sistema penal atua de maneira seletiva e perversa como clara

ferramenta de dominação e manutenção do status social vigente. E diante dessa constatação, é imperiosa análise dos estabelecimentos prisionais no Brasil, desde sua normativa até sua realidade, o que será feito no próximo capítulo.

3 A ATUALIDADE DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS BRASILEIROS: DISCIPLINA NORMATIVA *VERSUS* REALIDADE

O presente capítulo busca expor a realidade e a prática da pena de prisão no Brasil. Para isso divide o estudo em dois tópicos. O primeiro apresenta a previsão legal a respeito do tema, com exposição dos princípios que norteiam a execução penal. O tópico final tem a finalidade de analisar a realidade da execução penal brasileira através de doutrina e jurisprudência selecionada.

3.1 Do tratamento normativo fundamental da execução das penas privativas de liberdade no Brasil e sua natureza jurídica

O Direito Penal serve-se de diversos princípios fundamentais indispensáveis para garantir o sujeito frente ao poder punitivo do Estado. Dentre os principais estão os da legalidade, o princípio da culpabilidade, o princípio da lesividade, o princípio da proporcionalidade, o princípio da humanidade e o princípio da responsabilidade penal pessoal (SANTOS, 2012).

O princípio da legalidade é o mais importante instrumento de proteção do indivíduo no Estado Democrático de Direito, visto que proíbe retroatividade da criminalização, aplicação de costume como fundamento de crimes e penas, a analogia como método de criminalização e a indeterminação de tipos e sanções (SANTOS, 2012).

O princípio da legalidade é uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal e é considerado um princípio fundamental do Direito Penal. Entretanto, sua história e desenvolvimento não esteve livre de percalços. Muitos Estados, geralmente regimes totalitários, o utilizaram apenas como fachada. Seu significado é muito mais do o brocado latino *nullum crimen, nula poena sine lege*. É um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que baseia a justiça (BITENCOURT, 2018).

A legalidade é o que ancora o devido processo legal. Garante ao acusado que somente seja processado e punido se houver lei penal anterior que defina

determinada conduta como crime, atribuindo a este uma pena. Esta pena também somente é determinada por lei (NUCCI, 2020):

É o princípio da legalidade, sem dúvida alguma, o mais importante do Direito Penal. Conforme se extrai do art. 1º do Código Penal, bem como do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal. A lei é a única fonte do direito penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em direito penal. Por essa razão, Von Liszt diz que o Código Penal é a Carta Magna do delinquente (GRECO, 2017, p. 174).

Nesse sentido, impera salientar que o Direito Penal representa uma defesa do cidadão frente a proibições e castigos arbitrários, além de taxar propriamente os delitos. A legalidade subordina todos os atos, até mesmo a lei, aos direitos fundamentais. A legalidade é essencial para o próprio Estado Democrático de Direito e não pode ser afastado sob qualquer justificativa (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018).

O princípio da culpabilidade possui três enfoques principais. O primeiro é o afastamento da responsabilidade objetiva, autorizando a punição somente quando há dolo ou culpa do agente. O segundo é atrelado à reprovação da conduta de quem poderia ter agido de maneira diferente, mas não o faz. O terceiro é fundamento limitador da pena, impedindo que esta seja fixada além da própria culpabilidade. Em outras palavras, o mal da pena não pode superar o mal do crime (JUNQUEIRA, 2019).

Os fundamentos políticos ou externos do princípio de culpabilidade, cuja virtude consiste em desqualificar a responsabilidade objetiva, são, na minha opinião, essencialmente quatro. O primeiro consiste na reprovação da ação que, como se viu no parágrafo 32.1, é uma condição necessária, ainda que não suficiente, para justificar sua proibição e, em conseqüência, sua punição. Uma ação não culpável não é punível nem suscetível de proibição porque não admite reprovação, referida, como é óbvio, não diretamente ao fato objetivo, senão a seu autor, ou, mais precisamente, ao "sentido subjetivo" ou "intencional" que este dá para o seu "atuar social"¹¹⁵ e que, precisamente, integra-se na culpabilidade. (FERRAJOLI, 2002, p. 393).

Em segundo lugar, a culpabilidade representa elemento de determinação e medição da pena. Não é fundamento da pena, mas limite desta, de acordo com a gravidade do delito. Assim, o limite e a medida da pena imposta devem ser proporcionais à gravidade do fato perpetrado, em combinação com os critérios de política criminal e finalidade da pena (BITENCOURT, 2018).

O princípio da lesividade é destinado tanto ao legislador quanto ao aplicador da norma, que devem observar quando da ocorrência de um fato criminoso, se há efetivo perigo ou lesão a bem jurídico protegido pela legislação (CUNHA, 2015).

O Estado deve respeitar a esfera íntima do cidadão. Não é todo bem jurídico protegido que deve ser protegido pelo Direito Penal. Outros ramos do direito se propõem para esses casos. Certas situações são ofensivas a determinados bens, mas inofensivas na esfera penal (NUCCI, 2020).

Para o princípio da proporcionalidade, quando o custo do tipo penal for maior que seu benefício, este será inconstitucional, porque contrário aos princípios do Estado Democrático de Direito. Em resumo, a criação dos tipos deve ser compensadora para a sociedade (CAPEZ, 2012).

O princípio de proporcionalidade apresenta uma correlação entre a gravidade do fato executado pelo agente e a sanção penal correspondente. Deve ser observada desde a elaboração até a execução da lei penal. Há uma infração ao cânone quando o apenado cumpre regime de pena mais severo do que o caso concreto requer (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018).

O princípio da responsabilização penal pessoal proíbe o castigo por fato praticado por outrem, não há responsabilidade coletiva. Em decorrência do princípio, não é permitida a denúncia genérica, bem como a pena deve respeitar a gravidade dos fatos e condições do autor (CUNHA, 2015).

O princípio da humanidade significa que o condenado não perde sua condição humana e mantém sua dignidade, bem como todos os direitos não atingidos pela sentença, a teor do artigo 3º, da Lei de Execuções Penais. A pena não pode ser uma mera imposição de um sofrimento para o apenado. Ao contrário, deve permitir a reconstrução da vida do condenado após o cumprimento da pena (JUNQUEIRA, 2019).

Nesse sentido, a história do Direito Penal revela a necessidade de adoção do princípio:

Quem vê, em Mommsen, as execuções da pena de morte no direito romano, tão impregnadas de ritos e conteúdos simbólicos e religiosos, tão cruelmente indiferentes ao sofrimento e ao desespero humano, e vê a descrição da execução de Damians, em 1757, com a qual Foucault abre seu importante livro sobre o nascimento da prisão, talvez se espante com a semelhança de 'estilo penal' ao longo de tantos séculos. E se procurar certificar-se, no direito penal germânico ou em outras legislações medievais, terá a confirmação dessa similitude espantosa. Entre nós, um breve exame do livro V das

Ordenações Filipinas, que regeram o Brasil até 1830, quando promulgado o código imperial, revelará a indiscriminada cominação da pena de morte, a objetificação do condenado e a discriminação jurídica da pena cabível segundo a classe social do autor ou da vítima. Para os trabalhadores escravos, esses princípios permanecem com plena eficácia mesmo após 1830, através das penas de morte e açoites, largamente empregadas, ou dos cruéis castigos do 'direito penal privado' vigente nos engenhos, na cafeicultura e nas charqueadas. (BATISTA, 2007, p. 98).

Não há como eximir o próprio pensamento jurídico e filosófico dessa vergonhosa história de inobservância do princípio da humanidade das penas. Pensadores antigos, cristãos, católicos, protestantes, modernos, iluministas, juristas liberais, juristas moralistas, juristas laicos e positivistas, todos se entrelaçam, seja pela omissão ao não se insurgir contra o fato, ou por ação ao defender adesão e apoio às penas capitais. Sempre com argumentos de retribuição, intimidação, defesa social, reforçando uma ideia de sociedade como organismo em que é válido amputar o órgão infeccionado (FERRAJOLI, 2002).

O princípio baliza o Direito Penal pela benevolência, garantindo o bem-estar da coletividade, inclusive dos condenados. Estes não devem ser tratados como excluídos da sociedade porque transgrediram uma lei, e sim, devem ser encarados como seres humanos (NUCCI, 2020).

No Brasil, após uma lenta e paulatina evolução, através da Constituição, há a proibição de cominação de uma série de penas ofensivas à dignidade da pessoa humana (NUCCI, 2020). Os seguintes aportes no artigo 5 demonstram a clara aplicação do referido princípio:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

[...]

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;
(BRASIL, 1988).

Não se rechaça que a pena ao englobar a função de prevenção deva consistir em uma consequência desagradável ou mal idôneo, com o objetivo de dissuasão de cometimento de outros delitos, além de evitar a vingança privada. Ser desagradável é característica inegociável da pena (FERRAJOLI, 2002).

Argumento decisivo contra a falta de humanidade das penas é, ao contrário, o princípio moral do respeito à pessoa humana, enunciado por Beccaria e por Kant com a máxima de que cada homem, e por conseguinte também o condenado, não deve ser tratado nunca como um "meio" ou "coisa", senão sempre como "fim" ou "pessoa". Não é só, e, sobretudo, não é tanto por razões econômicas, senão por razões morais ligadas àquele princípio, quaisquer que sejam as vantagens ou desvantagens que dele possam derivar, que a pena não deve ser cruel nem desumana; e os princípios são tais precisamente porque não se aderem ao que em cada caso convenha. Isso quer dizer que, acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas. Devo acrescentar que este argumento tem um caráter político, além de moral: serve para fundar a legitimidade do Estado unicamente nas funções de tutela da vida e os demais direitos fundamentais; de sorte que, a partir daí, um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinquentes. (FERRAJOLI, 2002, p. 318).

O princípio da humanidade, insculpido inclusive na Constituição Federal, além de vedar as penas cruéis, também baliza a execução penal. No entanto, na prática, tal princípio não vem sendo observado pelos operadores do Direito. A superlotação dos presídios, por si só, já configura uma pena cruel. Não há divisão entre criminosos reincidentes e primários. Argumenta-se, inclusive que a pena de prisão é uma escola do crime (NUCCI, 2018).

No entanto, enquanto a humanidade não encontrar alternativa para a pena privativa de liberdade, deve executá-la da melhor forma possível referencialmente ao condenado. Ainda que não se concorde totalmente com a reinserção social e moral do apenado, não se pode deixar de observar seus direitos e cobrança de seus deveres sem os excessos habituais. As penas não podem consistir em tratamentos opostos ao senso de humanidade (BRITO, 2019).

Foi-se o tempo que a prisão deveria ser vista como um suplício. A evolução da execução puramente administrativa para um processo jurisdicional ocasionou uma garantia de observância de direitos que mantém a condição de cidadão ao recluso. Assim, o apenado não apenas tem deveres ao cumprir sua pena, como também é sujeito de direitos tutelados pelo Estado (BRITO, 2019).

A Lei de Execução Penal Lei nº 7.210/1984, em atenção aos diversos princípios aqui citados, atribui ao preso uma série de direitos:

Art. 41 direitos do preso: I — alimentação suficiente e vestuário; II — atribuição de trabalho e sua remuneração; III — previdência social; IV — constituição de pecúlio; V — proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI — exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII — assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII — proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX — entrevista pessoal e reservada com o advogado; X — visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI — chamamento nominal; XII — igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII — audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV — representação e petição a qualquer autoridade em defesa de direito; XV — contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; XVI — atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena de responsabilidade da autoridade judiciária competente. (BRASIL, 1984)

Imperioso destacar que o rol de direitos do preso previsto no art. 41 não é taxativo. É exemplificativo, pois não esgota os direitos inerentes à pessoa humana, mesmo que esta se encontre presa e submetida a uma série de restrições. Deve haver uma interpretação extensiva para ampliar a gama de direitos do apenado, de modo que tudo aquilo que não seja alvo de restrição legal, permaneça como direito hígido do preso (MARCÃO, 2012).

Também há a previsão na mesma legislação que o Estado tem o dever de prestar assistência ao preso, objetivando prevenir e orientar o retorno à convivência em sociedade. O objetivo claro é evitar tratamento discriminatório e resguardar a dignidade da pessoa humana (MARCÃO, 2012).

Por sua vez, o art. 82 da Lei de Execução Penal menciona que os estabelecimentos penais se destinam ao condenando, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso. O art. 83 prevê que o estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva (NUCCI, 2018).

O art. 88 da mencionada lei regulamenta as condições das celas em que o apenado cumpre sua pena. Há a previsão de alojamento em cela individual, equipada com dormitório, aparelho sanitário e lavatório, com especial observância à salubridade do ambiente, mediante mínimas condições de aeração, insolação e condicionamento térmico, em uma área mínima de seis metros quadrados (MARCÃO, 2012).

Há uma coerente crítica quanto ao estabelecimento de um “parâmetro métrico” de dignidade humana. A detenção em ambientes de reduzido espaço implica restrição

ao movimento, decaimento de condições de sanitárias e de saúde, angústia e tensão. Ou seja, é um tratamento desumano e degradante (ROIG, 2018).

Somado a isso está o problema da superlotação dos presídios. É difícil conceber que o preso possa desenvolver sua personalidade no cárcere, ante a falta de privacidade produzida pelo excesso de reclusos. Há uma despersonalização em razão da ruptura das esferas de autogestão do próprio corpo, tempo e psique (ROIG, 2018).

Na Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal adotou-se a regra da cela individual com requisitos mínimos de salubridade e área. Porém é público e notório que a realidade do sistema carcerário brasileiro não se ajustou à programação visada pela LEP. No Brasil, notadamente os recolhidos são expostos a mal-estar nas acomodações, constrangimento ilegal e impossibilidade de readaptação a vida em sociedade (MARCÃO, 2012).

Portanto, como se viu até aqui, a legislação referente à execução penal é muito progressista em teoria. O legislador, ao abordar o tema, observou uma série de princípios que garantem um caráter humano e reeducador à pena de prisão. A legislação também garante uma série de condições mínimas de cumprimento e de arquitetura das carcerárias, sempre visando a manutenção de uma condição de dignidade aos apenados. Porém, ao que parece, a humanidade da pena ficou relegada apenas a um ideal. A realidade, que passa-se a expor, é totalmente dissonante da teoria.

3.2 A realidade carcerária nacional diante da necessária incidência dos direitos humanos

A situação do sistema penitenciário nacional é de colapso, tanto pela superlotação, fruto da desatenção do Poder Executivo, quanto pela escassez de recursos, e também pela irresponsabilidade dos operadores do Sistema Penal, que promovem um superencarceramento, sem cuidado algum com o local de cumprimento de pena (JUNQUEIRA, 2019).

O recrudescimento do controle penal é um fenômeno atual e ancorado na pena de privação de liberdade. Esse controle penal tem como meio e fim o controle social de determinados segmentos populacionais. No caso específico do Brasil, esse

movimento se direciona ao encarceramento massivo de população jovem, negra, de baixa escolaridade e pobre (BRASIL, 2018).

Não há um real interesse no controle da criminalidade através do sistema penal. O que predomina é o “Direito Penal Simbólico”, com legislações absurdas, penas incorretas e prisões superlotadas. O panpenalismo é mais conveniente do que assumir a ineficácia total das políticas sociais e educacionais. O Estado Social deveria ser máximo, enquanto o Direito Penal mínimo (LOPES JR, 2016):

O Brasil tem observado, em suas duas últimas décadas, um fenômeno expressivo de violência: entre 1996 e 2016, a taxa de homicídios saltou de 24,784 mortes para cada grupo de 100.000 habitantes; para um total de 30,33 mortes para cada grupo de 100.000 habitantes, segundo o Atlas da Violência. Em paralelo a esse cenário, é possível identificar um fenômeno de redimensionamento das agências e instituições de controle social e punição: em 1990, havia aproximadamente 800 crimes ou tipos penais previstos nas legislações penais brasileiras; em 2010, mais de 1.800 tipos previstos. Em 1990, havia aproximadamente 300 unidades prisionais; em 2015, aproximadamente 1.700 unidades prisionais. O recrudescimento do sistema de controle punitivo e do aparato estatal de controle social não foram, entretanto, capazes de diminuir o conjunto geral dos indicadores sobre violência. 40. De igual modo, segundo os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional – Infopen – a população prisional brasileira saltou de um total de 90 mil pessoas privadas de liberdade em 1990 para um total de 726.700 pessoas privadas de liberdade em estabelecimentos prisionais em 2016 (BRASIL, 2018, p. 17).

Agências da Organização das Nações Unidas defendem investimentos em áreas como saúde, trabalho e educação, extinção de práticas vexatórias e adoção de modelos de gestão prisional baseados na garantia de direitos e segurança dinâmica. O mero uso de força repressiva não contribui para o enfrentamento da crise carcerária brasileira. Pelo contrário, prejudica a implementação de políticas e serviços à população reclusa (BRASIL, 2018).

O Supremo Tribunal Federal, diante das inúmeras violações de direitos humanos no sistema penitenciário nacional, reconheceu que este não observa a norma fundamental da República, reconhecendo, em sede cautelar, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, o “estado de coisas inconstitucional”, nos seguintes termos:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL –

SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (BRASIL, 2015).

Na fundamentação da referida ADPF, são expostas diversas situações que ocorrem no cotidiano da execução penal do país. A realidade é de superlotação, torturas, homicídios, violência sexual, celas insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos de higiene, de acesso à assistência jurídica, à educação, à saúde e ao trabalho. Também há um amplo domínio dos cárceres por fações criminosas e insuficiência no controle de penas e discriminações ocorridas dentro do sistema (BRASIL, 2015):

Tais dados revelam uma realidade assombrosa de um Estado que pretende efetivar direitos fundamentais. Os estabelecimentos prisionais funcionam como instituições segregacionistas de grupos em situação de vulnerabilidade social. Encontram-se separados da sociedade os negros, as pessoas com deficiência, os analfabetos. E não há mostras de que essa segregação objetiva - um dia - reintegrá-los à sociedade, mas sim, mantê-los indefinidamente apartados, a partir da contribuição que a precariedade dos estabelecimentos oferece à reincidência (BRASIL, 2015)

A preocupação com as repetidas violações aos direitos humanos dos presos no Brasil não se limita ao STF. A questão chegou à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que analisou a conduta do Estado Brasileiro em duas instituições carcerárias, Pedrinhas/MA e Plácido de Sá Carvalho/RJ.

Dentre outras situações denunciadas, foi constatada a superpopulação das unidades visitadas Complexo Penitenciário de Pedrinhas/MA, a existência de lixo na entrada das celas, a ausência de teto em algumas dessas, a limitação no abastecimento de água, escassez de produtos de higiene, roupas e colchões, um cheiro insuportável e mofo nas salas médicas, a ausência de ventilação, banheiros,

luz e materiais básicos de saúde (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

No Presídio de Plácido de Sá Carvalho/RJ, foi verificada a ausência de vasos sanitários, cuja falta é substituída por buracos no chão. Os restos de comida são armazenados no banheiro, o que leva ao surgimento de ratos e outras pragas. O piso apresenta grande quantidade de animais e insetos. Os detidos armazenam água em sacolas plásticas, ante a escassez ocasionada pela superlotação. A maioria dos encarcerados apresentava doenças como tuberculose e patologias de pele. Não há divisão entre doentes infecto contagiosos e o resto da população interna (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017).

Também nesse sentido, cumpre observar os dados fornecidos pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública através do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, produzido pelo Departamento Penitenciário Nacional.

Desde 2000 o número de presos no país vem subindo em progressão constante. Em 2000 havia 232.755 presos no Brasil. Em 2019 essa cifra atingiu 755.274. Além disso, cumpre salientar que a taxa de aprisionamento, índice que mede a quantidade de pessoas presas a cada grupo de 100.000 habitantes, saltou de 61 em 1990 para 359,40 em 2019 (BRASIL, 2019).

O déficit de vagas no sistema prisional também vem crescendo paulatinamente. Em 2000 o déficit era de 97.045 vagas. Já em 2019 a falta de lugares em presídio atingiu a quantia de 312.925 (BRASIL, 2019).

Tão grave quanto a endêmica superlotação no sistema carcerário nacional é a solução apresentada pela classe política e a opinião pública: a abertura de novas vagas. A superlotação é causa e efeito de políticas de encarceramento e depois, como forma de reparar o erro, defendem a tolerância zero, mas não promovem liberdade, legalidade e segurança (ROIG, 2018).

A construção de mais unidades prisionais é medida exclusivamente paliativa, que deixa de encarar a natureza estrutural e sistêmica do sistema penitenciário. A construção de novas celas é essencialmente uma medida de expansão do cárcere que não enfrenta o problema estrutural que originou a crise e criou as condições inconstitucionais no interior das prisões (ROIG, 2018).

No ponto, o Relatório Temático sobre o FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional) produzido pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura faz o seguinte apontamento:

Apesar de o conteúdo dos termos de adesão apresentados ao DEPEN variar significativamente entre os entes federativos, quase todos – 23 dos 25 entes federativos – se limitam a somente duas modalidades de aplicação do FUNPEN: a construção de estabelecimentos penais e o aparelhamento com equipamentos considerados necessários ao funcionamento e à segurança de penitenciárias. (BRASIL, 2017, p. 44).

Além do problema da falta de vagas, não faltam exemplos de situações absurdas e que apenas comprovam a situação de falência do sistema carcerário nacional.

Proliferam notícias e estudos sobre os altos índices de mortalidade entre os encarcerados. Segundo levantamento feito pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, de janeiro a abril de 2018, foram registradas uma morte a cada dois dias nos presídios do estado. O mesmo estudo apontou que 266 presos morreram no Rio de Janeiro em 2017. Além de que entre 1998 e 2017 houve um aumento de 923% no número de mortos nas cadeias fluminenses (VETORAZZO, 2018).

De acordo com a Defensoria Pública do estado, a razão principal para tais números é a deficiência na prestação de serviços de saúde aos presos. Foi feita uma análise dos cadáveres de 83 presos mortos entre 2014 e 2015. Destes, 30 apresentavam sinais de desnutrição e 53 morreram de tuberculose, pneumonias ou infecções pulmonares (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018).

O estudo salienta que em 1998 o Rio de Janeiro possuía 20 unidades prisionais e 9 mil presos, atendidos por 1,2 mil profissionais de saúde. Em 2011, havia 41 unidades prisionais, 28,6 mil presos e apenas 700 profissionais de saúde concursados atendendo à população carcerária (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018).

No estado de São Paulo, morrem cerca de 40 detentos por mês. Entre janeiro de 2014 e junho de 2015 foram registradas 721 mortes de presos no estado. Dessas, 661 foram casos de morte natural e apenas 3% se referem a homicídios cometidos dentro do sistema (PASTORAL CARCERÁRIA, 2016).

Em matéria publicada no portal G1, é desvelada uma inspeção das unidades prisionais de Rio Branco/AC feita pelo Mecanismo Nacional de Combate à Tortura, que constatou que os presídios têm condições precárias e insalubres. A visita atestou

o caso de um idoso de 70 anos dividindo a cela com outros 25 detentos com tuberculose e suspeita de Covid-19 (NASCIMENTO, 2020).

Na mesma ocasião, foi constatado que não há água corrente disponível aos presos no local. A água é disponibilizada duas vezes ao dia em cela com 14 a 25 pessoas. A água é armazenada em um recipiente grande e os presos a utilizam para higiene pessoal, lavagem de roupas e hidratação. (NASCIMENTO, 2020).

Por outro lado, há evidências de excesso de presença ostensiva, desproporcional e irregular de armamentos, tanto letais quanto não-letais, em espaços destinados à reclusão de sujeitos. Muitas vezes esses armamentos são adquiridos informalmente pelos próprios agentes penitenciários e utilizados sem expressa autorização da administração. Cabe salientar que em 36 prisões visitadas pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, nenhuma possuía protocolo de uso de força. Não há controle de tipos de armas que podem ingressar na prisão, qual uso pode ser feito, como deve ser registrado seu emprego e quais medidas assecuratórias devem ser tomadas (BRASIL, 2017).

O fornecimento em larga escala de armas a servidos penitenciários leva ao surgimento de condições favoráveis ao uso de tortura em estabelecimentos penais. Também, induz uma lógica de que o uso desmedido de força e violência seriam os métodos mais adequados e eficazes para resolver os problemas internos (BRASIL, 2017).

Diante de situações como essas, não é de se surpreender que rebeliões sejam recorrentes nos presídios nacionais e resultem em um alto número de mortes. No Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), em Manaus/AM, 56 detentos foram mortos no dia 01 de janeiro de 2017. Deste evento, destaca-se o seguinte trecho que demonstra o caos das prisões no país:

Na área de inclusão, dos 42 internos sobreviveram 22, a maioria por se declararem "irmãos de benção", integrantes de grupos religiosos dentro da cadeia. Dois dos sobreviventes relataram à polícia que se esconderam no telhado para não serem pegos. Outros tentaram se esconder, mas foram capturados. Cinco detentos contaram que após serem agredidos foram obrigados a comer olhos humanos. Eles foram mantidos como reféns sob constantes ameaças de mortes, mas acabaram liberados ao fim da rebelião. Uma das vítimas se escondeu no forro da enfermaria, "mas foi capturado e jogado de aproximadamente nove metros de altura, tendo desmaiado na queda, e quando acordou, foi espancado com golpes de 'perna-manca' em seus testículos, furaram os seus pés, dentre outros tipos de lesão corporal". "Depois lhe obrigaram a comer dois olhos humanos. E foi mantido refém até às 6h do dia seguinte. (HOJE EM DIA, 2017).

Sobre o massacre citado, o governador do Estado do Amazonas declarou que “não havia nenhum santo” entre os mortos no Compaj. O Secretário Nacional da Juventude na ocasião afirmou que “tinha era que matar mais”. Também não foram identificados procedimentos que apurassem a responsabilidade de autoridades administrativas e judiciais que pudessem estar envolvidas com fatores relacionados aos massacres (BRASIL, 2018).

Esse entendimento de execução penal como sinônimo de repressão militarizada vem ganhando ênfase. Em resposta aos massacres prisionais ocorridos no Rio Grande do Norte, Roraima e Amazonas, o comando das respectivas pastas responsáveis foi dado a policiais. A militarização utiliza a força e atua como se estivesse combatendo um inimigo, se afastando completamente da gestão prisional civil, voltada ao preparo do apenado para um retorno à vida em liberdade (BRASIL, 2018):

Configuram-se problemáticas as concepções típicas de corporações militares na gestão de estabelecimentos prisionais, quando reproduzem práticas de caráter exclusivamente repressivo, baseado em procedimentos disciplinares e na suspensão direitos: tais práticas não contribuem para enfrentar a crise estrutural prisional, mas potencializam conflitos no interior do próprio sistema. É preciso destacar que a adoção dessas concepções de caráter exclusivamente repressivo para a custódia de pessoas privadas de liberdade, tem sido prática desde a primeira prisão do Império e foi amplamente reforçada até o início do século XXI. Apenas com o período de redemocratização, o país iniciou uma avaliação desse padrão institucional, incentivando a elaboração de novos modelos que derivassem de outras estratégias de serviços, processos de capacitação de servidores e mobilização de políticas intersetoriais. No entanto, esse incipiente movimento está sendo ameaçado pelo retorno da antiga visão. Alerta-se: as velhas práticas repressivas não são a solução, na verdade, foram elas que criaram a crise e agora querem se apresentar como novidade. Ações que não priorizam a dignidade humana, a custódia legal e a racionalização do sistema penal, não têm contribuído para enfrentar o problema estrutural prisional, mas potencializado conflitos no interior do próprio sistema. (BRASIL, 2018, p. 133).

Ante o teor dos parágrafos anteriores, resta mais do que evidente que o sistema carcerário nacional está em colapso, com desrespeito sistemático e generalizado aos direitos humanos dos apenados, ensejando, inclusive, a tutela jurisdicional do STF para declarar o estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras.

No Complexo de Pedrinhas/MA foi constatado o uso indiscriminado de gás lacrimogêneo e spray de pimenta, disparos de balas de borracha e agressões a detentos por parte dos agentes penitenciários. Os internos denunciaram o uso de

armas como instrumento de tortura. Todos funcionários têm sempre à mão algum tipo de armamento (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

Detentos da cela 13 mostraram, em visita de fevereiro de 2017, quase 20 projéteis de gás lacrimogêneo usados numa intervenção de agentes realizada no dia. No entanto, de 2010 a 2017 somente cinco investigações sobre atos de tortura e violência foram deflagradas no Complexo e nenhuma concluída (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

Ante o teor dos parágrafos anteriores, resta mais do que evidente que o sistema carcerário nacional está em colapso, com desrespeito sistemático e generalizado aos direitos humanos dos apenados, ensejando, inclusive, a tutela jurisdicional do STF para declarar o estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras.

Também fica evidente a total falta de interesse por parte das autoridades em resolver a situação através de medidas humanizadoras. Muito pelo contrário, as únicas alternativas apresentadas pelos responsáveis é o aumento do número de vagas e endurecimento de medidas repressivas.

CONCLUSÃO

O Direito Penal possui uma vasta história de tratamentos cruéis e degradantes, bem como da aplicação de penas capitais. Ainda assim, sua evolução aponta para uma gradativa adoção de fins humanitários na execução penal. Porém, a realidade das prisões no Brasil está muito mais relacionada com esse passado obscuro das penas, do que com o respeito à dignidade dos apenados.

Nesse sentido, o primeiro capítulo da pesquisa introduziu a evolução do Direito Penal e suas penas através do curso da história. Viu-se que durante séculos a pena aplicada a criminosos era eminentemente um castigo corporal, muitas vezes resultando e objetivando a morte do condenado.

Com o passar do tempo, tais penas deixaram de ser consideradas adequadas, tal como exposto no segundo capítulo. Não era mais aceitável a expiação e morte do condenado, pois não resolvia o problema da criminalidade. A solução encontrada foi aplicação da prisão como pena, e não mais como mera custódia. Dessa forma, a pena de prisão passou a abarcar ideais ressocializadores e preventivos.

Ainda que tal revolução na aplicação de penas tenha se dado a séculos atrás, a realidade carcerária brasileira ainda não adotou satisfatoriamente esses objetivos. O terceiro capítulo demonstrou que há previsão normativa de execução penal balizada pelo respeito aos direitos humanos e com finalidade reeducadoras. Porém, a realidade é de completo caos no sistema carcerário nacional e ilegalidades abundantes.

Foi atestado através do presente trabalho que a pena de prisão no Brasil não é utilizada como método ressocializador. Sequer há o interesse em que assim seja, como exposto através da análise das funções ocultas do Direito Penal.

Os setores sociais dominantes possuem os meios de reprimir aqueles considerados indesejáveis ao convívio social. Uma das principais ferramentas para isso é a execução penal, em seu mais importante mecanismo: a pena de prisão.

Dessa forma, não é de se surpreender a atualidade do sistema carcerário nacional, já que não há o real interesse na ressocialização daqueles ali inseridos. A

superlotação e as condições miseráveis de vida dos internos não são vistos como problema por grande parte das autoridades.

Imperam discursos falaciosos em defesa de supostos valores de “cidadãos de bem”. Estes não sofrem com a repressão do Estado. Já aqueles que não se enquadram nessa categoria são expostos ao aparato repressivo institucionalizado e dali dificilmente retornam em plena ressocialização.

E o círculo vicioso de desrespeito aos direitos humanos dos presos, que obsta ressocialização, se completa ao encarcerar novamente os infelizes que tornam a recair na criminalidade.

Portanto, a presente pesquisa apresenta sua importância ao expor essa triste realidade. Resta evidente que a maneira que a sociedade brasileira encara a execução penal deve ser modificada. Tratamos de “ressocializar” os presos, quando na realidade, ao inseri-los no sistema carcerário estamos apenas colocando-os em uma nova sociedade, onde impera o desrespeito à vida humana e o descaso das autoridades.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tratado de direito penal**: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **Falência da Pena de Prisão**: Causas e Alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 12 set. 2020.

_____. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMmU4ODAwNTAtY2lyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDIiIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MmYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 12 set. 2020.

_____. **Lei 7210**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de julho de 1984; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 06 set. 2020.

_____. Ministério de Direitos Humanos. **Relatório Temático: FUNPEN e Prevenção à Tortura - As ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil**. Secretaria Nacional de Cidadania. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), 2017.

_____. **Relatório de Missão de Acompanhamento ao Sistema Prisional dos Estados do Amazonas, Rio Grande do Norte e Roraima**. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT) Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (CNPCT), 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Partido socialismo e liberdade – PSOL e União et.al. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 set. 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>> . Acesso em: 12 set. 2020.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral:** (arts. 1º a 120). 16. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

CARCERÁRIA, Pastoral. **A cada mês, 40 detentos morrem nos presídios de São Paulo.** Disponível em: <https://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/a-cada-mes-40-detentos-morrem-nos-presidios-de-sao-paulo>. Acesso em: 31. Mai. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas Provisórias a respeito do Brasil assunto do Complexo Penitenciário de Pedrinhas.** Publicado em 14 mar. 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_02_por.pdf.

_____. **Medidas Provisórias a respeito do Brasil Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho.** Publicado em 13 fev. 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_01_por.pdf.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal:** parte geral. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Em 20 anos, número de mortes em presídios aumenta dez vezes no Rio.** Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/6142-Em-quase-uma-decada-numero-de-presos-mortos-cresce-10-vezes-mais>. Acesso em: 31. Mai. 2021 Publicado em: 07/08/2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir:** Nascimento da Prisão. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. **A Verdade e as Formas Jurídicas.** 3. ed. Petrópolis: Rio de Janeiro, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I.** 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

Presos foram torturados e tiveram de comer olhos humanos em Manaus. HOJE EM DIA. Disponível em: <https://www.hojeemdia.com.br/primeiro-plano/presos-foram-torturados-e-tiveram-de-comer-olhos-humanos-em-manaus-1.576627>. Acesso em: 12 set. 2020.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas:** O sistema penal em questão. Editora Luam: Rio de Janeiro, 1993.

JUNQUEIRA, Gustavo. **Manual de direito penal:** parte geral. 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal:** introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Direito processual penal.** 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**. 1. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

NASCIMENTO, Aline. **Após inspeção, MPF diz que presídios de Rio Branco funcionam em 'condições infernais de calor'**. G1. Disponível em: <://g1.globo.com/ac/acre/noticia/2020/08/24/apos-inspecao-mpf-diz-que-presidios-de-rio-branco-funcionam-em-condicoes-infernais-de-calor.ghml>. Acesso em: 12 set. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 5.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal: volume único**. São Paulo: Atlas, 2018.

VETORAZZO, Lucas. RJ tem 1 morte de preso a cada 2 dias, e órgão cita doenças em presídios. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/08/rj-tem-1-morte-de-preso-a-cada-2-dias-e-orgao-cita-doencas-em-presidios.shtml>. Acesso em: 31 mai. 2021.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em Busca das Penas Perdidas: a Perda da Legitimidade do Sistema Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.