



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP**  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS - CCSA  
*Campus de Jacarezinho*

---

MARCO ANTONIO DE OLIVEIRA

SISTEMA PENITENCIÁRIO COMO FONTE DE EXCLUSÃO  
PELA NÃO EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO  
RESSOCIALIZADOR NA EXECUÇÃO PENAL

Jacarezinho/PR  
2011

MARCO ANTONIO DE OLIVEIRA

SISTEMA PENITENCIÁRIO COMO FONTE DE EXCLUSÃO  
PELA NÃO EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO  
RESSOCIALIZADOR NA EXECUÇÃO PENAL

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão) do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Pós-Doutor Gilberto Giacoia

Jacarezinho/PR  
2011

MARCO ANTONIO DE OLIVEIRA

SISTEMA PENITENCIÁRIO COMO FONTE DE EXCLUSÃO  
PELA NÃO EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO  
RESSOCIALIZADOR NA EXECUÇÃO PENAL

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica em sua forma final pela Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; linha de pesquisa: Estado e Responsabilidade: Questões Críticas) da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

Banca Examinadora:

---

Presidente: Professor Pós-Doutor Gilberto Giacoia - UENP

---

Membro: Professor Doutor José Roberto Anselmo - ITE

---

Membro: Professor Doutor Antonio Carlos de Souza - UENP

---

Coordenador do Curso: Professor Doutor Vladimir Brega Filho

Jacarezinho, dezembro de 2011.

A Deus por tantos dons que me permitiu  
alcançar;

Aos meus pais Antonio Francisco e Maria  
Amélia pelos ensinamentos e exemplo;

A Cristina, mais que esposa, uma benção  
em minha vida;

A Leticia, minha filha e alegria de viver.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente ao sempre Professor Pós-Doutor Gilberto Giacoia, orientador cuidadoso e companheiro. Trabalhar com o Mestre Giacoia é sempre um grande desafio, não somente em virtude de seu vasto conhecimento teórico, mas substancialmente da sua postura correta e franca, que nos impele a ultrapassar obstáculos e nos dá a certeza de que ainda temos um longo caminho a percorrer, a viagem do aprendizado é eterna.

Meu muito obrigado ao coordenador do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica Doutor Vladimir Brega Filho, essencialmente pelo fato de que foi por intermédio dele que entendi que vivenciamos um período de absoluta crise de dogmas e das certezas, recordando sua frase “no Direito não existe o errado ou o certo, o que temos é o razoável ou absurdo”. Essa condição de instabilidade e celeridade que torna indispensável a produção de novos métodos de abordagem e novas formas de conhecimento.

A todos os diletos Professores do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho/PR, pois todos, indistintamente, tem responsabilidade na consecução da presente pesquisa não só pelos conhecimentos compartilhados, mas também pelo respeito, pelo estímulo, pelo acolhimento e pela amizade.

Aos amigos da turma, pelo feliz encontro no mestrado, pela amizade, pelo apoio diário e pelos trabalhos desenvolvidos em conjunto. Conhecê-los se fez um divisor de águas, que o tempo e a distância sejam breves e que novos encontros nos esperem.

Agradeço aos amigos e colegas de trabalho Vagner Bertoli, Rubens Cezar Garcia Jorge, pelo incentivo e troca de ideias, sempre prontos a ajudar, assim como aos colegas de docência na Faculdade Eduvale de Avaré. Ainda especial agradecimento aos Professores da UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Campus de Jacarezinho/PR.

A Maria Natalina Costa pela dedicação incondicional aos mestrandos e Professores, cujo lema é sempre fazer mais do que o possível. A Tia Maria, aos primos Alcione, Ione e Marcus Vinicius pela paciência e carinho.

Meu muito obrigado a todas as pessoas que me ajudaram, de alguma forma, na realização deste trabalho, em especial a minha esposa Cristina, minha filha Leticia, meus pais Antonio Francisco e Maria Amélia, meus irmãos Solange, Áureo, Nestor, Rosângela, Dalva, Laura, Flavio e Ana Paula, minha sogra Narcisa, meus cunhados e sobrinhos, e a todos os meus amigos que torcem por mim.

“Quando o fogo se combate com fogo, tudo acaba em cinzas.”

M. Gandhi

“Para que serve a utopia?

A utopia está lá no horizonte.

Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos.

Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos.

Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei.

Para que serve a utopia?

Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar!”

Eduardo Hughes Galeano

A aprovação do presente trabalho não significará o endosso do conteúdo por parte do Professor Orientador, da Banca Examinadora, ou da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

OLIVEIRA, Marco Antonio de. *Sistema penitenciário como fonte de exclusão pela não efetividade do princípio ressocializador na execução penal*. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão, linha de pesquisa: Estado e Responsabilidade: Questões Críticas - da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP: Jacarezinho, 2011.

## RESUMO

Trata-se de dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão, linha de pesquisa: Estado e Responsabilidade: Questões Críticas, cujo objetivo é analisar as funções da pena privativa de liberdade, e a racionalidade que deve prevalecer na atuação do Estado, que, quando da execução penal, deve primar pela garantia dos direitos humanos aos encarcerados e, que este paradigma implica o necessário esforço da sociedade para buscar a efetividade da ressocialização. O estudo se inicia com a análise das origens da pena, objetivando traçar o perfil histórico do sistema punitivo e seu surgimento como vingança, com sua evolução até alcançar o entendimento de reação social em face de um comportamento individual desviante, e, a necessária interligação do Direito com outras ciências sociais para a compreensão exata dos reais objetivos do cárcere. Com ajuda de postulados da Criminologia, foram analisadas as sucessivas reformas penológicas diante da crescente crise da privação de liberdade, por não cumprir com os pressupostos de nenhuma das teorias penais, ao contrário, alargando os efeitos psicológicos negativos sobre o recluso. A partir destas premissas, foram analisados os aspectos atuais das políticas de controle social, as causas da expansão punitiva, que não resolveu e, ao contrário, aumentou a insegurança, a sensação de risco, o descrédito nas instituições e a deslegitimação do sistema penal. A partir desse ponto, o foco foi a análise de soluções alternativas à prisão, ressaltando a importância da evolução racional do Direito para encontrar respaldo e justificação no Estado Democrático. Visitou-se o cenário nacional de execução penal, com as penas alternativas, a crescente preocupação com a vítima do delito, reconhecendo nela também um sujeito de direito, as inovadoras tendências de privatização de estabelecimentos prisionais, a título de parceria administrativa e financeira do poder público com a sociedade civil. A importância das atividades laborais dirigidas aos encarcerados visando à finalidade educativa. E a própria educação como pilar para sustentar uma transformação do indivíduo que poderá assim, se reconhecer como integrante de uma coletividade que o acolhe e lhe dá nova oportunidade. A pesquisa conclui que a educação liberta e que a ressocialização do agente desviante não só é possível como necessária, para aquela sociedade que escolheu viver em um Estado de Direito e assim, plenamente exercitar a Democracia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistema penal. Exclusão social. Reforma prisional. Dignidade humana. Educação. Ressocialização.

OLIVEIRA, Marco Antonio de. *Prison system as a source of exclusion for non-effectiveness of the principle of rehabilitation in the execution of sentences*. Dissertation submitted to the Masters Degree Program in Law - Concentration Area: Theories of Justice: Justice and Exclusion, line of research: State and Responsibility: Critical Issues - State University of Northern Paraná - UENP: Jacarezinho, 2011.

## ABSTRACT

This dissertation presented to the Program Master Degree in Law - Concentration Area: Theories of Justice: Justice and Exclusion, line of research: State and Responsibility: Critical Issues, which objective is to analyze the functions of deprivation of liberty, and rationality should prevail in the actions of the state, that when the criminal enforcement must prioritize the protection of human rights to prisoners, and this paradigm entails the effort of society to find rehabilitation the effectiveness. The study begins with an analysis of the origins of the penalty, in order to trace the historical profile of the punitive system and its emergence as revenge, with its evolution to achieve understanding of social reaction in the face of a deviant individual behavior, and the necessary interconnection right to other social sciences to the understanding of exact real objectives of the prison. With the help of the postulates of Criminology, we analyzed the successive reforms Penology on the growing crisis of deprivation of liberty, for not complying with the assumptions of the theories of any criminal, on the contrary, extending the negative psychological effects on the prisoner. From these assumptions, we analyzed the current aspects of policies of social control, the causes of the punitive expansion, not solved and, instead, increased insecurity, the sense of risk, discrediting the institutions and the illegitimacy of the criminal justice system. From that point, the focus was the analysis of alternatives to imprisonment, highlighting the importance of the rational evolution of law to find support and justification in a democratic state. He visited the national stage of penal execution, with alternative sentencing, the growing concern for the victim of a crime, it also recognized a subject of law, the innovative trends of privatization of prisons, as an administrative and financial partnership of government with civil society. The importance of work activities directed to prisoners seeking the educational purpose. And education itself as a pillar to support a transformation of the individual may thus be recognized as part of a community that accepts and gives you another chance. The research concludes that education is free and the rehabilitation of the deviant agent is not only possible but necessary, that society has chosen to live in a state of law and thus fully exercising democracy.

**KEYWORDS:** Criminal system. Social exclusion. Prison reform. Human dignity. Education. Rehabilitation.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	13
<b>CAPÍTULO I</b> .....	16/61
1 SÍNTESE HISTÓRICA DA EXECUÇÃO PENAL.....	16
1.1 O direito de punir e o controle social .....	19
1.2 Teorias da pena: retributivas, preventivas, mistas e abolicionistas .....	23
1.2.1 Teoria preventiva geral e especial e teoria retributiva .....	23
1.2.2 Teorias mistas ou ecléticas.....	26
1.2.3 Teorias da prevenção geral positiva e abolicionista.....	31
1.3 A pena para a Criminologia .....	35
1.3.1 Enfoque econômico do surgimento e evolução da prisão .....	44
2 OS MOVIMENTOS ORIGINÁRIOS DA REFORMA PENOLÓGICA.....	49
2.1 A crise da pena de prisão: Suas respectivas causas.....	50
2.1.1 O fracasso das finalidades preventivas .....	50
2.1.2 Efeitos psicológicos negativos e cordões sanitários produzidos sobre o recluso .....	54
2.1.3 As políticas reducionistas e suas contradições .....	57
<b>CAPÍTULO II</b> .....	62/113
3 POLÍTICA PENAL NA ATUALIDADE, EXPANSÃO PUNITIVA E NÃO EFETIVIDADE DA RESSOCIALIZAÇÃO .....	62
3.1 A politização do controle do delito sob enfoque da Criminologia .....	72
3.2 A transformação da imagem do delinquente e a insegurança social .....	82
3.3 As vítimas sob nova concepção de injustiça e o paradoxo dos “gestores” da moderna moral social .....	85
4 AS PERSPECTIVAS DAS SANÇÕES ALTERNATIVAS.....	89
4.1 Sua instrumentalização nas Regras de Tóquio .....	92
4.2 Novas tendências punitivas .....	103
4.2.1 Definição e fundamentos .....	105
4.3 O contexto brasileiro de alternativas à prisão .....	108
4.3.1 Pressupostos de aplicabilidade .....	111
<b>CAPÍTULO III</b> .....	114/166
5 ALTERNATIVAS PARA A EFETIVAÇÃO DA REINTEGRAÇÃO SOCIAL DO RECLUSO .....	114

5. 1 Medidas cautelares pessoais, Lei n. 12.403/2011, liberdade é a regra e a prisão é exceção .....	114
5.2 Privatização de estabelecimentos prisionais .....	121
5.2.1 O Sistema prisional pelo enfoque do liberalismo .....	124
5.2.2 Histórico da privatização de presídios .....	130
5.3 Oportunidades de trabalho ao recluso .....	138
5.3.1 A concepção moderna e pós-moderna do trabalho .....	142
5.3.2 Trabalho do encarcerado e a reinserção social .....	143
5.4 Necessidades de políticas públicas voltadas à educação do encarcerado .....	151
5.4.1 Educação - instrumento de ressocialização na Execução penal .....	153
5.4.2 A Política educacional para encarcerados no Brasil .....	160
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>167</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>176</b>
<b>APÊNDICE - Relatório do Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes.....</b>	<b>187</b>

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

**CEDEPS** – Centro de Estudos e Projetos em Educação, Cidadania e Desenvolvimento Social

**CF**- Constituição Federal

**CNJ** – Conselho Nacional de Justiça

**CNPCCP** - Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária

**CP** – Código Penal

**CPP** – Código de Processo Penal

**DEPEN** – Departamento Penitenciário Nacional

**EJA** – Ensino para Jovens e Adultos

**EUA** – Estados Unidos da América

**FAT** – Fundo de Amparo ao Trabalhador

**LDBEN** – Lei de Diretrizes e Bases do Ensino Nacional

**LEP** – Lei de Execução Penal

**MJ** – Ministério da Justiça

**OAB** – Ordem dos Advogados do Brasil

**ONU** – Organização das Nações Unidas

**PNDH-3** – Programa Nacional de Direito Humanos 3

**REDLECE** – Rede Latino Americana de Educação em Espaços de Privação de Liberdade

**UNESCO** – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

## INTRODUÇÃO

Qualquer pessoa que se ocupe, como jurista, penalista ou simplesmente como cidadão, de qualquer parte do mundo, do Direito Penal, isto é, do delito e da pena, ou, como diz o título da famosa novela de Dostoievski, do “Crime e castigo”, refletiu alguma vez, ainda que a título de mera curiosidade, sobre o que leva uma pessoa a tornar-se delinquente e, sobretudo, o que fazer com aquele que comete um delito. E se sua curiosidade o levar, inclusive a pesquisa do tema, encontrará as mais diversas respostas para estas duas questões.

A impressão inicial que pode ter uma primeira leitura é a de perplexidade, ao observar o acúmulo de teorias existentes e as aparentes e inconciliáveis diferenças entre umas e outras. Porém, na medida em que se aprofundar no estudo de cada uma delas, verá que todas possuem uma parte de verdade, conforme se analise os temas desde um ponto de vista etiológico, bem como um problema individual, biológico ou psicológico, como um problema social originado por uma socialização deficiente ou por uma estrutura social defeituosa ou a considerem como resultado de mecanismos institucionais de atribuição de seletividade e estigmatização. Também do ponto de vista da resposta social, verá que algumas vezes predomina a concepção do castigo como uma retribuição pelo delito cometido (“o que faz paga”) e outras vezes a daqueles que concebem como uma forma de prevenção aos delitos que podem ser praticados no futuro pelo próprio delinquente ou outras pessoas.

A esta multiplicidade de concepções, que demonstra a insuficiência de cada uma delas em dar uma única resposta global às questões enfocadas, acrescenta-se a incapacidade de todas em demonstrar, com dados empíricos, a validade de suas teses e afirmações. Nenhuma das hipóteses teóricas colecionadas atinge confirmação empírica com segurança, pois a verificação da realidade carcerária permanece obscurecida e distante. Certamente se pode estabelecer uma determinada relação entre uma personalidade defeituosa e uma tendência a certos tipos de delitos; ou encontrar conexões entre uma socialização deficiente ou uma estrutura social defeituosa e certo tipo de criminalidade, geralmente de cunho patrimonial ou econômico; como também se pode afirmar que a etiqueta do delinquente está condicionada muitas vezes pelo estrato social do qual procede ou pelo tipo de delito que cometeu ou por preconceito das instituições encarregadas de perseguir o delito e aplicar seu castigo. Nem sequer algo aparentemente tão neutro como as estatísticas criminais em suas diferentes vertentes policial, judicial ou penitenciária, oferecem a verdadeira imagem da criminalidade

realmente existente, sendo em geral a “cifra oculta ou negra” da criminalidade superior a oficialmente registrada.

E estas incertezas empíricas, que debilitam a validade de qualquer hipótese teórica dificultam também a eleição de uma forma de reação frente ao delito. Uma resposta social puramente retribucionista esgota-se em si mesma e não deixa de ser uma concepção puramente idealista em uma sociedade injusta, na qual, como qualquer um pode ver diretamente, o peso da lei recai geralmente sobre os mais fracos e não sobre os poderosos ou os que cometem os delitos mais graves, no dizer de Wacquant, *As prisões da miséria*. E a resposta preventiva igualmente fracassa quando se comprovam as cifras de reincidência e a ineficácia do incremento de sanções punitivas para tentar obstar algumas formas de criminalidade como narcotráfico, o crime organizado ou a corrupção.

É evidente que o penalista, por imperativo do princípio da legalidade, universalmente admitido como fonte de criação do delito e da pena, deve atender antes de tudo, e, sobretudo, às normas jurídicas que vinculam em suas interpretações e decisões acerca do que seja o delito e a consequência jurídica aplicável ao autor desviante. Porém, ninguém pode ignorar que além dessas normas jurídicas existem outros filtros e sistemas de controle que, às vezes, ainda que não reconhecidos oficialmente, são mais importantes que as próprias normas. E o mais importante para a atividade jurídica são muitas vezes as próprias normas jurídicas que remetem ou exigem o complemento (interligação) com o conhecimento sociológico, criminológico, psicológico, enfim, ciências do indivíduo e do social.

Mas do mesmo modo que o penalista deve levar em conta os conhecimentos das demais Ciências Sociais para o exercício de suas funções, também o não jurista deve levar em conta o limite infranqueável que representa para o seu trabalho as regras do Direito, sobretudo quando estas se referem a Direitos Fundamentais que não podem nunca ser violados em nome de uma maior eficácia na luta contra a criminalidade. A tentação de assumir uma concepção puramente sancionatória, onde pode ser utilizado qualquer meio na luta contra a criminalidade, sua prevenção, investigação e castigo, é própria de uma concepção política autoritária que conduz à supressão das garantias próprias do Direito Penal do Estado de Direito, substituindo-o por um sistema puramente policial que não possui outro objetivo que a consecução, a todo custo e a qualquer preço, dos fins determinados pelos detentores do poder, qualquer que seja a tendência ideológica que representem. A expressão mais clara desta concepção foi a política criminal levada a cabo pelos Estados nacional-socialistas e fascistas,

a qual, paradoxalmente, rendeu honras para alguns dos mais famosos penalistas daquela época.

Porém, os excessos, sem dúvida, brutais, a que chegou então o direito de punir, preconizando medidas extremas, não são exclusivos do regime nazista; ocorreram e podem voltar a dar-se em qualquer outro país, inclusive em regimes que se denominam democráticos (pense-se em Carandiru, Guantánamo e em Abu Chraig). Por isso, é conveniente e necessário que juristas e integrantes das demais ciências sociais, tenham sempre em conta os limites jurídicos, tanto em seu trabalho investigativo, como na valoração do emprego que fazem de seus conhecimentos no âmbito do Direito Penal, do Processo Penal e da Execução Penal.

Entender a pena, desde uma perspectiva histórico-evolutiva, examinar as reais funções do direito de punir, investigar a falência da privação de liberdade, buscar alternativas à prisão, traduzindo para o contexto da execução penal brasileira as possibilidades de avanço coerente com as premissas internacionais da prevalência dos Direitos Humanos, em síntese, estes foram alguns dos motivos que ensejaram o presente estudo, que, longe de abranger todas as respostas, pretendeu demonstrar que a ressocialização do ator desviante não só é possível, como se afigura necessária. A interdisciplinaridade do Direito Penal com as demais Ciências Sociais é poderoso instrumento de compreensão das mazelas que afligem o caótico sistema carcerário, que, frise-se, não é exclusividade nacional.

Reconhecer o problema foi o primeiro passo, a partir do que, o enfoque caminhou para a análise de soluções alternativas à prisão, ressaltando a importância da evolução racional do Direito para encontrar respaldo e justificação no Estado Democrático. Visitou-se o cenário nacional de execução penal, com as penas alternativas, a crescente preocupação com a vítima do delito, reconhecendo nela (vítima), assim como no ator desviante, também um sujeito de direito, as inovadoras tendências de privatização de estabelecimentos prisionais, a título de parceria administrativa e financeira do poder público com a sociedade civil. A importância das atividades laborais dirigidas aos encarcerados visando à finalidade educativa. E a própria educação como pilar para sustentar uma transformação do indivíduo que poderá assim, ao largo da crise de identidade que imprime a pós-modernidade, no dizer de Stuart Hall, se reconhecer como integrante de uma coletividade que o acolhe e lhe dá nova oportunidade. A pesquisa conclui que a educação liberta e que a ressocialização do agente desviante não só é possível como necessária, para aquela sociedade que escolheu viver em um Estado de Direito e assim, plenamente exercitar a Democracia.

## CAPITULO I

### 1 SÍNTESE HISTÓRICA DA EXECUÇÃO PENAL

Para o entendimento do direito vigente é mister que se busque analisar seus antecedentes históricos, sem deixar de mencionar as divergências quanto à precisa origem da pena, a comparação com os contextos de cada época pode demonstrar a evolução ou involução, facilitando inclusive a exegese de qualquer dos ramos do Direito.

A pena, e por consequência a sua execução, entendida como “uma amarga necessidade de uma comunidade de seres imperfeitos como são os homens”<sup>1</sup>, caminhou por diversas fases o que nem sempre se delimitou como uma progressão sistemática com períodos e estágios nitidamente separados, mas a resposta da pena como vingança, segundo a doutrina mais difundida, se estabeleceu com as fases de representações de vingança divina, vingança privada e vingança pública, todas com raízes profundas calcadas em sentimentos religiosos. Por óbvio divergências existem, quanto à falta de precisão, mas necessária a incursão, mesmo que superficial, no intuito de especificar características das suscitadas fases.

Apesar de a aplicação de penalidades ser tão antiga quanto à própria humanidade, é controversa sua origem. A tese mais aceita é aquela, segundo a qual, as penas foram inicialmente impostas para possibilitar a convivência social. Os estudos realizados para a investigação sobre o tema, conduzem à suposição de que as penas se originaram na crença da existência de seres superiores que deveriam ser respeitados por todo grupo, e quando um indivíduo transgredia as regras de convívio, os seres sobrenaturais impunham uma punição que deveria ser executada com rigor pelos demais membros sob pena de todo o grupamento ser castigado.

Assim, primitivamente, as sociedades percebiam os fenômenos naturais, que fugiam do cotidiano (trovão, raio, chuva), como acontecimentos maléficos derivados de manifestações divinas, atribuindo a seres sobrenaturais, e que os fenômenos surgiam do descontentamento daqueles seres superiores com as práticas humanas que, por isto, mereciam ser expiadas para estabelecer a volta de uma boa relação totêmica que “premiavam ou

---

<sup>1</sup> Projeto Alternativo alemão, de 1966. In: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2.

castigavam a comunidade por seu comportamento”<sup>2</sup>. O infrator da “desobediência” devia ser punido para representar um desagravo à divindade, a busca da harmonia com o ser superior. Os castigos eram aplicados de forma implacável e invariavelmente representavam revide à agressão sofrida pela coletividade e o custo da expiação era a vida do infrator, não se observando qualquer conteúdo de proporcionalidade ou Justiça.

Esta fase denominada fase da vingança divina, é resultado da influência da religião na vida dos povos, a repressão representa a busca da satisfação divina, o “totem” que sofreu ofensa com o crime. “A punição ocorria com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido”<sup>3</sup>. Trata-se de impregnação de sentido místico no Direito Penal, desde suas origens mais remotas, que redundou no direito penal religioso, teocrático e sacerdotal, e, tinha como finalidade a purificação da alma do criminoso, por meio de castigo. “A aflição era aplicada pelo sacerdote, por delegação divina, cujas sanções se subsumiam em penas cruéis, degradantes e desumanas, visando unicamente a intimidação”<sup>4</sup>. Como legislação típica desta fase destaca-se o *Código de Manu*, mas exemplos existem no Egito (Cinco Livros), em Israel (Pentateuco) e em outras leis dos povos do Oriente antigo.

A fase que se seguiu foi da vingança privada que poderia corresponder a reação com a atuação individual, isolada, ou até do grupo social quando da ocorrência de uma infração as regras de convivência. Havendo infração de membro do próprio grupo, este se sujeitava ao banimento (perda da paz) o que o deixava desprotegido em relação aos demais grupos, e com poucas chances de escapar da morte. Se, porém, a violação partisse de membro estranho ao grupo, a punição era a chamada “vingança de sangue”, resolvida em batalhas sangrentas, verdadeiras guerras tribais, não raro causando extermínio de grupos sociais.

Para conter o exagero das guerras tribais e a extermínio de coletividades inteiras, a evolução fez surgir a *Lei de Talião*, primeira manifestação visando a proporcionalidade entre o ato desviante e o castigo, o crime praticado e a resposta da coletividade: “olho por olho, dente por dente”. Essa talvez a primeira tentativa de humanização da pena. Porém, o crescimento do número de infratores persistiu e, por consequência, as aplicações de deformidades que o talião autorizava. De novo a evolução da pena determinava reformas, a

---

<sup>2</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de processo penal**: parte geral, 26. ed. São Paulo: Atlas, v.1, 2010, p.229.

<sup>3</sup> MAGALHÃES NORONHA, e. **Direito penal**: Parte geral. 37. ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 2003, p.21.

<sup>4</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, parte geral. V. 1, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.30.

situação acabou derivando para o surgimento do sistema de *composição*, consubstanciado na aquisição da liberdade pelo infrator que, então, se livrava do castigo corporal. A solução da composição foi amplamente utilizada, na sua época, o que sem dúvida alicerçou o aparecimento dos institutos da reparação no Direito Civil e penas pecuniárias no Direito Penal.

Embora se reconheça que Talião tenha implantado um embrião de proporcionalidade às penas, ainda era grande a mortandade e mutilação de seres humanos, que só arrefeceram com a evolução da vingança privada para a composição, penalidade de caráter pecuniário, que substituía o cumprimento da pena por um pagamento e reparação de danos. A composição, em princípio era facultativa ao ofendido, posteriormente com a intervenção do poder público tornou-se obrigatória, adquirindo, assim, a pena, um caráter público, que deslocava o direito de punir do indivíduo para um poder comum a todos, ou seja, o Estado.

Com o fortalecimento do Estado, a sociedade experimentou mudanças em sua organização que refletiram na necessidade de atuação dos órgãos de controle para a manutenção da ordem e da segurança, o que culminou com o afastamento da vingança privada e o surgimento da vingança pública. Não significou com isso a separação do poder divino do poder político, já que a finalidade primordial era a defesa do soberano, mantendo-se como característica as sanções desumanas e cruéis, com finalidade precípua de intimidação.

Como comparativo da evolução das penas, destacamos duas civilizações antigas que impregnaram com grandes influências os estudos jurídicos, a primeira delas a Grécia Antiga, onde as execuções das sanções permaneceram com o caráter religioso, utilizando-se as diversas formas de vingança. Os gregos com as contribuições de seus filósofos que em Aristóteles “fez surgir o embrião da culpabilidade com a discussão da necessidade do livre-arbítrio e, Platão que antecipou em as ‘Leis’ a ideia de defesa social, aduzindo que com o rigor da intimidação se poderia evitar que o indivíduo delinquisse”<sup>5</sup>, mas ainda assim mantidas as várias formas de vingança, desconhecendo a privação da liberdade como pena.

Na Roma Antiga, ainda se seguiu com a confusão entre a figura do Rei e do Sacerdote, portanto a pena continuou mantendo o caráter sacral, observando-se que o Estado romano reconhecia a Igreja Católica e os dirigentes desta ganharam projeção e grande influência na sociedade da época, chegando ao ponto de decisões eclesíásticas serem executadas por

---

<sup>5</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1, 14ª ed. São Paulo, Saraiva: 2009, p.31.

tribunais civis. Os clérigos passaram a adotar penalidades que consistiam em reclusão de religiosos infratores em celas, nos subterrâneos dos templos religiosos, onde a única permissão era a leitura de livros sagrados.

### 1.1 O direito de punir e o controle social

Originam-se no Direito Romano diversos institutos penais, se pode observar o surgimento de uma verdadeira tipologia de crimes, catalogando comportamentos considerados criminosos, que foi obtida com um conjunto de leis publicadas ao fim da República (80 a.C.) divididas as punições pelos *ius publicum* (crimes contra o Estado) e *ius civile* (infrações praticadas nas relações entre os cidadãos, pessoais e patrimoniais). Desaparecendo a vingança privada, “duas ou três décadas antes de Cristo, foi substituída pela administração estatal, que passa a exercer o *ius puniendi*, ressalvado o poder conferido ao *pater familiae*, mas agora já com restrições”<sup>6</sup>. Mas mesmo nos expoentes do mundo antigo (Grécia e Roma) a prisão só foi conhecida com finalidade custodial, ou seja, deter o culpado para que este não escapasse do castigo.

As penas privativas de liberdade surgiram assim como forma de reprimenda ao cometimento de infrações na Idade Média, sendo fruto do Direito Canônico. A Antiguidade desconheceu totalmente a privação da liberdade como forma de sanção penal. É notório que já ocorriam os encarceramentos de violadores das normas de convívio, mas não com caráter de pena, senão para servir como custódia do delinquente visando preservá-lo até o momento do julgamento e da execução que, de rigor, deveria ser pública. A sanção utilizada, como já ilustrado, era a pena capital, de suplícios corporais e as infamantes. Por isso a prisão era “a ante-sala dos suplícios”<sup>7</sup>. Os condenados eram “depositados nos calabouços e nas masmorras, onde aguardavam o momento da punição, qual seja, a aplicabilidade de pena corporal”<sup>8</sup>.

A contribuição do Direito Canônico com suas prisões eclesiásticas para a prisão moderna é inegável, tanto no aspecto físico com a ideia do sistema celular, a arquitetura, e, como no aspecto psicológico com as primeiras ideias sobre a reforma do delinquente. Ainda de se destacar que até nos vocábulos oriundos do termo “penitência” que derivam até hoje as

---

<sup>6</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p.32.

<sup>7</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.4

<sup>8</sup> LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 323.

nomenclaturas de instituições “penitenciárias”. Essa influência ainda se completou com o predomínio que os conceitos teológico-morais tiveram, até o século XVIII, no Direito Penal, pois se considerava que a infração penal era um pecado contra as leis humanas e divinas.

Destaca-se ainda, que do Direito Canônico seguiu-se orientação dos princípios da fraternidade, redenção e caridade, que da Igreja se fundiram também no direito punitivo, alicerçando a ideia da reabilitação do delinquente. De toda a Idade Média, caracterizada por um sistema punitivo desumano e ineficaz, segundo leciona Bitencourt, “só poderia destacar-se a influência penitencial canônica, que deixou como sequela positiva o isolamento celular, o arrependimento e a correção do delinquente, assim como outras ideias voltadas a reabilitação do recluso.”<sup>9</sup>. O mesmo autor destaca da mais importante obra de Santo Agostinho, “Cidade de Deus”, a afirmação de que o castigo não deve orientar-se à destruição do culpado, mas ao seu melhoramento.

Contudo, o isolamento físico que, como penitência, significava para os religiosos a purga da culpa, passa ao direito secular com a conversão em pena privativa da liberdade aos crimes comuns, e inspira os primeiros sistemas prisionais que apresentavam objetivo de reabilitação ou reforma do delinquente, mas não afastaram o sentido expiatório da pena.

O direito (poder) de infligir uma punição, nos leva a entender a pena, portanto, como uma reação que funciona como um instrumento de controle social e, desta maneira, está relacionada com a base cultural e evolutiva da sociedade humana, tendo como objetivo a estabilidade da convivência social, para que as relações humanas possam se estabelecer de forma harmônica e equilibrada, permitindo novos avanços.

Os mecanismos do direito de punir foram estabelecidos e exercidos por diversas instituições e organizações formais, como ressalta Foucault dentro de estruturas de poder, consubstanciado em relações de classes dominantes impondo seus interesses às classes dominadas que se vêem alijadas do poder. O sistema penal exerce esse controle de maneira específica e clara, mas não exclusiva, havendo mecanismos não aparentes que também atuam como forma de limitar ou normalizar os comportamentos humanos<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, **A falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.12

<sup>10</sup> FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução Roberto Machado. 23. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007, p.12.

Tomando como exemplo a concepção marxista do poder consoante Foucault se verifica a função econômica do poder, tendo o objetivo não só de manter como reproduzir a dominação de classe, assim como as condições básicas da produção. A crítica foucaultiana consiste justamente nessa metodologia marxiana a ideologia economista, à medida que determina o poder como uma superestrutura da economia, entendendo, desta forma, o poder como posse e não como um exercício. Contudo, entende-se que Foucault não acredita na existência desta situação maniqueísta de poder (estrutura dupla de poder, onde ocorre a relação entre classe dominante e dominada), mas enfatiza a existência de uma luta constante e silenciosa entre poder e resistência, considerando que os estratos sociais são submetidos às relações de poder.

Foucault procura demonstrar que não são estruturas sociais que determinam as relações de poder, mas são as (micro) relações de poder, que acabam constituindo estruturas sociais. De maneira geral, o poder para o citado pensador não representaria algo, que pertencesse a alguns que seriam possuidores em detrimento de outros, ou seja, não existe uma dualidade entre uma classe social que seria dominante e que, assim, dona do poder, e uma classe social dominada. O poder para o autor é uma prática social constituída historicamente.

No Estado não estaria a fonte absoluta de toda espécie de poder social, à medida que diversos micro-poderes se instituem fora do âmbito do Estado e de seus aparelhos. Não há nenhum lugar específico de poder na estrutura social, segundo Foucault o que há é um conjunto de dispositivos ou mecanismos. O poder em si não é uma propriedade, nem objetivo ou coisa do tipo, mas é algo (como já se colocou) que se exerce, que funciona (exercício), possui uma característica relacional, ou seja, uma relação de força. Foucault critica a percepção de poder do citado modelo socioeconômico, tendo-o como objeto, pois para o autor, o poder não se insere no contexto dessa competição, em que se ganha ou se perde, como também não é um fenômeno que trata especificamente da lei e repressão. Nessa visão do mundo, critica ainda as teorias do poder desenvolvidas pelos os filósofos do século XVIII, os quais:

[...] definem o poder como direito originário que se cede, se aliena para construir a soberania e que tem como instrumento privilegiado o contrato; teorias que, em nome do sistema jurídico, criticarão o arbítrio real, os excessos, os abusos de poder. Portanto, exigência que o poder se exerça como direito, na forma da legalidade. Por outro lado, as teorias que, radicalizando a crítica ao abuso do poder, caracterizam o poder não somente por transgredir o direito, mas o próprio direito por ser um modo de legalizar o exercício da violência e o Estado o órgão cujo papel é realizar a

repressão. Aí também é na ótica do direito que se elabora a teoria, na medida em que o poder é concebido como violência legalizada.<sup>11</sup>

Dentre essas relações de poder, ou normatividade, encontramos a religião, a educação, a ética, os costumes, destaca Foucault até a medicina, e principalmente, o Direito, nos seus mais variados ramos. A resposta coletiva sancionatória se sustenta no Direito Penal, que descrevendo e cominando sanções procura limitar as condutas. A pena, como castigo, que deve ser imposta por instituições formalmente organizadas, situação que levou Zaffaroni a traçar o conceito de sistema penal como “a parte do controle social que resulta institucionalizado em forma punitiva e com discurso punitivo”<sup>12</sup>.

O poder-dever de punir, assim, segundo Foucault, serviu como mecanismo de controle social e teve na prisão o grande instrumento de recrutamento da delinquência. A partir do momento que alguém entrava na prisão se acionava um mecanismo que o tornava infame, e, quando saía, não podia fazer nada senão voltar a ser delinquente. Caía necessariamente no sistema que “dele fazia um proxeneta, um policial ou um alcaguete”. A prisão profissionalizava. Em lugar de haver, como no século XVIII, estes bandos nômades que percorriam o campo e que frequentemente eram de grande selvageria, existe, a partir daquele momento, “este meio delinquente bem fechado, bem infiltrado pela polícia”<sup>13</sup>, meio essencialmente urbano e que é de uma utilidade política e econômica que não se pode negligenciar.

Para Saliba, há que se destacar a imposição de padrões ou regras sociais, que guardam estreita relação com a estrutura de dominação dos grupos subalternos pelos grupos dominadores, que se utilizam do sistema penal de acordo com seus interesses de contenção, movimentam “as bases do sistema normativo, construído na modernidade”, para assim permitir a dominação desses grupos, que são “seletivamente marcados, sob foco de atuação dos sistemas e com a punição instrumentalizada em desacordo com o discurso jurídico”<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução Roberto Machado. 23 ed. Rio de Janeiro, Graal, 2007, p.15.

<sup>12</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo, 2004, p.69.

<sup>13</sup> FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução Roberto Machado. 23 ed. Rio de Janeiro, Graal, 2007, p.73

<sup>14</sup> SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p.32.

## **1.2 Teorias da pena: retributivas, preventivas, mistas e abolicionistas.**

Há séculos que, não só o Direito Penal, mas a Filosofia, Sociologia, até e inclusive, a Moral e a Ética, têm se preocupado em definir qual a solução ou resposta adequada aos autores de um delito, ainda, quais os meios necessários para a prevenção da ocorrência do delito em geral, e, caso não se consiga evitar o crime, ao menos que seus índices permanecessem reduzidos a limites aceitáveis para a estabilidade social. O que se busca é entender se diante do nível cultural das respectivas sociedades, poderíamos solucionar satisfatoriamente o problema da criminalidade. Ainda hoje as respostas a estas questões, até por envolver fatores tão complexos, têm sido também diversas, de maneira que não temos alcançado uma definição ou conclusão.

Percorrendo os séculos, o Direito Penal tem apresentado respostas diferentes à questão de como resolver o problema da criminalidade. Em certas épocas são adotadas determinadas concepções que em outros tempos acabam reprimidas e consideradas como premissas falsas, mas, mesmo diante de todas as discussões, ainda não há consenso de modo a alcançar uma solução satisfatória para todos. Essas diversas soluções propostas durante a história da penologia se denominam “teorias da pena”, sendo consideradas as opiniões científicas em relação à pena, entendida como a principal reação frente ao delito. Consoante Munhoz Conde e Hassemer, estas teorias em última instância, constituem também uma teoria do Direito penal, que delimita os objetivos e atribuições do conjunto do Direito penal, “incluindo as metas e tarefas da pena”<sup>15</sup>.

Valendo-se de concepções criminológicas de reação social, nosso estudo busca seguir alicerçado no conceito legal dessa reação como consequência jurídica do delito e das teorias que através dos séculos têm servido de modelo de referência ou de inspiração às diversas respostas normativas que se têm dado à criminalidade, com a análise de alguns de seus marcos teóricos.

### **1.2.1 Teoria preventiva geral e especial e teoria retributiva**

Segundo os juristas Muñoz Conde e Hassemer, foi Sêneca quem teria tomado de Protágoras uma definição sobre a pena que se pode qualificar como “moderna”, e que já foi

---

<sup>15</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Tradução Cintia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.169.

atribuída ao filósofo Platão, consubstanciada na seguinte citação: “*Nenhuma pessoa razoável castiga pelo pecado cometido, senão para que não se peque*”. Esta frase poderia ser tomada das origens da Filosofia prática para ser utilizada como paradigma das “teorias preventivas da pena”, ou seja, a ideia de que a pena tem a missão de evitar que, no futuro, delitos sejam cometidos. Destacam os juristas que essas teorias apresentam duas variantes:

- Uma “Preventiva Especial”, que dirige sua atenção ao delinquente do caso concreto, visando que a sanção exerça efeito ressocializador ou, pelo menos de “inocuidação”.

- Outra “Preventiva Geral”, dirigida aos demais cidadãos, acreditando que a ameaça de uma pena, sua imposição e execução, sirvam para, de um ângulo intimidar os potenciais delinquentes (concepção estrita ou negativa da prevenção geral) e, por outro, para fortalecer a consciência jurídica dos cidadãos e a confiança no Direito (concepção ampla ou positiva da prevenção geral).

Na mesma citação de Sêneca, podemos encontrar outra teoria da pena que leva em consideração que a sanção estaria esgotada na mera ideia retributivista, que não teria outro fim senão a reação primitiva de castigo, o que significa responder o mal do delito com outro mal que se deve impor ao autor do fato criminoso, tão somente porque delinuiu. Se as teorias da prevenção visam o futuro, o alvo da teoria retributiva é o passado. O objetivo da teoria retributiva é que o ato injusto cometido por um indivíduo culpável seja retribuído a ele através do mal que constitui a pena. Porém, mesmo para os adeptos da teoria retribucionista, há que se observar também uma variante subjetiva, que leva em conta que a pena é uma forma de expiação, uma modalidade de penitência que o apenado deve cumprir para se purificar de seu ato desviante diante da responsabilidade em relação a sua conduta.

As *teorias retributivas*, também denominadas *absolutas*, encontram a justificativa para a sanção na resposta ao mal produzido pelo delito, a consequência jurídico-penal do delito praticado. Leciona Bitencourt que diante da “imposição da pena absoluta não é possível imaginar nenhum outro fim que não seja único e exclusivamente o de realizar a justiça. A pena é um fim em si mesma”.<sup>16</sup> A pena é pois unicamente sinônimo de castigo, não se condicionando a qualquer outro objetivo, a sua imposição se justifica pelo delito, não podendo se ater a outro fim senão o da punição.

---

<sup>16</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107.

A teoria retributiva, apesar de soar como uma antiguidade jurídica, não pertence tão somente ao passado, veja-se a receptividade que alguns Estados autoritários ainda lhe deram no século XX, e que se mantém ainda hoje no horizonte criminológico, a ponto de ser considerada dominante ao menos para aqueles que não acreditam na eficácia preventiva das sanções penais, tanto no caráter geral quanto especial da pena. Destacaram-se ilustres pensadores a admitir uma pura concepção retribucionista da pena e do próprio conjunto do Direito Penal. Por exemplo, os filósofos Kant e Hegel, que criticaram fortemente as concepções preventivas, aduzindo, conforme salientam Muñoz Conde e Hassemer, que “estas violavam a dignidade do ser humano o convertendo em um meio para atingir certos fins e não um fim em si mesmo”<sup>17</sup>.

Explicando as concepções de Kant e Hegel, Marcelo Gonçalves Saliba sintetiza,

Foi no Iluminismo, aos moldes da modernidade, com os filósofos Kant e Hegel, que as bases retributivas foram relançadas, visto que a imposição do mal da pena em razão do mal do crime tem fundamento nas mais antigas sociedades. A tese kantiana está assentada na pena como retribuição ética, que se justifica por meio do valor moral da lei penal violada pelo culpado e do castigo que conseqüentemente lhe é imposto, enquanto a hegeliana sustenta-se na pena como retribuição jurídica, justificada pela necessidade de restaurar o Direito por meio de uma violência, para restabelecer o ordenamento legal violado<sup>18</sup>.

Para Kant, a lei penal é um imperativo categórico, uma obrigação do soberano de impor punição a quem descumpriu a lei. A legitimação da sanção penal se encontra na violação da lei, como exigência ética, não há que se buscar qualquer finalidade pública<sup>19</sup>, para a teoria kantiana, salienta Bitencourt, que “o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinqüido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais integrantes da sociedade”<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução a criminologia**. Tradução Cintia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.171.

<sup>18</sup> SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p.45.

<sup>19</sup> Destacam Muñoz Conde e Hassemer que o império da lei penal sobre a utilidade pública da punição pode ser descrito pelo exemplo de Kant: “Se os membros de uma sociedade decidirem dissolver-se; se, por exemplo, o povo que habita uma ilha decidir abandoná-la e dispersar-se por todo o mundo, antes de levar a cabo essa decisão, deveria ser executado o último assassino que ficara na prisão, para que todo o mundo saiba o valor que seus atos merecem e para que o crime de homicídio não recaia coletivamente sobre todo o povo por descuido de seu castigo; porque, do contrário, poderia ser considerado partícipe desta injustiça.” MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução a criminologia**. Tradução Cintia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.169.

<sup>20</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 111.

Enquanto para Hegel, a pena, como castigo, serve para estabelecer a força do ordenamento jurídico violado, se dirige para reafirmar a vontade geral contra a vontade do delinquente que violando a norma negou o Direito, estando, pois, justificada a punição como a “negação da negação do direito”. Em Hegel então, a pena é a “razão do Direito, anula o crime, razão do delito, emprestando-se à sanção não uma reparação de ordem ética, mas de natureza jurídica<sup>21</sup>”

Luigi Ferrajoli aponta “equívocos teóricos” nas duas teorias, pois observa a existência de uma confusão entre a problemática da “‘finalidade geral justificadora’ da pena, que não pode deixar de ser utilitarista e voltada para o futuro, e aquele da sua ‘distribuição’, que, por sua vez, ocorrendo em bases retributivas, diz respeito ao passado”<sup>22</sup>. As teorias relativas ou utilitaristas da pena não compreendem a imposição do mal pelo mal, mas como já delineado, fundam-se na prevenção e vêem a pena como uma necessidade para a preservação do grupo social, resumidamente seus fundamentos podem ser firmados nos princípios da intimidação geral de um Estado racional, e, na racionalidade humana fundada no livre-arbítrio para avaliação da norma como coação psicológica.

Nos Estados democráticos, não se discute a superação das teorias absolutas, sendo diversas as críticas que questionam os fundamentos lógicos e morais e os excessos irracionais<sup>23</sup>, não existe amparo racional para a imposição de um mal por outro mal, ou a violência pela violência. Zaffaroni aduz que um “discurso jurídico-penal” que tente se sustentar nessa teoria pode ser qualificado como “filosoficamente anacrônico”<sup>24</sup>.

### 1.2.2 Teorias mistas ou ecléticas

Pela dificuldade em combinar ambos os ensinamentos teóricos, surgiram, já na primeira metade do século XX, as chamadas “*teorias da união*”, relativas ou ecléticas, que postulam que a pena serve para a retribuição da culpabilidade, mas mantém também efeito preventivo, tanto para a generalidade dos cidadãos como para o delinquente condenado.

<sup>21</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.252

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006, p. 205-6.

<sup>23</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 115.

<sup>24</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: A perda da legitimação do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.47.

Apresenta variante que procura atender os diferentes estágios de realização do Direito penal material e processual penal.

Como exemplo, Muñoz Conde e Hassemmer citam, que no âmbito da cominação penal, o legislador tipifica um fato como delito e ameaça a realização desse comportamento com um determinado tipo de sanção penal, visa assim, “o efeito preventivo geral, esperando que à vista da ameaça penal, os cidadãos destinatários da norma, se abstenham de realizar a conduta proibida”<sup>25</sup>. E o mesmo efeito se encontra na fase de investigação e de instrução criminal, quando medidas cautelares podem ser adotadas em face do investigado ou acusado, como a prisão preventiva, que, como instrumento punitivo cautelar, incide não só na pessoa diretamente implicada, senão também na generalidade dos cidadãos, que “vêm como se põe em movimento a pesada e, às vezes terrível, máquina da Justiça”<sup>26</sup>.

Por sua vez, ao final do julgamento, sendo o acusado considerado culpado, a ele é imposta uma pena, cujo âmbito de alcance deve se restringir na culpabilidade e na gravidade de delito que deve restar provado durante o processo. Ainda, durante a execução da pena, principalmente se esta é privativa de liberdade, devem aparecer as tarefas ressocializadoras, representando a missão preventiva especial, isto é, a configuração da pena de maneira que esta possa também se prestar a reinserir socialmente o condenado e evitar que volte a delinquir no futuro. Assim restaria demonstrado o rigor das cominações penais, a permitir que os cidadãos percebendo a realidade da sanção, se abstenham de cometer delitos e confiem na vigência e superioridade das normas jurídicas.

Essa terceira teoria da pena, denominada Mista, Eclética, Conciliatória, Intermediária ou Unificadora, tem como objetivo conciliar as duas anteriores. Desta forma, a pena teria a dupla função de punir o ator desviante e prevenir a prática do delito pela reeducação e pela intimidação coletiva. A esse respeito aduz Bitencourt que

As teorias mistas ou unificadoras tentam agrupar em um conceito único os fins da pena. Esta corrente tenta recolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. As teorias unificadoras partem da crítica às soluções monistas, ou seja, às teses sustentadas pelas teorias absolutas ou relativas da pena<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução a criminologia**. Tradução Cintia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.171-172.

<sup>26</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução a criminologia**. Tradução Cintia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.172.

<sup>27</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 98.

Fragoso assevera que a prevenção geral é a “intimidação que se supõe alcançar através da ameaça da pena e de sua efetiva imposição, atemorizando os possíveis infratores”<sup>28</sup>, o que faz Dotti indicar a “coação psicológica”<sup>29</sup> como fundamento clássico das teorias. Mirabete, amparando-se em Feuerbach<sup>30</sup>, o principal ideólogo da coação psicológica, explica que a “finalidade do Estado é a convivência humana de acordo com o Direito” e, por ser o crime um atentado contra as regras jurídicas, o Estado “deve impeli-lo por meio da coação psíquica (intimidação) ou física (segregação)”<sup>31</sup>. A pena intimida a todos, com sua previsão geral e abstrata; intimida o criminoso ao ser imposta concretamente.

Não cabe aqui esgotar até que ponto estas diversas teorias podem oferecer uma explicação satisfatória, ou mesmo justificação, para as diversas formas de reação a delinquentes que oficialmente dominam o panorama das leis e códigos penais em quase todos os países civilizados neste princípio de século XXI. Em todo o caso, as teorias da união mostram que, ainda entre as diversas teorias da pena, existem margens opostas e muitas contradições por vezes insuperáveis, e, ainda há que possibilitar a construção de pontes que permitam um diálogo entre as distintas formas de entender como deve a sociedade reagir frente à tão propalada e midiática onda de violência e crescente criminalidade. Conforme Muñoz Conde e Hassemer, se deve caminhar na busca de um consenso visando controlar e reduzir a criminalidade “(uma vez que é impossível e inclusive indesejável sua total desapareição) a um nível suportável para uma convivência pacífica e justamente organizada”<sup>32</sup>.

Os citados juristas seguem apontando uma diferença fundamental entre a teoria retributiva e as teorias preventivas, destacando que só as teorias preventivas da pena admitem a ideia de que o Direito penal tem que se ocupar sistemática e conscientemente de alcançar uma solução eficaz ao problema da criminalidade. Ao contrário, a teoria retributiva, ou absoluta, esgota-se em si mesma e não se preocupa com as consequências que a pena possa ter tanto para o condenado como para os demais cidadãos.

---

<sup>28</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 344.

<sup>29</sup> DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 434.

<sup>30</sup> Ludwig Andreas FEUERBACH, filósofo e antropólogo alemão, chegou a ser aluno de Hegel, mas preferiu estudar Ciências Naturais, sendo reconhecido pela teologia humanista e pela influência que o seu pensamento exerceu sobre Karl Marx, sobretudo com a obra “**Sobre Filosofia e Cristianismo**”, livro dividido em duas partes: na primeira discute a “essência verdadeira ou antropológica da religião”. Na segunda, faz uma análise sobre a “essência falsa ou teológica”, para ele, toda religião é uma forma de alienação na qual as pessoas projetam seu conceito de “ideal humano” em um ser superior.

<sup>31</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito penal**: parte geral. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 249.

<sup>32</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução a criminologia**. Tradução Cintia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.174.

Ressaltam, no entanto, que para Kant e Hegel o argumento principal que os levou à defesa da teoria absoluta ou retributiva foi o respeito pela dignidade do delinquente. Segundo Kant, as teorias preventivas consideram o condenado como um objeto do direito e das coisas, convertendo-o em um meio para o alcance do bem comum. Para Hegel, as teorias relativas não respeitam nem a honra, nem a dignidade do homem, senão que trata o condenado como um cachorro que se ameaça com um bastão.

Já Bitencourt levanta críticas às teorias relativas por estarem embasadas no “atuar racional do homem”, “cuja demonstração sabemos ser impossível” e aponta que a aposta do delinquente e sua confiança em não ser descoberto pode desqualificar a intimidação, que não “é suficiente para impedi-lo de realizar o ato delitivo”. Salienta, ainda, criticamente, a severidade das punições como forma de intimidação geral e a “impossibilidade de demonstrar quais são os comportamentos que o Estado tem legitimidade para intimidar, e, assim sendo, não definem também o âmbito do punível”<sup>33</sup>.

Quanto às teorias da prevenção especial, preconizam que a finalidade da pena está direcionada ao desviante, tendo por objetivo a não reincidência em práticas criminosas, sendo a pena entendida como um tratamento aplicado ao delinquente, e a meta social a ser alcançada é a ressocialização. Veja-se o delineamento de Dotti que define que as teorias têm por fim “proporcionar caminhos opostos à reincidência”<sup>34</sup>, e Mirabete que atribui a finalidade de “impedir que o delinquente pratique novos crimes, intimidando-o e corrigindo-o”<sup>35</sup>. Noronha assevera que o fim da pena em relação às teorias da prevenção especial baseia-se na “reeducação do indivíduo e sua recuperação”<sup>36</sup>.

Destaca Saliba, que existe uma subdivisão na teoria da prevenção especial em negativa e positiva, verificando na primeira, que a ideia central é a “eliminação ou neutralização” e, que para a segunda, o ideal está na “ressocialização”. Salienta que Von Liszt tem papel fundamental nas teorias da prevenção especial, sintetizando sua tese em intimidação, correção e inocuização<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125-6.

<sup>34</sup> DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P.434.

<sup>35</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.251.

<sup>36</sup> MAGALHÃES NORONHA, E. **Direito penal**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1, p.226.

<sup>37</sup> SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p.53.

A própria nomenclatura ressocialização enfrenta críticas, quando entendida como “a cura” a ser imposta, havendo por isso doutrinadores que prefiram reeducação, e outros, reinserção social. Föppel El Hireche levanta críticas ao termo ressocialização por entender que há imposição de valores sociais ao indivíduo, desrespeitando seu direito a diferença:

Veja-se que a própria nomenclatura – ressocialização – traz consigo uma ideia preconceituosa, senão utópica. De fato, argumentar que a finalidade da normal penal é ressocializar alguém fere letalmente princípios básicos da sociologia, em que se deve respeito a todo processo de socialização a que o indivíduo foi submetido, como forma de garantir a diferença. Por outro lado, falar-se em ressocialização – nos moldes em que são propostos por esta teoria é pensar que será possível socializar as pessoas conforme o interesse da classe dominante. Preferível, portanto, falar-se em reinserção social, desta maneira, a ideia de Falconi<sup>38</sup>.

Discorre Anabela Miranda Rodrigues, buscando o sentido da reinserção social, que as transformações levadas a efeito em política criminal devem ter em conta que há múltiplas razões, “não sendo dispiciendas as de ordem pública” que conduziram a estranha conjugação de forças entre os saudosistas do castigo clássico e os defensores radicais das liberdades individuais condenando o tratamento e a reinserção social. Há dois pólos de tensão, de um lado a sociedade ameaçada nos seus valores por uma crescente insegurança e de outro um Estado com seus tentáculos assegurando “seu domínio sobre os ‘deserdados’ graças a formas insidiosas de um tratamento generalizado”<sup>39</sup>. O que não se pode tolerar é a extração apressada de conclusões, mas sim que os argumentos científicos sejam submetidos a uma análise racional, para certamente entender que a finalidade da reinserção social pode ser sim proposta sem que se comporte um ataque à dignidade humana.

As teorias da união, segundo Francisco Muñoz Conde e Winfried Hassemer, ou teorias mistas, termo mais amplamente difundido, predominam hoje entre os teóricos do Direito penal, representando a junção das teorias absolutas e relativas, reconhecendo que a pena conserva seu aspecto moral de retribuição, mas agregada a uma função social que não se limita à prevenção, mas também evitar a reincidência e reintegrar socialmente o delinquente.

Por fim, merece destaque uma corrente que propugnava a finalidade da pena como de defesa social, consoante Fernando Galvão, as Teorias de Defesa, sintetizavam que em suas últimas consequências, a ideia da defesa pressupõe que o delinquente é “antropologicamente inferior aos demais membros do corpo social”, de certa forma degenerado, e que a pena

---

<sup>38</sup> FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.27.

<sup>39</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**: seu fundamento e âmbito. São Paulo: IBCCrim, 1999. p.101.

instrumentaliza proteção adequada ao perigo que o delincente represente. Influenciadas pelo determinismo positivista, as doutrinas de defesa concebem o ator desviante que anseia por liberdade e inteiramente submisso às leis da necessidade natural. “Uma tal perspectiva contrasta tanto com as proposições retributivas quanto intimidatórias, posto que ambas pressupõem o livre arbítrio”<sup>40</sup>.

### 1.2.3 Teorias da prevenção geral positiva e abolicionista

A junção das duas teorias da pena anteriores (absoluta e relativa) fez surgir uma terceira (mista), que se apresentou como uma síntese, mas não eliminou as críticas, senão as concentrou. De se destacar que sobre este novo paradigma, se estabeleceram as bases para outras teorias que passo a sintetizar. Uma delas intitulada *teoria da prevenção geral positiva fundamentadora*, e a seguinte denominada *teoria da prevenção geral positiva limitadora*.

No extertor do século XX, a prevenção geral ganhou forma de expressão positiva, onde configura um ideal de retribuição modificado, levando em conta que sua fundamentação se insere na assertiva de demonstrar a validade das normas, concebida através de um justo castigo ao criminoso, conclusão que pode ser extraída do conceito formulado por Jescheck, no qual a pena serviria para:

Neutralizar o efeito do delito como, por exemplo, negativo para a comunidade, contribuindo para o fortalecimento da consciência jurídica da comunidade, à medida que se procura satisfazer o sentimento de justiça do mundo que esta em torno do delincente<sup>41</sup>.

No entanto, há contradições quanto à existência de outras funcionalidades da pena que não, tão só e simplesmente, a de ratificar a validade da norma. Surge então uma subdivisão nesta teoria, uma fundamentadora e outra limitadora<sup>42</sup>.

Para a teoria preventiva positiva fundamentadora, defendida por Welzel e Jakobs, nos ensina Juarez Cirino dos Santos, que o pensador alemão Günther Jakobs exime a atribuição da prevenção geral positiva, como concepção de teoria totalizadora da sanção penal, que agrega

---

<sup>40</sup> ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito Penal. Curso completo. Parte Geral**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.26.

<sup>41</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. “**Tratado de derecho penal**”. In FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: RT, 2007, p.887.

<sup>42</sup> SHECAIRA, Sergio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**. São Paulo: RT, 2002, p.132.

as funções manifestadas ou que denotam a intimidação, a correção, a neutralização e retribuição direcionadas à pena pelo discurso punitivo, atribuindo a sanção tão somente a função de afirmar a validade da norma penal violada; de um outro ângulo, a regra penal ratificada pela sanção criminal, é entendida como bem jurídico, mas, substituindo o tradicional conceito, considerado inútil por Jakobs. Cirino dos Santos preconiza que Günther Jakobs define a prevenção geral fundamentadora como

[...] demonstração da validade da norma, manifestada através de reação contra violação da norma realizada à custa do competente/responsável, necessária para reafirmar as expectativas normativas frustradas pelo comportamento criminoso. A função positiva de prevenção geral seria dirigida a todos os seres humanos, como exercício (a) de confiança na norma, necessário para saber o que esperar na interação social, (b) de fidelidade jurídica pelo reconhecimento da pena como efeito da contradição da norma e, finalmente, (c) de aceitação das consequências respectivas, pela conexão do comportamento criminoso com o dever de suportar a pena – na verdade, postulados do contrato social do século XVIII, com a aceitação das normas sociais na qualidade de membro da sociedade e aceitação da punição na qualidade de infrator de normas sociais<sup>43</sup>.

Enquanto para a teoria da prevenção geral limitadora, difundida por Hassemer e Roxin, a sanção penal representaria a resposta do Estado diante de fatos puníveis, para proteger a consciência social da norma. Hassemer acredita que essa proteção consistiria na ajuda prestada ao delinquente na medida do possível, bem como, na limitação desta ajuda, imposta por meios de critérios da razoabilidade e de respeito à vítima, modalidade de prevenção geral que apenas será alcançada caso o Direito penal consiga instituir formalmente o controle social<sup>44</sup>.

Roxin fundamenta seus paradigmas em três superposições a respeito da prevenção geral positiva limitadora: a primeira no efeito sócio pedagógico de exercício em fidelidade jurídica, produzido pela atividade da justiça penal; segunda, a percepção da crescente confiança dos integrantes do grupo social, nos estamentos jurídicos, pelo reconhecimento da imposição do Direito e a terceira consiste na pacificação social, como nos ensina Gustavo Junqueira ao salientar que a função de informação e confiança acerca da vigência da norma serve não como única sustentação, mas “como outro mecanismo de limite em uma dialética com ideia retributivista da pena proporcional e com as necessidades de reintegração social”. Essa atividade tem como condão gerar suporte, para a manutenção e reforço da confiança da

<sup>43</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2010, p.461.

<sup>44</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução a criminologia**. Tradução de Cintia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.161-2.

comunidade no ordenamento jurídico penal, atingindo, assim, um sentimento de segurança concluindo que foi pacificado o conflito com o autor<sup>45</sup>.

Assim, é possível perceber presente a ideia do exercício de confiança da vigência da norma, mas não de forma diretamente reitora da necessidade, da medida ou espécie de pena. Assume tal corrente que o fim da pena no Estado Democrático de Direito não pode ser outro que não a tutela necessária dos bens jurídicos – penais no caso concreto, e que tal tutela não deve se referir ao passado, mas ao futuro, buscando o restabelecimento da paz jurídica abalada, reforçando a confiança da sociedade na guarda de seus interesses por parte do Estado. Seria também a necessidade de prevenção geral positiva o alicerce capaz de legitimar a necessidade da pena, verdadeiro princípio do qual não pode se afastar o Estado sob pena de afronta aos princípios democráticos<sup>46</sup>.

Destaca-se que a divergência existente nas teorias limitadora e fundamentadora reside no fato de que aquela enuncia a finalidade da sanção penal e reconhece um viés de limitação ao direito punitivo estatal, lastreado nos princípios da intervenção mínima, aliado a regra da proporcionalidade, da ressocialização entre outros. Enquanto preconiza a teoria preventiva geral fundamentadora que o objetivo com a inflicção da pena, especificamente, é a confirmação das normas e seus valores<sup>47</sup>.

Enquanto todas estas teorias se preocupavam em entender a legitimidade da sanção penal, uma corrente chamada de abolicionista surge como uma antítese ao sistema retributivo, no sentido de ser contrária a qualquer forma de coerção tanto penal quanto extrapenal (disciplinar, religiosa, familiar, etc), isto na sua forma mais radical, havendo uma parte desta doutrina, mais moderada, que questiona a legitimidade somente do Direito penal.

Os abolicionistas se somam aos críticos do sistema penal, indo além, propondo a sua eliminação por considerar, conforme Ferrajoli, as vantagens bastante inferiores aos custos da limitação da liberdade. Destaca o autor que não se podem reconhecer como abolicionistas os minimalistas que visam à concentração do Direito penal, a humanização ou substituição das penas, mas que estas “seriam teorias reformadoras ou substitutivas”<sup>48</sup>, haja vista que a pena

---

<sup>45</sup> JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da Pena**. Barueri SP: Manole, 2004, p.72.

<sup>46</sup> JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da Pena**. Barueri SP: Manole, 2004, p.72-73.

<sup>47</sup> SHECAIRA, Sergio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**. São Paulo: RT, 2002, p.132.

<sup>48</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paulo Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p.200.

seria mantida como reação social e/ou confirmação da força normativa da potestade do Estado.

No âmbito nacional como defensor da abolição do sistema penal destaca-se Edson Passetti que critica o que denomina “pedagogia do castigo”, destacando que as ideias abolicionistas surgem como forma de conciliação a funcionar como alternativa ao notoriamente deslegitimado e fracassado sistema penal. Salienta que o abolicionismo penal não pertence a ninguém, não postula ser universal, mas tem por base “um discurso estratégico composto de forças libertadoras das práticas punitivas modernas”. Pretende a conciliação “não universal”, mas direta na situação concreta, visitando o problema e abrangendo “desde a vítima e algoz aos envolvidos no acontecimento”<sup>49</sup>.

Expoente internacional dos abolicionistas é Louk Hulsman, entende que a justiça criminal não consegue analisar toda a criminalidade e que os nefastos efeitos penais jamais poderiam ser encarados como normais, prega a eliminação de todo sistema penal por entender que ele não traz nenhuma solução viável já que ele próprio representa o problema. Admite a possibilidade de alternativas ao Direito penal desde que “nos libertemos da ideia de que situações criminalizáveis, extremamente diversas entre si, têm alguma coisa em comum”<sup>50</sup>.

Assenta Greco, que “a prisão para os abolicionistas, é um instrumento completamente irracional, que não pode ser aplicado sem que se ofenda a dignidade do ser humano”<sup>51</sup>. O tema ainda retornará neste estudo nos movimentos para reformas penológicas, onde encontraremos outros autores a debater nessa linha de pensamento, como Loïc Wacquant, além de Ferrajoli e Zaffaroni, mas neste momento trazemos as considerações que Aniyar de Castro teceu quanto à teoria de Hulsman:

Não temos certeza de que se devam eludir os marcos de uma certa ética social sem discussão, especialmente porque o pluralismo parece uma ilusão na maioria de suas manifestações, tal como resulta dos sistemas de socialização vigentes. O risco maior de seu modelo parece estar na ausência de limites aceitos de conduta, ao deixar à apreciação das vítimas essa valoração. O que seria fácil em pequenas comunidades

---

<sup>49</sup> PASSETTI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. In: PASSETTI, Edson (Coordenador). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. P.16.

<sup>50</sup> HULSMAN, Louk. Alternativas à justiça criminal. In: PASSETTI, Edson (Coordenador). **Curso livre de abolicionismo penal**. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 48-68.

<sup>51</sup> GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 3 ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 10.

pode tornar-se caótico e paralisante nas maiores. Supõe uma sociedade sem conflitos, nem sequer o de classes<sup>52</sup>.

Mesmo tendo em mente o fracasso do sistema penal, a sua ineficiência em cumprir com o discurso punitivo, não se pode conceber a eliminação de todas as formas de coerção social. A teoria abolicionista dentro do Direito penal deve servir como um projeto a ser, ao menos discutido, levando-se em conta as suas inúmeras críticas, não para a abolição do sistema, mas, como instrumento de se buscar novas formas de pacificação de conflitos e de responsabilização dos agentes desviantes, afastando a ideia de castigo, mas mantendo sim a atribuição de defesa social, sem, no entanto, esquecer a prevalência dos direitos humanos, quem sabe o Direito Penal assim alcance sua ainda necessária justificação ou relegitimação.

### **1.3 A pena para a Criminologia**

A história da execução penal confunde-se com a história dos hábitos e costumes das respectivas sociedades. Podemos afirmar que sem a sanção do comportamento social desviado (delito), a convivência humana seria praticamente impossível em uma sociedade tão complexa e lastreada em ampla evolução tecnológica como a sociedade contemporânea. Por este prisma a pena pode ser entendida, na história das civilizações, como uma condição indispensável ao funcionamento dos sistemas sociais de convivência.

Ao longo dos séculos, as sociedades, de acordo com o seu desenvolvimento, seja econômico, social, político e cultural, vêm alterando as suas premissas quanto ao fato de se defender dos atos desviantes e, principalmente, estabelecer novas regras de convivência. Neste sentido, a sanção do comportamento desviado vem sendo estruturada de diferentes formas na história das sociedades ocidentais. O fato reconhecido como delito, por exemplo, pode ser estudado como: norma jurídica, conferindo ao fato tal característica; fato social ou valor jurídico a ser tutelado pelo poder punitivo.

Reconhecemos que, embora inter-relacionadas, essas três dimensões objeto do Direito Penal, originam distintos modos de saber: a dogmática penal (norma jurídica), que se ocupa do delito a partir do estudo da lei penal; a criminologia (fato social) confere primazia ao delito entendido em sua dimensão social fática; e a política criminal (valor jurídico), orienta a

---

<sup>52</sup> CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 106.

reforma do Direito Penal vigente rumo a uma prevenção adequada da violência, assim como estabelece parâmetros políticos para as decisões judiciais a serem adotadas em casos concretos.

O discurso predominante na Ciência Penal contemporânea segundo Schmidt<sup>53</sup> fundamenta-se na concepção de Ihering, relacionada a uma jurisprudência pragmática, que defende três premissas: a de que o Direito é uma norma coercitiva exclusivamente editada pelo Estado, mas orientada a valores; de que o Direito é uma norma coercitiva posta a serviço de um fim social, e de que os valores possuem relação com as condições de existência da sociedade, não com ideais do próprio legislador; e a do utilitarismo social que resulta das necessidades vitais de uma sociedade historicamente dada, e não de princípios morais absolutos ou proposições jurídicas objetivas, hierárquicas e valorativas.

Seguindo um caminho de idas e vindas, muitas vezes de mão única, a história da penologia ocidental está marcada pelos principais fatos históricos da humanidade. Neste sentido, procuraremos ao longo desta parte do trabalho, trazer uma síntese panorâmica do Direito Penal no ocidente a fim de tentarmos atingir o pensamento da Criminologia. No século XIX, a política criminal surge como tal, mas o sentido conferido aos valores políticos a serem perseguidos pelo sistema tinha uma simples conotação racional e jusnaturalista<sup>54</sup>. Juridicizando a política criminal, criticando a Ciência Penal da metodologia naturalista, Franz Von Liszt, fundamentado, por um lado, em uma conotação jurídica e, por outro, social, vedando qualquer discussão metafísica na busca de uma justificação empírica da pena, defende que a política criminal e o Direito Penal deveriam buscar um fim social, conforme Schmidt<sup>55</sup>.

Esta conclusão manifesta-se em relação à metodologia da Ciência Penal, garantindo a investigação do delito como fenômeno ético-social, e da pena como função social, devendo receber, dentro da sua concepção científica, a atenção do que considera como Ciências auxiliares, tais como as Ciências Sociais, a Psicologia, a Estatística, dentre outras, abrindo, com isso, as portas da Ciência Penal, aceitando no cerne do método positivista algumas ciências teórico-práticas. Na concepção de Liszt, não se suprime a dogmática penal da

---

<sup>53</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O papel da criminologia na ciência penal contemporânea**. In BITTAR, Walter. *A criminologia no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris & IBCCRIM, 2007. p.28.

<sup>54</sup> Diretrizes políticas universais e absolutas que eram ditadas pela razão e que deveriam vincular a lei penal.

<sup>55</sup> SCHMIDT, Andrei Zenker. **O papel da criminologia na ciência penal contemporânea**. In BITTAR, Walter. *A criminologia no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris & IBCCRIM, 2007. p.39.

categoria de raiz da Ciência penal, da política criminal, mas incumbe às demais Ciências auxiliares a tarefa de orientar as futuras alterações da legislação penal.

Após a Segunda Guerra Mundial, ganhou força a ideia de relativização da importância do sistema jurídico e, conseqüentemente, da dogmática, em nome da solução materialmente justa a ser dada para cada caso concreto. Nesta perspectiva, o ponto de partida da Ciência do Direito não estaria no sistema dogmático, que deve conferir previsibilidade e estabilidade a decisões, mas sim no problema a ser apreciado no caso concreto. Defende a ideia de que o pensamento sistemático deveria ser substituído pelo pensamento problemático, cuja solução deriva da respectiva estrutura dos fatores que servem de base ao problema, e não da verdade existente por si mesma previamente dada de um sistema determinado pelo procedimento de dedução lógica.

Denominada de tópica jurídica<sup>56</sup> no Direito contemporâneo, vislumbra, como missão dos tribunais, decidir de modo justo os conflitos trazidos perante si. Assim, reconhecendo o indivíduo como sujeito sociológico, é natural que se busque na aplicação das leis um processo que permita a solução dos problemas jurídicos a partir dos dados materiais desses mesmos problemas, mesmo que sem apoio em uma norma legal. Pressupõe abordar o problema a partir dos mais diversos ângulos e que traga à tona todos os pontos de vista – tanto os obtidos a partir da lei como o de natureza extrajurídica – que possam ter algum relevo para a solução ordenada à justiça, com o objetivo de estabelecer um consenso entre os intervenientes.

A tópica jurídica aplicada ao Direito Penal detém a capacidade de justificar um funcionalismo orientado à conseqüências práticas, onde a incidência do Direito Penal seria tão mais ampla quanto maior fosse a demanda por sua eficácia. Segundo Schmidt a tópica jurídica chegou a ponto de convencer que o sistema deveria ser renunciado em nome da justiça do caso concreto, aponta o autor que “[...] pelo menos foi capaz de despertar a atenção para o excesso de normativismo produzido pelo método dedutivo-abstrato próprio do juspositivismo.”<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> A tópica jurídica surgiu como uma antítese ao pensamento dedutivo-sistemático, que busca proporcionar estabilidade, racionalidade e previsibilidade de decisões, obtidas a partir de uma rede de deduções lógicas. Ao contrário, o pensamento tópico agarra-se ao problema a ser solucionado por meio de uma decisão justa, construída a partir de pontos de vista utilizáveis em múltiplas instâncias. Não levando um sistema total, porém, a diversidade de sistemas que não necessitam demonstrar compatibilidade com um sistema total.

<sup>57</sup> SCHMIDT, Andrei Zenker. **O papel da criminologia na ciência penal contemporânea**. In BITTAR, Walter. A criminologia no século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris & IBCCRIM, 2007. p. 47.

A relação travada entre dogmática penal, criminologia e política criminal não foi uniforme desde o modelo proposto por Liszt até os dias atuais. Ao contrário, a Ciência Penal sempre esteve às voltas com concepções que buscam conferir primazia a um desses campos de conhecimento. Uma das propostas reflexivas de maior repercussão no final do século passado, foi o modelo proposto por Roxin que, ampliando a ideia de Liszt, vislumbra uma aproximação do Direito Penal à realidade social pelo viés de suas próprias finalidades políticas, superando-se os problemas da excessiva abstração normativa decorrentes da dogmática clássica de índole juspositivista. Defende, em termos metodológicos, uma síntese entre pensamento sistemático e o pensamento problemático.

Deduz Claus Roxin que,

[...] a vinculação ao Direito e a utilidade político-criminal não podem contradizer-se, mas sim devem resultar numa síntese, do mesmo modo que o Estado de Direito e o estado social não formam, na verdade, contrastes irreconciliáveis, e sim uma unidade dialética. Apresentam-se, portanto, três requisitos fundamentais a serem exigidos para a formulação de um sistema penal frutífero: clareza e ordenação conceitual, referência a realidade e orientação a finalidades político-criminais<sup>58</sup>.

Atualmente, salvo algumas exceções, compreende-se que a Ciência do Direito Penal não pode afastar-se da realidade social e de outras parcelas do saber, isolando-se em seus conceitos, técnicas e valorações, tampouco pode dissolver-se em uma sociologia, ignorando suas particulares necessidades e o específico campo normativo a que pertence o mundo do jurídico. Defende-se que o Direito Penal é uma ciência normativa, porque disciplina juridicamente, com certa dependência dos demais sistemas sociais de controle, as relações sociais, porque, ao desempenhar tal tarefa, fortalece a integração social.

De modo geral, parece-nos que só com essa abertura à interdisciplinaridade – proporcionada por meio de uma aproximação entre criminologia e dogmática – é que a legitimação positiva ou negativa do Direito Penal contemporâneo pode ser encontrada diante do seu caráter simbólico arbitrário. Em outras palavras, a Ciência Penal continua sendo, metodologicamente, normativa em essência, mas deve sofrer a devida influência pelos estudos sociológicos já realizados acerca dos processos sociais de criminalização. Schmidt, assim leciona:

---

<sup>58</sup> ROXIN, Claus *apud* SCHMIDT, Andrei Zenker. **O papel da criminologia na ciência penal contemporânea**. In BITTAR, Walter. *A criminologia no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris & IBCCRIM, 2007. p. 49-50

[...] a criminologia, a política criminal e a dogmática são autônomas enquanto campos específicos, mas ligadas em uma unidade funcional no complexo procedimento de realização do Direito Penal. [...] da delimitação da política criminal com a dogmática jurídico-penal, de um lado, e com a criminologia, de outro, resulta a imagem total da justiça criminal como um edifício sustentado por três pilares. [...] Portanto, criminologia, dogmática do Direito Penal e política criminal têm que cumprir tarefas independentes em relação à própria responsabilidade no âmbito da justiça criminal, e, representam, mediante sua atuação conjunta, uma unidade funcional<sup>59</sup>.

Costuma-se imaginar que a Criminologia, como ciência, é de data muito recente, sendo os estudos de Cesare Lombroso, em fins do século XIX e início do século XX apontados como sua gênese. Sua preocupação centrava-se em descobrir as causas do crime baseado no método empírico, e para tal, observou características craniométricas de delinquentes vivos e mortos, abrangendo fatores anatômicos, fisiológicos e mentais. Zaffaroni<sup>60</sup>, entretanto, apresenta como marco inicial o ano de 1484, quando nasceu o *Malleus Maleficarum*, elaborado pela inquisição, visualizando o aludido ramo de saber pelo prisma etiológico, consoante Thompson<sup>61</sup>.

Porém, podemos sim afirmar, sem dúvida, que o discurso de Lombroso inaugura uma Criminologia moderna que visa legitimar o domínio absoluto sobre uma espécie de viventes: os colonizados. Assim expressa Thompson:

Partia da ideia de que os europeus constituíam a raça mais evoluída do globo terráqueo, mas que, não obstante semelhante evidência, alguns indivíduos advinham ao mundo atavicamente inferiorizados, portando um defeito biológico, anterior ao nascimento, que os impedia de alcançar o nível de desenvolvimento civilizatório de seus companheiros de espécie. Como resultado, indefectivelmente vinham a se tornar meliantes. Eram iguais aos índios, negros, invisíveis a dor, cruéis, infantilizados, portadores de conduta desviante. Seriam os criminosos natos, selvagens como os selvagens das novas terras, maus, perigosos como eles<sup>62</sup>.

A criminologia durante muito tempo enveredou, com variações, pelos caminhos do positivismo, fundamentando-se nos mesmos pilares de sustentação: o crime constituía um fenômeno natural, portanto, seu estudo devia realizar-se através do mesmo processo de conhecimento usado pelas ciências naturais. Acreditava que pela observação e pesquisa dos criminosos oficialmente identificados, mostrava-se possível desvendar as causas do crime e extirpá-las da sociedade.

<sup>59</sup> SCHMIDT, Andrei Zenker. op. cit. p.59.

<sup>60</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho penal, Parte general, Tratado**. Buenos Aires: Ediar, 2008.

<sup>61</sup> THOMPSON, Augusto. **O futuro da criminologia**. In: BITTAR, Walter. A criminologia no século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris & IBCCRIM, 2007. p. 77.

<sup>62</sup> THOMPSON, Augusto. op. cit. P.78.

Atualmente, em virtude dos diversos problemas ocasionados com o inchaço das cidades em função do desenvolvimento da sociedade industrial, o saber criminológico passou a ligar o crime à pobreza, defendendo que nela residiria a causa do delito, justificando o fato de as prisões estarem lotadas de miseráveis. Defende a ideia de que a moderna execução penal tem como objetivo exercer controle duro sobre os pobres<sup>63</sup>.

Segundo Thompson<sup>64</sup>, esta tese se liga a hipótese da existência de quatro fatores principais que determinam a preferência relativa à quais infrações e autores merecem ganhar esse rótulo de crimes e criminosos e a serem publicamente exibidos sob este título: 1) maior visibilidade do ato; 2) enquadramento do infrator ao estereotipo de delinquente construído pela ideologia prevalente; 3) incapacidade de se valer de corrupção ou prevaricação dos órgãos encarregados de apurar delitos; 4) vulnerabilidade quanto a ser submetido a violência e arbitrariedades.

Um dos eixos fundadores da nova criminologia está centrado em uma proposta crítica, refutando a hipótese da função ressocializadora da pena. Compreendem que historicamente o encarceramento deixou de ter como concepção a mera privação de liberdade para atualmente uma privação com direitos sociais e humanos. Assim afirma Cezar Roberto Bitencourt:

[...] a pena privativa de liberdade, que atingiu seu apogeu na segunda metade do século XIX, enfrenta sua decadência antes mesmo que este século termine. Mas as reprovações, pelo menos no seu início, fazem-se somente contra as penas de curta duração e tiveram seu marco fundamental com o Programa de Marburgo de Von Liszt, em 1882. Sua incapacidade para exercer influxo educativo sobre o condenado, sua carência de eficácia intimidativa diante do delinquente entorpecido, o fato de retirar o réu de seu meio de vida, obrigando-o a abandonar seus familiares, e os estigmas que a passagem pela prisão deixam no recluso são alguns dos argumentos que apóiam os ataques que se iniciam no seio da União Internacional de Direito Penal (Congresso de Bruxelas de 1889)<sup>65</sup>.

Diversas explicações teóricas a doutrina tem dado à sanção penal. Enquanto algumas correntes, fundamentadas nas *teorias retribucionistas*<sup>66</sup>, em políticas de segurança pública, valorizam o uso da força sobre qualquer coisa, acreditando que todos os delinquentes,

<sup>63</sup> Sobre esta vertente teórica, veja-se WACQUANT, Lóic. **As prisões da miséria**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001 e MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**. Tradução Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2010.

<sup>64</sup> THOMPSON, Augusto. op. cit. P.79.

<sup>65</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Criminologia crítica e o mito da função ressocializadora da pena**. In BITTAR, Walter. *A criminologia do século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris & IBCCRIM, 2007.

<sup>66</sup> Doutrina tradicional que reconhece que a pena é concebida como um mal que deve ser imposto ao autor de um delito para que extirpe sua culpa. Prima demasiadamente pelo rigor na punição.

independente da infração cometida, devem ser punidos pelos seus atos – como as ações da política de tolerância zero; outras, fundamentadas em orientações preventivas (gerais e especiais), seguem em uma direção contrária, defendendo uma política social em detrimento de uma política de execução penal, questionando hoje a pena privativa de liberdade, afirmando que o problema da prisão é a própria prisão.

Nesta concepção, o que se busca é limitar a prisão aos casos de extrema necessidade, visando o impedimento da sua ação criminógena, cada vez mais forte. Advogam a recomendação de que a privação de liberdade seja limitada para condenações de longa duração, bem como aos condenados efetivamente considerados perigosos e de difícil recuperação. Adotando o conceito de pena necessária de Von Liszt, caminha-se em busca de alternativas para a pena privativa de liberdade. Leciona Bitencourt:

No discurso histórico do Direito Penal, da pena e do Estado, observam-se notórias rupturas, entre as quais se encontra a transição das *concepções retributivas* da pena às *orientações preventivas* (gerais e especiais), além de algumas outras concepções mais modernas, como a prevenção geral positiva, *fundamentadora e limitadora*<sup>67</sup>.

Concepções modernas defendem que os chamados substitutivos penais<sup>68</sup> constituem alternativas mais ou menos eficazes na tentativa de desprisonalizar, além de outras medidas igualmente humanizadoras de execução penal. A pena, ao contrário dos defensores das teorias retribucionistas, é uma grave e imprescindível necessidade social, justificada em situações de extrema exceção.

Algumas perspectivas destacadas por Bitencourt, que, fundamentadas na concepção de ineficácia da pena privativa de liberdade, buscando humanizar o Direito Penal, questionando a validade da pena de prisão no campo teórico, principiológico ou abstrato da privação da liberdade, afirmam que:

[...] se tem deixado de lado, em um plano muito inferior, o aspecto principal da pena privativa de liberdade, que é a sua execução. Igualmente se tem debatido no campo da interpretação das diretrizes legais, do dever ser, da teoria, e, no entanto, não se tem dado atenção devida ao tema que efetivamente merece: o momento final e dramático, que é o do cumprimento da pena institucional. Na verdade, a questão da privação de liberdade deve ser abordada em função da pena tal e como hoje se

<sup>67</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Criminologia crítica e o mito da função ressocializadora da pena**. In BITTAR, Walter. A criminologia do século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris & IBCCRIM, 2007, p.86.

<sup>68</sup> A sociedade contemporânea, preocupada em diminuir a privação da liberdade, ou ao menos, transformá-la em simples restrição, tem investido, além da multa, a aplicação da suspensão condicional, o livramento condicional, a limitação de fim de semana, o trabalho comunitário, as restrições do exercício de determinadas atividades, bem como do exercício de certos direitos, e, mais recentemente a transação penal e a suspensão do processo.

cumpra e se execute, com os estabelecimentos penitenciários que temos, com a infra-estrutura e dotação orçamentária de que dispomos, nas circunstâncias e na sociedade atuais. Definitivamente, deve-se mergulhar na realidade e abandonar, de uma vez por todas, o terreno dos dogmas, das teorias, do dever ser e da interpretação das normas<sup>69</sup>.

Fundamentadas nas premissas de que o ambiente carcerário é um meio artificial, antinatural, que não permite realizar nenhum trabalho reabilitador, vários estudiosos, dentre eles Antonio García-Pablos y Molinas e Massimo Pavarini, defendem a tese de que a pena não ressocializa, mas estigmatiza, não limpa, mas macula. Afirmam que é mais difícil ressocializar a um interno do sistema prisional do que uma pessoa que não teve essa experiência. Chama a atenção, ainda, para o fato de que a maior parte das prisões no mundo, diante das suas precárias condições materiais e humanas, das condições reais que se desenvolvem a execução da pena privativa de liberdade, tornam inalcançável o objetivo reabilitador. Seguindo este princípio, chega-se a posturas radicais e extremas de sugerir, como aduz Bitencourt, que a única solução para o problema da prisão seja a sua extinção pura e simples<sup>70</sup>.

A situação caótica no interior dos cárceres, bem demonstrada pelo professor Gilberto Giacóia que destaca que são encerrados em minúsculos cubículos homicidas, ladrões, maníacos sexuais, por fim integrantes do mais baixo substrato social, conforme chamou Rivera Beiras<sup>71</sup>, “cidadãos de segunda categoria”, que são etiquetados pela sociedade com o estigma da marginalidade, atendidos por pessoal despreparado, vivendo na ociosidade completa, sujeitos a toda espécie de violência, deles não se pode esperar que retornem à sociedade plenamente recuperados. Esta crítica ao sistema carcerário assinala o fracasso da política penitenciária que reflete um duplo castigo, com a retirada não só da liberdade, mas a dignidade inerente à condição humana, instalando grande distância para que se alcance a mínima condição de reinserção social. Esta sociedade que paga o alto custo da manutenção das prisões é a mesma que assiste uma escalada do sentimento de insegurança e medo.

Pode-se afirmar, que a sociedade moderna dos países de sistema político aberto, tendem a democratizar a aplicação do Direito em favor de uma cidadania forte, porém, nas

---

<sup>69</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Criminologia crítica e o mito da função ressocializadora da pena**. In BITTAR, Walter. A criminologia do século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris & IBCCRIM, 2007, p.86.

<sup>70</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. p.87.

<sup>71</sup> RIVERA BEIRAS, I. “La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción de un ciudadano de segunda categoría”, in: GIACOIA, Gilberto. **“Historico hispano-luso-brasileño y perspectivas criminológicas de la reacción penal”**. trabalho de Pós-Doutorado. Barcelona: UB Universitat de Barcelona, 2011, p.13

discussões do tema em análise, ou seja, a situação dos reclusos, ainda há muito que se caminhar para a conscientização de que é necessário um envolvimento de toda a comunidade no sentido de cobrar de nossos legisladores uma nova política criminal, bem como uma nova política penitenciária, com penas alternativas, porém de forma séria, com trabalho de fato, e para aqueles que necessariamente devem se submeter a um regime fechado, que seus direitos humanos sejam respeitados, para que eles percebam que a sociedade se preocupa em lhes dar novas oportunidades.

Sob a luz deste discurso, cresce nas grandes capitais mundiais, o reexame das políticas de execução penal, debatendo-se sobre a viabilidade de ampliação das penas alternativas ao encarceramento. No Brasil as penas alternativas adotadas pelo ordenamento jurídico, se consubstanciam em uma das mais significativas inovações da Reforma Penal de 1984, reforçadas pela Lei nº 9714/1998, e mais atualmente a novel reformulação parcial do Código de Processo Penal pátrio com a edição da Lei nº 12.403/2011 que veio detalhar as outras medidas cautelares que podem ser aplicadas aos investigados, indiciados ou réus, como alternativa ou em substituição à prisão, modificação relevante que será retomada em outro tópico específico desta pesquisa que tratará as alternativas brasileiras para as sanções alternativas.

Conforme assevera Capeller:

Esta contradição interna ao discurso do direito, ou seja, a pretensão científica, por um lado, e a necessidade de construir conceitos técnicos que tenham a finalidade jurídica e que sirvam para ordenar as relações sociais e transformar os indivíduos em sujeitos de direito, por outro, faz que o discurso jurídico agregue categorias conceituais de discursos outros, de outras esferas do conhecimento, que terminam por influir em sua formação, reforçar sua função e determinar as condições de sua aparição material e de sua transmissão/retransmissão<sup>72</sup>.

Sintetizam Muñoz Conde e Hassemer que as diversas teorias e formas de entender a pena como reação social à criminalidade têm demonstrado que, ainda, às vezes de maneira encoberta, persiste um conflito já descrito por Von Liszt, ao final do século XIX, ao classificar o Direito Penal como a “barreira intransponível da Política criminal”. No fundo este dilema está “o eterno conflito entre progresso, entre Justiça e segurança jurídica, entre modernismos e conservadorismo, entre movimento e inércia”<sup>73</sup>. Mas em todo caso, a nos

---

<sup>72</sup> CAPELLER, Wanda. **O direito pelo avesso: análise do conceito de ressocialização**. In: Temas IMESC, Soc. Dir. Saúde. v.2, nº 2. São Paulo: IMESC, 1985. p.129.

<sup>73</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Tradução Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P.301.

ensinar que não se pode conceber em tempo previsível solução mágica para a criminalidade. Criminalidade que como ideia de desvio de conduta, é inerente a qualquer sistema de regulação de convivência humana, necessário se acostumar com sua presença, a reação deve ser adequada e necessária para a sua redução a limites suportáveis para que essa mesma convivência possa seguir de forma pacificada, organizada e justa.

O sociólogo Fernando Henrique Cardoso no lançamento do Programa Nacional de Direitos Humanos brasileiro, ressaltou que “não há como conciliar democracia com as sérias injustiças sociais, as formas variadas de exclusão e as violações reiteradas aos direitos humanos que ocorrem em nosso país”<sup>74</sup>.

Aduzem Muñoz Conde e Hassemer que as estratégias de reação social, no entanto, precisam ter em consideração que as respostas sociais precisam encontrar limites nos princípios elementares do Estado de Direito, da legalidade, da intervenção mínima e da proporcionalidade, tendo em conta que a prevalência dos direitos humanos, também aos humanos delinquentes, por que é isto, acima de tudo, acima de qualquer eficácia do conjunto institucionalizado de medidas extralegais, o único meio que poderá assegurar a continuidade de um modelo de convivência democrático e ordenado juridicamente. Isso importa a Criminologia que deve se ocupar em conhecer quais são os efeitos da pena e as limitações que uma sanção impõe ao infrator e à sociedade, e com estas informações detalhadas e sistematizadas, seria possível concluir se estes efeitos seriam admissíveis do ponto de vista da adequação e proporcionalidade.

### **1.3.1 Criminologia e o enfoque econômico do surgimento e evolução da prisão**

Na segunda metade do século XVI, encontramos um movimento de grande transformação e desenvolvimento das penas privativas de liberdade. Conforme o professor Gilberto Giacoia, em “rápidos antecedentes históricos, se pode localizar o surgimento do cárcere em 1600, como resposta a alta demanda de trabalho e escassez de mão de obra do século XVII”<sup>75</sup>. Com o reconhecimento do absurdo que seria a manutenção de ampla aplicação de penas corporais aos atores desviantes, como exemplo a pena de morte,

<sup>74</sup> CARDOSO, Fernando H. in: <http://www.mj.gov.br/sedh/dpdh/gpdh/pndh/prefacio.htm>. Acesso em 27/06/2011.

<sup>75</sup> GIACOIA, Gilberto, **Historico hispano-luso-brasileño y perpectivas criminológicas de La reacción penal**. Tese de Pós-Doutorado defendida no Departamento de Direito Penal e Ciências Penais. Barcelona: “Universitat de Barcelona”, 2011, p.34.

mutuações de partes do corpo (dedos, mãos, braços, pernas), pois isto iria dificultar ou impossibilitar as pessoas de trabalhar. Essa origem, segue afirmando citado catedrático, que de maneira alguma guarda semelhança com os atuais objetivos da privação da liberdade.

Profundas alterações nos instrumentos de punição surgiam na época mencionada (final do século XVI), já que crescia em grande escala o interesse pela exploração da mão de obra daqueles sujeitos às penas privativas de liberdade. A condenação às penas de galés ou desterro, que significavam exploração gratuita da atividade humana foi diminuindo. Estas mudanças não surgiram de observação humanitária, mas sim com olhar econômico, que para se desenvolver buscava se alicerçar na máquina administrativa, a força do aparato que governava a sociedade já demonstrava seu potencial. Demonstrando a correlação histórica entre o poder econômico e o encarceramento. Merece destaque a assertiva de George Rusche e Otto Kircchheimer, quando assinalam que “[...] a reforma do sistema punitivo encontrará um terreno fértil, somente enquanto a causa de seus princípios humanitários coincidirem com as necessidades econômicas da época”<sup>76</sup>.

Salienta Garcia Valdés, conforme destacou o professor Giacoia, ao analisar a transição da prisão processual, ou seja, como mera retenção custódia, para uma detenção com caráter de meio punitivo, que as razões desta transformação, cuja compreensão é fundamental também na hora de analisar a atual crise do sistema punitivo, tem suas raízes nos seguintes argumentos:

Em primer lugar, desde la perspectiva de la política criminal, la pena de privación de libertad fue consecuencia inmediata tanto de la crisis del feudalismo, el desarrollo de la vida urbana y las asoladoras guerras, como de la pobreza de los arrojados de sus ciudades, arrasadas por las expediciones militares (los ejércitos de vagabundos y mendigos de han hablado Von Hentig o Tomás y Valente); em segundo lugar, desde una perspectiva penológica, el innegable desprestigio de que gozaba em los albores de la Edad Moderna la pena de muerte, que no intimidaba, así como la falta de seguridad derivada de los otros castigos (picota, destierro y corporales), convirtieron a la privación de libertad en el ‘nuevo gran invento social’ a fines del siglo XVI, para intimidar o corregir a los delincuentes; em tercer lugar, desde una perspectiva socioeconómica, el internamiento responde a um imperativo de trabajo, condenatoria del ocio (encerrar a quienes no tienen trabajo), al que se añade la utilidad de hacer producir a los encerrados, en atención a la obtención de beneficios y em base a general prosperidad; y, em cuarto y último lugar, desde una perspectiva de historia de las mentalidades, el resurgir de la tradición canónica, em unión de las ideas religiosas del protestantismo, fomentó el desarrollo de la prisión como pena

---

<sup>76</sup> RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. **Pena y estructura social**. Bogotá: Temis, 1985, p.99.

desde la idea de la idoneidad del trabajo y del esfuerzo redentor del alma, así como la contrita meditación solitaria, para el sacrificado arrepentimiento del culpable”<sup>77</sup>.

No final do século XVII e início do século XVIII, devido aos distúrbios sociais, resultado da crise da vida feudal e da economia agrícola, o aumento da delinquência causou saques e incêndios em povoados e cidades, ainda, com a eclosão de numerosas guerras que culminaram com a redução das populações e expansão da miséria. Originou-se daí a aparição de um grande número de vagabundos e mendigos que se aglomeraram em grupos nos arredores das cidades. O desenvolvimento histórico da prisão, portanto, demonstra que o cárcere não foi criado com o propósito de isolar delinquentes. A privação de liberdade como uma espécie de castigo institucionalizado pelo Direito Penal, aparece somente uns duzentos anos, no século XVIII (no apogeu da Revolução Industrial), buscando regular o mercado de trabalho, a produção, o consumo de bens e para proteger a propriedade da classe dominante.

As *casas correccionais*<sup>78</sup> antigas, não devem ser consideradas como precursoras das prisões e penitenciárias, uma vez que foram arquitetadas para isolar vagabundos, bêbados, órfãos, crianças abandonadas, anciões, doentes mentais, prostitutas, enfim, todo tipo de pessoas que “atrapalhavam” a sociedade, mas sem observar nenhuma diferenciação, operando o mesmo destino e tratamento a todos aqueles grupos. As chamadas *instituições totais*, que Goffman define como os sanatórios, hospitais psiquiátricos, que abrigam os loucos perigosos; ainda aquelas que protegem incapazes do perigo (idosos, órfãos, cegos e indigentes); às de proteção para a sociedade (cadeias, penitenciárias); mesmo aquelas que desenvolvem atividades consideradas legais (colégios internos, quartéis, grandes fábricas); que servem para separar as pessoas do contato com o resto da sociedade (monastérios); são assim, o lugar de residência e trabalho de um grupo de pessoas separadas da sociedade que vivenciam uma situação comum, sob uma supervisão administrativa, e, totalmente contrária as características da vida moderna, onde se pressupõe a necessidade para o homem, quase obrigatória, de lazer, desenvolver atividades em diferentes locais com constantes e variados contatos<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> GARCIA VALDÉS, Carlos. **Prologo, Em Historia de la Prisión em España**, de Roldán Barbero, Horacio. Barcelona: Publicação do Instituto de Criminologia de Barcelona, 1988. Pp. 15-16, *apud* GIACOIA, Gilberto. Op. cit. 2011, pp.35-36.

<sup>78</sup> House of Correction (Londes, 1552) para vagabundos e prostitutas. Rashuys (1595) para homens vagabundos e jovens delinquentes; Spinnbyes (1597) para mulheres (Amsterdã).

<sup>79</sup> GOFFMAN, Erving. **Internados**. Buenos Aires: Amorrortu, 1961.

Há quem sustente o contrário, ou seja, que as prisões para aqueles que delinquiriam surgiram como reação ante a natureza bárbara e os excessos das penas anteriores, e, que a prisão foi uma das formas encontradas para a separação das sanções penais tradicionais<sup>80</sup>.

Entre os que apoiam a tese do surgimento do cárcere relacionado com o sistema capitalista de produção e trabalho, destacam-se Melossi e Pavarini<sup>81</sup>, que ressaltam que, de fato, antes de impor a pena de privação de liberdade, os ordenamentos penais, continham um intrincado sistema de sanções que sacrificavam alguns bens dos culpados; a riqueza com as sanções pecuniárias, a integridade física e a vida com as penas corporais e a pena de morte, o horror com penas infamantes, etc. Mas, não consideravam a perda da liberdade por um determinado tempo como um castigo adequado ao cometimento de crime, isto porque, a liberdade não era valorada de tal forma que sua perda pudesse ser considerada como sofrimento ou um mal. Já havia o cárcere, mas com cunho custodial, onde o agente desviante aguardava o desfecho do processo. Assim, antes da chegada do sistema capitalista de produção não existia o cárcere como lugar de execução de sanções penais. A liberdade adquiriu uma valoração econômica somente depois do surgimento do sistema de produção.

Melossi e Pavarini, em sua obra clássica, *Cárcere e fábrica*, sustentam esta ideia crítica sobre a chamada pena correccional, concebida em sua essência de experiência de disciplinar, ou “domesticar” os homens excluídos do pacto social (escravidão de racionalidade capitalista). Mas diante da reforma penal no mundo ocidental, observada desde a metade do século XX, cuja reformulação aponta para o horizonte do necessário desencarceramento, Pavarini atualiza o texto chamando de *Cárcere sem fábrica* ao movimento de alternativas ao processo penal, penas substitutivas, benefícios penitenciários, que destacam a rota reformista e progressiva de liberação da necessidade do cárcere. O objetivo então, da reintegração do condenado já não necessita de práticas correccionais na prisão, mas sim, requer que a comunidade, o grupo social assumam aquele que haja desviado.

Interessante esta visão de que prisão é um meio de controle e dominação para a manipulação do mercado de trabalho com mão de obra barata, obrigando os homens livres e trabalhadores honestos a aceitar qualquer trabalho e salário. Estes são, sinteticamente, os princípios vetores da Criminologia crítica ou radical, de cariz marxista, explicando que o delito depende do modo de produção capitalista. A lei é parte da estrutura do sistema de

---

<sup>80</sup> MORRIS, Norval. **El futuro de las prisiones**. 6. ed. Cidade do México: Siglo XXI, 1991, p. 20.

<sup>81</sup> MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Control y dominación. teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. Tradução de: Ignacio Munagorri. México: Siglo XXI, 1988.

produção e legitima a violência econômica de quem detem o poder. O Direito, por sua vez, é ideologia e não ciência e aqueles que trabalham com ele são instrumentos desta ideologia. Consoante Cirino dos Santos, este conceito de crime “estaria calcado na violação de um sentimento de solidariedade, e, o delito mais grave seria a exploração da única riqueza do homem, a mão de obra do trabalhador”<sup>82</sup>.

Para Rusche e Kirchheimer, na obra citada, esta posição é mantida, ou seja, aduzem que o sistema de produção e mercado de trabalho em uma sociedade capitalista dependem de um sistema punitivo ou a ele estão estreitamente vinculados. Assim, leciona Gilberto Giacoia, que com esta perspectiva, “qualquer proposta para melhorar a vida no interior dos cárceres somente seria possível com a transformação total da estrutura econômica e política de toda a sociedade”<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

<sup>83</sup> GIACOAIA, Gilberto. Op. cit. 2011, pp.39.

## 2 OS MOVIMENTOS ORIGINÁRIOS DA REFORMA PENOLÓGICA

A reforma dos estatutos penais, ou a necessidade dela, sempre acompanhou o Direito Penal<sup>84</sup> desde os primórdios. Veja-se que mesmo antes que o maior representante da escola clássica, Carrara<sup>85</sup>, formulasse um programa com as bases do conteúdo do Direito Penal, já Beccaria iniciava um movimento que se mostra forte e até atual, com sua obra *Dos delitos e das penas*, levantando bandeira contra a desproporcionalidade das sanções penais e do processo penal do Antigo Regime<sup>86</sup>.

Os diplomas legais com vigência, nesse período, tinham inspiração em ideias e procedimentos de excessiva crueldade, intensificadas as inflições de castigos de natureza corporal e a pena capital. O Direito era um mecanismo gerador de privilégios, o que permitia aos encarregados da jurisdição, julgar arbitrariamente os homens de acordo com sua condição social<sup>87</sup>.

Nesse diapasão, não restaria outra alternativa, somente a reforma, e que se operasse de preferência, na raiz da situação desse contexto. No entanto, a partir da segunda metade do século XVIII, começam a remover-se as antigas ideologias arbitrárias: os filósofos, moralistas e juristas da época, dedicam suas mais distintas obras a censurar abertamente a legislação penal vigente, defendendo as liberdades individuais e enaltecendo os princípios da dignidade humana<sup>88</sup>.

Todavia, já no encerrar do século XIX, realmente começa a se difundir o pensamento de que a pena privativa de liberdade não é o melhor remédio dos sistemas punitivos dos diversos Estados no combate à criminalidade. Na Alemanha por exemplo, Von Liszt, defende uma proposta de uma ciência universal do Direito Penal, advogando pela extinção das sanções

---

<sup>84</sup> JESCHECK. Rasgos fundamentales del movimiento internacional del Derecho penal, em: *La reforma del derecho penal*, 1980, p. 09. In: FRANCO, Alberto Silva. **Código penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8 ed. São Paulo: RT, 2010, p.56.

<sup>85</sup> CARRARA, Francesco. **Programa de direito criminal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. Campinas/SP: LZN, 2002, p.48, v. 1.

<sup>86</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Título original “Dei delitti e delle pene” (1764). Tradução Torrieri Guimarães. 9ª reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2009.

<sup>87</sup> BITENCOURT. **Falência da Pena de Prisão**, p. 32.

<sup>88</sup> O movimento do Iluminismo, com expoentes como VOLTAIRE, MONTESQUIEU e ROUSSEAU, sustentou que deveria haver a proporcionalidade entre a pena e o delito cometido, não podendo-se levar em conta as circunstâncias pessoais do delincente. Essa corrente ideológica alcançou seu ápice na Revolução Francesa, com grande impacto influenciando diversas pessoas com sentimentos em comum, dentre elas, HOWARD e BENTHAM, dois dos principais reformadores em seus respectivos tempos. Também, neste sentido, BITENCOURT. **Falência da pena de prisão**, p. 32.

penais de curta duração e pela premência em possibilitar novas alternativas às formas tradicionais do sistema punitivo. Isso porque para o criador do *Programa de Marburgo*, as penas curtas de prisão “não corrigem, nem intimidam, ao contrário, arrojaram frequentemente o delinquente primário no caminho definitivo ao crime.”

Enquanto no extertor do século XIX, Ferri empreende o primeiro e forte movimento contra a pena privativa de liberdade, resumida na sua observação com relação ao regime de isolamento celular, quando afirmava que esse regime correspondia a uma das grandes aberrações daquele momento histórico<sup>89</sup>. Esta observação crítica, conforme Aguilera, iniciaria a surgir em finais do mesmo século, chegando a sua maturidade plena em meados do XX, quando, precedido de uma atenção doutrinária que se dirigia aos efeitos nefastos da privação de liberdade, tem início os estudos e planejamentos de uma busca de substitutos e alternativas<sup>90</sup>.

## **2.1 A crise da pena de prisão: Suas respectivas causas**

### **2.1.1 O fracasso das finalidades preventivas**

Inicialmente o atributo da privação de liberdade, correspondia ao desenvolvimento de um sistema baseado no isolamento celular, na instrução religiosa e na disciplina laboral. A “arquitetura moral” do cárcere teria que expressar e incorporar estes objetivos e ao mesmo tempo implementar melhoria na ordem, na salubridade e nas condições de seu funcionamento, sendo por derradeira intenção, a transformação de reclusos sem possibilidade de correção em indivíduos exemplares<sup>91</sup>.

Destarte, o vínculo entre a eficácia do encarceramento e sua função de prevenção especial, destacando a finalidade de outras capacidades, imaginou que alcançassem efetividade as assertivas relacionadas com as ideias e planejamentos tendentes a abolição desse sistema punitivo. Dentre as outras capacidades, ressalta a quantidade de crimes que deixam de ser cometidos diante do medo da condenação à pena privativa de liberdade ou pela consciência da valoração social dos ditames da Justiça assegurados pelo símbolo gerado pelo cárcere, e que impõe forte influência na opinião pública, consubstanciadas por uma

---

<sup>89</sup> FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**: o criminoso e o crime. Tradução Paolo Capitanio. 3. ed. Sorocaba/SP: Editora Minelli, 2009, p. 135.

<sup>90</sup> TÉLLEZ AGUILERA. **Nuevas penas alternativas**, p. 21.

<sup>91</sup> MATTHEWS. **Pagando Tiempo**, p. 39.

concepção, frise-se errônea, de que o sistema carcerário distribui “generosidade” em demasia aos criminosos, fazendo surgir uma insegurança coletiva que invade o próprio sistema penal. Portanto, ressalta-se, a concepção de prevenção geral positiva ou integradora atribuída à sanção penal. Nessa concepção, incluiu-se a ilusão de que a teoria da prevenção geral evoluiu, especialmente, no aspecto da chamada teoria da prevenção geral positiva ou prevenção integradora, observando-se nesse tópico o consenso de uma prevenção geral sem vínculos com o efeito negativo, ou seja, a intimidação<sup>92</sup>.

Verifica-se a distinção de duas linhas de pensamento entre os adeptos desta teoria. De outro modo, àqueles – destacando-se Hans Welzel<sup>93</sup> e Günther Jakobs<sup>94</sup> - que reconhecem a prevenção geral com cunho positivo como fundamentadora e ampliadora da intervenção do Direito Penal, onde esse regulamento deve impor-se ainda que não se exija a concreta tutela de bens jurídicos mas sim a manutenção da confiança no ordenamento jurídico e aqueles outros – como os juristas alemães Winfried Hassemer<sup>95</sup> e Claus Roxin – que concebem a citada prevenção como limitador da prevenção geral intimidatória e/ou da prevenção especial<sup>96</sup>.

Desta maneira, o anseio das perspectivas que suplantam a reincorporação ao grupo social, quando não o mero desprezo na premência de alcançar finalidades maiores que justifiquem e legitimem a existência e permanência da pena em nosso contexto comunitário,

<sup>92</sup> TÉLLEZ AGUILERA. **Nuevas penas alternativas**, p. 29 e 30.

<sup>93</sup> BITENCOURT salienta que Welzel, tinha como concepção que o direito penal deve atender uma função ético-social, segundo esta, mais relevante do que a tutela de bens jurídicos é assegurar a força real dos valores jurídicos instituídos na sociedade. A tutela de bens jurídicos teria, tão somente, a finalidade de prevenção negativa. BITENCOURT. **Falência da pena de prisão**, p. 145.

<sup>94</sup> Nesse sentido Jakobs, define que ao Direito penal, visa a garantia da função orientadora do ordenamento jurídico. Seguindo da concepção de Direito de Luhmann, Jakobs verifica que o ordenamento jurídico procura a estabilidade e institucionalização das vivências coletivas, sendo um micro-sistema interagindo com diversos outros sistemas, disciplinando os comportamentos que os membros do grupo social devem observar nas suas relações interpessoais. JAKOBS. *Sobre la normatización de la dogmática jurídico-penal*, p. 59 e ss; BITENCOURT. **Falência da pena de prisão**, p. 146; PEÑARANDA RAMOS - SUÁREZ GONZÁLEZ - CANCIO MELIÁ. **Um novo sistema do Direito Penal**, p. 07 e ss.

<sup>95</sup> Winfried Hassemer, afirma que a atribuição preventiva geral não pode ser a intimidação e sim a garantia das regras jurídicas, finalidade que alcançaria seus objetivos tanto através das tipificações penais, do aumento da severidade das penas, quanto por meio de descriminalização e de atenuação penal. De vez que a estabilidade do ordenamento jurídico não se estabelece nos grupos sociais e em seus integrantes pela coação, pelo contrário, se dá através da consciência de que as regras são idôneas para melhorar a convivência. Esta consciência de idoneidade das normas, se desequilibra quando estas são excessivamente rígidas e, ao contrário, vê-se fortalecida quando a previsão sancionatória e sua execução se mostram como instrumentos de garantia dos bens jurídicos e possibilitando desta forma a liberdade humana. HASSEMER. **Direito Penal libertário**. Tradução de Regina Greve; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 93.

<sup>96</sup> MIR PUIG. *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales, 1986, p. 51 e ss. In BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.127.

revelam, portanto, uma descrença sobre a função desempenhada pelo sistema penal, um instituto conhecido por todos, que notabiliza-se pela sobrevivência de uma constante e necessária função paradoxal. Enquanto mais se verifica a falta de justificação pela alegada falência de suas finalidades, se concebe de maneira exacerbada, o uso crescente de sanções penais de privação de liberdade em nossos contextos sancionatórios; sobressaindo a concepção de que enquanto persistir a situação de crise, mormente em uma coletividade tendente a uma forte sensação de insegurança como a nossa, mais imposição da pena de prisão é necessária para conter tais perigos.

De se ressaltar, que esse pensamento mina a força dos pressupostos simbólicos que alicerçam as finalidades das sanções, pois se percebeu que a privação de liberdade não intimida aos profissionais do crime; não corrige e nem reabilita, pois, suas características que despontam impossibilitam qualquer tratamento eficaz<sup>97</sup>; além do mais, quase sempre facilitam a corrupção através da convivência com outros criminosos, que desenvolvem no indivíduo a “cultura” do ambiente carcerário, que acaba lhe servindo, até, como conhecimento de outros métodos criminosos. Estes efeitos nefastos, não devem dar azo, ao aumento e prolongamento do tempo no cárcere, independente das sanções penais de curta ou de longa duração, adotando-se - consoante o pensamento da doutrina majoritária - a uma nova política reducionista, estimulada pela adoção dos chamados “substitutos penais” que endossam uma peculiar natureza - segundo a tese doutrinária que a defende - de alcançar a finalidade preventiva.

Em relação as circunstâncias dos estabelecimentos prisionais, os doutrinadores, de forma quase unânime, afirmam que o apenado tem mais chance de aperfeiçoar-se no crime do que obter a reeducação que o harmonizaria com a vida social, pelo ambiente de promiscuidade e contato com infratores experientes em que passa a viver<sup>98</sup>. Nesse

---

<sup>97</sup> Para Matthews, O principal objetivo da privação de liberdade, deveria ser a reabilitação do prisioneiro, e, nunca determinar a obrigatoriedade de atividade laboral no presídio visando suposta reparação financeira ao Estado. A falha na discussão desse tema, surge ao se afirmar que o desemprego seria o maior causador de criminalidade, e que os criminosos se envolvem nessa situação porque não possuem as habilidades ou destrezas necessárias para proceder de maneira eficaz formas legítimas de trabalho. MATTHEWS. **Pagando tiempo**, p. 75.

<sup>98</sup> Nesse sentido, BATISTA MUAKAD, Irene. **Prisão albergue**, São Paulo: Atlas, 1998, p. 27; Também HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. V. 1, Tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 190 que diz que “[...] os estabelecimentos prisionais não passam de monumentos de estupidez. Para reajustar homens à vida social invertem os processos lógicos de socialização; impõem silêncio ao único animal que fala; obrigam a regras que extinguem qualquer mecanismo de reconstrução moral para vida livre do amanhã...; aviltam e desfibram, ao invés de incutirem o espírito de hombridade, o sentimento de amor-próprio; pretendem, paradoxalmente, preparar para a liberdade mediante um sistema de cativoiro”.

entendimento de Cohen, destacado por Bitencourt, a ineficiência da privação de liberdade pode ser considerada tão elevada que a sociedade poderia prescindir de sua reforma, pois a prisão, na forma como se encontra, somente garantiria a manutenção de seus paradoxos e suas contradições. Diante desta colocação, Cohen afirma como solução real para essa problemática dos cárceres a sua eliminação pura e simples<sup>99</sup>.

Desta maneira, suscita rememorar que as críticas abolicionistas encontraram eco no fato de que desde a metade da década de setenta a ideologia do tratamento foi sendo abandonada gradativamente, mesmo nas nações da escandinávia, onde essa filosofia havia fincado raiz. Remonta o surgimento da concepção ideológica de tratamento a interposição de múltiplas causas: a imprecisão da finalidade almejada, a parca obtenção de resultados, a não observância de um mínimo de dignidade humana em relação a parcela dos tratamentos impostos coativamente, a falta de suficientes garantias jurídicas dos apenados, o perfil de tratamento medicinal que, por vezes, se dispensou através da execução penal, suscitando o condenado como portador de doença. Essa somatória de espectros desencadeada, culminou com a falência do tratamento penitenciário, extirpando qualquer alicerce e conteúdo do princípio ressocializador, e com a falta de perspectiva de reintegração social a justificação da existência da prisão, conforme a perspectiva abolicionista, se dilui<sup>100</sup>.

Não se deve aqui esquecer do equilíbrio que se busca com o movimento do Direito Penal Mínimo, situado em posição intermediária entre o Direito Penal Máximo e o Abolicionismo, que com uma abordagem crítica e seletiva das tipificações do sistema penal, procura afastar aquelas condutas que poderiam ter suficiente controle através de outros ramos do direito, assevera Kazmierczak que O Direito Penal Mínimo “não se utiliza dos rigores do Direito Penal Máximo, sendo punidas apenas as condutas que venham a atingir ou colocar em perigo concreto de lesão os bens jurídicos importantes para a sociedade”<sup>101</sup>.

Destaca por sua vez Saliba, que essa diferenciação tem o condão de colocar o movimento do Direito Penal Mínimo junto das teorias reformadoras da pena, e não ao lado dos abolicionistas, pois, ao buscar a “minimização, humanização ou substituição das penas”,

---

<sup>99</sup> COHEN. *Un escenario para el sistema penitenciario futuro*. Nuevo Pensamiento penal, 1975, p. 412 e ss. In: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. V.1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.525.

<sup>100</sup> TÉLLEZ AGUILERA. **Nuevas penas alternativas**, p. 34 e 35.

<sup>101</sup> KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Direito penal constitucional e exclusão social**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 86.

devem ser entendidas como “teorias ‘reformadoras’ ou ‘substitutivas’, visto que a sanção penal é mantida como meio de reação social através das regras e normas do Estado”<sup>102</sup>.

Outro movimento político criminal que merece destaque é o garantismo, que não se pode confundir com o minimalismo, apesar de apresentarem pontos convergentes e complementares, haja vista que tem por base os mesmos ideais e pressupostos, conforme bem delinea Gomes, Garcia-Pablos de Molina e Bianchini

O minimalismo está voltado para a intervenção do Direito Penal (considera o Direito Penal como *ultima ratio*). O garantismo diz respeito às garantias penais e processuais penais. São distintos, mas convergentes, ou seja, contam com muitos pontos de contato<sup>103</sup>.

A linha mestra do movimento garantista, segundo Ferrajoli, como frutos do iluminismo e do liberalismo<sup>104</sup>, é que a prevenção não deve mais ser tratada como instrumento de defesa social, mas como garantia de defesa ao próprio autor do delito. Limita, assim, o excesso de reação social, que se exacerbada, nos faria retornar à fase da vingança privada.

Ressalta um dos mais influentes penalistas modernos, o alemão Claus Roxin<sup>105</sup>, afirmando que é um desejo utópico acabar totalmente com a delinquência, uma vez que a marginalização e o dissenso são inerentes ao ser humano, e irão segui-lo até o fim de sua aventura na terra. Porém, conclui o pensador, “este fato não exime a sociedade de seu compromisso frente ao agente desviante”.

### 2.1.2 Efeitos psicológicos negativos e cordões sanitários produzidos sobre o recluso

Somando-se ao que já foi comentado, não se pode olvidar que gradualmente se vai admitindo a natureza nociva da prisão e seus graves efeitos. A partir de uma concepção doutrinária surgida no último século, se tem estudado o que a ciência criminal tem denominado de *psicosis* carcerária em suas mais diversas conotações. Ainda, se alinham a estas circunstâncias negativas condições de insalubridade atingindo a saúde física dos delinquentes ocasionando a disseminação de patologias como a hepatite, a tuberculose, a

<sup>102</sup> SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 58.

<sup>103</sup> GOMES, Luiz Flávio; GARCIPABLOS DE MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice. **Direito penal**, volume 1: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: RT, 2007, p. 455.

<sup>104</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 37.

<sup>105</sup> ROXIN, Claus. **Sentido e limites da pena estatal**. Problemas fundamentais de direito penal. Coimbra: Universidade Coimbra, Editora Vega, 1986, p.42-45.

AIDS e infecções dos mais diversos tipos, doenças estas, nem sempre oriundas diretamente do ambiente penitenciário, mas que facilita de maneira acentuada o contágio.

De se depreender que a prisão, não somente incide na saúde física dos internos, mas também em outros seguimentos da personalidade que se tornam afetados. Assim, desde meados do passado século, se vem estudando todo o contexto da chamada *prisionalização*<sup>106</sup>, entre outras coisas, o desespero por parte do cidadão que cumpre pena e toda uma “cultura” peculiar criada pela própria prisão, como o “código do preso” e a formação de grupos rivais por exemplo.

Assim, ao serem mencionados os efeitos negativos de cunho psíquico causados pela privação de liberdade, logo se pensa no critério desumano do regime celular. Destaca-se que não só o isolamento celular trouxe malefício, como se observa, que igualmente o é a prisão fechada contemporânea. A ausência de verdadeiras relações humanas, a insuficiência ou mesmo a ausência de trabalho, o trato frio e impessoal daqueles que exercem as funções públicas nos ergástulos, tudo contribui para a ideia de que a privação de liberdade transforma-se em instrumento de tortura e isolamento<sup>107</sup>.

A esses distúrbios psíquicos advindos da experiência no cárcere, ainda podemos fazer uma ponte para as explicações do pensador Jock Young, quando este assevera que os cordões sanitários – e muitos concretos – são existentes no labirinto psíquico de cada um. Aduz que há mundos representados com facetas distintas, daquele que percebe e daquele que é percebido, “porém igualmente importantes, da existência. E, por mais que cordões sanitários se tentem construir, nenhuma divisão poderá, jamais, excluir quaisquer dos polos”<sup>108</sup>.

Segue Young afirmando que

No mundo heterôgeneo em que vivemos, de cidades apresentando-se como um mosaico de escolhas, faltam razões para o estabelecimento de qualquer espécie de cordão sanitário. O fracasso deve suportar uma abordagem realista, e a forma correta é ser este entendido muito mais como falha sistêmica; buscando assim se distanciar do modelo norte-americano, que insiste em relegar a “culpa” aos desviados, aos criminosos, aos “perdedores” por toda parte. Tal expiação norte-americana, não é mais possível, pois a criminalidade já é tão disseminada que não se pode imputá-la a apenas um grupo: vejam-se os casos de colarinho branco ou da violência doméstica, em que o ofensor está, frequentemente, longe de causar ojeriza estética aos olhos

<sup>106</sup> MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Tradução Sergio Lamarão. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 113 e ss.

<sup>107</sup> No mesmo sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**, p. 199.

<sup>108</sup> YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na sociedade recente**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2002, p. 40.

cotidianos, e, muitas vezes, não pertence a um grupo marginalizado específico, residindo, antes, no seio da própria sociedade tradicional<sup>109</sup>.

Os ergástulos que se utilizam do regime de segurança máxima, isolamento total da sociedade, acabam produzindo sérias perturbações psíquicas aos detentos, que não se adaptam ao tratamento desumano produzido pelo isolamento. Esse encarceramento destrói o estado emocional, e, apesar da individualidade psicológica, o ambiente carcerário pode convergir contradições e, os que nele são inseridos acabam com a propensão a algum tipo de reação carcerária<sup>110</sup>.

Dessa forma, utilizando as elocubrações de Bitencourt, a prisão determina condições de vida tão anormais e mórbidas que, aquelas pessoas melhores adaptadas ao seu sistema são, geralmente, as que podem ser classificadas dentro do tipo esquizóide. Ainda, seguindo a linha de Goffman, autor da legendária obra sobre os encarcerados, Bitencourt assevera que as respostas dos delinquentes frente ao cárcere, demonstram um instrumento que o recluso faz uso buscando a adaptação aquele ambiente deletério, correspondendo, destarte, de uma reação do reeducando às precárias condições de vida que o meio penitenciário impõe. Nesse ângulo de visão, muitas das reações carcerárias podem ser caracterizadas como consequência “normal” do ambiente de privação de liberdade, e, assim, há pouca probabilidade de que se consiga a sua eliminação enquanto houver a subsistência da prisão<sup>111</sup>.

Não é de se estranhar, portanto, que as recomendações da Criminologia moderna, resultantes das Conferências da Fundação Internacional Penal e Penitenciária (Lisboa, 21 a 25 de maio de 1999), concentram grande preocupação com os aspectos biológicos, psicológicos e sociais do recluso, para corrigir ou atenuar, através de programa socio-educativo, os efeitos negativos da prisão.

Conforme já citado, esses efeitos criminógenos do cárcere, ao invés de deter a criminalidade, a prisão passa a estimular a violência, pois está convertida em instrumento que alimenta todo tipo de desumanidade. Salienta o professor Giacoia, que a pertinência da advertência de Carnelutti é eloquente, quando aduz que

---

<sup>109</sup> YOUNG, Jock. op. cit . p. 41.

<sup>110</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**, p. 199.

<sup>111</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**, p. 199; Obtém o mesmo ponto de vista, BATISTA MUAHAD. *Prisão albergue*, p. 27.

A gente acredita que a pena termina com a saída do cárcere, e não é verdade; a gente acredita que o ergástulo é a única pena perpétua, e não é verdade. A pena, senão sempre, em nove de cada dez casos, não termina nunca. Quem tiver pecado está perdido, cristo perdoa, mas os homens não [...].<sup>112</sup>

Sobre a questão do efeito negativo que a prisão provoca em relação a autoestima do detento, deve-se ponderar que boa parte dos infratores já adentram ao cárcere com crise de identidade e deformação em sua personalidade. Esses nefastos efeitos produzidos no recluso pelo encarceramento, podem advir de múltiplas causas<sup>113</sup>. Entretanto, uma das mais significativas, consoante Melossi e Pavarini, se consubstancia em que estas instituições acabam produzindo uma sensação de castração absoluta cuja fonte se encontra na ruptura com a sociedade e na impossibilidade habitual para conseguir, no interior do estabelecimento prisional, vantagens que sejam transferíveis à vida que desenvolve em liberdade<sup>114</sup>. Conjuntamente ao reforço deste sentimento de impotência, surge a concepção de transformar os reclusos em meros sujeitos de carências, extirpando qualquer manifestação reivindicatória, impondo-lhes severos regimes de controle e disciplina.

Das análises até aqui aventadas, se defluiu uma perspectiva, partindo da concepção de que o encarceramento tem o condão de gerar incontáveis reflexos negativos, torna-se premente que, ao menos em respeito a cidadania e moralidade, seja no campo da política ou da Justiça, levando-se em conta que as bases principiológicas de um Estado de Direito, deve-se implementar soluções sancionatórias alternativas, que a privação de liberdade fosse reduzida ao mínimo possível, tornando a prisão exceção e a vida em liberdade a regra.

### 2.1.3 As políticas reducionistas e suas contradições

Há diversos doutrinadores que tem se dedicado ao estudo relacionado ao alcance de alternativas à pena privativa de liberdade<sup>115</sup>, definiram, conforme o reconhecimento de que nosso sistema penal se utiliza de forma exacerbada da pena de prisão. Porém, nos quer parecer

<sup>112</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Las misérias Del proceso penal**; 1959, p.126 citado por Gilberto Giacoia, op.cit. pp.136-137.

<sup>113</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**, p. 201.

<sup>114</sup> MELOSSI - PAVARINI. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Tradução Sergio Lamarão. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 196.

<sup>115</sup> DE LA SOLÁ DUEÑAS – GARCIA ARÁN – HORMAZÁBAL MALAREÉ. **Alternativas a la prisión**; GARCIA ARAN. **Alternativas a la prisión**, In: Jornadas sobre privaciones de libertad y Derechos Humanos, 1987; GOMES. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**, In: Revista dos Tribunais, 2000; KENT. **Sustitutivos de la Prisión**; VON LISZT. **Tratado de Derecho Penal**; CID MOLINÉ - LARRAURI. **Penas Alternativas a la Prisión**; BITENCOURT. **Novas Penas Alternativas**, dentre outros.

que o paradigma adotado não se funda na ideia de que o encarceramento massivo não é solução para a criminalidade, mas somente o acolhimento das penas alternativas pelo provável propósito de conseguir as finalidades reabilitadoras, de se notar que não deixa de representar um avanço.

Para W. Young, consoante citam Muñoz Conde e Hassemer, além dessas hipóteses problemáticas consideradas, a elaboração de medidas alternativas importaria um custo econômico de grande relevância ao Estado, pois é notório o alto custo gerado pela manutenção dos estabelecimentos fechados em comparação com às opções alternativas<sup>116</sup>.

Também, conjugados com as políticas sociais que pretendem incidir nos índices de criminalidade, acham-se diversos métodos visando a limitação da intervenção penal<sup>117</sup>. Dentro dessas possibilidades, destacam-se: a despenalização, a descriminalização, a descarcerização e a restrição da severidade prisional. Não cabe dúvidas de que o instrumento mais reducionista é a descriminalização, que ensejaria a não aplicação de sanções penais em certas classes de ilícitos penais. Por sua vez, a despenalização faria com que algumas infrações deixassem de ser tuteladas pelo Direito Penal e fossem remetidas para proteção de outros instrumentos, como exemplo o Direito Administrativo ou o Direito Civil<sup>118</sup>. Desta maneira, os aspectos reducionistas de medidas penais se produzem quando da utilização de mecanismos alternativos de proteção e controle social, como as multas reparatórias ou outros substitutivos de sanções privativas de direito, que não importem em privação de liberdade<sup>119</sup>.

O outro mecanismo, que se consubstancia na denominada descarcerização, traduz-se no implemento de políticas voltadas a que, o Direito Penal, passe a não punir com prisão uma categoria de infrações, passando estas a serem sancionadas através de medidas que correspondam à sanções alternativas. Saliente-se que para que se desenvolva de maneira concreta uma política minimalista de Direito Penal, é fundamental que se opere uma grande restrição do rigor da privação de liberdade, como disciplina o sistema penal pátrio fulcrado

---

<sup>116</sup> W. YOUNG. *Community service orders*, p. 4. In: MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Tradução de Cintia Toledo de Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.93

<sup>117</sup> Segundo FERRAJOLI, tal contexto representa uma das mais significativas inovações deste século em matéria de técnicas sancionadoras. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006, p 411.

<sup>118</sup> CID MOLINÉ - LARRAURI. *Penas alternativas a la prisión*, p. 13 e 14. In: MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução a criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.137.

<sup>119</sup> CID MOLINÉ - LARRAURI. *Penas alternativas a la prisión*. In: MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução a criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.160.

nos princípios de progressão do regime penitenciário, com destaque para a remição e a liberdade condicional.

Destes instrumentos citados, que visam à redução da privação de liberdade, a descarcerização, isto é, a implementação de penas alternativas, apresentou o paradoxo de ser o escolhido para maior utilização, culminou como o menos efetivo e de maior problema para alcançar o fim pretendido. A ineficiência de redução do uso da prisão usualmente enfrentada pelos sistemas de aplicação penal que utilizam tais medidas alternativas, fundamenta-se na condição de que estes continuam a se valer da privação de liberdade como garantidora do cumprimento das alternativas<sup>120</sup>.

No mesmo sentido desse paradoxo, McMahon e Matthews, expõem que a implementação de sanções alternativas diversas da prisão ocasionou uma progressiva extensão da rede penal. Salientam que a disseminação de procedimentos não prisionais havia inconsequentemente conduzido mais delinquentes ao sistema de justiça criminal. Entretanto, o fomento de uma gama de medidas sancionatórias que pretendiam se apresentar como mais humanitárias e benéficas acabou por encaminhar um maior número de atores desviantes à teia de controle social, possibilitando que diversas infrações de menor gravidade acabassem tipificadas e, portanto, ratificados conforme seu desvio<sup>121</sup>. Também que a circulação de delinquentes entre as diversas alternativas criou uma situação na qual muitos deles estavam sendo desviados (dentro) do mesmo sistema, mais que fora dele. Desse modo, esse novo método de condução, não possui instrumentos reabilitadores, reformadores ou que possibilitem a confrontação dos valores do desviante, pretendendo na realidade cumprir uma previsão de Orwel de instituir um monitoramento massivo e extenso de todos os seus movimentos e vigiar suas atitudes<sup>122</sup>.

Ainda que houvesse otimismo em relação às expectativas, no transcorrer das alternativas à detenção assim como os pressupostos de liberdade conforme o ordenamento vigente, requerem uma certa consideração. A maneira manipuladora de caráter pragmático que os Estados implementaram tais medidas, gerou certa desconfiança e incerteza na

---

<sup>120</sup> CID MOLINÉ - LARRAURI. *Penas alternativas a la prisión*. In: MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução a criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.160.

<sup>121</sup> Mc MAHON. *Net widening*, em: *British Journal of Criminology*, 30., p. 121 e ss; MATTHEWS. *Pagando tiempo*, p. 196. In: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI - XIX)**. 2 ed. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p.132.

<sup>122</sup> MATTHEWS. *Pagando tiempo*, p. 196.

condicionante de sua eficácia em nossos contextos sociais. Uma das consequências é atribuída ao fato de que além de provocar a contenção da superpopulação carcerária, iriam contribuir para o surgimento de um sistema penal melhor organizado, com planejamento de arquiteturas de controle de complexa amplitude e que resultariam em objetivos inesperados.

Já em dezembro de 2009, com a instituição do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), através do Decreto nº 7.037/2009, depois atualizado pelo Decreto nº 7.177/2010, observa-se que como ações programáticas inseridas em sua diretriz nº 16, já se previa a modernização da política de execução penal, priorizando a aplicação de penas e medidas alternativas à privação de liberdade e melhoria do sistema penitenciário. Dentre outras previsões, a presença permanente da Defensoria Pública nos estabelecimentos prisionais, a realização de mutirões constantes para a reavaliação das situações processuais dos detentos no país, a implementação de reformas na Lei de Execução Penal.

Quanto à presença dos Defensores Públicos nos estabelecimentos prisionais, obtivemos a formalização de Diploma Legal a instituindo, (Lei nº 12.313 de 19-08-2010) que alterou o artigo 80 da LEP para instituir a assistência jurídica a quem esteja cumprindo pena privativa de liberdade e definindo as competências da Defensoria Pública, mas em muitos Estados ainda continuamos no aguardo das instituições das próprias Defensorias, portanto ainda, há temor que esta disposição legal demore a se efetivar. Ressalte-se, que no Estado de São Paulo, neste mês de julho de 2011, o Poder Judiciário estadual com apoio da Defensoria Pública, e por determinação do Conselho Nacional de Justiça, iniciou mutirão para a reavaliação da situação processual dos internos dos estabelecimentos prisionais paulistas, já no primeiro dia de levantamento dos 94 mil processos de presos condenados a regime fechado, que foram analisados, se verificou falhas em dez mil casos onde os apenados já faziam jus à progressão de regime, simplesmente por erro no cômputo das unificações da execução penal.

Especificamente quanto à instituição de alternativas voltaremos a tratar nos tópicos seguintes, mas, adiantando, é de se salientar que respeitando a diretriz 16 do PNDH-3, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, os legisladores pátrios deram importante passo no sentido de privilegiar a liberdade, ao discutirem e aprovarem o projeto de Lei nº 4.208 que datava de 2001, transformando-o na Lei nº 12.403/2011, publicada em 05 de maio de 2011, com vigência prevista para iniciar-se em sessenta dias após a sua publicação, que deverá operacionalizar grandes mudanças no nosso caótico sistema carcerário. Este novo

dispositivo legal promoveu alterações significativas na Lei nº 7.210/1984 (LEP) no tocante às regras sobre a prisão e a liberdade provisória, a possibilitar o entendimento que, agora sim, a liberdade passou a ser a regra e o encarceramento a exceção.

## CAPÍTULO II

### 3 POLÍTICA PENAL NA ATUALIDADE, EXPANSÃO PUNITIVA E NÃO EFETIVIDADE DA RESSOCIALIZAÇÃO

Os perfis históricos que traçam tanto os estudos das sanções penais quanto as pesquisas da Criminologia nas nações ocidentais no final do século XVIII e início do século XIX, por reflexo das concepções do pensamento iluminista que, no mesmo instante em que elegem liberdade como um bem maior, criticam os procedimentos punitivos medievais, segundo Foucault, caminhamos sobre uma perspectiva de nova era na justiça penal.

Dentre tantas modificações, a principal foi o desaparecimento dos suplícios. “Desaparece o grande espetáculo da punição física: o corpo suplicado é escamoteado; exclui-se o castigo a encenação da dor. Penetramos na época da sobriedade punitiva”<sup>123</sup>. A punição deixa o campo da percepção e entra no da consciência *in abstracto*, se transformando em porção obscura do processo penal. A certeza da inflicção de uma punição é que impele o indivíduo para se desviar do caminho do delito e não mais a expiação pública. Entramos em uma perspectiva da penalidade incorpórea. Deixa-se de ferir o corpo e passa-se a atingir a alma. O encarceramento, desta maneira, poderia ser reconhecido como fonte de produção de dor moral.

Sob o discurso de humanização da pena, são criados os mecanismos formais de controle social, objetivando o aprisionamento daqueles que cometeram alguma infração. O castigo imposto publicamente, como que um espetáculo, fruto de uma solenidade para execução penal, sai de cena e entra o do encarceramento. A coletividade não mais assiste a tais encenações expiatórias, o ator desviante, isolado em cárceres, torna-se invisível ao público<sup>124</sup>.

A partir da reforma, agrega-se à ideia de punição os conceitos de reinserção, reabilitação social, ressocialização. Assim, conforme Foucault, a punição passa não só a objetivar a punição do delito, mas “a controlar o indivíduo, a neutralizar a sua periculosidade,

---

<sup>123</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 2000, p.16.

<sup>124</sup> A pena capital persiste em ser aplicada em certas regiões, demonstrando que a perspectiva de punição não avançou em todo o mundo.

a modificar suas disposições criminosas, cessando somente após obtenção de tais modificações”<sup>125</sup>.

Com a nova ordem social instaurada, possibilitando a regularização de procedimentos jurídicos alicerçados sob a perspectiva de reincorporação do delinquente à sociedade, não se admitindo o castigo corporal do infrator, toda legislação penal é reformulada, são criadas as chamadas Casas de Correção. A administração da execução penal, por efeito dessa nova restrição de liberdade, passa a ser integrada não mais pela figura do carrasco, símbolo do autoritarismo quando da execução nas sentenças de morte, mas sim por um exército técnico<sup>126</sup>.

Citando Foucault, Capeller assim descreve esta mudança:

O retreinamento dos indivíduos para o novo sistema produtivo, político e social; a tecnificação do castigo; a nova disposição dos corpos, se traduz na montagem do sistema prisional como nunca antes havia sido concebido, construído agora para reconduzir, mas pela violência simbólica do que pela violência real, os comportamentos resistentes ao sistema para o universo da ordem e da harmonia. Arquitetado para ressocializar através da disciplina e do trabalho, do isolamento e da obediência à hierarquia das relações de poder, assim foi implementado o modelo panótico – arquitetura do vigiar -, próprio à mecanização dos corpos e das mentes, adequado à recondução do trabalho tempo / valor do mundo industrial e da disciplina da fábrica<sup>127</sup>.

Desta forma, a finalidade do encarceramento se modifica, passando a buscar a ressocialização com destacada ênfase a partir do século XIX. A prisão assume uma tripla função, convertendo-se no centro irradiador do sistema penitenciário, na proporção que a privação da liberdade passa a se constituir no essencial, pois visa, segundo destacou a socióloga Miriam Breitman: “punir, defender a sociedade isolando o malfeitor para evitar o contágio do mal e inspirando o temor ao seu destino, corrigir o culpado para reintegrá-lo à sociedade no nível social que lhe é próprio”<sup>128</sup>.

Com a crescente onda de violência que assola os aglomerados humanos, frequentes correntes passam a discutir de maneira constante o verdadeiro objetivo que deve permear o sistema penitenciário em pleno século XXI. De um lado, há os que acreditam que a rigidez

<sup>125</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 2000, p.20.

<sup>126</sup> Ressalte-se que a execução da pena capital, hodiernamente aplicada em algumas nações representa que a concepção punitiva não evolui em todo o mundo na mesma velocidade e amplitude.

<sup>127</sup> CAPELLER, Wanda. **O direito pelo avesso: análise do conceito de ressocialização**. In: Temas IMESC, Soc. Dir. Saúde. v.2, n° 2. São Paulo: IMESC, 1985. p.131.

<sup>128</sup> BREITMAN, Miriam. I. Rodrigues. **Mulheres, crimes e prisão: o significado da ação pedagógica em uma instituição carcerária feminina**. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Educação, 1989 (Dissertação de Mestrado).

sancionatória se afigura como prevenção, sendo o investimento focado nas reformas da legislação atual, apostando na instituição de leis mais severas.

Outros, por seu turno, descrentes de que a severidade das sanções impostas constitua eficiente mecanismo de prevenção e/ou reabilitação, debatem sobre a possibilidade da implementação de novos instrumentos alternativos ao mero encarceramento, com fulcro nas concepções do pensador italiano do século XVIII, Cesare Beccaria<sup>129</sup> defensor da proposta de que o que inibe o crime é a certeza da punição do ato desviante e não o tamanho da pena, e de Jeremy Bentham<sup>130</sup>, que defende em seu livro *O Panóptico* que estas instituições devam ser meramente seguras e capazes de promover o isolamento dos criminosos tanto do meio social quanto entre os próprios delinquentes. Para estes pensadores, a aplicação de sanções severas jamais resolveu o problema da criminalidade. A privação de liberdade está ultrapassada como instrumento para a reeducação.

Estes debates se estruturam, basicamente, sob o enfoque de duas correntes filosóficas internacionais. A primeira pautada nas idéias norte-americanas, principalmente das instituídas pelo Estado de Nova York, a da tolerância zero<sup>131</sup>, em que se sustenta a ideia de que é impedindo a ocorrência desde os menores distúrbios cotidianos, que se poderia fazer retroceder as grandes patologias criminais. A outra, preocupada com as questões sociais que envolvem a criminalidade, conclama uma justiça social, de desvalorização da privação de liberdade, mas sim meios e métodos alternativos ao encarceramento. Dá destaque que a opção pelo encarceramento deve ser reservada como *ultima ratio*, significando dizer que sua aplicação deve se restringir tão somente para as situações concretas em que o ato desviante promova sério risco à vida da comunidade.

Nas últimas décadas, surge uma terceira corrente que vem num crescente, ganhando força em apresentação paralela em relação às duas anteriores, principalmente em algumas nações latino-americanas, como México, Chile, Argentina, advogando por medidas jurídicas

---

<sup>129</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2009. (9ª reimpressão) Influenciado pelas ideias iluministas, principalmente as propostas de Montesquieu, Rousseau e Diderot, nos contextos de juristas e criminólogos de então.

<sup>130</sup> BENTHAM, Jeremy. **O panóptico**. Belo Horizonte: Autêntica, 2008. Importante teórico da prisão moderna e que estabelece as bases principiológicas para racionalizar os estabelecimentos prisionais desde a sua arquitetura.

<sup>131</sup> Está centrada na teoria da janela quebrada formulada por James Q. Wilson e George Kelling: ideia retirada do dito popular “quem rouba um ovo, rouba um boi”. Loïc Wacquant em sua obra *As prisões da miséria*, traça severas críticas a esta corrente, denunciando que buscam apoio nas instituições da polícia e de execução penal com o fito da contenção das desordens geradas pelo desemprego em massa, a imposição de trabalho precariamente assalariado e exacerbando a deficiência da proteção social, instituindo uma verdadeira ditadura sobre os pobres.

alternativas e rejeitando a perspectiva conservadora do positivismo acríptico do Direito, cujo principal enfoque racional é o de começar e findar na lei, conforme David Garland:

A criminologia oficial mostra-se cada vez mais dualista, polarizada e ambivalente. Há uma “criminologia do eu” que faz do criminoso um consumidor racional, à nossa imagem e semelhança e uma “criminologia do outro”, do pária ameaçador, do estrangeiro inquietante, do excluído e do rancoroso. A primeira é invocada para banalizar o crime, moderar os medos despropositados e promover a ação preventiva, ao passo que a segunda tende a satanizar o criminoso, a provocar os medos e as hostilidades populares e a sustentar que o Estado deve punir ainda mais<sup>132</sup>.

Os estudos criminológicos deste século estão efetivamente pautados em duas ideias divergentes ao encarceramento, criando políticas públicas que visam a proteção penitenciária também contrastantes: uma fundamentada na Criminologia tradicional<sup>133</sup>, de cunho positivista; outra baseada nos pressupostos da Criminologia crítica<sup>134</sup>. Consoante as palavras de Sá destacando que estas duas concepções antagônicas de cárcere, embora se reflitam em todos os estratos das instituições prisionais, “vão se concretizar e se explicar, sobretudo nas políticas de segurança carcerária, nas diretrizes de formação dos agentes penitenciários e na gestão prisional das práticas de segurança penitenciária”<sup>135</sup>.

Assim, enquanto a Criminologia tradicional fundamenta-se no dilema da prioridade da segurança, paradigma estritamente coercitivo, a Criminologia crítica fundamenta-se na prioridade da individualização da execução da pena, no paradigma da segurança humanista. Nesta perspectiva, a primeira orienta-se pelo interesse e bem-estar da sociedade e do sistema, enquanto que a outra pelo interesse e bem estar da população carcerária.

Em suma, estamos diante de dois grandes parâmetros filosóficos para embasar tanto as políticas legislativas e de aplicação da pena, de um lado, aquele que valoriza a responsabilização do indivíduo em relação ao fato social e, na margem oposta, aquele que prioriza o sujeito sociológico, ou seja, as relações sociais que envolvem o indivíduo.

<sup>132</sup> GARLAND, David. **As contradições da “sociedade punitiva”**: o caso britânico. Revista de Sociologia e Política., Curitiba, 13, p.59-80, Nov. 1999. P.75

<sup>133</sup> Compreende haver no indivíduo criminoso uma condição de periculosidade. Quanto mais conseguir conter a periculosidade, mais ideal será a prisão. Apostando no objetivo primeiro, da contenção do criminoso, com a manutenção de seu isolamento da sociedade.

<sup>134</sup> Reconhece existir no indivíduo recluso, oriunda da situação de exclusão e segregação sociais, uma condição de vulnerabilidade. Advogam pela propagação da cidadania, mesmo que venha a provocar a flexibilização das regras de contenção do cárcere.

<sup>135</sup> SÁ, Alvíno Augusto. **Os dilemas de prioridades e de paradigmas nas políticas de segurança dos cárceres na formação de agentes penitenciários**. In. BITTAR, Walter Barbosa (org.) A criminologia no século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris & IBCCRIM, 2007, p.02.

Partindo do corolário principiológico de que não há crime sem lei anterior que o defina, depreende-se que as construções legislativas são produtos da cultura humana, são, pois, construções sociais e como tal devem ser consideradas, e, ainda, que as diferenças na capacidade de produção das regras e de sua efetiva aplicação a outras pessoas, representam essencialmente diferenças de poder. As classes sociais mais privilegiadas acabam detendo maior parcela de poder, por isto, tem mais capacidade de impor regras de acordo com seus interesses.

Seguindo um movimento real de criminalização de pobres, conforme tese veementemente defendida pelo sociólogo Loïc Wacquant, embora, pelo menos nos limites da teoria e do discurso, a administração pública defende a formalização e/ou valorização de políticas penitenciárias fulcradas na defesa dos Direitos Humanos, primando, assim, pelo direito à condição humana sobre todas as coisas. De outro modo, consoante afirmam, essa política pública proposta pelo Poder Executivo, objetiva primordialmente a proteção da sociedade.

Analisando mais aprofundadamente o que ocorre na realidade, verificamos que todo o investimento para a política de execução penal, contrasta frontalmente com a teoria discursiva, pois, se volta para a implementação de projetos políticos que procuram viabilizar um modelo que constitua uma rede de maior segurança para a coletividade sobre e em detrimento das demais coisas, ficando em segundo plano a adoção de ações concretas que propiciem uma melhor condição ao delinquente no espaço carcerário. Prima-se pela construção de novos presídios cada vez melhor aparelhados dispostos a impedir o contato do apenado com a sociedade. Ao se analisar informações sobre unidades de vários estados brasileiros e de países da América Latina e Europa, vislumbra-se que são dispensados espaços adequados de atendimento bio-psico-social, bem como educativos, esportivos e culturais em prol da segurança.

Confirmando uma hipótese que vem se consolidando nos últimos tempos entre os estudiosos do assunto, Garland afirma que:

O crime não é mais um signo de algo que deu errado, de que o indivíduo é sub-socializado ou está perturbado, ou ainda tem um desvio de caráter: o crime é doravante o que ocorre no curso normal das coisas. Para o indivíduo incriminado, é uma ocasião, uma escolha de carreira, um meio de conseguir emoções fortes ou de “vingar-se”. Para a vítima ou para o público (que, desse ponto de vista, são segmentos que coincidem em larga medida com o segmento dos delinquentes), o

crime é um “risco” que deve ser calculado ou “acidente” a ser evitado, antes que uma aberração moral que exija explicações especiais<sup>136</sup>.

Partindo da necessidade premente da construção de estabelecimentos prisionais que comportem os anseios da sociedade, investe-se pesadamente, cada vez mais, direcionando recursos para a instituição de um grande número de presídios praticamente no país todo, promovendo ainda, a desativação dos ergástulos que se localizam nos grandes centros urbanos, transferindo-as para o interior dos estados<sup>137</sup>. Observa-se, assim, que esta situação demonstra objetivamente que a aplicação de sanções penais não mais visa à reintegração social do infrator penal, tem como finalidade a proteção da sociedade deste indivíduo e puni-lo pelo ato praticado, consoante Garland

[...] a preocupação política de nossos dias não se consubstancia numa perspectiva punitiva (tal que pudesse ser satisfeita por medidas como castigo corporal) nem tão somente direcionada para a segurança pública (o que, antigamente, levava a medidas de detenção preventiva que minimizavam seu conteúdo punitivo). Preocupa-se com a elaboração de sanções que conjuguem os dois modos de ver sob a forma de uma segregação e de uma incapacitação punitivas. O novo ideal penal é que o público seja protegido e que seus sentimentos sejam expressos. O isolamento excludente e punitivo – penas de longa duração em prisões ‘sem frescuras’ e uma existência estigmatizada, controlada de perto, para aqueles que são, finalmente, libertados – cada vez mais a escolha que se impõe<sup>138</sup>.

Diferentemente de toda a atual proposta político e ideológica que envolve as pessoas consideradas portadoras de disfunções mentais e patologias, desenvolvendo-se um movimento antimanicomial<sup>139</sup>, delineando que, mediante a inclusão destes indivíduos na comunidade, estes indivíduos verdadeiramente serão ressocializados, investe-se demasiadamente no isolamento do infrator penal mantendo-o distante de seu círculo de relacionamento social, instituindo-se cárceres públicos e privados em espaços distantes dos centros urbanos.

O momento histórico que o mundo atravessa merece uma acurada análise, face o fomento de conflitos que vemos instaurado, verifica-se que o poder público tem optado nitidamente pela criminalização da miséria, e o encarceramento maciço reafirmando a opção pela prevalência do caráter seletivo e estigmatizante do sistema penal, como complemento da

<sup>136</sup> GARLAND, David. **As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico**. Revista de Sociologia e Política. Curitiba, 13, p.59-80, Nov. 1999, p.66

<sup>137</sup> Como exemplo, recordamos a desativação do presídio do Carandiru em São Paulo, assim como do estabelecimento penitenciário Frei Caneca – Rio de Janeiro.

<sup>138</sup> GARLAND, David. **As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico**. Revista de Sociologia e Política. Curitiba, 13, p.59-80, Nov. 1999, p.61.

<sup>139</sup> Corrente de pensamento que se institui desde o fim do século passado que aposta na desativação das instituições manicomiais e montagem de ambulatórios hospitalares destinados a atender estes indivíduos.

generalização da insegurança salarial e social. Conforme Loïc Wacquant, se socializa entre os diversos países em diferentes continentes, internacionalizando-se paralelamente à ideologia econômica do neoliberalismo, que concebe como distribuição de justiça, uma política expansionista de mecanismos de proteção social importados dos Estados Unidos, com a ilusão de que se trata de solução ideal para a grande problemática da violência criminal. Para ele, na América Latina<sup>140</sup> as atividades policiais e judiciárias em relação à miséria, são em demasia antitéticas à estabilização de um Estado Democrático de Direito, haja vista que importaria em (r)estabelecer uma verdadeira ditadura sobre os pobres.

Assim, percebemos um movimento real de criminalização dos pobres que, embora, ao menos em seu aspecto discursivo, o poder sancionador formalmente faz anunciar a instituição e valorização de uma política de segurança pública calcada na prevalência dos Direitos Humanos, valorizando, acima de tudo, o direito à condição de cidadão; mas, por outro lado, adotadas medidas de exceção, tem-se implementado a adoção de políticas objetivando, primordialmente, a proteção de um grupo social, deixando de lado os direitos individuais fundamentais.

Visando investigar esse viés de políticas direcionadas ao controle social de grupos previamente marginalizados e estigmatizados, encontramos uma importante pesquisa elaborada por Laura Frade, socióloga da Universidade de Brasília, que discorre sobre levantamento demonstrando as proposições parlamentares relacionadas à área criminal, formuladas entre os anos de 2003 e 2008 no Congresso Nacional Brasileiro, observa-se que delas, 646 propostas, quase a totalidade, destinava-se ao agravamento de penas e, somente duas referiam-se a crimes de corrupção cometidos por integrantes da classe rica, que ganharam a pecha popular de “crimes de colarinho branco”. Percebe a pesquisadora que:

[...] na prática, as leis são feitas para prender pobres e endurecer a vida deles e afrouxar a dos ricos. Na fala dos parlamentares, há muitas visões humanas e positivas a respeito da criminalidade. Mas, quando se faz o mapeamento das proposições da legislatura passada, vemos que apenas 20 eram voltadas para melhorar as condições do preso e realizar a socialização. O fato de ter apenas duas proposições relacionadas ao colarinho branco mostra que algo leva o parlamentar a endurecer só para o pobre. (...) Existe uma visão de que o criminoso não faz parte da classe alta. Os parlamentares associam o crime com a baixa instrução, por isso, é difícil considerar que um juiz seja bandido. Se dentro de mim, acredito que o

---

<sup>140</sup> O encarceramento dos estratos sociais mais pobres, de modo geral, também é vista como uma tese muito centrada nos EUA e em parte ocidental do continente europeu, vinculando a retração do Estado de Bem-Estar Social ao endurecimento penal. Enquanto nas nações latino-americanas, onde o Welfare States não chegou a se institucionalizar, esse vínculo dos dois processos é de acentuado questionamento.

criminoso tem pouca educação, como que eu posso correlacionar o crime com alguém que tem uma formação superior?<sup>141</sup>

No estudo, ressalta ainda a autora, que apenas 7% das discussões no Poder Legislativo se dedicam a tratar do assunto da violência criminal, querendo significar não ser o combate ao crime um tema prioritário no Congresso pátrio. Ela prossegue afirmando que o combate à criminalidade é uma questão de revanche no Brasil, pois quando acontece algo que fira a elite, então se elabora um projeto para agravar as penas e punir o pobre. O problema nisso é que “estamos criando duas classes de cidadãos no país, estamos dissolvendo a coesão social”. Todas as vezes que se observa um afrouxamento da coesão social, produzimos sérios contrastes sociológicos, veja-se o exemplo do caso de uma facção criminosa em São Paulo, que se intitula “PCC” (primeiro comando da capital). Precisamos discutir para depois combater “não é só a violência criminal objetiva, porém, verificar o que está ocorrendo com a sociedade para que a criminalidade tenha crescido tanto”<sup>142</sup>.

Como se pode evidenciar é a racionalidade econômica que vem orientando e determinando as discussões no âmbito do Direito Penal. No Brasil até hoje ainda se discute sobre a constitucionalidade dos denominados crimes hediondos, ademais, sobre a sua expansão abrangendo outros delitos tipificados em nosso país, cujas justificativas tem se baseado em uma racionalidade eminentemente econômica. Muitos alegam, que é por conta da atual estrutura legislativa sobre a caracterização dos crimes hediondos, as nossas prisões estão superlotadas. O fundamento financeiro e econômico, em grande parte das discussões, tem sido constantemente enaltecido nos debates, deixando-se de lado todo o aspecto ideológico e social que deveriam caracterizar as discussões sobre o tema.

Conforme já denunciara Foucault, a reforma do Direito Judiciário jamais escolheu por objetivo primordial fundar um novo direito de punir, mas de “estabelecer uma nova economia do poder de castigar”<sup>143</sup>. Assim se conclui que a reforma do sistema penal, segundo citado autor, é uma estratégia para que o poder de punir seja remanejado, visando unicamente o modelo que aumente os efeitos e diminua o custo econômico.

Nessa esteira, podemos também buscar as concepções de David Garland quando aponta que

---

<sup>141</sup> FRADE, Laura. **Quem mandamos para a prisão? Visões do parlamento brasileiro sobre a criminalidade**. Brasília: Líber Livro, 2008. p. 69.

<sup>142</sup> FRADE, Laura. Idem. p. 82.

<sup>143</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 2000.

[...] Parece também plausível sustentar que, em resposta a esse campo emergente de problemas e de forças políticas, se esboça uma nova racionalidade no governo do crime e da justiça criminal. Descritos em seus largos traços, trata-se de um estilo governamental que se organiza em torno de formas *econômicas* de raciocínio, contrastando com as formas *sociais* e *legais* predominantes na maior parte do século XX<sup>144</sup>.(grifo do autor)

Para Garland, “o investimento da criminalidade e os dispositivos de proteção social, portanto, são impostos, cada vez mais, visando às forças econômicas do que uma política pública”<sup>145</sup>. Com alicerce sobre a ideia das novas criminologias que avaliam o ambiente cotidiano, afirma que, não se dando mais o trabalho de se empenhar na reabilitação do ator desviante, “as autoridades da execução penal persistem, cada vez mais, em sua capacitação de infligir punição e, ao mesmo tempo, promover a proteção pública simplesmente por trancafiar os delinquentes na prisão”<sup>146</sup>. E que os programas terapêuticos e de reinserção já não são sustentados pela ideologia geral do sistema. Segundo ele, para este novo modelo instalado a infração penal trata-se de um fenômeno que independe de motivação ou disposição especial, nenhuma patologia ou anormalidade, e que se insere no cotidiano do ambiente social e econômico contemporâneo.

Ainda conforme Garland:

[...] essas teorias não vão sem consequências práticas. As normas de ação que delas decorrem não se endereçam aos organismos do Estado [...] mas, ‘para além’ do aparelho do Estado, endereçam-se às organizações, instituições e indivíduos da sociedade civil. [...] Os novos programas de ação procuram influenciar a conduta das vítimas potenciais, armar os alvos vulneráveis, melhorar a proteção em zonas urbanas de maior risco e reformular a estrutura cotidiana da vida social que têm por consequência desagradável propiciar ocasiões para o crime. Essa criminologia expeditiva visa, de fato, modificar as rotinas do ambiente social e econômico visando a limitação da ocasião, redistribuam os custos e criem efeitos dissuasivos. [...] Essa nova abordagem não reivindica mais o papel principal no campo do controle da criminalidade. Ela tão pouco pretende um recrudescimento da repressão social e do domínio de si. Ao invés disso, ela procura promover um novo estilo de “engenharia situacional”, ali onde a “engenharia social” fracassou<sup>147</sup>.

Podemos concluir, consoante Wacquant, que essa mudança de objetivo traz por consequência o afastamento da ideologia de ressocialização, não objetivando, assim, a prevenção do crime nem o tratamento do delinquente para o eventual retorno à sociedade após o cumprimento da pena, ao contrário “visam o isolamento dos estratos sociais avaliados de

<sup>144</sup> GARLAND, David. **As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico**. Revista de Sociologia e Política. Curitiba, 13, p.59-80, Nov. 1999, p. 65 (grifo do autor)

<sup>145</sup> GARLAND, David. op. cit. Idem, p. 70.

<sup>146</sup> GARLAND, David. idem, p. 66.

<sup>147</sup> GARLAND, David. ibidem. p.66-67.

maior periculosidade, neutralizando seus integrantes com acentuada propensão a ruptura” através da padronização de condutas e administração fortuita de riscos, que se assemelham com “atividades e técnicas operacionais para reciclar detritos sociais do que com verdadeiro trabalho social”<sup>148</sup>.

Desta forma, o ambiente carcerário se apresentará, definitivamente, como escudo a rechaçar todas as técnicas de pedagogia que pretendam a recondução dos reeducandos para a vida em liberdade. Temos apenas uma espécie de depósito de exclusão.

Desde a década de 80 do anterior século, verificou-se o surgimento de um “novo conjunto de teorias objetivando o controle da criminalidade”, formalizado mediante certas alterações e plataformas políticas que acabaram por inverter as atribuições e organizaram novas medidas de intolerância<sup>149</sup>. Antes observava-se que a busca era para a correção e readaptação, agora o que se verifica é que o objetivo visado é o isolamento, a exclusão e a incapacitação dos atores desviantes; a política criminal pós-moderna, já não busca alcançar os fatores que levaram o cidadão ao crime e sim, reduzir-lhes a oportunidade para que não cometa delitos. Por outro lado, a Criminologia vêm centrando suas estratégias na dispensa dos estudos sobre a motivação dos crimes, para buscar o tratamento e recuperação dos criminosos, mas sim, passou a estabelecer estratégias defensivas para dele a sociedade se proteger.

Verifica-se, assim, que se trata de uma época caracterizada por ambiente de punição populista, onde os administradores públicos trazem argumentação – especialmente os da ala conservadora – que se fulcram em fórmulas de um sistema penal com aplicação de maiores penas pode influir nos índices de criminalidade, reduzindo o impacto da violência na sociedade, e que essa maior severidade penal, tem o condão de contextualizar o apelo moral de que a violência criminal é um dos elementos geradores de instabilidade social.

Passamos a verificar de que forma esses argumentos eleitoreiros modificam os instrumentos racionais de elaboração e aplicação de regras e de valores em uma sociedade que se considera democrática.

---

<sup>148</sup> WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 86.

<sup>149</sup> Como exemplos destas medidas, podemos citar algumas como a teoria das janelas quebradas, *tolerância zero*, que apresentaram “*Justice Model, Law and Order e Three Strikes and you are out*”. Todas essas medidas fazem parte da cultura norte-americana sobre o controle do delito e que de forma gradativa vai ganhando mais adeptos no mundo todo. Sobre um estudo mais específico nesse tema: GARLAND. *La cultura del control*; YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2002; WACQUANT. *As prisões da miséria*, entre outros.

### 3.1 A politização do controle do delito sob enfoque da Criminologia

A pena privativa de liberdade surge como grande invenção de controle social principalmente a partir da segunda metade do século XVII, quando a pena de morte já não mais atendia os anseios da sociedade emergente. Não continha o aumento dos delitos nem o agravamento das tensões sociais, nem tão pouco havia garantido a segurança das classes superiores. A prisão se resumia em instituição de custódia, antes do século XVII, em que ficavam detidas pessoas acusadas de crime, à espera da sentença, bem como doentes mentais e pessoas privadas do convívio social por condutas consideradas desviantes (como prostitutas, mendigos, etc.) ou questões políticas. Ao fim do século aludido, a privação de liberdade institucionalizava-se como principal sanção penal e a prisão passa a ser, fundamentalmente, o local da execução das penas. A partir daí, nascem as primeiras reflexões sobre a organização das casas de detenção e sobre as condições de vida dos detentos.

Recentemente, o modo de execução da pena vem ganhando destaque no estudo da penologia. Nota-se a relevância do estudo da execução da pena de privação de liberdade tendo em mira o paradigma de que a mesma não se restringe a retribuição do mal, nem tampouco a prevenção do delito, mas principalmente, ao menos deveria ter, a reintegração do condenado à comunidade.

Para as teorias absolutas, de viés retribucionista, não havendo qualquer preocupação com a pessoa do delinquente, a sanção se destinava a restabelecer a ordem pública alterada pelo delito, o fim da pena é o castigo, o pagamento pelo mal praticado; para as teorias relativas, de cunho utilitarista, em que o homem passa a centrar o Direito Penal como objeto principal das suas conceituações doutrinárias, a pena não era mais um castigo, mas uma oportunidade para ressocializar o criminoso, e a sua segregação era um imperativo de proteção à sociedade, tendo em vista sua periculosidade; já para as teorias mistas, intermediárias, a pena, conserva o seu caráter de retribuição, com seu fundo moral, porém, sua finalidade não é simplesmente prevenção, mas um misto de educação e correção, conforme afirma Mirabete<sup>150</sup>.

Bitencourt em seu artigo Criminologia Crítica e o Mito da Função Ressocializadora da Pena publicado em A Criminologia no século XXI, contextualiza a história da pena nas sociedades ocidentais e nos chama a atenção para o fato de que após o

---

<sup>150</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. São Paulo: Atlas, 2006. p.46.

fim da Idade Média, vários antecedentes levaram à transformação da prisão custódia em prisão-pena e que os mesmos contribuíram para a nossa atual compreensão da pena privativa de liberdade.

Em sua tese, nos convida a revisitar a história, conduzindo-nos para a metade do século XVII, quando na Holanda e Inglaterra, surgem dentro das unidades de privação de liberdade as chamadas Workhouses<sup>151</sup>. Atenta ainda para o fato de que:

Os modelos punitivos não se diversificam por um propósito idealista ou pelo afã de melhorar as condições da prisão, mas com o fim de evitar que se desperdice a mão-de-obra e ao mesmo tempo para poder controlá-la, regulando a sua utilização de acordo com as necessidades de valoração do capital.<sup>152</sup>

A ideia e a prática de ressocialização, como hoje a conhecemos, ainda não era explícita, mas, ao longo do tempo, foi se tornando cada vez mais presente. Um dos principais mentores da reforma penal na Inglaterra, John Howard, movido pelo sentimento religioso, defendia que as prisões deveriam ser um lugar de penitências, de sofrimento e de expiação. Para ele, o trabalho, a disciplina monástica, o isolamento, sobretudo o noturno, e o silêncio despertariam no condenado a consciência do pecado, portanto, as penitenciárias visavam à salvação moral do criminoso ao despertar o seu sentimento de culpa, ao mesmo tempo em que lutava pela humanização das prisões.<sup>153</sup>

Seguindo a linha de intervenção proposta por Howard, iniciam-se nos estados norte-americanos de Nova York e da Pensilvânia, estendendo-se posteriormente por todo o país, a reforma penitenciária que passou logo em seguida a ser modelo para outros países, principalmente europeus, emerge o ideal de reabilitação.

Fundamentados no materialismo histórico, onde predomina a ideia de que as condições econômicas, em última instância, condicionam a natureza e o caráter da

---

<sup>151</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Criminologia crítica e o mito da função ressocializadora da pena**. In: BITTAR, Walter. **A criminologia do século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris & IBCCRIM, 2007, p.91 - As Casas de Trabalho surgiram na metade do século XVII na Holanda e Inglaterra, no período das origens do capitalismo, como uma nova e original forma de segregação punitiva, relacionando-se ideologicamente aos ideais de desenvolvimento geral da sociedade capitalista. A função da casa de trabalho, segundo Bitencourt, p.91., é indubitavelmente mais complexa que a de taxar simplesmente o salário livre. Ou, pelo menos, pode-se também dizer que este último objetivo deve ser entendido na plenitude de seu significado, isto é, como controle de força de trabalho, da educação e domesticação do trabalhador.

<sup>152</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. 2007, p. 91

<sup>153</sup> BITENCOURT, Cezar R. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 40.

superestrutura<sup>154</sup> e que, dentro desta, como parte da superestrutura jurídica, encontra-se a prisão, Dario Melossi e Massimo Pavarini, recusando a ideia de que o surgimento das casas de correção e de trabalho procurava a reforma ou emenda do delinquente, apresentam as causas que explicam o surgimento das primeiras instituições de reclusão da Inglaterra e na Holanda.

Para eles, a prisão surge quando se estabelecem as casas de correções holandesas e inglesas, o que no início do presente estudo vimos não ser um ponto pacífico consoante Melossi e Pavarini, suas origens não se explicam pela existência de um propósito mais ou menos humanitário ou idealista; pelo contrário, surgem da necessidade que existia de possuir instrumentos que permitissem não tanto a reforma ou reabilitação do delinquente, mas a sua submissão ao regime dominante (capitalismo). O objetivo fundamental destas instituições de trabalho, além de servir como meio de controle de salários, reforçadas, especialmente no caso Holandês, pela ideologia religiosa calvinista, era de que o trabalhador aprendesse a disciplina capitalista de produção. Serviam como instrumento de dominação, tanto no aspecto político como econômico e ideológico, impondo a hegemonia de uma classe sobre outra, eliminando, conseqüentemente, toda a possibilidade de surgir uma ação que ponha em perigo a homogeneidade do bloco de dominação socioeconômica.

*Não interessa a reabilitação ou emenda; o que importa é que o delinquente se submeta, que o sistema seja eficaz por meio de uma obediência irreflexiva. Por outro lado, a dureza particular das condições no interior da casa de correção tem, ademais, outros efeitos sobre o exterior, o que os juristas chamam de prevenção geral, ou seja, uma função intimidadora, mediante a qual o trabalhador livre, antes de arriscar terminar na casa de trabalho ou prisão, prefere aceitar as condições impostas ao trabalho. O regime interno da casa de correção visa, assim, além da absoluta premência que nela se dá o trabalho, acentuar o papel dessa Weltanshaung burguesa que o proletariado livre nunca aceitará completamente.*<sup>155</sup>(grifo nosso).

O mesmo Bitencourt segue citando Guido Neppi Madona, que se expressa defendendo a tese de Melossi e Pavarini, chamando a atenção para o fato de que não existe uma perspectiva unilateral para a explicação da origem e função da prisão, sendo necessário

---

<sup>154</sup> JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006. P. 184 – “Segundo a filosofia marxista, sempre em certo momento da história as formas ou modos de produção determinam as relações de produção que forma a base (ou a estrutura) econômica da sociedade. Esta estrutura econômica acaba gerando novas estruturas que se sobrepõe a ela, constituindo a superestrutura. Para Marx e Engels, o Direito, a Política, a religião, a educação, a arte e a cultura de um modo geral são fenômenos de superestrutura, determinados em última análise pela estrutura econômica. É através dessa determinação que a própria consciência individual do homem na condição de ser social é formada”.

<sup>155</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Criminologia crítica e o mito da função ressocializadora**. In: op. cit. p.93.

considerar outros tipos de motivações para se explicar as causas que levam ao surgimento de uma resposta penológica como esta. Segundo ele, ao lado desta lógica econômica existem provavelmente outras que não são simplesmente coberturas ideológicas ou justificações éticas. Provavelmente iremos encontrar perspectivas que considerem como papel da prisão as exigências de defesa social até o mito da recuperação e reeducação do delinquente, desde o castigo meramente como punição indo inclusive as formulações utópicas de microcosmos disciplinadores perfeitos.

Analisando de uma perspectiva dinâmica (com um sentido dialético), onde não fosse possível uma visão unilateral sobre as relações entre infra-estrutura<sup>156</sup> e superestrutura, conforme Bitencourt não seria suficiente dizer que a prisão e seu afã de reforma são simples reflexos das necessidades e da evolução da infra-estrutura econômica, “senão que se deve admitir que aqueles têm, como parte da superestrutura, relativa autonomia em relação à infra-estrutura econômica”. Resultando, assim, a insuficiência da assertiva de que a prisão e seu afã de reforma “são simples reflexos do modo de produção capitalista, já que sua função se circunscreve a impor a dominação econômica e ideológica da classe dominante”<sup>157</sup>.

Prossegue Bitencourt, criticando as análises cartesianas e ingênuas que incorrem no erro de ser excessivamente abstratas e de partirem de uma perspectiva sem base histórica, afirmando que a pena privativa de liberdade surgiu porque a pena de morte estava com sua justificação em declínio de um lado por se pretender instituir nova sanção que melhor se adequasse aos procedimentos humanizados ou, ainda, que conseguisse a recuperação do criminoso, apresenta várias causas e subsídios que explicam o surgimento da prisão, dentre elas:

- do ponto de vista das idéias, a partir do século XVI passa-se a dar maior valor à liberdade e se impõe progressivamente o racionalismo;

- os transtornos e mudanças socioeconômicas que se produziram com a passagem da Idade Média para a Idade Moderna resultaram no aparecimento de excessivo número de criminosos em toda a Europa. Com a evolução histórica dos Direitos Humanos, a partir das

---

<sup>156</sup> JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. op. cit. p.108 - Conceito que no marxismo designa numa sociedade sua estrutura econômica, ou seja, as relações econômicas de produção e as contradições delas decorrentes. A infra-estrutura, sendo a base material da sociedade, determina a superestrutura, isto é, a ordem política, jurídica, cultural, educacional, etc., dessa sociedade; porém, essa relação não deve ser vista de forma mecânica, mas dialética, já que a superestrutura, por sua vez, influencia também a infra-estrutura, assegurando a sua manutenção e reprodução, ou podendo levar a modificações nela.

<sup>157</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Criminologia crítica e o mito da função ressocializadora**. In: op. cit. p.95.

ideias dos teóricos iluministas e dos ideais liberais propagados pelos movimentos da Revolução Francesa, formulam-se princípios e reivindicações que constituem as “raízes” do conceito, a pena de morte cai em desprestígio e não responde mais os anseios de justiça, sendo necessário procurar outras reações penais;

- O aspecto econômico desempenhou papel relevante na transformação da pena privativa de liberdade, fundamentado no discurso ressocializador da pena, o apenado passa a também fazer parte da dinâmica do mercado, potencialmente trabalhando no cárcere.

É importante salientar que para muitos autores, inclusive Foucault, a razão político-econômica apresenta-se muito clara quanto à sua influência decisiva na mudança de prisão custódia para a prisão-pena.

É interessante apontar que a vinculação da prisão à necessidade de ordem econômica, que inclui a dominação da burguesia sobre o proletariado, dito em termos muito esquemáticos, faz surgir a tese de que *é um mito pretender ressocializar o delinquente por meio da pena privativa de liberdade*. Diante de todas as razões expostas, não se pode afirmar sem ser ingênuo ou excessivamente simplista que a prisão surge sob o impulso de um ato humanitário com a finalidade de fomentar a reforma do delinquente.<sup>158</sup> (grifo nosso)

Em suma, não podemos desconsiderar, conforme Foucault, que a motivação econômica foi determinante para o salto qualitativo dado pela prisão. Não podemos ignorar o forte condicionamento que a estrutura socioeconômica impõe às idéias reformistas – sobretudo razões econômicas e de fortalecimento do poder dominante – que propiciaram o surgimento da privação de liberdade. Os propósitos reformistas, em linhas gerais, estão diretamente relacionados aos condicionamentos e limitações que impõe às necessidades de mercado de trabalho e às variações nas condições econômicas.

Fundamentada nestas perspectivas, a Criminologia Crítica refuta a possibilidade de se admitir o objetivo ressocializador da pena em uma sociedade capitalista, pois:

- a real finalidade e natureza da pena privativa de liberdade condicionam-se em sua origem histórica de instrumento assegurador da desigualdade social;

- o sistema penal permite a manutenção do sistema social, possibilitando, por outro lado, a manutenção das desigualdades sociais e da marginalidade;

---

<sup>158</sup> BITENCOURT, Cezar R. op. cit. 2007, p.98.

- a estigmatização<sup>159</sup> e o etiquetamento que sofre o delinquente com sua condenação tornam muito pouco provável a sua reabilitação;

- o capitalismo desenvolve ideologia que é inconciliável com o objetivo ressocializador. Caso não se transforme a sociedade capitalista, a reabilitação do delinquente não encontrará respaldo.

Não propondo o desaparecimento do aparato de controle, pretendendo apenas democratizá-lo, para a Criminologia Crítica qualquer reforma que se possa fazer no campo penitenciário, não terá maiores vantagens, visto que, mantendo-se a mesma estrutura do sistema capitalista, a prisão manterá a sua função repressiva e estigmatizadora.

Um dos maiores representantes desta proposta na atualidade – Criminologia Crítica – Alessandro Baratta, apresenta-nos uma série de sugestões ao problema, dentre elas, destaca Bitencourt:

- o objetivo ressocializador necessita de uma política criminal que leve em consideração os problemas sociais que geram e mantêm o fenômeno delitivo;

- os desvios criminais dos indivíduos pertencentes às classes inferiores devem ser interpretados, na maioria das vezes, como uma resposta individual, e não-política, às condições que impõem as relações de produção e distribuição capitalista. A verdadeira reeducação do condenado será aquela que permita transformar essa reação individual e irracional, na consciência política dentro da luta de classes;

- a abolição da instituição carcerária, pressupondo o desenvolvimento de medidas alternativas para que a coletividade consiga autogerenciamento relativo ao controle da delinquência. Segundo ele, os muros das prisões devem ser derrubados, coincidindo com os postulados delineados pela nova psiquiatria, que propõe derrubar os muros dos manicômios.

Foram lançadas diversas críticas às formulações de Alessandro Baratta. Dentre elas, podemos destacar algumas elencadas por Bitencourt:

---

<sup>159</sup> GOFFMAN, Erving. **Estigma – notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Tradução Mathias Lambert. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988, reimpressão em 2004. p.6 – estigma é um defeito reconhecido socialmente como tal, uma vez descoberto, outorga ao indivíduo portador do mesmo um status socialmente desvalorizado. Tais são os casos, por exemplo, dos que praticam a prostituição e crimes, como também os que padecem de alguma desvantagem física ou psíquica ou alguma enfermidade. O indivíduo é diminuído e/ou estigmatizado pela sua carência de determinadas características consideradas como valiosas pela sociedade e/ou grupo (honra, estética corporal, identidade de gênero). O estigma pode afetar tanto a um indivíduo ou o grupo social inteiro, sendo um importante elemento para a compreensão da discriminação.

- sobre a abolição da prisão nos alerta para a situação de que as circunstâncias sociais e políticas hodiernamente enfrentadas, a privação de liberdade continua como poderoso instrumento de controle social, sendo que no atual momento civilizatório, é impossível se lançar mão desse mecanismo. A pena privativa de liberdade não pode ter a sua execução aberta, indiscriminadamente, para todos os delinquentes, pois sempre existirá uma camada (os violentos) que a sociedade terá que encerrar em prisões;

- a proposição de Baratta oferece algumas dificuldades teóricas e práticas, à medida que não se pode afirmar que toda delinquência das classes inferiores seja uma resposta às condições de vida que o sistema capitalista impõe; existem outros aspectos individuais no ato delitivo que não podem dissolver-se em uma explicação estrutural;

- a pretensão de que o delinquente adquira sua consciência de classe pode ser algo tão complicado, do ponto de vista valorativo, quanto o objetivo ressocializador máximo. Suspeita-se da possibilidade de que a conscientização sociopolítica do delinquente possa resolver plenamente o problema que significa o comportamento desviado;

- há de se rechaçar o objetivo ressocializador não somente nos Estados Ocidentais capitalistas, mas também nas sociedades que adotam o Socialismo real, pois também tem expressões tipicamente repressivas. A marginalização criminal não se produz apenas pela lógica acumulação capitalista, que necessita manter um setor marginalizado do sistema, mas também se produz pela dissidência ideológica;

- defende que não somente as causas socioeconômicas influenciam na delinquência, mas também causas derivadas da constituição biopsíquica do indivíduo. Assim, mesmo que haja a libertação social dos conflitos sociais e conte com o desaparecimento das classes sociais, estes fatores continuarão influenciando no fenômeno delitivo.

Para Bitencourt, é importante que a Nova Criminologia considere ser “indispensável a criação de uma sociedade em que a realidade da diversidade humana - seja pessoal, orgânica ou social – não fique submetida ao poder de criminalizar. Seria o estado ideal de liberdade”<sup>160</sup>. Ou seja, que a diversidade de raça, credo religioso, opção sexual, formação educacional, classe social etc., não funcione como elemento de discriminação entre “os diferentes”, e sim seja respeitada dentro de uma concepção cultural e socioeconômica nas sociedades contemporâneas.

---

<sup>160</sup> BITENCOURT, Cezar R. op. cit. 2007, p.106.

Na criminologia moderna, a finalidade ressocializadora não é a única e tampouco a função primordial da sanção penal, cuida-se, ainda, da proteção da sociedade (mantendo sob custódia o delinquente) e também tem o caráter punitivo dos atores desviantes pelo comportamento perpetrado, objetivando, em tese, servir como modelo a outros indivíduos, para que não incorram nos mesmos erros. Priorizando a prevenção primária (causas do delito) e a secundária (obstáculos do delito), completando-se com a prevenção terciária, procurando evitar a reincidência, a ressocialização é uma das finalidades que, na medida do possível, deve ser perseguida. Em síntese, assim como não se repudia o objetivo ressocializador, também não se vê como possível pretender que a readaptação social e, conseqüentemente, a reincidência seja de responsabilidade exclusiva das políticas penais, visto que isso suporia ignorar o sentido do livre arbítrio e restringir a função das disciplinas penais (serviço social, psicologia, saúde, educação, etc.) a tal fim.

Nesta perspectiva, defendem que a readaptação social abrange uma problemática que transcende os aspectos puramente penal e penitenciário. Ou seja, não se pode atribuir às disciplinas penais a responsabilidade exclusiva de conseguir a completa ressocialização do delinquente, ignorando-se a existência de outros programas e meios de controle social de que o Estado e a sociedade devem dispor com o objetivo ressocializador, como a família, a escola, a Igreja etc.

Modernamente aponta Bitencourt, que só se concebe o esforço ressocializador como uma “faculdade” que se oferece ao delinquente para que, de forma espontânea, alude a si próprio a, no futuro, levar uma vida sem praticar crimes. Esse entendimento configura aquilo que se convencionou chamar “tratamento ressocializador mínimo”. Afasta-se definitivamente o denominado “objetivo ressocializador máximo”, que constitui uma invasão indevida na liberdade do indivíduo, “o qual tem o direito de escolher seus próprios conceitos, suas ideologias, sua escala de valores”<sup>161</sup>.

Ciente de que acabar com a delinquência completamente e para sempre é uma pretensão utópica, posto que a marginalização e a dissidência são inerentes ao homem. Todavia, esse contexto não exime a coletividade do seu compromisso e responsabilidade com o delinquente.

---

<sup>161</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. 2007, p.107.

[...] uma teoria da pena que não queira ficar na abstração ou em propostas isoladas, mas que pretenda corresponder à realidade, tem, no dizer de Roxin, que reconhecer as antíteses inerentes a toda existência social para, de acordo com o princípio dialético, poder superá-las numa fase posterior; ou seja, tem de criar uma ordem que demonstre que, na realidade, um Direito Penal só pode fortalecer a consciência jurídica da generalidade, no sentido de prevenção geral, se, ao mesmo tempo, preservar a individualidade de quem a ele está sujeito; que o que a sociedade faz pelo delinquente também é, afinal, o mais proveitoso para ela; e que só se pode ajudar o criminoso a superar a sua inidoneidade social de uma forma igualmente frutífera para ele e para a comunidade se, a par da consideração da sua debilidade e da sua necessidade de tratamento, não se perder de vista a imagem da personalidade responsável para a qual ele aponta.<sup>162</sup>

A tendência moderna, em suma, é a de que a execução da pena deve estar programada a corresponder a ideia de humanizar, além de punir, afastando-se da pretensão de reduzir o cumprimento da pena a um simples processo de transformação científica do criminoso em não criminoso. Compreende-se que a criminalidade é um fenômeno social normal de toda a estrutura social ou individual. Põe em cheque a simples função da prevenção e ressocialização do delinquente, já que converteria a execução penal a uma atividade produtora e reprodutora de etiquetas com as quais se julgam as personalidades e se definem os comportamentos. Critica a visão cartesiana sobre o indivíduo na sociedade, a tese de que o bem vence o mal, de que o criminoso é um doente social e que com o *tratamento penitenciário* se conseguirá recuperá-lo, possibilitando-o a não delinquir, a respeitar as regras sociais prevalentes.

Outro distanciamento deveras relevante em relação as aplicações passadas é que a discussão de políticas criminais não mais foi encarada como assunto reservado que poderia delegar-se a experts profissionais e se converteu em um tema nuclear sobre as intenções de política pública, sobretudo a influenciar em grande peso na competitividade eleitoral. Hoje em dia, todas as questões sobre o controle da delinquência estão voltadas a um discurso estritamente politizado, fazendo com que as decisões sejam tomadas publicamente e balizando estratégias das guerras eleitorais, onde, cada falha na escolha pode se converter em um escândalo. O processo de geração das políticas públicas está cada vez mais voltado para ventos que sopram a favor de um exacerbado populismo. As estratégias implementadas politicamente são construídas de forma a aparentar uma valorização do próprio interesse político, bem como a manifestação da opinião pública por sobre o ponto de vista científico dos especialistas. As instituições técnicas que antes predominavam nos processos decisórios se

---

<sup>162</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. 2007, p.107

veem mais desprestigiadas, sendo formuladas as políticas públicas, na atualidade, cada vez mais por grupos de ação política e assessores políticos<sup>163</sup>.

Na esfera penal, essa temática também está muito presente. A voz dominante da política penal já não é mais a da Ciência, muito menos de quem desempenha as funções de operação do Direito, ao contrário, a da coletividade que padece e não recebe adequado atendimento, sobretudo a voz da vítima. Em tempos anteriores, a reação pública desempenhava o papel de um freio ocasional das iniciativas políticas; atualmente opera como fonte única e privilegiada. Destaca-se a relevância da pesquisa e do conhecimento da Criminologia, que cede espaço para uma inovada e premente atenção à voz do sentido comum<sup>164</sup>.

Esse controle da criminalidade politizado, acabada transformando a estrutura do relacionamento que exprime vínculo às políticas públicas, bem como as instituições integrantes do sistema da justiça penal. Os encarregados da elaboração das normas estão mais dispostos a participar de discussões, criam diretrizes, se preocupam mais em atender as linhas partidárias em relação às decisões em matéria penal com atenção nos dividendos políticos que lhes favoreçam a curto prazo<sup>165</sup>.

Essa atenção política dirigida ao fenômeno criminalidade, deveria implementar com maior amplitude a discussão sobre as contradições e incompatibilidades que permeiam os questionamentos relativos a política penal, porém, a postura populista que adquiriu a mesma política penal sofreu um efeito exatamente contrário. Diferentemente do ocorrido nos anos oitenta e noventa do século anterior, percebe-se hodiernamente, que a ignorância dos pressupostos ortodoxos da reabilitação não é privilégio de uma ou algumas agremiações políticas; todos são cúmplices desse rechaço<sup>166</sup>. O núcleo da discussão política firma-se em

---

<sup>163</sup> GARLAND, David. **A cultura do controle**. 1ª Ed. Coleção Pensamento Criminológico, nº 16. Rio de Janeiro: Revan e ICC, 2008, p. 48 e 49.

<sup>164</sup> GARLAND, David. **A cultura do controle**. 1. Ed. Coleção Pensamento Criminológico, nº 16. Rio de Janeiro: Revan e ICC, 2008, p.49.

<sup>165</sup> GARLAND, David. *idem*. p. 49.

<sup>166</sup> Tradicionalmente o modelo político nos traduzia que os partidos de direita, claramente, assumiam que a estratégia para a concreta segurança se vincularia ao aumento punitivo, de outro lado os partidos ou agremiações de esquerda defendiam a teoria contrária a essa estratégia, na atualidade, ambos os lados, apesar de utilizarem diversos argumentos, produzem o mesmo discurso político, o binômio segurança é igual a Direito Penal. Conjuntamente com a eclosão de uma política mundial neoliberalista econômica – que estigmatiza o Estado Social e passa a governar através de um Estado punitivo e controlador – se globaliza um neoconservadorismo político – especialmente para os de esquerda - enfatizando um alerta de risco da criminalidade a todos os setores sociais, enfatizando, como consequência, porém contraditoriamente, maior relevância do “crime” nas estatísticas a conformar projetos eleitorais, no lugar de debater, de forma mais aprofundada, as próprias estratégias políticas

outro foco, com um contexto de rigidez estruturado em sanções penais com fortes características deletérias mas agradáveis por parte da opinião pública massificada pelas informações da mídia.

### **3.2 A transformação da imagem do delinquente e a insegurança social**

Enquanto para a sociedade que adotava a política de reintegração social, fundamentada pelos princípios da Criminologia Crítica, a imagem do delinquente era a de um marginalizado social, o que, evidentemente, propiciava um reconhecimento social que amparava a busca de alternativas à privação de liberdade, com a adoção do paradigma punitivo na contemporaneidade, o ator desviante acaba estigmatizado como um assassino, um inimigo ou um terrorista, em que se autoriza o Estado a lançar mão de todos os instrumentos para limitar, a todo custo, suas ações.

Esta imagem foi mais difundida após a implantação da política de tolerância zero, com o velho discurso da “lei e da ordem”, que se expandiu pelo mundo e está tendo utilização no planejamento e formalização de agravamento das sanções penais em boa parte das nações do ocidente, sobretudo, e, a partir dos EUA, a singularidade que impera nas mudanças é o recrudescimento das formas violentas e abusivas, aliadas com uma crescente rigidez nas condenações, encarceramentos massivos, aprisionamento de menores, enfim diversas formas de restrições à liberdade deixando transparecer claro cunho vingativo e excludente, com destaque acentuado para a implementação e efetividade da política da “tolerância zero”, mais uma mercadoria norte americana a se expandir pelo globo e se espriar em diversos horizontes, na onda dessa globalização o Brasil não ficou imune.

O professor Máximo Pavarini, catedrático da Universidade de Bolonha, afirma que a noção de que penas maiores de prisão aumentem a segurança é infundada, ocorre exatamente o contrário. Salienta Pavarini que já nos anos 70, uma equipe de cientistas, reunida por Ronald Reagan, quando este ainda pretendia se candidatar a presidência dos Estados Unidos, desenvolveu estudos sobre a possibilidade de ressocialização dos presos. Destes estudos surgiu uma obra chamada “Nothing Works” (nada funciona). A conclusão foi a de que o cárcere tem o papel de neutralizar seletivamente quem comete crimes.

---

intolerantes promovidas pelos propósitos neoliberais, que são também responsáveis por um aumento da criminalidade.

Daí derivou-se o aprisionamento massivo, sendo que no Estado da Califórnia e em outros estados norte-americanos, informam Hassemer e Muñoz Conde<sup>167</sup>, adotou-se a regra do “*three strikes and you are out*”. Semelhante a regra do *baseball*, quando o indivíduo comete um terceiro delito, ainda que seja este um crime sem maior gravidade, como furto, por exemplo, após haver cometido dois outros graves delitos, mesmo que não necessariamente violentos, ele deverá ser punido com prisão perpétua ou, no mínimo com 25 (vinte e cinco) anos de pena privativa da liberdade.

Salienta o professor Máximo Pavarini, que esse pensamento distorcido de solução para a violência, se disseminou pelo mundo como uma doença. A pena de prisão socializa o crime, não ressocializa o criminoso, deveria, segundo este pensador italiano, ser destinada somente a presos perigosos, pois, “quanto mais se pune um criminoso leve, mas profissional ele será quando voltar ao crime”. Continua salientando que o aprisionamento em massa não se legitima em nenhum lugar do mundo, nem nos Estados Unidos, muito menos na Europa e tampouco na América Latina<sup>168</sup>.

Desde o surgimento da obra de Beck<sup>169</sup>, tem se expandido a ideia de se identificar o modelo social pós-industrial em que vivemos como sociedade do risco. Nossa civilização contemporânea surge com as características demarcadas, fundamentalmente, por um lastro de economia volátil e com incontroláveis evoluções tecnológicas, que nunca antes havia sido observada na história da humanidade. Essa estupenda evolução técnica influenciou e continua influenciando, reflexos diretos na implementação do bem-estar humano, como também, os tem a dinamicidade dos fenômenos relacionados ao capital. Todavia, entre os mais diversos fenômenos observados, o que mais nos interessa neste estudo, é a configuração do risco de procedência humana como fenômeno estrutural da sociedade<sup>170</sup>.

Assim, baseando-se em perspectiva lógica, de se reconhecer, que por outro lado, com a evolução da sociedade, também surge a necessidade da proteção ou tutela de novos bens

<sup>167</sup> HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introdução à criminologia**. Tradução Cintia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 261. E em LEMGRUBER, Julita. **O controle da criminalidade: Mitos e Fatos**. Rio de Janeiro: Univ. Candido Mendes, Centro de Estudos de Segurança e Cidadania, 2001, pp.166-168.

<sup>168</sup> Cf. Entrevista de Massimo Pavarini jornal Folha de São Paulo, 31-08-2009. In: OLIVEIRA, Marco Antonio de. **Criminalização: garantia da exclusão e manutenção da ordem**. Artigo apresentado no XIX Encontro Nacional do CONPEDI - Fortaleza/CE, jun-2010. Pp. 1049-1060. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3414.pdf>, acesso em 21-07-2011.

<sup>169</sup> BECK, Ulrich. **A sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 1. ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 62.

<sup>170</sup> SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del derecho penal*. In: BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. V.1. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 206.

jurídicos pelo direito penal. Esses novos bens, conforme a doutrina<sup>171</sup>, podem classificar-se em três categorias: I - os que correspondem a extensão da capacidade protetiva (por exemplo a autodeterminação informativa penalmente tutelada; II - outros valores sobre os quais jamais se dedicou ampla atenção, por representarem bens de duração infinita e, que hoje, se conclui que são recursos de dimensões reduzidas e por isso, carentes da proteção penal (como por exemplo os fenômenos relacionados com o meio ambiente); III – situações outras, as quais se observam com as transformações sócio-culturais, produzindo um substancial incentivo da valoração de um bem que modernamente merece a tutela penal, mesmo antes que de outro ramo qualquer do Direito (o Patrimônio Histórico de uma determinada esfera política, por exemplo)<sup>172</sup>.

Na realidade, conforme Gracia Martín<sup>173</sup>, não se estaria protegendo os bens jurídicos, mas sim, “suas funções”, isto é, as instituições, os modelos ou objetivos de organizações política, social ou econômica. Isso porque o Direito Penal não estaria dotado da capacidade instrumental de prestar com adequação e eficiência à coletividade, a proteção que exigem do ente estatal diante da ameaça de novos riscos; os legisladores, recorriam ao Direito sancionatório por saber da sua incapacidade de resolução efetiva dessas mazelas sociais – através de novas tipificações penais de condutas, mesmo que aparentassem impossibilidade de execução – objetivando unicamente a produção na sociedade de um efeito simplesmente fictício, ou seja, simbólico de proteção<sup>174</sup>.

Uma das características mais evidentes das sociedades pós-industriais é a sensação generalizada de insegurança, oriunda da multiplicação emocional do perigo existente. Nasce a sociedade do temor, onde a experiência individual do sentimento desse medo se afigura imensamente maior do que a real existência própria dos riscos. Este sentimento público de medo e ressentimento surtiu um forte impacto não somente no estilo mas também no conteúdo das políticas públicas da nossa geração.

A espetacularização midiática de operações policiais, de crimes e criminosos, a imagem do 11 de setembro de 2001 constantemente estampada nos noticiários, tudo

---

<sup>171</sup>TÉLLEZ AGUILERA. **Nuevas penas alternativas**, p. 54; SILVA SÁNCHEZ. La expansión del derecho penal, p. 26 e 27 e GRACIA MARTÍN. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal**, Tradução de Erika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Editora safe, 2005, p. 130, entre outros.

<sup>172</sup>TÉLLEZ AGUILERA. **Nuevas penas alternativas**, p. 54.

<sup>173</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito penal**. Tradução de Erika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Editora safe, 2005. p. 132 e 133.

<sup>174</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito penal**. Tradução de Erika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Editora safe, 2005. p. 149-150.

contribuindo para a exacerbação da sensação de insegurança. Esse contexto, dessa forma, contribui decididamente para que as chamadas “fábricas do medo”, como se pode denominar as instituições de informação – através das quais se consegue, rapidamente e com amplo alcance, aflorar os ditames da Democracia, mesmo que não de forma racional, mas emocional -, propalem uma sensação de insegurança e temor, com generalizada vitimização, culminando por “legitimar” a intervenção do Estado, pretendendo encontrar no berço do Direito Penal, o nascedouro natural do poder de polícia<sup>175</sup>.

Porém, analisando o histórico da execução penal, como no início desta pesquisa, verifica-se o frequente debate, que continua atual, sobre o real significado da prisão, essa estrutura de cunho estatal, física, fria e monopolista. Para debater esta questão buscamos ensinamento de Castro, onde através de pensamentos alinhados com Baratta e Foucault, a autora esclarece que

“Desde 1842 denuncia-se que a prisão provoca a reincidência: ensina o preso viver fora da sociedade, cria-lhe a consciência da injustiça e da rebelião contra os abusos de poder que é submetido dentro dela” e conclui invocando Foucault ao afirmar que o que há na realidade “de todas essas histórias são jogos de forças que, segundo a classe a que pertencem os indivíduos, os conduzirão ao poder ou a prisão.”<sup>176</sup>.

Portanto, de há muito se observa a inutilidade da prisão e da vida prisional, como solução ao problema da criminalidade, porém, mesmo largamente exposta pela doutrina esta assertiva, mesmo reconhecidos os problemas graves carcerários e as mazelas causadas pelo aprisionamento, no atual estágio histórico de nossa sociedade, ainda não existe qualquer outro meio viável de substituir com pleno êxito a intimidação da pessoa humana que ofende a lei com a prática do delito.

### **3.3 As vítimas sob nova concepção de injustiça e o paradoxo dos “gestores” da moderna moral social**

Desde os anos 80, experimentou-se um movimento de vítimas, que passou a ser fortemente aclamado, onde a reclamação era no sentido de que as vítimas deixassem de ser meros espectadores no campo do processo penal, que fossem melhor assistidas pelo Direito

<sup>175</sup> TÉLLEZ AGUILERA. *Nuevas penas alternativas*, p. 55. Para um estudo muito mais detalhado ver em: GARLAND David. *A cultura do controle*. 1ª Ed. Coleção Pensamento Criminológico, nº 16. Rio de Janeiro: Revan e ICC, 2008, p. 275 e ss.

<sup>176</sup> CASTRO, Lola Aniyar. *Criminologia da reação social*. Tradução Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 193-194.

penal, e, tivessem seus interesses atendidos efetivamente, passando a ocupar o seu lugar correto, como sujeito de direito que são e não objeto ou instrumento do processo. Para Silva Sánchez, lembrado por Peñaranda Ramos, Suárez Gonzales e Cancio Meliá, dito fenômeno vem favorecido pela conjuntura configurada por uma sociedade majoritariamente de classes passivas: pensionistas, desempregados, consumidores etc., sujeitos típicos do *Welfare State*. Desta forma, o comportamento de citados sujeitos, diante do sistema penal, representa uma perfeita coerência no atual estágio civilizatório que redundará em quase falência do Estado – Providência<sup>177</sup>.

Observa-se que esta consideração no tocante a vítima do delito, ganhou corpo também no campo das organizações e instituições de sanções alternativas. Na opinião dos autores Muñoz Conde e Hassemer<sup>178</sup>, essa disposição em atender às vítimas surge de alguns indicativos. Inicia-se com a observância e respeito em relação à posição da vítima antes de conceder uma pena alternativa. Isso também se presencia nas novas “alternativas penitenciárias” que exigem como condição para ascender ao terceiro grau (regime de semiliberdade) ou a liberdade condicional, a reparação das consequências do crime em relação à vítima. Um segundo indicador é a introdução de sanções alternativas ou medidas protetivas, que levam em conta a reparação e ou proteção da vítima (obrigação de manutenção de uma distância mínima, ou comparecimento em determinados locais, residências ou eventos públicos, por exemplo).

Há ainda, um terceiro indicador, que é precisamente o desenvolvimento do denominado movimento de justiça restaurativa, que ganha adeptos em diversas nações, e, conforme ressalta Saliba, que devem participar do processo de resposta penal, não só o Estado e o delinquente, mas também a vítima e as comunidades. “A reconciliação ou conciliação, o perdão, o consenso, a reparação dos danos, são apenas exemplos dos fins a serem buscados pelo Direito penal”<sup>179</sup>. Para finalizar que no Estado Democrático de Direito a concentração do poder no combate à criminalidade nas mãos do Estado, sem a participação de forças sociais, vem sendo superada, é um avanço surgido da exigência da evolução histórica, com a precisa retomada ou lembrança da existência da vítima. Essa participação pode resgatar

---

<sup>177</sup> SILVA SÁNCHEZ. La expansión del derecho penal. In: PEÑARANDA RAMOS, Henrique; SUÁREZ GONZÁLES, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Um novo sistema do direito penal**: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Barueri/SP: Manole, 2003. p. 45.

<sup>178</sup> LARRAURI, Elena & CID, J. Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión, em: Derecho Penal y Política Transnacional. In: MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução a criminologia**. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 133-134.

<sup>179</sup> SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 123.

parcela da legitimidade do sistema penal, e, sobretudo, alçar um comprometimento social maior na seara processual penal.

No dizer de Rosenthal, a reivindicação moderna de vitimologia se ampara num “modelo de justiça criminal que seja resolutivo, vale dizer, que resolva o conflito oferecendo ao infrator, à vítima e à coletividade uma alternativa social construtiva”<sup>180</sup>. De se concluir que não se pode pretender um Estado Democrático de Direito onde não se observa um processo de participação da comunidade, tanto mais cidadania plena, mais Democracia, mais legitimidade.

Não se pode deixar de destacar o paradoxo que se verifica quando se observa que, de outro lado, há gestões para uma maior recorrência ao Direito Penal que encontra respaldo no descrédito de algumas instâncias de proteção social, como regras de percepção de comportamentos sociais vinculados a certos estamentos éticos, provocando a consequente ruptura na escolha de critérios tradicionais de prevalência do bem e do mal, conduzindo a sociedade a uma posição próxima ao que se pode determinar *anomia* no dizer de Durkheim, ou seja, a um relativismo moral (onde a verdade de um é tão ou mais válida do que a verdade de outro) que substitui o maniqueísmo do bem-mal trocando-o pelo binômio delito - não delito. Nesta concepção, tudo estaria legitimado toda vez que a conduta não se encontre tipificada penalmente, convertendo, dessa forma, o Direito Penal no principal refúgio e referência social<sup>181</sup>, ensejando distorções extremas pois de *ultima ratio* que seria, em breve análise, a instância de atribuição penal, acaba invertido como *prima ratio*, e passa a ser visto como panaceia, ou seja, solução para todos os problemas e mazelas sociais.

Os ideais burgueses-conservadores, que sempre foram os gestores tradicionais dos estandartes da moral coletiva, estão sendo agora substituídos por outros transmissores de opiniões: as personagens e personalidades oriundas das telecomunicações, as agremiações de bandeiras do feminismo, da ecologia, defensores do consumidor, de reféns do terrorismo, dos pacifistas, integrantes de organizações não governamentais (ONGs) que protestam contra a vulneração dos Direitos Humanos. Estas organizações lideram o direcionamento cada vez mais expansivo do Direito Penal em relação ao aumento contínuo da demanda pela tutela de seus respectivos interesses.

---

<sup>180</sup> ROSENTHAL, Sérgio. **A punibilidade e sua extinção pela reparação do dano**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 77.

<sup>181</sup> TÉLLEZ AGUILERA. **Nuevas penas alternativas**, p. 58.

Estas solicitações de incriminação e agravamento sancionatório, em sua imensa maioria, recebem atendimento de legisladores “muito preocupados” com seus índices de aprovação pública, fazendo com que além de se ampliar o âmbito de aplicação do Direito Penal, como também, em outras situações, provocam circunstâncias que vulneram determinados princípios gerais do ordenamento jurídico, tais como o princípio da ofensividade, razoabilidade ou proporcionalidade, ao consubstanciar-se em um recrudescimento sancionatório cabalmente em descompasso com a tutela de outros bens jurídicos de igual importância<sup>182</sup>.

Falta o olhar de uma perspectiva reducionista, ou seja, que respeite o caráter fragmentário e de mínima intervenção do Direito Penal, e, ao contrário, o caminho escolhido acaba sendo o da expansão punitiva. Essa punição<sup>183</sup>, expressa por Rusche e Kirchheimer fundamentou a construção do aparelho produtivo, e vê-se, agora, na chamada modernidade líquida, consoante descreve Bauman, o sistema prisional passa a representar um “substituto ao emprego, um modo de explorar ou provocar a inocuidade de grande parte da população desprezível em relação aos meios de produção e para quem não existe trabalho ao qual se reintegrar”,<sup>184</sup>.

---

<sup>182</sup> TÉLLEZ AGUILERA. Nuevas penas alternativas, p. 59; SILVA SÁNCHEZ. La expansión del derecho penal. In: BITENCORT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, v.1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 287.

<sup>183</sup> Cf. Foucault: “A idealização correta do sistema punitivo atualmente, deveria ser a disciplina infinita: um interrogatório sem termo, um inquérito que se prolongasse sem obedecer a limitações visando observar minudentemente e de forma analítica, para caminhar por procedimento jurisdicional que encerre paralelamente a conformação de um processo infinito, a volatilidade calculada de uma sanção penal relacionada com um exame, curioso e implacável, procedimento que ao mesmo tempo se transmute no instrumento perene e desviante em conexão com um regramento incompreensível com deslocamento assintótico que obriga a encontrá-lo no infinito. O suplício completa logicamente um processo comandado pela Inquisição. A ‘observação’ prolonga naturalmente uma justiça invadida pelos métodos disciplinares e pelos processos de exame”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir. Nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 28 ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 187.

<sup>184</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 119-120.

#### 4 AS PERSPECTIVAS DAS SANÇÕES ALTERNATIVAS

Nesse ponto de nossas reflexões, imperioso observar que as teorias da pena se situam e se enraízam em uma cultura, e não só em uma cultura jurídica determinada, senão em um determinado contexto social e econômico, que é o que, em definitivo, determina que se acentue mais ou menos os reflexos retributivos ou preventivos, e subdividindo a estes de novo os de características de preventivos-gerais e outras os preventivos-especiais. Apesar dos esquemas culturais que favorecem uma determinada teoria da pena poderem modificar-se rapidamente, dependendo de muitas variantes, desde o tipo de delito até a direção política progressista ou conservadora do governo atual, a decisão a favor de uma pura teoria retributiva supõe, de fato, renunciar a uma justificação pela pena desde o ponto de vista de seus efeitos práticos (tanto frente ao delinquente individual como frente ao restante dos cidadãos) e, praticamente, no dizer de Muñoz Conde e Hassemer, “deixa sem sentido a investigação criminológica sobre a reação oficial frente à criminalidade”<sup>185</sup>.

Porém, para os mesmos juristas, nem a Criminologia nem o Direito Penal podem renunciar ao conhecimento dos efeitos preventivos das sanções penais. A justificação pelas consequências desejadas, afirmam “é parte de nossa racionalidade e cultura jurídica e não se deve, portanto, renunciar ao questionamento de para que servem as sanções, se é que servem para algo”<sup>186</sup>. De se destacar que caso se perceba que as sanções penais não estejam servindo para solução dos problemas a que se propuseram resolver, ou, inclusive têm efeitos negativos ou contraproducentes para a solução do problema da criminalidade, seriam obrigados a iniciar debates abertos e transparentes, encaminhando possibilidade de abrir a porta para outras espécies de soluções menos radicais ou custosas ou, pelo menos, mais úteis que as que atualmente temos.

O que não se pode é fechar os olhos para possibilidades na busca de soluções, não podemos permanecer fechados em simplistas reações de fundo maniqueísta, pois, nos estudos das contradições sociais há algo mais que somente o bem e o mal, existe o humano. Frise-se, mais uma vez, o Direito Penal não pode ser eleito como a panaceia, solução mágica para todos os problemas. Já definia Beccaria, não é a severidade da sanção que deve ser relevante, mas sua necessidade e utilidade, e, sobretudo, a certeza (a que se poderia traduzir por segurança jurídica) da aplicação da sanção adequada.

---

<sup>185</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Tradução de Cintia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 175.

<sup>186</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. *Idem*.

Muitas vezes, quando se procura estabelecer essa cega relação entre aumento ou diminuição das taxas de criminalidade e diminuição ou aumento da dureza das sanções penais, busca-se, com fins obscuros, criar um sentimento de angústia e medo à liberdade nos cidadãos, bloqueando qualquer intento liberalizador ou simplesmente humanizador do sistema penal. Acontece isto geralmente em épocas de crise, em que as grandes massas de população afetadas pela mesma se mostram mais tendentes a anular as normas jurídicas e a cometer delitos de escassa gravidade como o furto, o tráfico de drogas em pequena escala ou às vezes a levar a cabo comportamentos que nem sequer são delitivos, como a imigração ilegal, a mendicância ou a prostituição. A punição destes comportamentos, inclusive com privação de liberdade, preconizada pelas modernas teorias como a tolerância zero, constitui uma forma de disciplinar e de conter os setores mais desfavorecidos economicamente, e não uma verdadeira solução aos problemas sociais que condicionam estes comportamentos. De novo recorrendo a Muñoz Conde e Hassemer que asseveram

O Estado Social se transforma, assim, em um Estado Penal que, através do Direito Penal, pretende o controle da mão-de-obra não qualificada que o mercado de trabalho não pode absorver ou que não quer assumir o trabalho descontínuo e mal remunerado que lhe é oferecido<sup>187</sup>.

Esta perniciosa atitude, pode ter como resultado a volta a (ou manutenção de) um sistema penal puramente retributivo, baseado na presumida igualdade de oportunidades de todos os membros da sociedade e na capacidade teórica que todos têm para eleger entre obedecer às leis e cometer um delito, renunciando, destarte, à busca de solucionar as causas reais de muitas formas de delinquências que têm sua origem nas próprias falhas estruturais da sociedade.

Uma resposta social sancionadora exacerbada, como a escolha da prisão como consequência social, no dizer da Criminologia “reação social”, frente à criminalidade, e inclusive frente às condutas que apenas chegam à categoria de delito, não seria mais que reflexo da impotência dos atuais sistemas econômicos para resolver adequadamente os problemas sociais que estão provocando a “globalização econômica”, e a expressão de um “pensamento único” que, para afiançar a globalização ou universalização do modelo econômico, pretende impor, paralelamente, modelos de controle social dos setores da população que não se integram ou não cabem no novo sistema econômico.

---

<sup>187</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Tradução de Cintia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 176. No mesmo sentido WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 6.

Até que ponto isso é inevitável e como podem as teorias da pena (retributivas, preventivas, funcionalistas) oferecer uma “solução” ao problema da criminalidade que seja compatível com os princípios básicos do Estado Social e Democrático de Direito?

Visando buscar uma resposta a essa indagação, observa-se forte tendência internacional em se valer de postulados do movimento político criminal formuladores do denominado Direito Penal mínimo, com objetivo de que o sistema penal seja integrado de forma minimizada em uma política pública voltada para a garantia e segurança dos direitos fundamentais, para possibilitar a proteção integral das necessidades dos cidadãos, que não seja tão somente resposta sancionatória do Estado diante das agressões, mas por alcançar um patamar de solução e segurança cuja influência perpassa toda a ordem social, seja de cunho econômico, político e cultural.

Assim, o Direito Penal estaria se afirmando através de conceitos mais equilibrados, a demonstrar racionalidade, de maneira que, conforme Kazmierczak “através da teoria do delito e da pena, conceituem-se categorias dogmáticas que incorporem os dados da realidade e do conhecimento, da criminologia da reação social”<sup>188</sup>. Para podermos definir a teoria do delito, não somente como parâmetros de transformação de comportamentos em tipos penais, mas elevá-la a fator de proteção contra o exagero punitivo do próprio Estado. Nas palavras de Streck,

Devemos pugnar por um direito penal mínimo para condutas (bagatelares, de mera conduta, etc) que não lesam à comunidade e os objetivos do Estado Democrático de Direito, e por um direito penal interventivo naquilo que diz respeito à criminalidade econômico-social, estes sim, lesivos aos propalados objetivos desse novo modelo de Direito (como igualdade, justiça social etc.)<sup>189</sup>.

Essa minimalização da intervenção penal postulada, vai de encontro aos modernos modelos estipuladores de respostas penais alternativas ou substitutivas à pena privativa de liberdade, já que, minimizar a intervenção do Direito Penal, não significa prescindir totalmente desse controle punitivo, mas reduzir sua aplicação em face dos autores de infrações graves, que atentem contra o Estado Social de Direito, abalando a estrutura do próprio grupo social, ainda, em outras palavras, reconhecer no Direito Penal a sua verdadeira

---

<sup>188</sup> KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Direito penal constitucional e exclusão social**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 95.

<sup>189</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Crise(s) paradigmática(s) no direito e na dogmática jurídica**: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais. A encruzilhada do direito penal e as possibilidades da justiça consensual. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 28, out-dez de 1999. São Paulo: RT, 1999. p. 113.

função de *ultima ratio* para o combate aos desvios de comportamento, ou seja, aplicável nos casos em que for de extrema necessidade e ao mesmo tempo corresponda a uma adequação social.

Esta caminhada reducionista encontra respaldo nos diplomas nacionais e internacionais, configura o Estado como Democrático e de Direito, veja-se que nossa Constituição Federal em diversos pontos traça as linhas principiológicas para a garantia e proteção dos direitos fundamentais do recluso, no cenário mundial, dentre outros podemos citar as Regras de Tóquio que define as diretrizes para uma evolução do sistema penal, como, talvez, uma última oportunidade para sua legitimação. Passaremos a analisar estas premissas do estatuto programático das Nações Unidas e em sequência procuraremos verificar os passos nacionais na direção das sanções alternativas e/ou substitutivas à pena privativa de liberdade.

#### **4.1 Sua instrumentalização nas Regras de Tóquio<sup>190</sup>**

Em 1990 foi realizada a Assembléia Geral da ONU, onde se obteve aprovação de “Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas não Privativas de Liberdade”, que passaram a ser reconhecidas como as Regras de Tóquio, baseadas em projeto elaborado pelo Instituto das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e o Tratamento do Delinquente.

Este documento internacional, reconhecido pelos países membros, dentre eles o Brasil, se converte em parte do Direito Constitucional e, desta maneira, passa a disciplinar paradigmas e limitações para a elaboração de diplomas legais e desenvolvimento de políticas públicas, os quais se não respeitados estariam eivados de inconstitucionalidade. Buscando a definição do nível de comprometimento da nossa legislação federal, consoante as disposições das Regras de Tóquio, se faz premente o conhecimento das bases principiológicas das referidas disposições normativas, as quais surgem como esboço do que seria o mínimo aceitável na regulação nacional de cada Estado.

Com inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos, as diretrizes das Regras de Tóquio impõem a todos os Estados Membros das Nações Unidas a implementação de medidas e penas alternativas ou substitutivas em seus respectivos sistemas penais, vertente

---

<sup>190</sup> Para um estudo mais aprofundado: GOMES, Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Penas e medidas alternativas**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

oposta à política de encarceramento massivo tão em voga, sobretudo à partir dos Estados Unidos, e, em caso de não obediência, poderiam ser acusados de desertores dos Direitos Humanos.

As Regras de Tóquio nasceram como resposta à visão vetusta que vigia até então, surgida na Escola Clássica, onde o crime recebia tratamento de infração contra o Estado, punida de forma severa, funcionando a severidade da pena como fator inibidor da ocorrência de novos crimes e elemento retributivo dirigido à pessoa do delinquente. Tinha-se, portanto, a sanção privativa de liberdade como a forma mais eficaz para a expiação do comportamento desviante, sem qualquer caráter de reintegração social do apenado.

Nesse momento entendemos oportuno rememorarmos as concepções dentro da evolução histórica do Direito Penal, notadamente no que tange às Escolas Penais, para recordar os delineamentos sobre as funções da pena.

Iniciemos com os aspectos da Escola Clássica, onde se destacaram pensadores como Francesco Carrara (Programa do Curso de Direito Criminal, 1859); Enrico Pessina (Elementos de Direito Penal, 1882); Giuseppe Carmignani (Elementos de Direito Criminal, 1823). Poderíamos citar ainda Binding, Hegel, etc. Para os adeptos desta escola a pena possuía caráter eminentemente expiatório, como sua principal característica, ou seja, destacavam que como retribuição seria uma vingança divina ou moral, ou, ademais, possuía cunho jurídico, a pena era o mal justo com que a ordem jurídica reagia à injustiça do mal praticado pelo criminoso.

Na sequência observamos a Escola Positiva, onde recorreremos às lições de Silva que assevera que

Os adeptos da Escola Positiva eram contrários às teorias absolutas e defendiam as teorias relativas, ou preventivas, pois reconheciam à sanção penal com uma finalidade prática e imediata de prevenção geral ou especial do crime. Percebiam a pena como mecanismo de defesa social pelo reajustamento ou inocuização do delinquente<sup>191</sup>.

O médico italiano Cesare Lombroso, em 1876, publica a obra-prima da Escola Positiva: “*L’Uomo Delinquente*”, iniciando-se formalmente a Antropologia Criminal. Esta corrente de pensamento sofreu grande influência dos postulados científicos divulgados no transcurso do século XIX através das pesquisas de Darwin (Origem das Espécies, 1859); Lamarck (Pesquisa

---

<sup>191</sup> SILVA, José Geraldo da. **Teoria do crime**. Campinas: Millennium, 2007, p. 38.

sobre a Organização das Espécies); Haeckel (A criação dos seres organizados segundo as leis naturais, 1869); e, principalmente, pela obra do pensador francês Augusto Comte, fundador da Escola Filosófica Positiva (Curso de Filosofia Positiva, 1830). De se destacar sobre a doutrina lombrosiana, onde a ideia principal era a “do criminoso nato, como variedade particular da espécie humana, definido pela presença constante de anomalias anatômicas e fisiopatológicas”<sup>192</sup>.

Dos expoentes da Escola Positiva, destacamos Enrico Ferri e sua obra “A negação do livre arbítrio, teoria da imputabilidade” de 1878; Enrico Altavilla, com sua “psicologia judiciária” de 1927. Os adeptos desta Escola defendiam a tese de que o delinquente deveria ser considerado um produto do meio social, e assim deveria ser tratado. Afirmavam que o delinquente era estimulado pelo convívio social, que acabava por condicionar e delimitar seu próprio caráter. A vontade humana era tratada, destarte, como uma vontade dependente, visto que direcionada pelas condições do meio social em que vive.

Indispensável enfocar a diversidade de conceitos de ambas as escolas retro-analisadas, consoante Bitencourt, “Enquanto a Escola Clássica se preocupava apenas com o delito e a pena, a Escola Positiva se atentava com o criminoso e as circunstâncias que o levaram à prática do ato delituoso”<sup>193</sup>.

A sociedade evolui e os avanços também são observados nos aparatos punitivos, que alcançam novas ideias sobre os conceitos de delito, criminoso, punibilidade, antijuridicidade, e culpabilidade, reconhecidos como instrumentos reguladores da resposta estatal ao delito. A defesa social foi adotada como mais recente componente da pena. A prisão não era mais vista como mero castigo, com único caráter retributivo provindo do Estado para alcançar o ator desviante. Reconhecia-se na privação de liberdade, algo mais que o irrefutável aspecto expiatório, uma forma de proteção à sociedade.

O enfoque sobre o conceito da pena, também sofreu mudanças significativas, deixando o mero componente retributivo, mero castigo institucionalizado pelo Estado, simples penitência pela infração perpetrada, passando a visar o caráter preventivo, sendo a sanção

---

<sup>192</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 57.

<sup>193</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. p.57-58.

adequada a cada espécie de criminoso objetivamente observado (ocasional, habitual, passional, nato, etc.).

Das análises dos contrapontos destas duas primeiras Escolas, surgiram algumas teorias conciliadoras ou mistas, também chamadas de Escolas Ecléticas, que salvaguardando os aspectos de retribuição e expiação da pena, juntaram a função da sanção as ideias de reeducação e inocuização do criminoso. Como principais correntes ecléticas, podemos destacar: Terceira Escola, ou Positivismo Crítico na Itália; Escola Sociológica Francesa; Escola Moderna Alemã; Escola do Tecnicismo Jurídico (Itália); Escola Correccionalista, dentre outras.

Para obedecer a critérios didáticos, procuramos seguir o esquema transcrito por Silva<sup>194</sup>, e sintetizamos desta forma os postulados relevantes de cada Escola Mista, obedecendo ao critério de cronologia e evolução dos institutos nelas abordados:

Terceira Escola:

- Substituição do livre-arbítrio pelo critério da voluntariedade das ações;
- Da mesma forma que os positivistas, reconhece a infração penal como um fenômeno inerente ao indivíduo e a sociedade;
- Destaca relevância a responsabilização moral, oriunda da Escola Clássica;
- A sanção penal, possuidora de aspectos aflitivos e éticos (pensamento clássico), tem por fim a defesa social (pensamento positivista).

Escola Sociológica Francesa:

- Ressaltava a necessidade da realização de exame psicológico do criminoso quando do cometimento do delito;
- valoração da vontade delitiva, desvalor do resultado material;
- Destacaram como expoentes Alexandre Lacassagne, Louis Manouvier e Gabriel Tarde.
- Esta corrente não alcançou repercussão fora do território da França, e, de forma muito rápida acabou superada, pelo ideário praxista da Escola Moderna Alemã.

Escola Moderna Alemã:

---

<sup>194</sup> SILVA, José Geraldo da. **Teoria do crime**. Campinas: Millennium, 2007, p.78-79.

- O crime é um fato jurídico resultante de fatores humanos e sociais;
- O delito não é de origem nata, nem advém do livre-arbítrio, mas se origina em múltiplas causas, algumas inerentes ao indivíduo, e outras relativas ao ambiente externo, desde motivações físicas, até sociais e econômicas;
- Da normal capacidade de autodeterminação surge a imputabilidade;
- A sanção tem a culpa por fundamento e se legitima pelo fim de manutenção da ordem jurídica (sentido de pena finalística);
- A periculosidade do agente disciplina a medida de segurança (no sentido de prevenção geral).

Von Liszt foi a principal figura da Escola Moderna Alemã, tendo publicado em 1882, sua clássica obra “Programa de Marburgo”, destacando o pensamento finalista no Direito Penal. Combateu a tese lombrosiana do “criminoso nato”, afirmando que as razões das condutas humanas estão inseridas na coletividade, lugar onde devem ser pesquisadas, a comunidade age no indivíduo modulando, modificando e rotulando seus comportamentos, tendo como parâmetros as diversidades da cultura, educação, condições de vida e nível de discernimento.

Movimento italiano denominado Escola do Tecnicismo Jurídico:

- Total distanciamento entre Direito Penal e toda avaliação de cunho filosófico-axiológico em relação aos elementos do Sistema Penal;
- Recusa à concepção de livre-arbítrio (determinismo);
- Responsabilidade moral do delinquente;
- O crime é um fato de relação jurídica (subsunção típica);
- Adota o princípio retributivo-expiatório de sanção penal;
- Distingue inimputáveis de imputáveis, e estabelece medida de segurança aos inimputáveis e sanção penal para imputáveis.

Entre seus principais doutrinadores, podemos citar: Arturo Rocco (doutrinador que cunhou o Código de Processo Penal do regime fascista italiano e que serviu de base para o nosso Código de Processo Penal), Vincenzo Manzini, Eduardo Massari, Biaggio Delitala, Giuseppe Maggiore, Giuseppe Bettioli, dentre outros.

Já da chamada Escola Correccionalista, fundada por Carlos Davi Augusto Roeder, professor de Heidelberg, encontramos expoentes como Concepción Arenal e Doraldo Montero. Sobre este movimento ideológico, dispõe Noronha que

Roeder pensa o Direito como conjunto de condições dependentes da vontade livre, para cumprimento do destino do homem.

Inserir-se como norma de conduta necessária à vida humana, tanto externa quanto interna, e daí incumbe ao Estado não só a adaptação do criminoso à vida social como também sua emenda íntima. Com Roeder, o Direito penal lança um olhar sobre o homem e não apenas o ato. Não o homem abstrato, como sujeito ativo do crime, mas o homem real, vivo e efetivo, em sua total e exclusiva individualidade.

No tocante à pena... se a correção da vontade má do criminoso é o fim, deve ela perdurar somente o tempo necessário – nem mais, nem menos – para se alcançar esse objetivo. Será, conseqüentemente, indeterminada. Roeder admitia que se findasse a execução da pena, quando demonstrada sua desnecessidade<sup>195</sup>.

A pena era entendida, assim, como uma maneira de realizar uma profilaxia da sociedade, pois, ao mesmo tempo em que garantia uma segurança ao corpo social, oferecia tratamento e reintegração ao delinquente. Nesse sentido Concepción Arenal, deduz a assertiva quanto à possibilidade de recuperação dos autores de infrações penais: “Não há criminosos incorrigíveis, e, sim, incorrigidos.”, consoante cita Magalhães Noronha<sup>196</sup>.

O paradoxo observado nas doutrinas correccionalistas é a distância, que até nossos dias parece intransponível, entre o ideário da reintegração social e a prática verificada nos estabelecimentos prisionais. Acreditar que a pena de prisão possua condições para promover a efetiva ressocialização do criminoso é premente. Não negamos o aspecto retributivo da sanção penal, tampouco a relevância da demanda de possibilitar efetiva segurança à sociedade face à figura do delinquente, nem mesmo a indispensável diretriz ressocializadora que ora norteia a punição aos detratores das normas penais. O que se questiona, todavia, é o total descaso do Estado que abandona os reclusos em depósitos com ausência dos mínimos recursos e dignidade, esta é a práxis dos presídios.

As contradições apresentam-se cristalinas: enquanto a doutrina, a teoria, e mesmo a nossa política penal e carcerária formal, de maneira unânime reverenciam as atividades laborais como mecanismo eficaz para a ressocialização do criminoso, o Estado esquece-se de ofertar aos gestores do sistema penitenciário os instrumentos necessários para a real consecução dos fins almejados.

<sup>195</sup> MAGALHÃES NORONHA, E. **Direito penal**. v. 1. Atualização de Adalberto de Camargo Aranha. São Paulo: Rideel, 2009, p. 37.

<sup>196</sup> MAGALHÃES NORONHA, E. op. cit. p.39.

Incontestável se afigura o ensinamento de Norberto Bobbio, quando afirma que para a exigência de determinados fins há que ocorrer a correspondente disponibilização dos meios necessários ao alcance dos fins propostos, em não ocorrendo isto, estaremos diante de uma odiosa *Antinomia Teleológica*. Explica o pensador italiano que as “antinomias” existem quando duas ou mais normas vigentes e válidas, no mesmo ordenamento jurídico, são incompatíveis entre si. Para definir em que consiste a antinomia jurídica, e em que momento são duas ou mais normas consideradas incompatíveis entre si, Bobbio apresenta, basicamente, as seguintes relações de incompatibilidade: a) uma norma que ordena fazer algo e outra que proíbe fazê-lo; b) uma norma que ordena fazer algo e uma outra que permite não fazer; c) uma norma que proíbe fazer algo e uma norma que permite fazê-lo<sup>197</sup>.

Ao se adotar como política penitenciária disposição de readaptação social do apenado, a administração pública deve, necessariamente, oferecer aos organismos integrantes do universo prisional, os instrumentos e métodos para que a efetividade da intenção possa ser atingida, e, assim, se possibilite a reintegração social do delinquente.

Esse abandono do sistema prisional por parte da administração pública transparece como antinomia jurídica, nos termos acima explicitados, vislumbra-se nos estabelecimentos penais as parcas estruturas físicas, o mau gerenciamento e a ausência da correspondente dotação orçamentária, agravando-se ainda mais devido ao alto custo de sua manutenção, observância de índices gigantescos de reincidência, promiscuidade, desumanidade, superpopulação a inchar os cárceres e, sobretudo, mínimas perspectivas de implantação de modalidades de readaptação, seja através de atividades laborais, seja por meio da educação, ainda se somando diversas outras problemáticas inerentes aos institutos punitivos clássicos – comprovada está a ineficácia da pena privativa de liberdade como elemento ressocializador.

Foucault<sup>198</sup> nos traduzia que o encarceramento, na realidade, não atinge o objetivo de reduzir a taxa de criminalidade, ao contrário, impele o criminoso a permanecer na delinquência, possibilita o surgimento de um ambiente peculiar aos criminosos, com organização hierarquizada e voltada para o cometimento de futuros delitos, bem como fabrica indiretamente delinquentes, ao fazer cair na miséria à família dos detentos.

---

<sup>197</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1999, p.98-99.

<sup>198</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. Tradução de Raquel ramallete. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 234.

Essa reação social de privação de liberdade somente se legitima quando aplicada como *ultima ratio*, ou seja, nas hipóteses e circunstâncias em que a defesa da sociedade e o reconhecimento da incapacidade de reintegração do delinquente através de medidas alternativas à privação de liberdade exigirem a sua exclusão do convívio social como medida racional e necessária. A sanção de privação de liberdade, não esqueçamos, expressa uma violência do Estado, intimidação que necessita sofrer ponderação quanto à sua adequação e premência da sua imposição, verificando o respeito à proporcionalidade, sopesando-se a relação entre a resposta estatal a recair em face do delinquente e a valoração do bem jurídico violado pelo criminoso, de se destacar que a liberdade do delinquente também merece reconhecimento como bem jurídico, haja vista que o recluso permanece com seu caráter humano.

Tenciona-se reduzir o aprisionamento massivo, através da promoção de medidas e penas alternativas, com base nas Regras de Tóquio, procurando reservar a sanção privativa de liberdade para os casos em que esta se configure como absolutamente indispensável, nos ditames da adequação e da necessidade real, para, assim, contribuir para a ressocialização<sup>199</sup> do apenado, evitando-se, desta feita, os inúmeros malefícios decorrentes do ambiente carcerário e a reincidência delitiva. Assevera Bitencourt que as primeiras manifestações contrárias às penas privativas de liberdade, de curta duração, “[...] surgiram com o Programa de Marburgo de Von Liszt, em 1882, e a sua ‘idéia de fim no Direito Penal’, quando sustentou que “a pena justa é a pena necessária”<sup>200</sup>.

O sistema penal necessita ser visto e estudado então com novo enfoque, a busca da eficiência e efetividade naquilo que é sua atribuição, a entrega da prestação punitiva por parte do Estado. Várias organizações internacionais têm buscado a promoção de discussões visando o desenvolvimento das concepções humanistas para o sistema prisional, originado com o Iluminismo de Beccaria e Bentham, no sentido de tornar mais útil, adequada e humana a aplicação das sanções, corroborando a máxima que apregoa a “menor intervenção com o

---

<sup>199</sup> Segundo lição do Desembargador Byron Guimarães Seabra, não é correto o vocábulo "ressocializar", que significa, para ele, tornar social. Acreditamos, entretanto, que o emérito Desembargador equivocou-se na interpretação do vocábulo: optamos pelo ensinamento do pensador italiano Norberto Bobbio (BOBBIO, **O futuro da democracia**, Rio de Janeiro: Campus, 1998), para quem o termo "ressocializar" significa tornar a ser socialista. Porém Bobbio, acaba por assegurar que o termo mais correto é ressociabilizar, isto é, promover o retorno para a sociedade. Todavia, diante da maior aceitação do termo “ressocialização” no âmbito da doutrina nacional e estrangeira, resolvemos utilizar esta expressão.

<sup>200</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. XXIII.

máximo de resultado”. Nos dizeres de Beccaria<sup>201</sup>, o criminoso - segundo pensamos, mesmo aquele imaginado posteriormente por Lombroso - é, antes de tudo, um homem. Por mais desgraçado, primitivo, perturbado que possa estar, mesmo assim é um homem, e como tal deve ser tratado.

Com a Revolução Francesa de 1789, nasceu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento visionário e vanguardista, estruturado em ideais humanitários e alicerçado nos pilares da liberdade, igualdade e fraternidade entre os homens. Mais de cento e cinquenta anos se passaram para que a utopia imaginada pelos revolucionários franceses se transformasse em atuação política a nível mundial.

Sob a égide deste mesmo desígnio que foi cunhado no idealismo humanitário do Iluminismo, a Organização das Nações Unidas, trouxe a lume no ano de 1948, a nossa Declaração Universal dos Direitos Humanos, que no afirmar de Gomes<sup>202</sup>, se constitui em legítima “Constituição Ética Mundial”, com lastro no fortalecimento dos princípios de garantia dos Direitos Humanos fortalecidos ao final da Segunda Guerra Mundial, diante do genocídio e outras infrações em face da dignidade humana, representados pelo holocausto e morticínio indiscriminado cometidos.

Avançando mais especificamente no tema dos encarcerados, a ONU, em 1955, edita as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, documento de grande relevância ao estabelecer limitações à aplicação de penas privativas de liberdade. De se observar que as normas editadas pelas supra-referidas Regras nos elencam diversos aspectos do ambiente carcerário, como, a classificação do delinquente em categorias, descendo as minúcias de tratar de temas como alimentação condigna, roupas de cama, higiene íntima, atividades físicas, assistência médica, acesso a biblioteca, e outras normas pertinentes.

Em 1966 se discute e se aprova o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e em 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, globalmente conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*. O contexto social já era outro: as nações desenvolvidas tinham o domínio das tecnologias de ponta, se implantava a base de mais uma revolução industrial com a automação e a informática. Aumentava o abismo entre as nações desenvolvidas e as sub-desenvolvidas, surgindo a figura dos países emergentes, entre povos do hemisfério Norte e do

---

<sup>201</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Título original “Dei delitti e delle pene” (1764). Tradução Torrieri Guimarães. 9. reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2009.

<sup>202</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 21.

hemisfério Sul. A dignidade humana era ofendida, por um processo gradativo de seletividade e de exclusão social, onde a prioridade é o Ter sobre a filosofia do Ser.

A Convenção Americana ou Pacto de San José da Costa Rica, claramente denotou preocupação com a universalização dos Direitos Humanos, bem como com o respeito ao princípio da não-intervenção e da auto-determinação dos povos quando em seu preâmbulo estampa:

*Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados Americanos<sup>203</sup>.*

Coube ao Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção dos Delitos e Tratamento do Delinquente, a formulação dos primeiros esboços relativos a políticas públicas dirigidas às soluções alternativas à sanção privativa de liberdade. O estudo das Regras Mínimas foi discutido durante o 8º Congresso da ONU sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, sendo prontamente recomendada a sua adoção; que se formalizou através da Resolução 45/110 da Assembleia Geral, adotando-se as Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não-privativas de Liberdade, e decidiu-se por denominá-las Regras de Tóquio.

Este instrumento programático e de consenso internacional, denominado Regras de Tóquio, está estruturado na forma de Seções. São ao todo 23 artigos, distribuídos em 08 diferentes Seções.

Na primeira Seção encontramos as ideias gerais que formam a base das Regras de Tóquio. Destacam os princípios gerais, onde se defende as promoções de medidas não-privativas de liberdade e por uma participação maior da comunidade, além de ressaltar a importância da racionalização das políticas de Justiça Penal.

Na sequência, a segunda Seção trata das medidas não-privativas de liberdade que tem a possibilidade de aplicação em caráter substitutivo como medida cautelar já na investigação ou na fase anterior ao julgamento, de maneira a evitar-se a prisão preventiva. Encontra respaldo nos princípios da presunção de inocência e da intervenção mínima, considerando a prisão

---

<sup>203</sup> Convenção Americana Sobre Direitos Humanos - "Pacto de San José de Costa Rica" – 1969. Tradução Oficial.

como *ultima ratio*, só aceitável quando absolutamente necessária, face à periculosidade do delincente.

Já na Seção III, encontramos disposição acerca dos relatórios quanto à investigação social e outras assertivas proferidas por sentenças. Elenca um rol não exaustivo de medidas não-privativas de liberdade. Dentre elas, destacamos a liberdade condicional, as penalidades pecuniárias, o confisco, a restituição à vítima, a "*probation*", a prestação de serviços à comunidade, dentre outras.

Na Seção IV encontramos dispostas as medidas para redução do tempo de permanência no cárcere ou que oferecem soluções substitutivas e/ou alternativas para a execução de sentenças que impõem privação de liberdade. Constituem-se, assim, em alternativas com possibilidade de aplicação após prolação de sentença. Dentre elas, destacamos: liberdade provisória para finalidade laboral ou educativa, remição da pena, indulto, dentre outras.

A reprodução da Seção V segue a linha de explicitar as possibilidades para a execução das medidas não-privativas de liberdade. Neste tópico, explicitam as regras que as autoridades encarregadas da execução devem orientar-se pelo princípio de ajuda ao delincente para que este não volte a cometer crimes. A função da manutenção de vigilância deve ser com caráter de construção, e não punição, tendo como objetivo principal a redução máxima da reincidência, ajudando o delincente em sua reintegração social.

Seguimos com as disposições da sexta Seção do documento internacional, onde há a afirmação sobre os funcionários do sistema carcerário, disciplinando que estes devem receber treinamento adequado para as suas inerentes funções. Os recursos humanos disponibilizados para o contato com os criminosos devem ser dotados de qualidades e qualificação adequada, para, assim, possibilitar um efetivo entendimento e eficaz tratamento dos mesmos.

O voluntariado e a sociedade civil em geral, são tratados na Seção VII, cujo tópico destaca que as sanções não-privativas de liberdade promovem ao infrator penal um necessário interagir maior com a coletividade, a ajuda voluntária, seja através do patronato, das pastorais religiosas carcerárias e sociedade civil em geral, torna-se elemento primordial na busca da reintegração social do apenado.

Na última Seção, explana-se sobre as pesquisas para planejamento, formulação e avaliação de políticas criminais. Demonstra a importância do intercâmbio entre pensadores e operadores do Direito Penal das diversas nações, que sopesando conjuntamente os diferentes sistemas punitivos adotados no mundo, melhor poderiam definir-se medidas mais adequadas

para o tratamento do criminoso. Quando o país não investe em pesquisa, seus instrumentos jurídicos vão perdendo a legitimidade, porque permanecem desconectados com as novas realidades e demandas normativas melhor preparadas para uma adequação aos saberes e convicções da coletividade em ininterrupta evolução.

Esse conjunto de regras, se insere nos parâmetros de uma Nova Defesa Social (Gramatica, Ensel, entre outros), pois, além de objetivar assegurar a aplicação de medidas não-privativas de liberdade, ainda sobreleva a reintegração social do delinquente, mas, ao mesmo tempo, não descarta da proteção da sociedade durante esse processo de ressocialização.

#### **4.2 Novas tendências punitivas**

O que cumpre destacar como tendência, analisando, como inovadoras, é o resgate da figura da vítima nesse diálogo sobre ou no âmbito da reação social quanto às consequências do delito. Até então, a vítima era, e quando muito, “utilizada” como objeto do processo penal, esperava o Estado que através da vítima se comprovasse o crime e então a sociedade traçava a responsabilização do delinquente e quem sofrera os nefastos prejuízos do crime quase nada tinha a lhe amenizar as consequências. Mas atualmente muito se avança na discussão da posição da vítima nesse diálogo processual criminal, a merecer posição de destaque, haja vista que cada vez mais se adotam mecanismos para assegurar a efetividade da reparação do dano, seja moral ou material, pelo autor da infração penal. Vê-se que a pena não mais se restringe a tutelar o assunto somente entre a sociedade e o criminoso, busca também, essa nova preocupação com a reparação do dano às vítimas.

Observamos diversas regras para possibilitar um equilíbrio entre os anseios da sociedade, do autor da infração penal e também da própria vítima do crime, lembra Gomes, que a esse respeito é paradigmática a Regra 1.4 que assevera que ao aplicar as Regras de Tóquio, os Estados-membros necessitam desenvolver esforços para alcançar o “equilíbrio adequado entre os direitos dos delinquentes, os direitos das vítimas e o interesse da sociedade na segurança pública e na prevenção do delito”<sup>204</sup>.

---

<sup>204</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2000, p. 35.

Note-se que não discutimos que a reação social aos fenômenos criminais deva se circunscrever nas fronteiras e através do Direito Penal, que ainda persiste como o mais seguro, garantista e democrático mecanismo formal de controle social, além disso, a resposta estatal ao delito não pode se restringir exclusivamente ao Direito Penal, este só deve ser chamado à intervenção somente após a falha das outras formas de controle, ou seja, deve ser utilizado como a extrema *ratio*. Na lição de Bitencourt

Visando o alcance desse desiderato, uma disciplina puramente normativa e sistemática, como o Direito Penal, deve se abrir para ser complementada por outras disciplinas, como a Criminologia e a Política Criminal, que admitem a delinquência como um fenômeno social e comunitário, que existe nas mais diversas camadas populacionais, sem qualquer conotação patológica. Lamentavelmente, essa necessidade de utilização de outras disciplinas similares e complementares tem sido sempre ignorada pelo legislador brasileiro, que pretende resolver todos os problemas - econômicos, políticos, éticos, sociais e morais - através do Direito Penal, utilizando-o simbolicamente. Essa é a política criminal que se instalou no País, na década de 90, com os denominados crimes hediondos, criminalidade organizada e crimes de especial gravidade, simbolizando, mais que um Direito Penal funcional, um autêntico Direito Penal do terror<sup>205</sup>.

Salientamos ainda, que a moderna Criminologia reafirma o princípio da intervenção mínima, ou minimalismo, já explicitados no início do presente estudo, encontrado como uma das bases das Regras de Tóquio. Jesus<sup>206</sup> define este princípio norteador da tendência moderna, que visa à descriminalização, descarcerização e despenalização. Extinguindo ou reduzindo as tipificações penais, impondo obstáculos para a aplicação de sanções privativas de liberdade as chamadas prisões cautelares; apostando na redução das sanções penais previstas *in abstracto* aos delitos, dificultando as restrições de liberdade que inflacionam o sistema penal, resguardando o uso desta reação social somente após atenta análise do grau de periculosidade do delinquente.

Nessa mesma linha de pensamento, segue Gomes, ao afirmar que o sistema penal brasileiro avança ao adotar as tendências mundiais contemporâneas, com medidas visando ações despenalizadoras e descarcerizadoras como as previstas nas Leis n. 9.099/1995 (Dos Juizados Especiais criminais) e 9.714/1998 (Das penas alternativas), disposições a serem tratadas em tópico específico mais adiante. Mais aqui ainda vale ressaltar a novel entrada em vigor da Lei n. 12.403/2011, cuja vigência se iniciou em 04 de julho de 2011, que promoveu profundas alterações em dispositivos do nosso Código de Processo Penal, antes tarde do que nunca, visando garantir a liberdade individual como regra, e disciplinando diversas medidas

<sup>205</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas Penas Alternativas**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 28.

<sup>206</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Penas alternativas**: anotações à Lei n. 9714 de 25 de novembro de 1998. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 33.

cautelares a serem aplicadas antes da decretação da prisão preventiva, ou seja, deixando o encarceramento como exceção, assunto que também trataremos em tópico especial.

#### 4.2.1 Definição e fundamentos

Reputamos interessante que uma das questões mais causadoras de surpresas em relação ao assunto, no tocante às penas alternativas é a sua verdadeira definição. Muitas vezes as chamadas sanções alternativas tem suas indicações denominadas de forma diversa como “punições comunitárias”, “alternativas à prisão”, “punições intermediárias”, ou “penas não privativas de liberdade”. Seria o caso de se entender que estas alterações conceituais surgiriam de casualidades, todavia, doutrinadores que pesquisaram esta celeuma, alertam que essas modificações epistemológicas causam diversas variações.

Conforme ressaltado por Larrauri<sup>207</sup>, em um tempo de acentuada intolerância sobre a delinquência é difícil considerar que as políticas públicas que tiverem por base o objetivo de “desprisonalizar” atraíam apoio popular. Destarte, se torna mais cômodo aos políticos destacar o aspecto punitivo (comunitário), acrescentando a essa premissa a circunstância de que essas alternativas poderiam ter mais efetividade que as penas de prisão.

Este novo contexto dos chamados “castigos comunitários”, deveria se distanciar do conceito negativo que o colocaria como uma pena em que jamais se implicará privação de liberdade. Devemos recordar as discussões na década de 60 e 70, e nos surpreenderemos com a ênfase que existia em criticar qualquer tipo de encarceramento, seja em instituições de tratamento, em ambientes laborais, ou mesmo detenções domiciliares. A concepção deveria denotar uma “transcarcerização”, ou seja, que o aprisionamento em outras instituições não poderia ser considerada como alternativa à pena privativa de liberdade. Obviamente estas novas espécies de “castigos comunitários” de uma forma geral, não significam uma restrição da liberdade, mas não afastam a consideração dessa possibilidade. Modernamente, essa ideia de substituição do aprisionamento se fragilizou pelo surgimento de medidas alternativas como

---

<sup>207</sup> LARRAURI, Elena & CID, J. **Nuevas Tendencias en las penas alternativas**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 53, março-abril, 2005, p. 70.

detenção domiciliar e limitação de fim de semana que será cumprida em estabelecimento penitenciário<sup>208</sup>.

Uma outra verificação necessária, é que se pode argumentar sobre esse enfraquecimento do enfoque das “alternativas à prisão” deve ao fato de estarem incluindo neste rol de medidas alternativas o que os britânicos denominam de programas *back - end*, isto é, projetos relacionados com indivíduos apenados e recolhidos à cárceres que se encontram em condições de auferir benefício de que sua temporada no cárcere seja mais curta<sup>209</sup>.

É bem verdade que nas décadas citadas acima havia uma rejeição em reconhecer esse tipo de medidas como alternativas à prisão mas que atualmente esse quadro sofreu alterações. Nesse sentido, é frequente a consideração de instituições como a liberdade condicional, ou penas como a de semiliberdade, como “alternativas ou substitutivas” à privação de liberdade. Da mesma forma é correta a sustentação das hipóteses que sugestionam que a vigilância à distância, ou seja, em liberdade, é semelhante, mas isso, todavia, vê-se que hodiernamente há predisposição para a admissão, como alternativa à privação de liberdade, mecanismos que não a substituam totalmente, senão que a atenuam enquanto ao regime de cumprimento<sup>210</sup>.

Desta forma, temos que não há facilidade para se definir, com teor de consenso e de molde convincente quanto às “alternativas à prisão”. Talvez por isso, alguns autores sugerem uma nova forma de classificação que transcende ambos conceitos distinguindo entre medidas pré-condenação e medidas pós-condenação, reconhecendo que no primeiro podem incluir-se medidas cautelares como abrir mão do processo ou restringir a prisão preventiva que possui um alto impacto nas taxas de descarcerização<sup>211</sup>, e, no segundo caso pós-condenação se incluem alternativas dentre elas o livramento condicional ou a suspensão da parte final da

---

<sup>208</sup> LARRAURI, Elena & CID, J. **Nuevas Tendencias en las penas alternativas**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 53, março-abril, 2005, p. 71.

<sup>209</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução a criminologia**. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 133-134.

<sup>210</sup> LARRAURI, Elena & CID, J. **Nuevas Tendencias en las penas alternativas**, In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 53, março-abril, 2005, p. 71.

<sup>211</sup> Destaca-se que esta linha de motivações também ensejou a promulgação recente da Lei nº 12.403/2011 que promoveu importantes alterações no Código de Processo Penal Brasileiro, de maneira a se entender a liberdade como regra e a prisão como exceção, elencando tanto a prisão como outras nove denominadas *medidas cautelares*, o que procuraremos discutir com mais detalhamento em tópico específico.

sanção vinculada a que o apenado desenvolva certas atividades ou se submeta a determinadas condições<sup>212</sup>.

Em grande parte dos séculos anteriores, as penalidades que representavam reações sociais exacerbadas, por demais severas, receberam amplas e acaloradas críticas sendo imputadas como anacronismos em um sistema de justiça penal nos moldes modernos. Mas, tem se observado nos últimos anos – sobretudo nas nações de origem anglo-saxônica – a forte tendência de se possibilitar o renascimento de pressupostos retributivos, condicionados a meritocracia justa, como objetivo político generalizado promovido originariamente contra a suposta injustiça das condenações individualizadas<sup>213</sup>.

A vista destas concepções, se observou o surgimento de uma maior preocupação pela proporcionalidade e pela elaboração, sobretudo nos Estados Unidos, das denominadas *sentencing comisions* que deveriam destinar o tipo de sanções adequadas à linha *in/out* que separava a pena privativa de liberdade de uma pena não privativa, ou alternativa. Desde esse ponto de vista, as alternativas à privação de liberdade avançaram e obtiveram a aceitação, mas, não devido ao reconhecimento de sua capacidade de reabilitação e sim, devido ao fato de representarem uma reação social mais condizente com à proporcionalidade do delito eventualmente realizado.

Outro argumento levantado em prol da introdução dessas alternativas à prisão em nossos estatutos repressivos, constitui-se em sua eficiência para o cumprimento, da mesma forma, com finalidade de incapacitação, ou seja, se mantém o indivíduo sob controle, mesmo sem a necessidade de sua inocuização. Neste diapasão, a novel concepção alternativa traduz a descrença na capacidade de alterar as convicções do delinquente e aposta sinteticamente na incisão de seu controle físico, ângulo de visão que possibilitaria uma maior aceitação pública destas modalidades alternativas, não deixando o debate suscitar contabilidade eleitoral negativa para os administradores estatais.

A ideia ainda, é de prevenção, objetivando o não cometimento de atos criminosos através do impedimento de que oportunidades apareçam, não pretendendo trabalhar efetivamente sobre a motivação do sujeito. Paralelamente, a finalidade destas novas sanções

---

<sup>212</sup> LARRAURI, Elena & CID, J. **Nuevas tendencias en las penas alternativas**, In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 53, março-abril, 2005, p. 71 e 72.

<sup>213</sup> GARLAND, David. **A cultura do controle**. 1ª Ed. Coleção Pensamento Criminológico, nº 16. Rio de Janeiro: Revan e ICC, 2008, p. 53.

está voltada ao fato de como conseguir obstaculizar a comissão de uma infração sem privar totalmente o sujeito de sua liberdade. A esse tipo de situação, se tem aplicado consequências jurídicas como os arrestos domiciliários, monitoramento eletrônico ou *establecimientos de sanciones intermediarias*, imposição de condições como proibição de frequentar determinados lugares e limitação de fim de semana.

Nestas transposições de palavras formadoras das espécies de sanções se verifica, primeiramente, a intenção em coibir a facilidade para a consecução delitiva, observa-se, porém, que há algumas situações, que se requer a proteção da vítima, e, em segundo lugar, que estas medidas estão evidentemente conectadas a política do controle e por essa razão houve facilitação para que surgissem, além disso, destas alterações na legitimação das alternativas e em concepções de motivação para o crime, pelo avanço da tecnologia que permite com mais amplitude seu controle<sup>214</sup>.

Para finalizar, olhando além de um fundamento retribucionista e incapacitador, as penas alternativas vêm proporcionando soluções que revitalizam a figura da vítima na seara da justiça criminal. Atualmente é difícil aplicar uma sanção alternativa que não se leve em consideração os interesses da vítima. Estes interesses, muitas vezes, podem ser de proteção à vítima<sup>215</sup>, ou de participação e reparação, o que enseja ainda, as condições e os tipos, bem como a amplitude da sanção alternativa imposta<sup>216</sup>.

### 4.3 O contexto brasileiro de alternativas à prisão

A origem das sanções ditas “alternativas” ou “substitutivas” se tornou concreta ao final do século XIX, através dos variados debates fomentados nos chamados Congressos Penitenciários Internacionais, onde Garófalo e Prins propuseram novas medidas para punir determinados delitos e delinquentes. Ademais, nesses debates, foram discutidos os reflexos dos efeitos criminógenos que a privação de liberdade de duração curta proporciona aos indivíduos que nela não mereciam permanecer.

---

<sup>214</sup> Assim, LARRAURI, Elena & CID, J. **Nuevas tendencias en las penas alternativas**, em: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n° 53, março-abril, 2005, p. 73.

<sup>215</sup> Como exemplo da legislação brasileira, citamos as medidas protetivas previstas pela Lei n° 11.340/2006 (artigo 22), destinadas para a proteção de vítima mulheres, bem como as medidas cautelares institucionalizadas no Código de Processo Penal pátrio através da Lei n° 12.403/2011, artigo 282 e ss.

<sup>216</sup> No mesmo sentido, LARRAURI, Elena & CID, J. **Nuevas tendencias en las penas alternativas**, In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n° 53, março-abril, 2005, p. 74.

Em nosso país, quando da transição política ocorrida entre a fase da ditadura militar para a democracia, que teve lugar na década de oitenta do século anterior, é que se refletiu aprofundadamente os dados criminológicos no mundo, favoráveis a adoção de alternativas penais mais adaptadas a real situação da sociedade, consubstanciando uma linha de pensamento que culminou com a Reforma Penal de 1984<sup>217</sup>.

O sistema de medidas punitivas ao fato ilícito se constitui do objeto primordial da reforma, que alterou a parte geral do Código Penal vigente desde 1940. Uma das grandes inovações dessas alterações, que ainda garantiu a privação de liberdade como alicerce do sistema penal, foi a supressão do sistema binário e a implantação do sistema vicariante: pena ou medida de segurança. Além do que, promoveu a introdução das penas restritivas de direitos com caráter de substituição ao encarceramento, cuja duração deve ser idêntica a da pena substituída que se divide em prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana, seguindo orientação de tudo aquilo discutido anteriormente: como dos efeitos deletérios dos presídios e intenção de buscar novos instrumentos alternativos à prisão, que, devem se restringir aos casos de reconhecida necessidade<sup>218</sup>.

Posteriormente, a ida de representantes brasileiros ao 9º Congresso das Nações Unidas de Viena, no ano de 1995, trouxe importante contribuição para a elaboração das Leis 9.099/1995 e 9.714/1998, pois foi nesta ocasião que a delegação que representava o Brasil assumiu compromisso de avaliar a possibilidade de ampliar as sanções alternativas no nosso ordenamento jurídico<sup>219</sup>.

A Lei nº 9.099/95, produziu o que se pode considerar uma revolução no sistema de justiça criminal pátrio, popularizando as respostas penais com medidas alternativas ao encarceramento, que ainda em nossos dias, não alcançaram a total credibilidade dos operadores do sistema de justiça criminal. Essa lei, prevê um tratamento diferenciado para as infrações de menor potencial ofensivo – considerados assim, aqueles com pena máxima cominada em abstrato não superior a dois anos -, instituindo o Juizado Especial Criminal e disciplinando a possibilidade de acordo entre as partes litigantes, como a transação penal com

---

<sup>217</sup> AZEVEDO, Mônica Louise de. **Penas alternativas à prisão**. Os substitutos penais no sistema Penal Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2005, p. 148.

<sup>218</sup> AZEVEDO, Mônica Louise de. **Penas alternativas à prisão**. Os substitutos penais no sistema Penal Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2005, p. 149 e 150.

<sup>219</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. São Paulo: RT, 2000, p. 90.

o Ministério Público, vinculada a aceitação de imposição de uma sanção restritiva de direitos ou multa, ou ainda, como nos casos dos países anglo-saxônicos, a suspensão condicional do processo<sup>220</sup>.

Já quanto as denominadas penas restritivas de direito, somente em 1998, com a edição da Lei nº 9.714/98, adquiriram caráter de sanções autônomas e “substitutivas” das penas privativas de liberdade<sup>221</sup>, pelo mesmo período destas últimas, e não válidas para a detração penal nos casos de retorno a pena de prisão por seu descumprimento injustificado (art. 44, § 4º, do Código Penal).

Vale ressaltar que nosso estatuto repressivo, disciplina as penas restritivas de direito através do disposto à partir do artigo 43 do CP, com base em orientações da Exposição de Motivos, “aos delitos dolosos cuja pena, concretamente aplicada, seja inferior a um ano e aos delitos culposos de modo geral, resguardando-se, em ambas as hipóteses, o prudente arbítrio do juiz. A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias do crime, é que darão a medida de conveniência da substituição”. Conforme grande parte da doutrina, essa lei retrata um pensamento criminal bastante atual, quando, ao impor uma pena ao ator desviante, promoveria a reversão de seu comportamento ilícito em reparação do dano causado à vítima ou à comunidade.

Mesmo assim, nosso ordenamento jurídico penal ainda se constitui essencialmente através de um viés patrimonialista e incoerente a respeito de alguns critérios de aplicação, veja-se, por exemplo, a grande discussão que se assenta na avaliação dos critérios em relação a cominação de penas para o delito de homicídio e de latrocínio, onde, este segundo delito, tipificado no Título dos crimes contra o patrimônio, enseja punição maior do que aquele previsto no Título dos crimes contra a vida. Observa-se, também, que muitas vezes crimes ligados a infrações bagatelares, como pequenos furtos, são punidos com muito mais rigor que o delito de lesão corporal; onde o arresto de fim de semana opera-se com prazo integral da pena que a substitui, não permite o livramento condicional após 1/3 de cumprimento, da mesma forma não autoriza qualquer outra espécie de progressão de regime conforme

---

<sup>220</sup> Nesse sentido, DOTTI, René Ariel. **Conceitos e distorções da Lei 9.099/95**: temas de direito e processo penal, em: Juizados Especiais Criminais: interpretação e crítica, 1997, p. 34; PRADO. **Elementos para uma análise crítica da transação penal**, p. 12 e ss; AZEVEDO. **Penas alternativas à prisão**, p. 151.

<sup>221</sup> No mesmo sentido, o Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) e a Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) prevêem a aplicação de substitutos penais como sanções autônomas, como objeto da suspensão condicional do processo e até mesmo da transação penal.

estatuído pelo art. 33 do CP. O homicida tem a possibilidade de aguardar o julgamento em liberdade, mediante pagamento de fiança, enquanto o infrator da lei ambiental não tem direito a este benefício. Advoga-se a finalidade ressocializadora da pena, mas esse efeito somente será concretizado se o infrator, de forma espontânea, se comprometa a levar uma vida sem praticar novos atos ilícitos. Do contrário, qualquer forma de imposição, invade de forma ilegítima a liberdade do indivíduo, “o qual tem o direito de escolher seus próprios conceitos, suas ideologias, sua escala de valores”<sup>222</sup>.

#### **4.3.1 Pressupostos de aplicabilidade**

Conforme determina o art. 44 do CP, as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade quando:

*I – aplicada a pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;*

Conforme a previsão acima citada, havendo a condenação do indivíduo por cometimento de delito culposos, poderá ele receber uma sanção de restrição de direitos, cuja imposição independe do *quantum* da pena aplicada. Porém, em sendo o delito doloso, a medida de restrição de direito poderá tão somente substituir a privação de liberdade quando a ação delituosa não foi cometida mediante violência ou grave ameaça à vítima e, ainda, quando a pena *in concreto*, não superar 04 (quatro) anos.

Assim, do contrário, o art. 54 do CP disciplina que as medidas restritivas de direitos são aplicadas em substituição da pena privativa de liberdade, fixada em quantidade inferior a um ano, ou nos crimes culposos. Daí advem o entendimento de parcela da doutrina que citado instituto teria sido tácitamente revogado pela Lei n. 9.714/98, com a restrição da prática de violência ou grave ameaça apenas para imposição da sanção substitutiva. Com essa interpretação, àquele que for apenado com uma sanção inferior a um ano, apesar de ter cometido o crime com emprego de violência ou grave ameaça, teria direito ao benefício da substituição por uma medida restritiva de direito.

---

<sup>222</sup> BITENCOURT. **Novas penas alternativas**, p. 18.

Também, o art. 180 da LEP, que disciplina as conversões, define que a pena privativa de liberdade, que não supere dois anos, ensejará sua conversão em restritiva de direitos, desde que: I – o condenado a esteja cumprindo em regime aberto; II – tenha sido cumprido pelo menos 1/4 (um quarto) da pena; III – os antecedentes e a personalidade do condenado indiquem ser a conversão recomendável. Todavia, é de suma importância ressaltar, que com a introdução da Lei n. 9.714/98, o prazo de dois anos sofreu aplicação tácita para quatro anos, mantendo-se desta forma, a vontade do legislador.

Desse modo, respeitando os dispositivos instaurados pela Lei n. 9.714/98, o apenado, que, no cumprimento da sanção, restar cumprir encarceramento igual ou inferior a quatro anos, tendo as circunstâncias estabelecidas no art. 180 da LEP respeitadas, poderá ter convertida a pena de prisão ainda a ser cumprida em pena restritiva de direitos.

*II – o réu não for reincidente em crime doloso;*

Não se operando a reincidência em delitos dolosos, a substituição da pena privativa de liberdade em medida restritiva de direito, não poderá ser obstaculizada, mas, há ainda, situações de reincidência que não impedem a concessão do benefício da substituição.

Ocorrendo, entretanto, que o ator desviante após a condenação por um delito doloso e em seguida perpetre outro crime dessa natureza. Nessa situação aventada, havendo recomendação social, a aplicação da pena restritiva, conforme dispõe o CP em seu art. 44, § 3º, ensejará ao Juiz que interprete como necessária a substituição. Todavia em se tratando de *impedimento absoluto*, não é possível a concessão desse favorecimento.

*III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja eficiente.*

Nesse sentido, para que se aplique alguma pena restritiva de direito, o julgador deve analisar todas essas circunstâncias a fim de que seja considerado suficiente e adequado, tanto para reprovar como para prevenir o crime. Estes pressupostos estão em coerência com o disposto no artigo 59 do CP.

Vale ressaltar que não há a possibilidade de que medidas de restrição de direitos sejam impostas para condenados por prática de qualquer um dos delitos considerados hediondos, pois o condenado deve cumprir a pena inicialmente em regime fechado conforme reza o art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90. Também, de acordo com o parágrafo 2º do art. 44 do CP, na

condenação igual ou que supere à um ano, a alternatividade se dará por multa ou por uma pena restritiva de direitos, caso a sanção supere à um ano, a privação de liberdade poderá ser substituída por uma medida restritiva de direitos ou multa, ou por duas restritivas de direitos. Tácitamente, esse texto revogou o art. 60, § 2º do CP, haja vista que este instituto trazia a permissão da substituição por multa, apenas quando a pena cominada não ultrapassasse 6 (seis) meses.

Ao contrário do que pregavam os alarmistas de plantão, a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito não significou uma porta aberta para a impunidade, de se destacar a conversão da sanção alternativa com a consequente recondução ao cárcere nas circunstâncias expressamente elencadas pelo Estatuto Repressivo pátrio, que analisaremos a seguir. Resta uma melhor definição e estrutura quanto à fiscalização do cumprimento das sanções alternativas ou substitutivas, analisamos que deixar simplesmente aos cuidados do beneficiado pelas sanções restritivas de direito, para que este compareça ao juízo da execução penal para aposição de carimbo e assinatura do escrevente judiciário em uma caderneta, não se constitui o melhor caminho. Vislumbramos de outra banda, que magistrados cautelosos, determinam ao oficial de justiça que diligencie para a confirmação tanto quanto aos aspectos do recolhimento à residência, bem como do efetivo comparecimento no local de trabalho indicado, já é um passo adiante para efetivação desse importante instituto sancionador.

O Código Penal brasileiro elenca em que condições poderá haver a conversão de pena restritiva de direito em sanção privativa de liberdade. A primeira circunstância se encontra disciplinada no parágrafo 4º do artigo 44 do Estatuto Repressivo, prevendo que a sanção restritiva de direito, quando descumprida sem apresentação de qualquer justificativa, terá como resposta penal a sua transformação em sanção restritiva de liberdade. Entretanto, vale ainda destacar, que o apenado, caso descumpra a pena substitutiva a ele determinada, terá, ainda, direito ao contraditório e à ampla defesa, para comprovar uma justificativa em relação ao ato que ensejou a impossibilidade do adimplemento efetivo da pena imposta anteriormente.

Há, ainda, uma segunda circunstância, disposta no parágrafo 5º do mesmo artigo supra citado, onde sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, relativa a outro delito o Juiz responsável pelo processo de execução penal deve decidir quanto à conversão, facultando-lhe a não aplicação se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

### CAPÍTULO III

## 5 ALTERNATIVAS PARA A EFETIVAÇÃO DA REINTEGRAÇÃO SOCIAL DO RECLUSO

### 5.1 Medidas cautelares pessoais, Lei nº 12.403/2011: liberdade é a regra e a prisão é exceção

Depois de aguardar uma década de tramitação no Congresso Nacional, foi aprovado o Projeto de Lei nº 4.208 de 2001, agora transformado na Lei nº 12.403 de 04 de maio de 2011. Essa nova legislação trouxe relevantes alterações no trato das prisões e da liberdade provisória, tratando da inserção, com coerência, de várias alternativas ao cárcere. Em uma síntese, destaca-se que assunção de natureza cautelar de toda prisão antes do trânsito em julgado, e, junto a isso, ampliou-se o leque de alternativas para a proteção da regular tramitação do processo penal, com a instituição de diversas outras modalidades de medidas cautelares.

Não temos o menor receio em afirmar que a expressão “*liberdade provisória*” somente foi mantida em razão de inadequado manejo no texto constitucional, conforme se vê no artigo 5º, inciso LXVI, asseverando que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a *liberdade provisória*, com ou sem fiança.” (grifo nosso). Aí então, já uma primeira crítica às novas regras, não é porque o constituinte de 1988, desavisado e desatualizado com a legislação processual penal de sua época, tenha se referido à liberdade provisória, com ou sem fiança, que a nossa história deve permanecer atrelada a este equívoco. O que é provisório é sempre a prisão, da mesma forma se pode depreender das outras medidas cautelares, por implicarem em restrições de direitos subjetivos. *A liberdade é a regra*; ainda que depois de condenação transitada em julgado, a privação de liberdade, eventualmente imposta não poderá ser perpétua, portanto, será provisória.

Visando entender as redefinições de diversos institutos jurídicos relativos à matéria, objetivando uma coerência com o novel elenco de cautelares pessoais incorporado ao Código, recorreremos às lições de Pacelli de Oliveira em separata que fez publicar sobre sua obra Curso de Processo Penal que havia sido editada neste ano de 2011, onde delineou dez sínteses sobre a matéria ora inovada:

- 1) Embora a Lei nº 12.403/2011 mantenha a distinção conceitual entre prisões, medidas cautelares e liberdade provisória, é bem de ver que todas elas *exercem o mesmo papel* e a mesma *função processual* de acautelamento dos interesses da jurisdição criminal;
- 2) As medidas cautelares, quando diversas da prisão, podem ser impostas independentemente de prévia prisão em flagrante (artigo 282, § 2º, CPP), ao contrário da legislação anterior, que somente previa a concessão de liberdade provisória para aquele que fosse aprisionado em flagrante delito. Por isso, podem ser impostas tanto na fase de investigação quanto na do processo;
- 3) As referidas medidas cautelares, diversas da prisão, poderão também *substituir* a prisão em flagrante (art.310, II, e art. 321, CPP), quando não for cabível e adequada a prisão preventiva (art. 310, II, CPP);
- 4) A liberdade provisória, agora, passa a significar apenas a diversidade de modalidades de *restituição da liberdade*, após a prisão em flagrante. O art. 321, CPP (*ausentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319...*) deve ser entendido nesse sentido (de restituição da liberdade do aprisionado) e não como fundamento para a decretação de medidas cautelares sem anterior prisão em flagrante. A base legal para estas últimas providências reside no art. 282, § 2º, CPP;
- 5) A prisão preventiva tanto poderá ser decretada independentemente da anterior imposição de alguma medida cautelar (art. 282, § 6º, art. 311, art. 312 e art. 313, CPP) quanto em *substituição* àquelas (cautelares) previamente impostas e eventualmente descumpridas (art. 282, § 4º, art. 312, parágrafo único, CPP);
- 6) Poderá, do mesmo modo, ser decretada como *conversão da prisão em flagrante*, quando presentes os seus requisitos (art. 310, II, CPP), e forem insuficientes as demais cautelares;
- 7) A prisão preventiva poderá também ser substituída por medida cautelar menos gravosa, quando esta se revelar mais adequada e suficiente para a efetividade do processo (art. 282, § 5º, CPP);
- 8) Quando decretada *autonomamente*, ou seja, como medida independente do flagrante, ou, ainda, como *conversão* deste, a prisão preventiva submete-se às exigências do art. 312 e do art. 313, ambos do CPP; quando, porém, for decretada *subsidiariamente*, isto é, como *substitutiva* de outra cautelar *descumprida*, não se exigirá a presença das situações do art. 313, CPP;
- 9) Nenhuma medida cautelar (prisão ou outra qualquer) poderá ser imposta quando não for cominada à infração, objeto de investigação ou de processo, pena privativa de liberdade, cumulativa ou isoladamente (art. 283, § 3º, CPP); do mesmo modo, não se admitirá a imposição de cautelares e, menos ainda, da prisão preventiva, aos crimes para os quais seja cabível a *transação penal*, bem como nos casos em que seja proposta e aceita a *suspensão condicional do processo*, conforme previsto na Lei nº 9.099/95, que cuida dos Juizados Especiais Criminais e das infrações de menor potencial ofensivo;
- 10) Em se tratando de crimes *culposos*, a imposição de medida cautelar, em princípio, não será admitida, em face do postulado da *proporcionalidade*; contudo, quando – e somente quando – se puder antever possibilidade concreta de imposição de pena privativa de liberdade ao final do processo. Diante das condições pessoais do agente, serão cabíveis, excepcionalmente para os crimes culposos, as cautelares do art. 319 e art. 320, segundo a respectiva necessidade e fundamentação.<sup>223</sup> (grifos do autor)

De se atentar, então, para o fato de que as novas regras de cautelares pessoais, que surgem precisamente para evitar o excesso de encarcerização provisória, não podem ser banalizadas, somente justificando a sua imposição, sobretudo quando não for o caso de

<sup>223</sup> PACHELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de processo penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Atualizada pela Separata para Atualização do Processo penal – Lei nº 12.403 de 05 de maio de 2011. Brasília: 06 de maio de 2011. p. 6-7.

anterior prisão em flagrante, se forem atendidos os requisitos gerais previstos no artigo 282, I e II do CPP, fundada, portanto, em razões justificadas de receio quanto ao risco à efetividade do processo.

E, por fim, todas as restrições de direitos pessoais e à liberdade de locomoção previstas em nosso CPP, antes do trânsito em julgado e a partir da nova legislação, recebem o nome de “medidas cautelares”. Outras cautelares já existiam, desde o início do CPP, sem, porém, carregar esse nome. São exemplos de medidas cautelares, de natureza patrimonial, aquelas relativas à restituição de bens, ao arresto, ao sequestro e à instituição de hipoteca legal, consoante as regras do disposto no art. 120 e seguintes do CPP. São também medidas cautelares, já agora de natureza probatória, as providências relativas à quebra das inviolabilidades pessoais previstas em Lei ou na Constituição (interceptações, quebra de sigilos, busca e apreensão etc. artigo 5º, X e XII, CF).

A Lei nº 12.403 de 04 de maio de 2011, alterou bastante o regramento das medidas cautelares pessoais no processo penal nacional. O momento é de conhecimento das principais mudanças havidas e das questões já levantadas. Até porque face à recentidade das alterações promovidas pelo Diploma Legal aludido, ainda não foram produzidas obras doutrinárias para um estudo aprofundado, cumprindo ressaltar que o novel regramento teve sua vigência iniciada em 04 de julho de 2011, após 60 (sessenta) dias de *vacatio*. Para uma visão inicial e panorâmica dessas modificações, pode-se separá-las em cinco grandes partes.

A primeira abriga as mudanças nas normas gerais da cautelaridade pessoal, contidas nos atuais artigos 282, 283, 289, 299, 300 e 306 do Código de Processo Penal (CPP).

O artigo 282, CPP traz os critérios gerais da nova regulamentação. Assim, com base em aplicação concreta do princípio da proporcionalidade, devem ser observados os requisitos da necessidade e da adequação. A medida cautelar deve ser necessária, diz o dispositivo (inciso I), para aplicação da lei penal, investigação criminal ou instrução criminal, e nos casos expressamente previstos para evitar a prática de infrações penais. Ainda, completa ele (inciso II): a medida deve ser adequada à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado. Para essa adaptação, a prisão preventiva deve ser considerada a última *ratio*, somente sendo aplicável quando outras medidas não sejam indicadas.

O juiz terá largo grau de maleabilidade na sua atuação. Pode escolher em um rol, a medida ajustada ou, até mesmo, mais de uma delas, e, em caso de descumprimento daquela elegida, realizar substituições, impor outra em cumulação ou decretar a prisão preventiva (§ 4º).

A aplicação de uma medida cautelar será, agora, precedida da intimação da parte contrária, que poderá se manifestar sobre o requerimento ou a representação. Isso não será observado nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida. A providência é novidade (§ 3º). Representa fortalecimento do contraditório, mas o faz com comedimento de modo a não tornar inócua a medida a ser imposta.

Fica esclarecido no artigo 283, CPP que, no país, as pessoas só poderão ser presas por prisão em flagrante, prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, prisão temporária ou prisão preventiva, respeitando-se, assim, o princípio da presunção de inocência e confirmando-se a mudança promovida em 2008 no sentido de que a prisão não pode ser imposta como condição de recurso. Por outro lado, a decretação de prisão ou aplicação de outra medida somente será possível em caso de infrações que cominem de alguma forma pena privativa de liberdade (§ 1º).

O CPP ainda em seus artigos 289, 299, 300 e 306 cuida da efetivação da prisão, da realização da captura, da colocação dos presos provisórios e dos militares presos em flagrante em locais adequados, da comunicação do local da prisão, do encaminhamento do auto de prisão em flagrante e da entrega da nota de culpa. Não representam, contudo, relevantes alterações no ordenamento.

A segunda parte da reforma diz respeito às mudanças no tratamento da prisão em flagrante. A alteração mais relevante foi a de exigir que o juiz de maneira fundamentada, ao receber o auto de prisão em flagrante, profira uma das seguintes decisões: relaxamento da prisão ilegal, conversão da prisão em flagrante em preventiva, concessão de liberdade provisória com ou sem fiança. Anteriormente resolução do Conselho Nacional de Justiça já exigia que o juiz proferisse tais decisões, agora essa exigência está no Código de Processo Penal.

Questiona-se sobre a dificuldade do juiz em decidir somente com os dados do auto de prisão em flagrante. Será importante que a polícia aparelhe melhor o auto, fornecendo elementos ao juiz. Ainda, até mesmo para melhor atuação do contraditório, é interessante que

ouça, em prazo curto, o Ministério Público e a defesa antes de ser proferida a decisão de conversão em prisão em flagrante em preventiva.

A previsão do inciso III do artigo 310, CPP de concessão de liberdade provisória com ou sem fiança suscita alguma dúvida quando vista em face do conjunto das alterações. O Código agora prevê medidas cautelares diversas da prisão. A própria fiança constitui uma dessas medidas. O juiz deve, por ocasião do recebimento do auto de prisão em flagrante, se não converter a prisão em preventiva, verificar se é viável impor uma ou mais das medidas cautelares. Pelo que dispõe o artigo 321, CPP, o juiz, ao conceder a liberdade provisória, imporá a medida cautelar, se for o caso. Não é obrigatória tal imposição.

Outro aspecto interessante é o de que parágrafo único do artigo 310, CPP prevê, em casos de provável ocorrência de alguma excludente de ilicitude, a possibilidade de concessão de liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais. Essa imposição não é obrigatória, por força do que consta no artigo 321, CPP.

Permanece a dificuldade de saber qual o caminho a ser seguido em caso de prisão em flagrante por crimes hediondos e assemelhados. Conforme Antonio Scarance Fernandes<sup>224</sup>, para ser dada vigência efetiva à regra da Constituição Federal que prevê a inafiançabilidade desses crimes, sem tornar obrigatória a manutenção da prisão por que haveria afronta ao princípio da presunção de inocência, uma solução razoável seria a de o juiz, quando não for caso de conversão em prisão preventiva, impor alguma medida cautelar mais grave do que a fiança, como, por exemplo, as medidas de monitoramento eletrônico, de recolhimento domiciliar, de suspensão de função pública ou atividade econômica.

A terceira parte engloba as mudanças referentes à prisão preventiva. Mantêm-se, no artigo 312, CPP, as hipóteses de prisão preventiva. O artigo 313, CPP contém alterações. Assim, a prisão preventiva somente poderá ser decretada em crimes dolosos, punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos. Quando se tratar de pessoa já condenada por outro crime doloso em sentença transitada em julgado, não haverá necessidade de se observar os 04 (quatro) anos, mas deverá ser crime a que se comine pena privativa de liberdade.

---

<sup>224</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

O inciso III permite prisão preventiva quando há descumprimento de medida de urgência em casos de violência doméstica e familiar. Suscita interessantes reflexões. A referência a violência doméstica ou familiar contra criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência alargou o âmbito da lei de violência doméstica? Basta o descumprimento da medida de urgência para decretação da prisão preventiva? O juiz deve assentar a prisão nesse descumprimento em uma das hipóteses do artigo 312, CPP, enquadrando-se a situação possivelmente na necessidade de prisão para garantir a ordem pública a fim de evitar a reiteração criminosa ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Surgem novas hipóteses de preventiva. Uma delas é a do parágrafo único do artigo 312, CPP; ocorre quando há dúvida sobre a identificação civil da pessoa ou ela não fornece elementos suficientes para esclarecê-la. Trata-se de prisão especial. Incide sobre a pessoa suspeita. Ela será colocada em liberdade imediatamente após a sua identificação, salvo se for cabível outra medida ou for o caso de decretação de outra prisão preventiva. Medida semelhante já existia na lei de prisão temporária<sup>225</sup>, prevista em seu artigo 1º, inciso II. A nova prisão é preventiva e é aplicável a qualquer tipo de crime, enquanto a anterior e temporária é aplicável aos crimes arrolados na lei respectiva.

Outra prisão preventiva é a decorrente do descumprimento de uma medida cautelar. Essa hipótese suscita dúvida. Indaga-se se, para a sua decretação será necessário observar a previsão do artigo 312, CPP ou basta o simples descumprimento da outra medida cautelar. A nossa primeira impressão foi de que seria necessário observar as regras do artigo 312, CPP. Todavia, se ocorrer uma das hipóteses do artigo 312, CPP, a prisão preventiva já deveria estar decretada, não sendo imposta outra medida cautelar. Assim, se trata de prisão cuja finalidade é assegurar a efetividade das medidas cautelares.

Assim sobre a prisão preventiva há a possibilidade de ela ser convertida em prisão domiciliar, conforme artigos 317 e 318, ambos do CPP. As hipóteses no artigo 318 levam em conta a velhice do acusado [pessoa maior de 80 (oitenta) anos], a sua saúde (pessoa extremamente debilitada por doença grave) o fato do acusado ou acusada ter criança ou pessoa com deficiência sob seus cuidados ou o fato de a acusada ser gestante, no sétimo mês de gravidez. A substituição deve ser precedida de prova idônea. Importante, aqui, equilíbrio na aplicação da nova medida, principalmente na hipótese de o acusado ou acusada ter sob seu

---

<sup>225</sup> Lei n. 7.960 de 21 de dezembro de 1989. “Art. 1º Caberá prisão temporária: I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; [...]”

cuidado criança até seis anos de idade. É preciso verificar, com cautela, se a substituição é realmente necessária.

A quarta parte das mudanças diz respeito às medidas cautelares pessoais diferentes da prisão preventiva. O rol dessas medidas está no artigo 319, CPP. A primeira exige o comparecimento periódico em juízo; é a mais tênue. A três seguintes contemplam proibições impostas ao acusado, de acesso ou frequência a determinados lugares, de manter contatos com pessoa determinada e de ausentar-se da Comarca. A quinta hipótese é de recolhimento domiciliar, a sexta de suspensão de exercício de função pública ou de atividade econômica, a sétima de internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável que comete crime com violência ou grave ameaça. As duas últimas são: fiança e monitoração eletrônica. A proibição de ausentar-se do país está prevista no rol do artigo 319, CPP e foi retirada durante a tramitação do projeto, mas continua possível porque está prevista no artigo 320, CPP e porque se enquadra na proibição de o acusado ausentar-se da comarca.

Esse rol de medidas constitui importante mudança, pois retira o juiz dos limites estreitos da prisão preventiva ou da liberdade provisória com a única obrigação de comparecimento aos atos do processo. A nova sistemática ocasionará dificuldades na sua aplicação ante a falta de maior regulamentação. A questão já existente é a de saber até quando poderão permanecer as medidas impostas. Na inexistência de disciplina a respeito deve-se, em princípio, seguir as normas sobre prisão preventiva e fiança. Em princípio, a medida pode perdurar até a sentença, se antes nada justificou a sua revogação ou substituição e, na sentença, se condenatória, deve o juiz resolver sobre a continuidade da medida, como, aliás, prevê o artigo 387, parágrafo único, CPP.

Os valores da fiança foram alterados e poderão ser muito elevados, conforme consta no atual artigo 325, CPP. O valor poderá atingir até 200 (duzentos) salários mínimos e ser aumentada em até 1.000 (mil) vezes. Agora, é preciso destacar que os casos de inafiançabilidade serão somente os elencados pela Constituição Federal.

Por fim, houve a criação de um Cadastro Nacional sobre prisão junto ao Conselho Nacional de Justiça (artigo 289-A, CPP). Trata-se de medida interessante porque permite melhor controle e conhecimento dos mandados de prisão expedidos no país.

## 5.2 Privatização de estabelecimentos prisionais

Não se discute que a função de tutelar e preservar a vida do condenado à prisão cabe ao Estado. Nosso ordenamento jurídico não deixa dúvidas, tanto a nível constitucional quanto infraconstitucional. No entanto, diante de tantas adversidades que este sistema está mostrando, surgem novos debates acerca da privatização de presídios, com o intuito de (r)estabelecer a ordem e a verdadeira função das prisões. Assim, as discussões que se abrem, com enfoque naqueles que advogam a ordem com base na soberania no Estado, dão diversas ênfases, tanto positiva quanto negativa desta forma de gerir a administração da execução penal. Debate-se, com preocupação de que o Estado possa estar cedendo espaço e deixando que a iniciativa privada tenha o controle do sistema penal. Autores como Minhoto e Kloch defendem que a ideia é a iniciativa privada gerir os recursos internos dos presídios, como alimentação, hotelaria, vestuário, etc. Permanecendo a função indelegável do Estado de prover a vida dos presos e administrar a execução da pena.

Esse tema passou a ser discutido na década de 80, com propostas internacionais como forma de regular a crise generalizada de complexos penitenciários na Europa e Estados Unidos. Modelos privatizados começaram a ser implantados, e no Brasil, em 1992, começou a ser discutida a viabilidade de prisões privadas como propostas de melhoria do sistema.

No Brasil vigora, ainda que em pequena escala, a realidade privatizadora de presídios, sendo que a cada ano o debate fica mais encorpado, pois a dinâmica social do país continua a crescer, aumentando também raízes paralelas que incluem a criminalidade como fato real na sociedade. E para controlar essas alterações, o sistema de segurança pública vai instituindo políticas públicas, adotando, muitas das vezes, o que tem se denominado na doutrina como “legislação de pânico”, se utilizando do endurecimento na resposta penal, em especial ao setor que tem a atribuição de aplicar sanções e promover a reintegração social do infrator – o sistema prisional. Tentaremos nesse estudo, responder a indagações quanto aos desafios que as privatizações de presídios implicam aos Estados, destacando os efeitos positivos e negativos dessa privatização, bem como se as alterações estruturais dos presídios poderão ser viáveis para a sociedade.

Para tentar aprofundar a visão sobre esse tema, buscamos informações em mapeamentos das discussões teóricas e analíticas, através de opiniões de autores que discorrem sobre estas privatizações, bem como sobre os acontecimentos que estão em torno

da situação carcerária brasileira e mundial, haja vista que a realidade privatizada se tornou amplamente difundida nos países europeus e norte americano. Além disso, por se tratar da soberania estatal, as discussões divergem em variadas opiniões, entre aqueles que favorecem um Estado mais forte e absoluto, e entre aqueles que advogam pelo liberalismo de mercado, deixando correr nas veias institucionais o poder de concorrência do mercado visando abaixar custos e maximizar serviços.

O histórico do surgimento do capitalismo destaca o seu início com o fortalecimento do poder estatal. As atividades públicas na economia demonstram uma fronteira tênue que separa o político do econômico. A liberdade econômica do indivíduo capitalista é possível quando garantidas as atuações coercitivas do Estado no todo social, cuja atuação pública terá reflexos distintos sobre a sociedade, conforme discorre Derani

O Estado, quando regula as relações econômicas, quanto atua sobre os elementos do mercado está mediatamente provocando efeitos sobre a distribuição de riqueza socialmente produzida, pois sua atuação normativa na economia se refletirá, sem dúvida na sua estrutura e trará efeitos sobre sua política de arrecadação e atuação direta na sociedade<sup>226</sup>.

A relação entre o poder público e a produção econômica se insere como um fenômeno decorrente do Estado moderno. No âmbito do processo de ajustamento das economias nacionais, ante o novo padrão de competitividade e do quadro mais amplo da reengenharia da divisão internacional do trabalho, surgem desafios que se colocam ao Estado-Nação pela modernidade liberal/burguesa. Derani alerta que a retirada do Estado do domínio econômico face à complexidade e multiplicidade dos conflitos que emergem da sociedade demanda crescentes atuações do poder público para regular o frágil estado de equilíbrio da nação. Simplesmente abolir esse poder não é o caminho, pois, durante séculos atuou como referência na coesão social pelo pacto da cooperação e associação.

Schmitter, lembrado em obra de Gerschman<sup>227</sup>, trata como desafiador especificar as crises e fontes de ameaça que poderiam fazer com que se prestasse mais atenção à má atuação das instituições existentes, de modo que os cidadãos e seus líderes que desejassem assumir os riscos de mudar desta transição que afeta as instituições públicas, devem também arcar com os custos da mudança.

---

<sup>226</sup> DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos**. As ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 26.

<sup>227</sup> GERSCHMAN, Silvia. (org.) **A miragem da pós-modernidade**: democracia e políticas sociais no contexto da globalização. 1. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1997, p. 40.

Acrescenta Sanson que “[...] é por conta da possível ineficiência do setor público, sobretudo por sua lentidão em se ajustar as mudanças na estrutura de demandas de serviços públicos à tecnologia de sua produção, que também existem falhas de governo”<sup>228</sup>.

Já na década de 1990, ocorreram privatizações de empresas estatais brasileiras, cujo alcance foi bastante amplo, atingindo inclusive empresas públicas com atividades no setor financeiro. Isso, explica Sanson, decorreu da falta de recursos no país a fim de melhorar suas contas públicas num período em que o processo político gradualmente incorporou a visão de que seria preciso diminuir o déficit público como parte do esforço de combate à inflação. Além deste motivo, também as influências internacionais, especialmente da experiência bem sucedida na Inglaterra de privatizações nos anos de 1980, contribuíram para esta transição no Brasil. As experiências bem sucedidas nos países socialistas, como China e participantes do antigo bloco soviético, levaram as novas concepções para o setor público.

No entanto, no Brasil, as necessidades de manutenção das grandes obras de infraestrutura requerem grandes volumes de recursos públicos. Sanson atribui que a saída para isso é o Estado abrir espaço para uma maior participação do setor privado. “Na verdade, as empresas de economia mista representam um antigo exemplo dessa parceria, em que acionistas privados dividem o comando da empresa, com o Estado no papel de sóciocontrolador”<sup>229</sup>. Como opção, a parceria público-privada é a alternativa para essa participação do capital privado na área de infraestrutura. Sanson salienta que o controle da atividade fica nas mãos do setor privado, mas o Estado participa na definição dos preços de venda dos serviços, garantindo preços sociais via subsídios ou garantia de retorno do capital. A construção da infraestrutura também envolve várias possibilidades. Uma é o Estado repassar ao setor privado uma instituição como o presídio, por exemplo, já existente para que este faça sua manutenção em troca de pagamento pelos serviços prestados. Outra opção é o setor privado construir o presídio e ganhar recursos por um período longo e suficiente e para recuperar o investimento e obter lucros. Após esse período o presídio, passa a ser do Estado.

---

<sup>228</sup> SANSON, João Rogério. **Finanças públicas**. Curso de graduação em Administração a Distância. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração: UFSC, 2009, p. 118.

<sup>229</sup> SANSON, João Rogério. **Finanças públicas**. Curso de graduação em Administração a Distância. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração: UFSC, 2009, p. 46.

### 5.2.1 O Sistema prisional pelo enfoque do Liberalismo

Nos sistemas prisionais hodiernos, a combinação de reclusão e sujeitos perigosos, e desenvolvimento de procedimentos destinados a reabilitá-los socialmente são os objetivos principais. No entanto, existem sérios desafios quanto à sua verdadeira função, pois os reflexos vistos no meio social são questionáveis, haja vista a reincidência dos criminosos, mesmo nos países centrais.

Sarubbi e Rezende expõem de forma clara os objetivos que tanto o Estado como a sociedade têm perante os infratores penais

O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança (artigo 4º da Lei de Execução Penal). É necessário que a sociedade se convença de que a criminalidade não nasce do espaço, do nada, de seres maus que resolveram delinquir; é a sociedade que os produz e voltar as costas para esse problema traz um custo social maior para os delinquentes, para as vítimas do delito e para a sociedade como um todo<sup>230</sup>.

Em que pese as evoluções tecnológicas e culturais, o Estado ainda mantém as estruturas administrativas e funcionais dos presídios de forma rudimentar, com sérios conflitos sob a ótica dos Direitos Humanos e da verdadeira função de sua existência: reinserção social dos delinquentes.

Além das condições estruturais físicas apresentarem-se precárias nos estabelecimentos prisionais, as pessoas envolvidas na instituição prisional, são desprovidas de qualificação especificamente voltada à ressocialização do apenado, tendo como premissa somente as técnicas de segurança para mantê-lo no cárcere e ordem da instituição.

Comum a todos os presídios, a superlotação favorece a desumanização e o descontrole das atividades prisionais. Para Zanin e Oliveira, “[...] a superlotação de presos constitui fator de preconceito à delinquência e destruição da vida social do preso”<sup>231</sup>. Assim, num ambiente tão degenerativo, acontece o estímulo a atos de violência, sendo pedagógica não a recondução social, mas a constituição de um ser com comportamento às avessas do proposto pelo sistema prisional. Destarte a população carcerária transforma-se em ameaça a própria instituição, que, ainda, enfrentando as carências de recursos materiais e humanos adequados, passa a eleger a

<sup>230</sup> Opinião do Dr. Luiz Antonio Guimarães Marrey. Procurador de Justiça conforme Simpósio sobre Sistema Penitenciário, anais, set-95, p.29. In: SARUBBI, Ary; REZENDE, Afonso Celso F. **Sistema prisional na Europa. Modelo para o Brasil?** Campinas-SP: Peritas, 1997, p. 37.

<sup>231</sup> ZANIN, Joslene Eidam; OLIVEIRA, Rita de Cássia da Silva. **Penitenciárias privatizadas: educação e ressocialização.** Revista Práxis Educativa, Ponta Grossa – PR. V. 1. Nº 2. jul-dez, 2006, p.39-48.

segurança e a vigilância como objetivos maiores. Aquele que é privado de liberdade, vivendo encarcerado, está envolto em uma rede própria de aprendizado no interior do sistema, que passa a ser uma verdadeira “escola de crime” e não de ressocialização.

### Segundo Ribeiro

O cumprimento da pena privativa de liberdade nos presídios [...], se faz de forma a não preservar a dignidade do preso. Não convém que a sociedade, que um dia terá o egresso novamente em seu convívio, negue ao encarcerado, condições mínimas de tratamento, mesmo com ele dependendo quantias vultosas para que nenhum resultado benéfico produza. O sistema penitenciário convencional, sozinho, como é mantido pelo Estado, é incapaz de efetivar as disposições da Lei de Execução Penal. Não havendo óbices legais, posto que se o legislador constitucional não proibiu, permitiu a participação da iniciativa privada na gestão do sistema penitenciário, é uma alvissareira ideia, a da “privatização” dos presídios. Permanece incólume a função jurisdicional do Estado, que continua a presidir a execução penal, posto que ao particular compete unicamente gerenciar o contingente de recursos materiais, sem interferir na jurisdição<sup>232</sup>.

Cada um dos sistemas produtivos formula as melhores formas punitivas que possam corresponder às suas relações de produção, Minhoto esclarece que a historicidade de diferentes formas punitivas “está atrelada ao desenvolvimento específico das formas produtivas e que permite introduzir ou rejeitar penalidades correspondentes”<sup>233</sup>.

As sanções penais devem consubstanciar-se com aparência socialmente necessária que certas relações sociais assumem. Segue Minhoto apontando que num caminho de mão dupla, trata-se de ver “o social jurídico e o jurídico no social”. Salaria ademais que o estudo destes sistemas (social e jurídico), nos encaminha frontalmente às problemáticas nucleares enfrentadas pela sociedade, bem como toda a revisão da natureza e “no uso das atribuições conferidas neste ordenamento revelará mudanças na disposição básica da sociedade e na mentalidade dos homens”<sup>234</sup>.

É perceptível o aumento da pobreza e da desigualdade social nas sociedades industriais, motivando que as políticas sociais sejam esmagadas a mercê das transformações do capitalismo contemporâneo. Assim, políticas de repressão tendem a ganhar corpo para reengajar os setores sociais que possibilitem o atraso de lucratividade/produktividade.

<sup>232</sup> RIBEIRO, Armando Lúcio. **Privatização (terceirização) dos presídios**. Disponível em [http://www.mp.rn.gov.br/artigo/caops/caopjp/teses/privatizacao\\_presidios.pdf](http://www.mp.rn.gov.br/artigo/caops/caopjp/teses/privatizacao_presidios.pdf). Acesso em 16 de dezembro de 2010.

<sup>233</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 34.

<sup>234</sup> MINHOTO, op. cit. 2000, p.35.

Verificadas condições deletérias e degradantes para a existência dos estratos mais baixos da população, sugerindo, assim, um clima de intolerância de parte dos segmentos da sociedade, sobretudo daqueles que integram a superestrutura social (econômica). Desta maneira, aqueles que definem as políticas penais acabam pressionados para apresentarem soluções para o problema da criminalidade. No entanto, Minhoto assevera que a relação entre economia e encarceramento não deve ser vista como “uma relação causal direta”, afirmando que antes, deve se procurar articular a modificação econômica “ao clima moral cambiante que usualmente acompanha”, assumindo-se que as atitudes dos participantes envolvidos em conflitos da vida econômica relacionam-se profundamente a atividades sociais e historicamente específicas.

Desta forma, os presídios podem ser entendidos ideologicamente como mais uma modalidade de gestão administrativa, em cujo manto pode repousar a racionalidade econômica e expandir como fator mercantil de controle penal, seguem apontando Derani<sup>235</sup> e Seibel<sup>236</sup>, que discorrem sobre o ataque conservador do Estado providência e às administrações públicas no Brasil e no mundo. O declínio do *Welfare State* (crise fiscal, de legitimação e governabilidade) assumiu novos paradigmas sobre um Estado que encontra-se debilitado, sobre um sistema que exprime a iniciativa pública como má e a iniciativa privada como ideal na forma de gerir os recursos econômicos e sociais.

Este Estado débil em suas ações e implantação de políticas públicas, fez surgir o debate sobre a busca de alternativas, dentre elas a discussão sobre estatização/privatização. Os reflexos não tardaram a atingir a organização, administração que formam a estrutura do sistema prisional, e traz em seu caminho inovações como mecanismos de controle, como a parceria do público/privado na gestão pública social. Para o setor prisional, segundo Minhoto, esta forma de controle traz nas entrelinhas problemas sociais contundentes no que se refere ao trabalho desempenhado pelos apenados submetidos à terceirização. O interesse privado está em utilizar, num contrato entre Estado e Sistema Prisional, a força de trabalho deste “projeto” de ressocializar o criminoso para benesses produtivas privadas, das empresas que prestarão e acompanharão a vida e a possibilidade que os presos terão para a economia terceirizada dos presídios. Assim, o trabalho compulsório para o preso poderá repercutir nos seus deveres, enquanto apenado, e em direitos, enquanto trabalhador. Este interesse dos particulares estará

---

<sup>235</sup> DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos**. As ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 35.

<sup>236</sup> SEIBEL, Erni José. **O declínio do Welfare State e a emergência do estado prisional**. Tempos de um novo puritanismo? Revista Cívitas de Ciências Sociais, Porto Alegre. Ano 5, v. 5, n. 1, jan-jun, 2005, pp. 93-107.

vinculado aos presos de maior potencial produtivo, ou até mesmo àqueles que geram menos custos para a empresa, além de isenções tributárias e incentivos fiscais.

Além disto, explica Minhoto que, em uma análise do sistema prisional inglês e norte americano, se percebe que

Os defensores da privatização tem advogado a ideia de uma “fertilização cruzada” entre os setores público e privado, no âmbito da qual um suposto intercâmbio ótimo daria lugar a que uma esfera aprendesse e se beneficiasse com a incorporação de práticas e técnicas de gestão da outra. O que se observa na prática, porém, à medida que lentamente a privatização se aproxima do “núcleo duro” do sistema prisional – encarceramento de adultos condenados -, é uma espécie de “fertilização cruzada” às avessas, em que mais e mais as prisões privadas se vêm às voltas com os mesmos problemas dos estabelecimentos públicos, notadamente a superpopulação, um regime disciplinar desumano e um contexto avesso às estratégias de reabilitação, minando assim a viabilidade dos próprios indicadores de qualidade fixados nos contratos<sup>237</sup>.

Para D’Urso, o sistema penitenciário brasileiro historicamente faliu. O histórico que este sistema apresenta passa a ser sua própria abolição, e a humanidade tende a adaptar-se as facetas da pena privativa de liberdade de forma negativa, observando os resultados que não importam em vantagens sociais, e sim nos problemas internos que cada delinquente enfrenta ao ter tolhida a sua liberdade. E o Estado é “o responsável por todas as consequências que envolvem a vida do preso, inclusive as atrocidades que ele passa”. O autor acrescenta que “nada irá restituir a dignidade humana aniquilada no desviante”<sup>238</sup>.

A responsabilidade sobre a crise que ampara o discurso pró-privatização dos presídios é do Estado que indiretamente não cumpre com seu compromisso social de atendimento as necessidades basilares dos cidadãos, e frontalmente pela não implementação de uma eficiente política criminal capaz de combater a corrupção dentro e no entorno das penitenciárias. Assim, D’Urso sugere uma nova forma de o Estado conduzir a administração prisional no Brasil, privatizando-a. No entanto, isto “não significa que haverá ações de presídios negociadas na Bolsa!”. Esclarece o autor

A privatização é tão somente chamada e admitir a participação da sociedade, da iniciativa privada, que viria a colaborar com o Estado nessa importante e arriscada função, a de gerir nossas unidades prisionais. Ao Estado continua a função jurisdicional da pena privativa de liberdade e a remuneração do empreendedor privado que será arcada pelo Soberano, jamais pelo preso ou pelo resultado de seu trabalho executado no regime de não-liberdade. Este resultado de trabalho será para

<sup>237</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p.91.

<sup>238</sup> D’URSO, Luiz Flávio Borges. **Direito criminal na atualidade**. São Paulo: Atlas, 1999. P.68

ressarcir prejuízos causados pelo seu crime, bem como para assistir as famílias e poupar para quando terminar sua pena e for libertado<sup>239</sup>.

Destacamos que a partir de 1980, o Brasil, segue modelo de governo neoliberal que defende o mercado livre contra a intervenção do Estado na economia. Surge a privatização e terceirização de serviços públicos. O Estado acaba interpretado como ineficiente, corrupto e clientelista, bem como é responsabilizado pela estagnação econômica e cortes nas políticas sociais. Com a Constituição Federal de 1988, surge a indicação da construção e democratização dos processos decisórios e equidade com efetividade das políticas públicas.

Sobre o sistema prisional, especificamente, a valorização de iniciativas de humanização e inclusão, através da participação das empresas, inserindo-as no contexto que hoje pertence ao Estado. Qualificando profissionalmente o delinquente, surge a tentativa de prepará-lo para seu regresso na sociedade e reduzir os índices de reincidência e criminalidade, resgatar sua identidade social, diminuir a população carcerária e o ônus para o governo e sociedade com custos de manutenção do sistema carcerário. Ao se estabelecer parcerias com o privado busca-se uma melhoria de condição de vida para o interno; tem início uma atividade que envolve a participação da sociedade civil, circunstância que contribui para a diminuição de preconceitos, pois faz incorporar outros valores, inclusive, podem propiciar o surgimento de políticas de combate a violência.

É notório que os Estados, tanto centrais como periféricos, enfrentam dificuldades em estabelecer a ressocialização de seus delinquentes, pois além das precárias condições das instituições que integram o sistema prisional, enfrentam a responsabilidade de abrigar enormes populações carcerárias e que a tendência é de crescimento em índices superiores ao próprio aumento populacional.<sup>240</sup>

Sobre este assunto relativo às privatizações de prisões, diversas controvérsias ainda não estão pacificadas. Percebe-se ainda haver certa confusão sobre o preciso conceito, em

---

<sup>239</sup> D'URSO, Luiz Flávio Borges. Op. cit. p.72.

<sup>240</sup> Nesse sentido importante pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes, sobre o Sistema Penitenciário brasileiro, com dados atualizados pelo Censo IBGE 2010, nos dá conta que no período entre 1990/2010 a população brasileira cresceu 26,7%, enquanto a população carcerária aumentou 450%, contando em números absolutos com uma massa encarcerada na ordem de 498.500 presos conforme dados do Conselho Nacional de Justiça, atualizados até 07 de outubro de 2010. Trabalho da pesquisadora Natália Macedo do IPC/LFG, disponível em: <http://www.ipclfg.com.br/category/sistema-penitenciario/>, acesso em 15 de julho de 2011. Parte da citada pesquisa se encontra em apêndice ao presente trabalho.

especial dentro da recente experiência brasileira. D’Urso explica que “o Estado não poderá, sozinho, resolver esse problema, que na verdade é de toda a sociedade”<sup>241</sup>.

No mundo o movimento de privatização de presídios segue com vertentes e caminhos diferentes, observamos, por exemplo, que nos Estados Unidos a tendência, não a regra, é a privatização total, ou seja, tem permissão constitucional e infraconstitucional a direção e gerenciamento do preso, sob a tutela privada, onde ainda assim o Estado deve fiscalizar diariamente, por meio do seu funcionário denominado *Contract Monitor*, para acompanhar a administração e ficar vigilante quanto à preservação da dignidade e dos direitos humanos no tratamento penitenciário. Por outro lado, o modelo francês de privatização, não admite a privatização total, utilizando-se da “gestão mista” onde a direção geral, administração e segurança externa do presídio cabem ao setor público, enquanto para a iniciativa privada cabem: a construção do estabelecimento, a guarda interna dos presos, a promoção do trabalho, da educação, do transporte, da alimentação, do lazer, bem como a assistência social, jurídica e espiritual, a saúde física e mental do interno. A administração nos moldes franceses é de co-gestão.

Na mais recente experiência brasileira, em torno da privatização, tem se observado a adoção também de co-gestão entre o Poder Público e a iniciativa privada, nos moldes da Lei nº 11.079/2004 de parcerias público-privadas. O jurista D’Urso, se coloca favoravelmente a privatização com base no modelo francês aplicado no Brasil. As experiências dos Estados do Paraná e Ceará com prisões privadas, segundo o autor, se sucederam sem ter rebeliões ou fugas, bem como uma relação positiva no interior do presídio, “com tratamentos que adaptam-se às diretrizes humanas internacionais. Um resultado inimaginável se comparado a realidade dos presídios públicos nacionais”<sup>242</sup>.

Ressalta D’Urso que

Hodiernamente, o mundo todo analisa a experiência denominada privatização de presídios, em suas diversas espécies, numa observação que remonta ao aparecimento dessa forma de gerenciamento prisional, o que ocorreu há mais de uma década, iniciando-se nos Estados Unidos, França, estendendo-se à Inglaterra, Portugal, Itália e mais atualmente na Austrália. Das modalidades que o mundo conhece, a aplicada pela França é a que tem obtido melhores resultados e testemunho que, em visita oficial aos estabelecimentos franceses, o que vi foi animador. Trata-se de verdadeira terceirização, na qual o administrador privado, juntamente com o Estado fazem parceria administrativa, inovando o sistema prisional. Já o modelo americano, o qual

---

<sup>241</sup> D’URSO, Luiz Flávio Borges. **Direito criminal na atualidade**. São Paulo: Atlas, 1999. p.72.

<sup>242</sup> D’URSO, Luiz Flávio Borges. **Direito criminal na atualidade**. São Paulo: Atlas, 1999. p.74.

também visitei, tal seria inaplicável ao Brasil, porquanto a entrega do homem preso ao particular é total, fato que afrontaria a Constituição brasileira”<sup>243</sup>.

No Brasil também existe atividade privada em presídios. A privatização do serviço penitenciário, através da sua administração por empresas particulares acontecem em parceria com o Poder Público, como foi exemplo a Penitenciária Industrial de Guarapuava, no Paraná, em gestão privada durante os anos de 2002 a 2006, finalizando devido ao governo não dar continuidade ao contrato.

### 5.2.2 Histórico da privatização de presídios

Nos Estados Unidos, a partir da década de 1980, para combate da crise generalizada do sistema penitenciário das sociedades capitalistas avançadas, mostra-se a privatização de prisões como solução oportuna. O presidente americano Ronald Reagan, devido à escassez de recursos públicos em face da grande demanda de vagas, diga-se de passagem provocada por implementação de política de encarceramento massivo do sistema de viés fortemente repressivo norte americano bem destacado por Melossi e Pavarini<sup>244</sup>, bem como na obra de Wacquant<sup>245</sup>, viu na possibilidade de privatizar presídios a solução que beneficiaria empresas e o país. Surge a preocupação com redução de gastos públicos e a política neoliberal às empresas privadas.

Minhoto aponta que

[...] desde o início do processo privatizante norte americano cerca de 10% do total do sistema prisional, o lucro destas só tem aumentado. Demonstra que o crescimento das empresas que prestam o serviço é extremante e exemplifica as duas maiores companhias envolvidas no negócio, a *Wackenhut Corrections Corporations* (WCC) com faturamento de 99,4 milhões de dólares em 1995 e 137,6 milhões de dólares em 1996 e a empresa *Corrections Corporation of America* (CCA) com 206 milhões de dólares no período de janeiro a setembro de 1996, sendo seu lucro de 21,2 milhões de dólares no período<sup>246</sup>.

<sup>243</sup> D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Direito criminal na atualidade**. São Paulo: Atlas, 1999. p.75.

<sup>244</sup> MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário** (séculos XVI – XIX). Tradução de Sergio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2010.

<sup>245</sup> WACQUANT, Loïc. **Prisões da miséria**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

<sup>246</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade**. São Paulo: Max Limonad. 2000, p. 48.

Os estudos apontam que a estrutura prisional nos Estados Unidos tende a continuar se expandindo, haja vista a verificação de um agravamento das respostas penais como o observado nas leis antidrogas e até mesmo a maior severidade de sanções para delitos que não envolvam ações violentas. A população carcerária norte americana “quadruplicou em 20 anos” e comparada a países como a França, Itália e Alemanha significa uma “proporcionalidade de oito vezes maior dos EUA sobre cada um destes países”, bem como “catorze vezes maior sobre o Japão e o dobro da África do Sul no ápice da luta contra o *Apartheid*”<sup>247</sup>.

Levanta ainda o mesmo autor, que o crescimento da população carcerária norte americana “atingiu 250% entre os anos de 1985 e 2000”, sendo que nesse último ano citado, “um em cada 350 norte americanos estava atrás das grades e cerca de 2,8% da população total estava sob supervisão penal, fazendo o gasto público saltar na ordem de 248%”<sup>248</sup>.

Essa política de “tolerância zero” implementada no período, só fez crescer os índices de criminalização e o fortalecimento de apelos populistas de combate ao crime, pressão da imprensa pelo perfil de narrativas criminais e punitivas, espetacularização dos fatos criminais e o desenvolvimento, na década de 90, de um complexo industrial de prisões fora dos grandes centros urbanos, auxiliando no processo de emprego e crescimento de pequenas cidades, bem como a inserção do sistema penal privatizado. Nesse mesmo período, as políticas de privatizações de presídios foram propostas para driblar os gargalos do sistema penitenciário norte americano.

A fórmula encontrada veio com o investidor de seguros Thomas Beasley que criou a CCA (*Corrections Corporation of America*) em 1983, estabelecendo fórmulas alternativas de financiamento da construção de novos estabelecimentos, com técnicas de gestão empresarial na administração das prisões e enfrentando o problema da superpopulação visando criar condições propícias a uma efetiva ressocialização e habilitação do preso para a sociedade civil. Minhoto cita o relatório elaborado pelo Instituto inglês Adam Smith<sup>249</sup> que ressalta que “o sistema prisional estatal mostra-se ineficaz e com alto custo de encarceramento”, referindo-

<sup>247</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade**. São Paulo: Max Limonad. 2000, p. 26.

<sup>248</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. **As prisões de mercado**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política. São Paulo, v. 55-56, pp. 133-153, ano 2002, p. 134.

<sup>249</sup> Fundado em 1973 por Madsen Pirie, Eamonn Butler e Stuart Butler, estudantes da Universidade de St. Andrews, na Escócia. O Instituto atualmente defende o livre mercado pela publicação de livros e propostas políticas, aconselhando os governos estrangeiros com argumentos favoráveis a privatização de serviços públicos, incluindo aspectos da força policial.

se ao modelo americano para adoção e solução dos problemas aprofundados da realidade carcerária inglesa. Segue asseverando Minhoto, que “empresas de segurança e hotelaria são ambas práticas correntes do setor privado, e, de forma bastante simplificada, a prisão envolve um pouco mais que uma combinação destas duas atividades”<sup>250</sup>.

De se destacar, que existem três modalidades de privatização de estabelecimentos prisionais nos Estados Unidos, a saber: arrendamento; contratação de serviços de particulares e transferência do poder e direção aos particulares. A primeira delas consiste no governo locar uma propriedade particular, que servirá como penitenciária e todas as tarefas para o funcionamento e administração do presídio permanecem com o Estado. Destaca Minhoto que esse sistema oferece menos burocracia e possibilita a construção de estabelecimentos por preço razoável. Assim, as empresas privadas financiam e constroem prisões, arrendando-as ao governo e, depois de um determinado período a propriedade da prisão passa ao Estado.

Já a segunda forma, decorre da utilização de alguns serviços contratados junto a particulares, como assistência médica, alimentação, transporte. Exemplos desta modalidade são as penitenciárias industriais, onde a iniciativa privada é chamada pelo governo tanto para dirigir como para formar uma prisão de base industrial. D’Urso salienta que empresários que não operam no sistema apontam severas críticas a esta modalidade de privatização, uma vez que representaria “concorrência desleal”, já que as empresas “contratadas se obrigam a alimentar e vestir os reeducandos, impedindo as fugas em troca do trabalho dos internos em benefício próprio”<sup>251</sup> obviamente com custos baixos aos particulares.

Enquanto no terceiro modelo norte americano, ocorre a transferência da própria direção dos estabelecimentos penitenciários aos particulares. Por este sistema, a iniciativa privada pode construir prisões, mas o primordial é o fato de que a administração também seja do particular. O Estado por sua vez estipula regras mínimas a serem observadas pela empresa. O interesse privado tem se mantido nas instituições de recolhimento para menores infratores, imigrantes ilegais e instituições para condenados em fase final do cumprimento da pena. Conforme Minhoto, o que se vê é que os locais com presos de maior periculosidade tem sido muito pouco utilizados nessas contratações de particulares, ao passo que expressiva demanda tem como alvo os condenados por infrações de menor potencial ofensivo. O autor aduz que o

---

<sup>250</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. **As prisões de mercado**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política. São Paulo, v. 55-56, pp. 133-153, ano 2002, p. 135.

<sup>251</sup> D’URSO, Luiz Flávio Borges. **Direito criminal na atualidade**. São Paulo: Atlas, 1999, p.76.

“sistema privado vem se concentrando na ‘ponta leve’, sobretudo jovens e imigrantes criminosos”<sup>252</sup>.

O crescimento da população criminal em progressão geométrica, surgido, repiso, da escolha de política pública eminentemente repressiva e de encarceramento massivo desde a era Reagan, conforme Minhoto

[...] forçou o governo americano a propor uma forma de financiar a construção de novos estabelecimentos com empréstimos de longo prazo, tomados no mercado pelo lançamento de “títulos de obrigação geral”, permitindo ao estado levantar capital, num período de escassez de recursos públicos, a taxas relativamente competitivas. Representando uma estratégia do meio privado participar da empreitada de crescimento do sistema prisional, auxiliando na administração e construção de presídios sob a ótica empresarial<sup>253</sup>.

Na França, a ideia de privatização, também pelo problema da superlotação que é endêmico, também definiu seu modelo de privatização de presídios, conforme <sup>254</sup>a Lei nº 87/432, promulgada em 22 de junho de 1987, destacando-se que os particulares que desejam participar do sistema devem habilitar-se num processo licitatório, obedecendo aos requisitos do poder público, compreende o sistema francês uma dupla gestão, conforme Araujo Junior,

Ao Estado incumbe a indicação do Diretor-Geral do estabelecimento e a responsabilidade pela segurança interna e externa da prisão, bem como o relacionamento com o juízo de execução penal, enquanto à empresa privada compete fornecer e gerir o trabalho, a educação, o transporte, a alimentação, o lazer, a assistência social, jurídica, espiritual e a saúde física e mental do recluso, recebendo do Estado um valor para cada preso. Privatizam-se todos os serviços penitenciários, com exceção da direção, da secretaria e da segurança<sup>255</sup>.

A Inglaterra alcançou destaque dentre os países do velho continente quanto aos avanços nas privatizações de presídios. Também por conta da deterioração de seu sistema

<sup>252</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. **As prisões de mercado**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política. São Paulo, v. 55-56, pp. 133-153, ano 2002, p. 137.

<sup>253</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade**. São Paulo: Max Limonad. 2000, p. 26.

<sup>254</sup> Lei nº 87/432: A Assembleia Nacional e o Senado aprovaram. O Presidente da República promulga a lei cujo teor é o seguinte: [...] Art. 2º O Estado pode confiar a uma pessoa de direito público ou privado uma missão versando ao mesmo tempo sobre a construção e adaptação de estabelecimentos penitenciários. [...] Estas, pessoas, ou grupos, são designadas ao final de um processo licitatório. Nos estabelecimentos penitenciários as funções que de direção, cartório, vigilância, podem ser confiadas a pessoas jurídicas de direito público ou privado segundo uma habilitação definida por decreto. Estas pessoas podem ser escolhidas em processo licitatório na forma prevista na alínea precedente. Art. 3º. Os estabelecimentos penitenciários podem ser erigidos em estabelecimentos públicos penitenciários, submetidos à tutela estatal. Cabe ao Ministro da Justiça designar os membros da direção, do cartório e da vigilância dos estabelecimentos. In: ARAUJO JUNIOR, João Marcelo de. **Privatização nas prisões**. 1. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 36.

<sup>255</sup> ARAUJO JUNIOR, João Marcelo de. **Privatização nas prisões**. 1. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 36.

carcerário, sendo que em 1984 foi publicado relatório do Instituto Adam Smith, apontando como eficaz o sistema prisional privado inglês para resolver a crise nas instituições penitenciárias da época. Minhoto explica que na Inglaterra a tendência foi de privatização do sistema, onde os encarcerados não integravam o contrato como beneficiários, diferentemente de como ocorreu nos Estados Unidos, destarte os presos ingleses alcançavam menos direitos que os americanos<sup>256</sup>.

O diploma legal que institui o processo de privatização inglês foi “*The Criminal Justice Act*” de 1991, conforme Minhoto os custos por preso no sistema privatizado inglês ficaram na faixa de 310 a 350 libras, enquanto no setor público este mesmo custo era superior a 440 libras. Só esta diferença não justificou para Minhoto a aprovação desse sistema de privatização, já que há oscilação e manipulação de dados conforme o interesse e as conveniências<sup>257</sup>.

A promessa de redução de custos também não teria o condão de aprovar esta teoria privativista, tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos, segundo opinião de Minhoto. A diferença nas duas nações, conforme Araujo Junior, é que o modelo britânico assumiu por diretriz a tendência à privatização do sistema, ou seja, os grupos privados deveriam assumir todo o controle das instituições, até pelas distorções geográficas e políticas que na Inglaterra seguem a centralização de governo, enquanto nos Estados Unidos há a estruturação em diversos estados e municípios, cujas privatizações teriam reflexos mais locais de discussão política sobre o tema<sup>258</sup>.

No Brasil, a experiência da privatização de presídios é bastante recente, data de 1992, sendo que até então não se tinha a discussão sobre a terceirização de estabelecimentos prisionais. A administração do sistema carcerário permaneceu obediente a Constituição Federal de 1988 e à Lei de Execução Penal, que determinam como dever do Estado administrar a execução da pena. Assim analisa Kloch, aduzindo que “em razão do resultado negativo por parte da administração pública, alguns estados membros iniciaram uma versão privada de algumas prestações de serviços ao sistema prisional”<sup>259</sup>.

---

<sup>256</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade**. São Paulo: Max Limonad. 2000, p. 66.

<sup>257</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. Op. cit. 2000, p. 83.

<sup>258</sup> ARAUJO JUNIOR, João Marcelo de. **Privatização nas prisões**. 1. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 103.

<sup>259</sup> KLOCH, Henrique. **O sistema prisional e os direitos da personalidade dos apenados com fins de (res)socialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 133.

Minhoto identifica a rotina penitenciária nacional com diversos problemas, entre elas a violência endêmica, condições absolutamente subumanas de alojamento, fazendo com que surjam “Carandirus” em nossas paisagens. Em 1992, portanto, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, órgão do Ministério da Justiça, encarregado da formulação de linhas diretrizes para a área, propõe formalmente a adoção das prisões privadas no Brasil. Em sintonia com a confluência contemporânea entre discurso penitenciário e empresarial, a proposta surge

[...] oriunda de reflexões sobre as modernas experiências, que vêm sendo colocadas em prática em estabelecimentos prisionais dos Estados Unidos, da França, da Inglaterra e da Austrália, representada, entre outras coisas, a (i) atender aos preceitos constitucionais da individualização da pena e de respeito à integridade física e moral do preso; (ii) lançar uma política ambiciosa de reinserção social e moral do detento, destinada a confiar nos efeitos da reabilitação e a refrear a reincidência; (iii) introduzir, no sistema penitenciário, um modelo administrativo de gestão moderna; (iv) reduzir os encargos e gastos públicos; (v) favorecer o desenvolvimento de salutar política de prevenção da criminalidade, mediante a participação organizada da comunidade nas tarefas de execução da pena privativa de liberdade; (vi) aliviar, enfim, a dramática situação de superpovoamento no conjunto do parque penitenciário nacional<sup>260</sup>.

Proposta que acabou arquivada por enfrentar forte oposição da Ordem dos Advogados do Brasil que asseverou que a execução penal é função exclusiva do Estado, tal política, segundo a OAB, representaria uma exploração gananciosa do trabalho do apenado e violaria os direitos e garantias constitucionais do preso. No entanto, o Estado do Paraná tornou público e foi o pioneiro com a implementação da proposta de segurança pública, com o surgimento da Penitenciária Industrial de Guarapuava.

A busca de alternativas deve prosseguir, pois o discurso da lei e ordem, a adoção da tolerância zero com endurecimento de leis penais e conseqüente superpovoamento dos ergástulos também chegou em nossas paragens, veja-se os exemplos de legislações do pânico que vez ou outra surgem para, pensando solucionar, conturbar a seara jurídica, como exemplo a Lei nº 8072/1990 alcunhada de “Leis dos crimes hediondos”, ainda o discutido Regime Disciplinar Diferenciado trazido à lume pela Lei nº 10.792/2003<sup>261</sup>, enfim em nosso país também se opera a política cínica de querer emprestar ao Direito Penal um caráter de panaceia, com solução mágica para todos os problemas sociais. O encarceramento em massa

<sup>260</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. **As prisões de mercado**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política. São Paulo, v. 55-56, pp. 133-153, ano 2002, p. 148.

<sup>261</sup> Artigo 52 da Lei de Execução Penal (LEP), que dentre outros ganhou como desafeto o Professor Cezar Roberto Bitencourt que o reputa inconstitucional por impor sério gravame a saúde mental do apenado. In: BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal**: parte geral. v.1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.485.

também acompanha essa diretriz repressiva, e serve de base para o agravamento da situação carcerária. Veja-se a pesquisa realizada sobre o Sistema Penitenciário brasileiro pelo Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes<sup>262</sup>, que aponta que já em final de 2010 nos aproximamos dos 500 mil presos, com déficit de vagas batendo na casa dos 195 mil, somente como exemplo o Estado de São Paulo em 1994 contava com 55.021 detentos em seus estabelecimentos prisionais, e, em setembro de 2010 já mantinha 173.060 presos.<sup>263</sup>

Já antevendo onde o problema carcerário iria desaguar, em 2007 o Ministério da Justiça ressuscitou a discussão sobre as Parcerias Público-Privadas, manifestando-se através do Novo Plano Nacional de Política Penitenciária e recomendando, dentre outras questões:

- Instituir incentivos fiscais que encorajem o ingresso das prisões de empresas particulares aptas a oferecerem trabalho aos internos;
- Melhorar as condições humanas nos cárceres, nos planos: médico, educacional e laborativo, com o concurso de empresários e comunidade;
- Repudiar as propostas de privatização plena de estabelecimentos penais, esclarecendo que as atividades técnicas relacionadas ao acompanhamento e o exame de avaliação para a individualização da aplicação da pena, relacionados com aqueles compreendidos à assistência jurídica, médica, psicológica e social, por estarem inseridos em atribuições administrativas com objetivo de instrução de decisões judiciais, resguardando-se que, sob nenhuma hipótese ou pretexto deverão ser realizadas por empresas privadas, de forma direta ou delegada, uma vez que compõem requisitos da avaliação do mérito dos condenados.

Dutra, no seu Relatório final da CPI do Sistema Carcerário apontou, já em 2008, dentre outras informações, dados sobre a recente experiência brasileira no âmbito dos presídios e as parcerias com o empreendedor privado. Discorrendo sobre os estudos até então consolidados em torno do tema, assevera que

[...] a pena média dos detentos cai em torno de 33% em razão das atividades laborativas neles desenvolvidas e das melhores condições que são oferecidas como medidas eficientes aos objetivos pretendidos. Segundo alega-se, apesar do breve período de experiência em que se apóia esse entendimento, ter-se-ia verificado

---

<sup>262</sup> Trabalho da pesquisadora Natália Macedo do IPC/LFG, sobre o Sistema Penitenciário Brasileiro, disponível em: <http://www.ipclfg.com.br/category/sistema-penitenciario/>, acesso em 15 de julho de 2011.

<sup>263</sup> Dados extraídos do DEPEN (Departamento Penitenciário Brasileiro) Ministério da Justiça, atualizados até out/2010.

queda no índice de reincidência criminal. Todavia, não foram apresentados estudos que comprovassem se a assertiva é verdadeira. O CNPCP ainda não examinou oficialmente essa proposta, pois não há consenso de que o modelo seja constitucional. Vale ressaltar, todavia, que não há como comparar a prisão privada com a estatal, haja vista que em relação aos exemplos existentes de prisão privadas os presos são prévia e criteriosamente selecionados segundo o tipo de delito cometido e o comportamento interno. A arquitetura da unidade prisional tem espaço para a implantação de fábricas. As celas são destinadas a dois presos e a capacidade de ocupação é de 240 presos e o custo à manutenção gira em torno de R\$ 800,00 por mês<sup>264</sup>.

O tema tem evoluído no cenário prisional brasileiro. Conforme salienta Henrique Kloch, já se vislumbram dados dinâmicos sobre o assunto. Vários Estados já terceirizaram serviços penitenciários, dentre eles: Paraná, Ceará, Bahia, Amazonas, Santa Catarina, Pernambuco e Espírito Santo. Segundo o autor<sup>265</sup>, 16 (dezesesseis) unidades prisionais brasileiras adotaram a privatização dos serviços penitenciários onde estima que 9.000 (nove mil) detentos estão sob a administração de empresas da iniciativa privada. Além de muitas contratações feitas através de parcerias públicas e privadas, sobre a gerência direta da administração pública.

Nesse grande celeiro de problemas e mazelas, surge uma luz a indicar um caminho, respeitando as opiniões contrárias, há que se implementar políticas públicas voltadas a fomentar as parcerias público-privadas, os exemplos são claros a nos dizer que há condenados que precisam de uma oportunidade, querem trabalhar, ser útil para a sua família, para a sociedade e assim, além de fazer jus ao benefício da remição, ainda poder reparar o dano causado às vítimas, minimizar o sofrimento e penúria dos seus e conseguir poupar valores para quando deixar o cárcere. Não se registra fugas nos estabelecimentos privatizados, ao contrário, há lista de espera de vagas para ingressar neles. Fato verificado *in loco* na Penitenciária Industrial de Cascavel, Estado do Paraná, e nos Centros de Ressocialização das cidades de Ourinhos e Avaré, estes no Estado de São Paulo. São oferecidas condições ambientais salutaras aos reeducandos, o que nos avisa que sim, a atenção com a dignidade humana dos humanos encarcerados pode nos retornar com a efetiva reinserção social, que afinal continua a ser, senão a única, uma das finalidades da sanção penal.

---

<sup>264</sup> DUTRA, Domingos. **Relatório final da CPI do Sistema carcerário**. Disponível em: <http://pfde.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/sistema-prisional/CPIsistemacarcerario.pdf/view>. Acesso em 15 de outubro de 2010.

<sup>265</sup> KLOCH, Henrique. **O sistema prisional e os direitos da personalidade dos apenados com fins de (res)socialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 135.

### 5.3 Oportunidades de trabalho ao recluso

Buscando interligar um estudo da sociedade não somente em uma perspectiva jurídica, mas com olhar também antropológico aliado a necessidade de se definir as experiências do discurso científico com a práxis na seara da operação do direito, muitos subsídios se encontram na leitura das obras de Boaventura Souza Santos, Michel Maffesoli, Miguel Reale e Stuart Hall, nos traduzindo uma síntese, caso se me permitam esse alcance, conforme Hall com olhar do ângulo do indivíduo como uma aglutinação do “sujeito do Iluminismo”, dotado de capacidades de razão, de consciência e ação, mas centrado em seu núcleo interior com o “sujeito sociológico”, aquele que de concepção interativa do mundo pessoal com o mundo externo, para ao final chegar com esse processo a atualidade do “sujeito pós-moderno”, cuja identidade individual ainda se alia a mobilidade da individualidade, definindo como somos representados, não na base biológica, mas na base histórica das inter-relações que experimentamos na coletividade<sup>266</sup>.

Partindo do entendimento de que após o período de industrialização e modernização, a coletividade experimentou significativas alterações em seu contexto social, principalmente no que alude ao trabalho humano. É forçoso reconhecer a co-existência dos diferentes, um pluralismo ético, cultural e científico, mas também não se pode olvidar que a dignidade humana, deve figurar como base principiológica do ordenamento jurídico, ainda e apesar, de extensamente prevista em nossa Constituição Federal, não é efetivamente assegurada a todos os brasileiros, em especial aos encarcerados.

Destaca-se que em plena pós-modernidade, já há tanto afirmado pelo pensador italiano Bobbio<sup>267</sup>, discurso de 1967, que a dificuldade não se assenta em definir os direitos humanos, mas em torná-los reais, efetivos, o nosso sistema penitenciário, a par das diversas mazelas já aduzidas no decorrer no presente estudo, não consegue adequar-se aos moldes democráticos e aos fins da pena, para propiciar ao segregado atividades laborais, tão essenciais para a subsistência econômica, diminuição do tempo de prisão através da remição, com possibilidade de diminuição da penúria dos seus familiares que continuam a integrar a mesma sociedade que os exclui e estigmatiza, e, ainda reparar as consequências de sua conduta desviante em

---

<sup>266</sup> HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 5. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2001, p.10-12.

<sup>267</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 6 tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.60.

relação á vítima ao mesmo tempo em que quebraria a corrente do ócio que acaba atando o recluso à reincidência.

A crise do paradigma dominante e os traços do paradigma emergente são delineados pelo Professor Boaventura de Souza Santos, que enfatiza o que denomina de nova centralidade das ciências sociais anti-positivistas. Ao sustentar, que a caracterização da crise do paradigma dominante traz embutida o perfil do paradigma emergente, se manifesta a respeito do rigor científico que aponta como responsável pelas rápidas mudanças tecnológicas e avassaladora amplitude das relações pessoais e internacionais, assim aduz

O rigor científico, porque fundado no rigor matemático, é um rigor que quantifica e que, ao quantificar, desqualifica, um rigor que, ao objetivar os fenômenos, os objetualiza e os degrada, que, ao caracterizar os fenômenos, os caricaturiza. É, em suma e finalmente, uma forma de rigor que, ao afirmar a personalidade do cientista, destrói a personalidade da natureza<sup>268</sup>.

A definir que a crise contemporânea é produto das contradições e antagonismos que se amadurecem no âmbito de uma particular correlação de forças entre os proprietários do capital e as classes trabalhadoras, entre os anos cinquenta e setenta do século passado. Mas a modernidade não significa e não trouxe consigo um princípio organizador, ela nasceu espontaneamente. O que se observa é que através da racionalização foram gerados sistemas de controle diversos, com o objetivo de transformar a convivência humana, com a domesticação dos afetos, o racional sobre o emocional, consoante Foucault, a “normalização” ou instituição do “poder disciplinador”.

Dreyfus e Rabinow assim citam Foucault quanto ao “poder disciplinar”

Num regime disciplinar, a individualização é descendente. Através da vigilância, da observação constante, todas aquelas pessoas sujeitas ao controle são individualizadas [...] O poder não apenas traz a individualidade para o campo da observação, mas também fixa aquela individualidade objetiva no campo da escrita. Um imenso e meticuloso aparato documental torna-se um componente essencial do crescimento do poder [nas sociedades modernas]. Essa acumulação de documentação individual num ordenamento sistemático torna possível a mediação de fenômenos globais, a descrição de grupos, a caracterização de fatos coletivos, o cálculo de distâncias entre os indivíduos, sua distribuição numa dada população<sup>269</sup>.

Se de um ângulo, a modernidade oferecia a felicidade mediante o avanço da ciência ou de uma revolução, em outro aspecto, a pós-modernidade promete um nada que pretende ser o

<sup>268</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 54.

<sup>269</sup> FOUCAULT, Michel apud DREYFUS, Hubert; RABINOW, Paul. **Michel Foucault uma trajetória filosófica**: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Tradução de Vera Porto Carrero. 1 ed. São Paulo: Forense Universitária, p. 159.

solo para tudo<sup>270</sup>. Mas o poder persiste para o controle social, nas palavras de Zaffaroni e Althusser, a necessidade de contenção das “massas carentes” e sua disciplina para “o trabalho e salário mingua”<sup>271</sup>, a permitir aos capitalistas a obtenção de acumulação de capital orienta preferencialmente o controle social<sup>272</sup>. Althusser segue aduzindo que a utilização do aparelho repressivo como instrumento do desiderato dominador, sendo continuamente utilizado pela “classe dominante” em relação à classe dominada, representaria o papel de “garantir as condições políticas de reprodução das relações de produção, que são em última instância relações de exploração”<sup>273</sup>.

Completa Saliba que existe esta base de poder na sociedade que é “devoradora, que inclui os mais próximos e exclui os outros”. Analisa que “o ato de expulsar não se direciona ao ‘mesmo’ ou a qualquer desviante, nem tampouco à generalidade de seus membros, mas, àquele grupo estereotipado”<sup>274</sup>. Assim o sistema penal dá sustentação à manutenção do poder, ao *status quo*, a estratificação social e marginaliza o dominado, conforme Zaffaroni, cumprindo sua função por meio da “criminalização seletiva dos marginalizados, para conter aos demais”<sup>275</sup>.

Ainda pelo poder disciplinar, pela normalização dos comportamentos individuais e de grupos, veja-se por Bauman que essa “busca da pureza moderna expressou-se diariamente com ação punitiva contra as classes perigosas”, seguindo que a felicidade prometida esbarra num muro, o muro da dominação e da exclusão, completa que

Em algum momento do nosso século se tornou comum a compreensão de que os homens uniformizados devem ser mais temidos. Os uniformes eram o símbolo dos servidores do estado, essa fonte de todo o poder e acima de tudo o poder coercitivo ajudado e favorecido pelo poder que absolve da desumanidade. Envergando uniformes, os homens se tornam esse poder em ação; envergando botas de cano alto, eles pisam, e pisam em ordem, em nome do estado. O estado que vestiu homens de uniforme, de modo que estes pudessem ser reconhecidos e instruídos a pisar, e antecipadamente absolvidos da culpa de pisar, foi o estado que se encarou como a

<sup>270</sup> Cf. ensinamentos de Maffesoli na obra: MAFFESOLI, Michel. **O instante eterno**: o retorno do trágico nas sociedades pós-modernas. Tradução de Rogério de Almeida e Alexandre Dias. São Paulo: Zouk, 2003.

<sup>271</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 269.

<sup>272</sup> ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos do Estado**. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. 9. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003, p. 70.

<sup>273</sup> ALTHUSSER, Louis. Op. cit. 2003, p. 74.

<sup>274</sup> SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p.69.

<sup>275</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 61.

fonte, o defensor e a única garantia da vida ordeira: a ordem que protege o dique do caos<sup>276</sup>.

A professora Dias, traça um paralelo interessante acerca do papel da ciência jurídica na modernidade em relação ao que lhe cabe na pós-modernidade, destacando as características nos tempos modernos a autora discorre que a Ciência Jurídica na Modernidade revelou uma tendência de isolar o fenômeno jurídico “[...] empreendendo um trabalho de cunho lógico-normativo, desvinculando-o de seus fundamentos ético-filosóficos, bem como da realidade ampla e profunda do mundo vida”<sup>277</sup>.

Segue a mesma autoria, tecendo seus comentários quanto às características nos tempos de pós-modernidade

A filosofia e a ciência na pós-modernidade buscam a compreensão do mundo tal como é, como se mostra, como se dá em realidade, com todas as suas complexidades e paradoxos. O conhecimento pós-moderno articula razão e sensibilidade, não despreza o sensível por reconhecê-lo parte integrante da natureza humana e, em decorrência, do mundo social<sup>278</sup>.

Em síntese, a pós-modernidade, acena com um resgate da valorização humanista, ressaltando os “valores” e “prazeres” da vida. Destaca uma exaltação do ser frente à mecanização do próprio ser proposto pela modernidade. Busca também um direito mais legítimo porque mais próximo das “necessidades” do indivíduo humano. Esse movimento de ruptura que surgiu nos fins do século XX, onde o conceito da “Era industrial” vai sendo substituído pelo de crise, insegurança e incredulidade. Na verdade, a era pós-moderna aponta-nos para o cibernético, a automação, o informático, onde o saber científico está na informação transformada em conhecimento na forma organizada, com logística de armazenamento e preparada para sua distribuição e, no limite da evolução, em termos de bits.

Os tempos pós-modernos oriundos da modernidade, a qual não realizou as promessas de progresso infinito – o estado de bem-estar social. Em apertada síntese, poderíamos destacar como características da sociedade pós-moderna, em aspectos gerais, os seguintes pontos: a passagem da produção de bens para uma economia de serviços; a superioridade da classe dos

---

<sup>276</sup> BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p.28.

<sup>277</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A justiça e o imaginário social**. Florianópolis: Momento Atual, 2003, p. 115.

<sup>278</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A justiça e o imaginário social**. Florianópolis: Momento Atual, 2003, p. 118.

profissionais e dos técnicos; o caráter central do saber teórico, gerador de inovações; a gestão do desenvolvimento técnico e do controle normativo da tecnologia; a criação de uma nova tecnologia intelectual.

Ainda, de se salientar especificamente, os aspectos que constituem este momento histórico – pós-modernidade – caracterizam-se, sobretudo, pelas transformações que dizem respeito às novas conformações no âmbito do trabalho e dos conflitos sociais. Em relação aos conflitos sociais, herdados do excesso da cientificidade da modernidade, vale citar o sério problema com o aumento da xenofobia, violência e aumento de grupos minoritários. Com relação ao trabalho, faz-se aqui uma análise mais detalhada, haja vista que é o objeto dessa parte do presente estudo, notadamente as atividades laborativas para os encarcerados.

### **5.3.1 A concepção moderna e pós-moderna do trabalho**

O desenvolvimento da atividade laboral está intrinsecamente relacionado com à evolução do ser humano e do grupo social. Desde os primórdios o homem já trabalhava, em que pese doutrinadores de base sociológica discordarem no aspecto de engrandecimento e dignidade que o trabalho possa sugerir ao homem, lembrando a etimologia do termo que remonta o *tripaliu*<sup>279</sup>, instrumento de tortura medieval. Atualmente, o trabalho se coloca como a principal forma de intercâmbio entre o homem e a natureza, e de engrandecimento e realização pessoal, não só no aspecto material, como na própria aceitação individual e social.

Relacionando-se de forma direta com o desenvolvimento do capitalismo, a sociedade pós-industrial se alicerça em uma demanda de buscar maior eficiência nas condições de produção, e uma relativa diminuição do trabalho necessário à reprodução das construções dos grupos sociais, em virtude dos avanços técnicos e científicos associados às forças produtivas. Paralelamente ocorre uma degradação geral do trabalho: verifica-se que a qualificação do trabalho é necessária em quantidade mínima, e mesmo assim, reduz-se a extremadas especializações. A qualificação assim, dissocia-se grandemente do trabalho, que não utiliza suas potencialidades modernas. Boa parte dos qualificados insere-se periféricamente na reprodução social; como nas universidades, centros de pesquisa, centros culturais constituem exemplos.

---

<sup>279</sup> Trabalhar termo oriundo do latim vulgar “tripaliare” – martirizar com o “tripaliu” (instrumento de tortura). FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, p. 1695.

Observou-se já no final dos anos 60, que os elementos chaves da crise contemporânea foram o enrijecimento dos custos relativos à reprodução da força de trabalho; a negação do operário frente à rotinização, à desqualificação do trabalho, bem como à elevada rotatividade e às formas de usura precoce dos trabalhadores fosse pelo esforço físico, fosse pela carga mental e psíquica requeridos pela atividade produtiva. A era industrial foi um período que despontou no começo do século XX e se consubstanciou em uma época de mecanização do sistema produtivo e de uma profunda reformulação na concepção do trabalho. Modificando, até, a estrutura comercial e social da época.

Saindo da Era Industrial e caminhando para os últimos 20/30 anos, do século anterior, é possível percebermos como a pós-modernidade nos promete dias de significativas transformações onde a economia e a tecnologia globalizadas, destacaram o ambiente caótico no âmbito social e de fortalecimento do capitalismo, que se assemelha de alguma forma a própria era industrial. As características centrais da era industrial são: as concentrações de um grande número de trabalhadores assalariados nas fábricas; o predomínio dos trabalhadores do setor secundário; a indústria contribuindo com a maioria da renda nacional; a aplicação das descobertas científicas nos processos produtivos; a racionalização e a fragmentação do trabalho; a separação entre casa e trabalho e sistema familiar e sistema profissional; urbanização e escolarização das massas; redução das desigualdades sociais; reformas dos espaços em função da produção e do consumo dos produtos industriais; maior mobilidade; produção em massa e crescimento do consumismo; fé em um progresso irreversível e um bem-estar crescente; etc.

O trabalho seguindo sempre inserido na vida da sociedade, nas modalidades intelectual ou manual, assegura ao sujeito dignidade tanto internamente de seio familiar quanto na coletividade. Não se podendo olvidar, que a atividade laboral do encarcerado encontra-se inserida nesta ótica que vincula o trabalho à existência digna como direito inalienável do ser humano.

### **5.3.2 Trabalho do encarcerado e a reinserção social**

A Constituição Federal no seu artigo 170 dispõe que: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Fundamentando-se no pressuposto filosófico acima expresso é que se propõe como parte do presente estudo a implementação do trabalho da pessoa encarcerada como forma de reinserção social, (res-socialização), pautando-se no princípio da dignidade da pessoa humana e no sentimento de justiça como originário da própria personalidade e natureza humana.

Para Moraes, a dignidade da pessoa humana implica

[...] um valor espiritual e moral inerentes a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos<sup>280</sup>.

O trabalho do apenado é essencial no processo de reinserção social, pois além de preencher o tempo de inatividade que, já salientado, tem-se o ócio como corrente a arrastar o reeducando para a reincidência, além do que possibilitaria o aprimoramento profissional, colaboraria em sua subsistência econômica, propiciaria a diminuição da pena e, principalmente, enalteceria e resgataria sua dignidade. Outro aspecto a ser destacado é que com a possibilidade do labor remunerado, a figura da vítima comumente esquecida pelo ordenamento jurídico ou pelos operadores do direito, pois no mais das vezes esta figura se presta tão somente como objeto do processo, assim como o preso, e não como sujeito de direitos, poderia ver uma oportunidade de ter os prejuízos causados pelo delito, ao menos em parte, reparados. Ainda, que parcela dos valores como já determina a legislação de execução penal, seja depositada para, quando da saída do cárcere, o egresso tenha algum valor para ajudar na retomada da liberdade.

Não se olvida que o índice de desemprego no Brasil de modo geral, é preocupante. Todavia, não pode existir confusão entre trabalho do preso e aumento do desemprego. O preso que trabalha não estará preenchendo vaga de ninguém do mercado de trabalho, pois estará inserido em outro contexto, que visa a sua ressocialização, a sua volta na sociedade, sendo o trabalho desenvolvido com função educativa e produtiva, objetivando o dever social e resgate da dignidade humana.

A importância do trabalho na vida humana é notória. O que se denota, é que se deve buscar uma interpretação de cunho filosófico do direito, porém, não se desprezando o valor do

---

<sup>280</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 128-129.

dinamismo e do cotidiano social<sup>281</sup>. Assim, é necessário possibilitar que o cidadão privado de sua liberdade, ao final do cárcere possa sair preparado para o retorno ao convívio em sociedade. As atividades laborativas no interior do cárcere contribuirão consideravelmente para a recuperação e a inserção social do preso ao final da pena, consequências que seriam experimentadas pela sociedade que, diante de acertadas vedações constitucionais da prisão perpétua e da pena de morte, voltará obrigatoriamente a conviver com o egresso. Ainda, se evitaria o crescimento de grupos economicamente minoritários. Não qualificá-lo para o mercado de trabalho, pois, aí sim, despreparado e inútil, será muito mais atraído a voltar a delinquir.

Veja-se a arguta assertiva de Boschi e Silva, citados em Agravo do Tribunal de Alçada de Minas de Gerais

Todo ser humano, uma vez capacitado à atividade laboral para a manutenção de sua própria subsistência e sua perfeita integração na sociedade, de onde é produto, tem necessidade de fugir à ociosidade do trabalho. A esta regra não escapa o condenado à pena restritiva de liberdade, cujo trabalho, dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva (artigo 28 da Lei de Execução Penal). Educativa porque, na hipótese de ser condenado pessoa sem qualquer habilitação profissional, a atividade desenvolvida no estabelecimento prisional conduzi-lo-á ante a filosofia da Lei de Execução Penal, ao aprendizado de uma profissão. Produtiva porque, ao mesmo tempo em que impede a ociosidade, gera ao condenado recursos financeiros para o atendimento das obrigações decorrentes da responsabilidade civil, assistência à família, despesas pessoais e, até, ressarcimento ao Estado por sua manutenção. O trabalho durante a execução da pena restritiva da liberdade, além dessas finalidades, impede que o preso venha, produto da ociosidade, desviar-se dos objetivos da pena, de caráter eminentemente ressocializador, embrenhando-se, cada vez mais nos túneis submersos do crime, corrompendo-se ou corrompendo seus companheiros de infortúnio<sup>282</sup>.

O ordenamento jurídico criminal e de execução penal, prevê como obrigatório o trabalho para o preso, ainda no sentido de considerar como um dever social e necessário para alcançar dignidade humana, por este motivo, deve compreender as finalidades educativa e produtiva conforme artigo 28 da Lei de Execução Penal (LEP)<sup>283</sup>. O Código Penal (artigo 39), igualmente impõe o trabalho obrigatório ao preso. Esse trabalho é remunerado e com garantias dos benefícios da previdência social. Todavia, se esclareça que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLVII, “c”, veda a imposição de pena de trabalhos forçados.

---

<sup>281</sup> Acerca da colocação do problema filosófico da interpretação do direito consultar: REALE, Miguel. **O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

<sup>282</sup> Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Agravo n. 450.318-0, da Comarca de Itabirito. Juiz Relator: Alexandre Victor de CARVALHO. Julgado em 03.08.2004.

<sup>283</sup> LEP (**Lei de Execução Penal**), Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984

Cumprir destacar que as disposições da LEP colocam o trabalho penitenciário sob a proteção de um regime jurídico. Antes da lei, nas penitenciárias onde o trabalho prisional era obrigatório, o preso não recebia remuneração, e seu trabalho não era tutelado contra riscos nem amparado por seguro social, consoante item 53 da Exposição de Motivos da LEP.

Atendendo às disposições contidas nas Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Reclusos, a remuneração obrigatória do preso foi introduzida na Lei nº 6.416/77, que estabeleceu também a forma de sua aplicação. Verifica-se que a LEP manteve o texto anterior, ficando assim reproduzido o elenco das exigências pertinentes ao emprego da remuneração obtida pelo preso: na indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; na assistência à própria família, segundo a lei civil; em pequenas despesas pessoais; e na constituição de pecúlio, em caderneta de poupança que lhe será entregue na saída do estabelecimento penal (itens 50 e 51 da Exposição de motivos da LEP). Acrescentou-se a essas obrigações a previsão de ressarcimento do estado quanto às despesas de manutenção do condenado, em proporção a ser fixada<sup>284</sup>.

De se destacar, ainda, que o artigo 31 da Lei de Execução Penal prevê que o condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho, mas devendo ser observada a medida de suas aptidões e capacidade. Já o preso provisório, vale ressaltar, aquele ainda sem condenação definitiva (recolhido em razão de prisão em flagrante, ou outra medida cautelar restritiva de liberdade), não está obrigado ao trabalho. Entretanto, as atividades laborerápicas lhes são facultadas e sua prática dará direito à remição da pena, tão logo venha a ser aplicada.

Saliente-se que embora o trabalho do preso não esteja sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho de acordo com o artigo 28, § 2º da Lei de Execução Penal, será ele remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a três quartos do salário mínimo, nos termos do artigo 29 da LEP.

Em relação à autonomia dos reclusos para aceitação ou participação no processo de reinserção social, importa salientar o fato de que a posição do recluso não é apenas resultante de normas que delimitam as fronteiras de intervenção nos seus direitos fundamentais, determinando a sua posição jurídica na execução. Antes aquele conceito recebe o essencial do

---

<sup>284</sup> MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 27-28.

seu conteúdo através do modelo de execução que se pretenda, onde a participação do recluso possui importância central.

Conforme Anabela Miranda Rodrigues, deve-se visar a satisfação dos limites a serem respeitados no sentido de evitar que, com cunho de “socializar”, se converta a execução “numa nova forma de tirania”, haja vista que as garantias derivadas do Estado de Direito alcançaram consagração e destaque de modo a limitar as práticas que somente ostentam verniz de princípio “social”, o objetivo ressocializador, que pretenda estar de acordo com as exigências de um Estado de Direito Social, não deve *impor-se* ou prescindir da participação do reeducando, devendo sim, constituir um ininterrupto diálogo entre a administração e o recluso<sup>285</sup>.

Esta possibilidade de diálogo, trata-se, pois, de uma necessidade de participação que encerra duas consequências jurídico-constitucionais importantes. De um lado, respeitam-se as exigências derivadas da garantia constitucional de autonomia da pessoa humana. Reconhece-se, assim, o recluso, uma posição de sujeito de direito (da execução) – enquanto participante ativo e com personalidade responsável no processo de (res)socialização -, afastando uma visão das coisas que o tornava um mero destinatário passivo de normas, colocado na posição de objeto seja por qualquer finalidade.

Por outro lado, destaca-se a estrutura ressocializadora do “tratamento”, harmonizado pela participação do recluso, que, em último termo, é dela dependente. De fato, alcança-se o reconhecimento da ideia de que a preparação para a vida em responsabilidade social é um processo cujo início se localiza já no decurso da própria execução; só assim existe uma real possibilidade de se alcançarem os objetivos pretendidos, no que a participação assume um papel de relevo.

Reafirma Anabela Miranda Rodrigues que a integração do recluso “constitui, assim, o pressuposto de um verdadeiro tratamento, sendo mesmo indispensável, já que não existe ressocialização sem ou contra a vontade do recluso”<sup>286</sup>.

O que nos permite reforçar esta necessidade de participação, é, por sua vez, a assertiva de que a reintegração social é (ou deveria ser) um direito garantido do recluso.

---

<sup>285</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição do recluso na execução da pena privativa de liberdade**. São Paulo: IBCCrim, 1999, p.84-85

<sup>286</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição do recluso na execução da pena privativa de liberdade**. São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 88.

Entretanto, não se está aqui a defender que o modelo pedagógico deva sofrer variantes em razão da condição de cada recluso, o que na prática seria inaplicável, mas, em respeito às próprias disposições da LEP, que sim, as condições de cada interno devem ser respeitadas e levadas em conta quando da definição do processo de reintegração em que ele será incluído, sem muitas divagações, mas na simples dicção do artigo 31 da LEP, que ao dizer da obrigatoriedade do trabalho, ao mesmo tempo expressa que deverá sê-lo na medida das aptidões do recluso e de sua capacidade.

De acordo com este pensamento se mostra que o nosso ordenamento de execução penal, aconselhando a participação do recluso na elaboração do seu plano individual de readaptação, mas conferindo aos órgãos competentes a decisão final sobre as medidas a tomar.

Afigura-se aceito, assim, um conceito ativo de participação do quadro das relações de interação com a administração penitenciária ou com os reclusos em geral que não se esgota numa aceitação, ainda que ativa, participante, da oferta de possibilidades de ressocialização postas ao seu dispor. O que é importante – e, aliás, só deste modo a participação traduzirá a sua íntima relação com um modelo da execução que prepare o recluso para uma vida de responsabilidade social, é fazer o recluso perceber que ele não só pode como deve apresentar as suas próprias sugestões e opiniões, isto nos revelaria uma capacidade de iniciativa que será útil não só manter como desenvolver no seu espírito.

Caso isto não ocorra, estaremos diante do desenvolvimento de uma ressocialização coativa, ou pelo menos, de duvidosa compatibilidade com um sistema pedagógico, pois estaríamos caminhando para a formação de “bons reclusos”, mas não de cidadãos.

Assim, se pode afirmar que a atual vocação humanitária que a pena privativa de liberdade deve testemunhar, por isso se pensa constantemente em reformas das condições existentes, reside essencialmente na tentativa de redução das diferenças entre a vida na prisão e a vida em liberdade. A preocupação caminha no sentido de buscar esforços para “normalizar” a vida penitenciária, ou, pelo menos reduzindo ao mínimo as influências sabidamente prejudiciais de uma detenção.

Preocupação que não é de hoje tem ocupado os estudos científicos, veja-se que a história da penologia, como já discorrido no início deste estudo, foi uma constante busca por reformas, mas conforme Melossi e Pavarini, nem sempre reformar significou melhorar,

Isso determina uma situação na qual o teor de vida do delito é sempre inferior ao mínimo do trabalhador livre ocupado (de acordo com o dito princípio da *less eligibility*), mas pode ser superior ao do trabalhador desempregado e pode, paradoxalmente, significar uma “melhoria”, seja em termos de condições de vida, seja em termos de consciência, para o subproletário. Isso explica porque, num regime de desemprego elevado, a situação institucional interna do cárcere se torna mais áspera e se retorna ao método duro, o que tende a acontecer em toda a Europa na primeira metade do século XIX. Pode-se observar, em geral, ao menos para o período aqui examinado, que a força de trabalho e as condições de vida e de trabalho dos prisioneiros tendem a seguir, num grau mais baixo, as da massa proletária no seu conjunto. Se isso não acontece, o cárcere corre o risco de perder, para a classe dominante, todo o seu caráter de intimidação. Não tem sido raro, em época de grandes transformações sociais e de intenso pauperismo, que os estratos mais deserdados ganhem força na luta pelo fato de que as condições de vida na prisão ainda são preferíveis àquelas que têm de suportar do lado de fora<sup>287</sup>.

Aduz Miranda, que não é tornando a vida mais agradável para os reclusos que se atingirá esse objetivo, mas sim “normalizando-o, tanto quanto possível, desenvolvendo a independência, maturidade e o seu sentido de responsabilidade”. Para aqueles cuja duração da pena a cumprir permitir estabelecer um plano individual de readaptação importa, sobretudo, que a vida durante a reclusão reflita, tanto quanto possível, a vida em sociedade livre. “Só assim um regime penitenciário será educativo, permitindo ao recluso conduzir uma existência “normal” no sentido de que esta o prepare para a forma de vida que terá após a libertação”<sup>288</sup>.

A importância do trabalho para o apenado se insere perfeitamente no modelo pedagógico que se deve implantar na expectativa de se alcançar a sua reintegração social, assim, estaremos nos distanciando do sistema tradicional estruturado na ideia acima aludida de formação de “bons reclusos”. Do que se trata – e nunca é demais repeti-lo – é antes de ajudar um indivíduo em especial estado de necessidade a ultrapassar os obstáculos, e alcançar uma certa maturidade, a preparar-se para ter reações adequadas face à complexidade da vida social. E não só as atividades laborais, mais sim que busque aliar outras atividades do tipo formativo, ensino, cultura, ocupação de tempos livres, etc., é preciso, ademais, que cada membro da sociedade prisional se sinta responsável pelos assuntos de interesse geral, pela correta realização de tarefas que lhes sejam confiadas e, ao mesmo tempo, capaz de suportar as eventuais consequências de uma falta ou infração voluntária.

---

<sup>287</sup> MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI - XIX). Tradução de Sergio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2010, p. 84.

<sup>288</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição do recluso na execução da pena privativa de liberdade**. São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 91-92.

Já assentava Ássaly em 1.944, apud Marcão, que “o trabalho penitenciário, consagrado em todas as legislações hodiernas, constitui uma das pedras fundamentais dos sistemas penitenciários vigentes e um dos elementos básicos da política criminal”<sup>289</sup>.

Em suma, o trabalho é um direito do preso que conserva todos os direitos não atingidos pela privação da liberdade. Essa atividade laboral é obrigatória, remunerada e com as garantias dos benefícios da previdência social, embora não esteja sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ressalte-se que a transição da modernidade para a pós-modernidade evidencia as transformações políticas e sociais que implicaram alterações das relações trabalhistas, delineando a importância e os fins do trabalho. Aliás, foram justamente a crise da modernidade e os fenômenos do globalismo que intensificaram novas tendências no campo do trabalho.

O que importa é acabar com o mito de que a pós-modernidade ratifica a negação do trabalho, porque a assertiva não é verdadeira. O que essa concepção emergente confirma é a negação da ideia do trabalho como punição, uma qualidade de vida enquanto bem coletivo. Na ciência do direito a pós-modernidade objetiva especialmente um direito mais legítimo porque mais próximo das necessidades do ser humano.

Não se discute que labor é a força motriz de toda a sociedade. Renegar ao apenado essa realidade é desqualificá-lo para a nova vida que passará a viver quando de seu regresso ao “mundo livre”, fora das grades e do sistema prisional, quando o contrário pode fazer surgir uma nova expectativa de cumprimento de pena.

A efetividade do trabalho do apenado no tratamento ressocializador dos cidadãos privados de sua liberdade, como instrumento de reintegração social e de resgate de sua dignidade como pessoa humana, vai ao encontro da legitimidade da ciência jurídica e principalmente dos ideais de justiça, anteriores ao próprio direito positivo.

---

<sup>289</sup> Ássaly, Alfredo Issa. **O trabalho penitenciário**. São Paulo: Martins Fontes, 1944, apud MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 27.

#### 5.4 Necessidades de políticas públicas voltadas à educação do encarcerado

Nosso Sistema Penitenciário, apesar de alicerçado em norma que já ultrapassou os 25 anos de vigência, ainda tem se constituído como um enigma jurídico, ao menos nos campos de discussões teóricas e, sobretudo no campo da implementação de políticas públicas: aparece ao menos em muitas discussões acadêmicas, o que para nós foi surpresa avaliar, porém pouco se sabe sobre a sua efetiva realidade. Um conjunto significativo de pesquisadores vem se dedicando às pesquisas sobre o problema da violência e da criminalidade, mas poucos são os estudos que lançam preocupação na realidade prisional. Atualmente, reconhece-se que não é possível compreender o movimento da violência nos centros urbanos sem se atentar para o mecanismo das esferas de controle e repressão ao crime.

Quanto à “invisibilidade” desta problemática, veja-se interessante estudo do psicólogo Costa, que em sua obra *Homens invisíveis: relatos de uma humilhação social*, analisou o tratamento dispensado pela sociedade às pessoas dos estratos sociais selecionados para a estigmatização, e, que num olhar mais atento poderíamos transportar para a realidade prisional, consoante vários pontos convergentes, destacamos

A humilhação age como golpe externo, golpe público, que vai para dentro e segue agindo por dentro: um impulso invasor, desenfreado, uma angústia. A humilhação, este fato externo-interno, caracteriza assiduamente a psicologia do oprimido: afeto vertiginoso, estonteante, afeto sem nome. Como chamá-lo? Um susto? Medo? Pavor? Uma tristeza? Melancolia? Um ódio? Solidão? Isolamento? Vergonha? O sentimento de estar invisível? As expressões da angústia política podem variar: são lágrimas, a gagueira, o emudecimento, os olhos baixos que não param de piscar, o corpo endurecido, o corpo agitado, o protesto confuso, a ação violenta e até o crime<sup>290</sup>.

Constatamos, cada vez mais, a premente necessidade em ampliarmos a discussão e a pesquisa do tema com ênfase em abordagens interdisciplinares, abrangendo não só as Universidades, mas englobando até Institutos de Pesquisas e órgãos governamentais e da sociedade civil, trazendo a possibilidade de concretização de subsídios que possam contribuir para uma formação teórica que fundamente projetos de intervenção nas unidades prisionais para formuladores de políticas públicas.

Partindo dos paradigmas de educação e profissionalização do recluso como prováveis respaldos para a sua (re)inserção no mundo do trabalho e, por conseguinte, no convívio social,

---

<sup>290</sup> COSTA, Fernando Braga da. **Homens invisíveis: relatos de uma humilhação social**. 2ª reimpressão. São Paulo: Globo, 2004, pp. 30-31.

verificamos a premência de se empregar esforços em pesquisas específicas que ofertem novos caminhos à questão, com articulação de suportes técnicos e intelectuais que possam delinear a atividade prática em curso nos estabelecimentos prisionais, bem como possibilite subsidiar políticas públicas para a área.

Partimos da ideia de estudar e investigar a importância do papel da educação como programa de reinserção social na política de execução penal, com base na reflexão que defende a hipótese de que, no que concerne à ressocialização, a educação poderá assumir importante atribuição, porque, mais do que a instrução escolar, o recluso terá oportunidade de participação em um processo de alteração com capacidade de melhorar sua visão de mundo, contribuir para a elaboração de senso crítico, sobretudo, demonstrando no entendimento do valor da liberdade e melhorando o comportamento na vida carcerária, o que se poderia definir como transformação social do indivíduo.

Necessário reconhecer que ao iniciarmos a definição das matérias a serem pesquisadas, pensamos no trabalho nos cárceres como instrumento ressocializador, chegou-nos a soar a frase “o trabalho liberta” como uma justificativa do próprio sistema carcerário que até então havia escolhido este caminho para tentar a ressocialização do apenado. Confesso que esta frase permaneceu espancando os pensamentos, e quando me deparei com a reportagem sobre a subtração de uma placa com estes mesmos dizeres (“o trabalho liberta”), fomos verificar do que se tratava, para nossa surpresa descobrimos de que tal placa estava instalada na Polônia, exatamente sobre o portão de entrada do campo de aprisionados dos mais conhecidos no mundo, era a frase que recepcionava os detidos pelo nazismo ao adentrarem no campo de concentração de Auschwitz-Birkenau<sup>291</sup>, percebemos que a visão do trabalho como instrumento de reintegração social pode ensejar interpretações das mais diversas.

Devido a estes fatores ratifico a necessidade da análise criteriosa das políticas públicas de reintegração social implementadas no sistema carcerário deste país, debatendo modelos e projetos, seu desenvolvimento, bem como sua eficiência e efetividade, o que é o objetivo primordial do presente trabalho, pretendendo mais o levantamento das questões e eventuais caminhos para chegar a soluções, do que propriamente respostas às indagações, mas com a convicção de que a educação pode ser o melhor caminho, enquanto o trabalho visa mais a

---

<sup>291</sup> Disponível em <http://noticias.terra.com.br/mundo/noticias/0,,OI4164901-EI8142,00-Frase+metalica+O+trabalho+liberta+de+Auschwitz+e+roubada.html> acesso em 21-07-2011.

questão econômica para a subsistência, eventuais ressarcimentos ao Estado, à vítima e auxílio para a família do apenado e a ocupação do tempo presente, a educação além de poder atingir e ajudar na obtenção destes mesmos objetivos, ainda tem o condão de preparar o terreno para o futuro.

Estando certos da complexidade da temática proposta, com esta pesquisa pretendemos traçar um mero esboço para discussão e reflexão, destacando as contradições presentes quando se levantam questionamentos sobre o desenvolvimento das políticas de execução penal no Brasil, sobretudo, quanto aos programas e projetos implementados no âmbito da educação para reclusos.

#### **5.4.1 Educação - instrumento de ressocialização na Execução penal**

A Conferência Mundial sobre Educação, realizada em Jomtien, na Tailândia, em 1990, definiu como conteúdos da educação: os *conhecimentos*<sup>292</sup>, as *habilidades*<sup>293</sup>, os *valores*<sup>294</sup> e as *atitudes*.

O Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, em sua resolução 1990/20, de 24 de maio de 1990, recomendou, entre outras coisas, que

[...] todos os reclusos deviam gozar de acesso à educação, com inclusão de programas de alfabetização, educação básica, formação profissional, atividades recreativas, religiosas e culturais, educação física e desporto, educação social, ensino superior de serviços de bibliotecas<sup>295</sup>.

Alguns países da Europa publicaram disposições legislativas, como Noruega (1993) e Suécia (1992), especificando essa finalidade da educação, precipuamente em espaços de privação de liberdade, já como exercício preparatório para reinserção na sociedade, exigindo que nas prisões se desenvolvam atividades tanto educacionais quanto culturais e que dêem à educação a mesma importância que ao trabalho.

---

<sup>292</sup> Apresentam variações de acordo com cada época e cada cultura; necessário para o auto-conhecimento, do mundo do qual fazemos parte, além de possibilitar a nossa participação na vida produtiva, nas decisões coletivas, além de possibilitar que continuemos aprendendo.

<sup>293</sup> Devem ser compreendidas como requisitos básicos para se viver e trabalhar em uma sociedade.

<sup>294</sup> Normas, princípios ou padrões sociais aceitos ou mantidos por indivíduo, classe, sociedade *etc.*

<sup>295</sup> ONU e UNESCO, 1994, p. 1.

Portanto, não é de hoje, que a educação pode ser reconhecida como um dos principais mecanismos de promoção da adaptação e interação social e a aquisição de saberes que possibilitem aos encarcerados garantir um futuro melhor quando recuperar a liberdade. Esse posicionamento talvez seja compartilhado pelos reclusos que entendem que o aprisionamento tem uma função que transcende a punição, a segregação e a coação e que, portanto, dispõe-se a aceitar voluntariamente e concordam com o caráter correcionalista da privação de liberdade, principalmente as atividades laborais e educativas e as informações sobre oportunidades de emprego.

Havendo, também a se destacar, que há opiniões contrárias, que rechaçam a educação como parte de um sistema impositivo e castrador, que poderia servir como instrumento de alienação e manutenção de *satus quo*. Sem nenhuma dúvida, por outro lado, é possível ainda que muitos apenados participem inicialmente das atividades educativas por razões alheias à educação; por exemplo: sair das suas celas, estar com amigos ou evitar o trabalho, deve se tratar a questão com muito cuidado, para não transformar a educação como mero objeto de aceleração da liberdade, somente para aliviar a superlotação carcerária, quando se prestará ao benefício da remição, com o que concordamos, porém, aliada a avaliação do mérito e cumprimento de metas em relação aos cursos frequentados pelos encarcerados.

O desenvolvimento de atividades educativas e de cunho cultural em presídios pode ensinar, em especial, três objetivos diretos que tem reflexo nas diversas opiniões sobre a utilidade do sistema de justiça penal:

- Possibilitar que os apenados se mantenham ocupados de forma útil;
- melhorar a qualidade de vida na prisão; e
- conseguir um resultado proveitoso, tais como ofícios, conhecimentos, compreensão, condutas sociais, que persistam no pós-prisão e possibilitem ao recluso acessar um emprego ou capacitação superior, que, ademais, promova modificações de valores, pautando-se em princípios éticos e morais.

Não tenhamos a ingenuidade de definir essa educação como tábua de salvação a reduzir o nível da reincidência. Já os demais objetivos formam parte de um objetivo mais amplo do que a reintegração social e o desenvolvimento do potencial humano, a chamada transformação do indivíduo sociológico.

Partindo do pressuposto que o cárcere tem como objetivo central a ressocialização do recluso, deverá ganhar estrutura no sentido de possibilitar, a todo custo, a garantia dos direitos fundamentais do apenado (integridade física, psicológica e moral), viabilizando a sua permanência de forma digna e capacitando-o para o convívio social e para o seu desenvolvimento pessoal e social.

A educação deve ser entendida como o maior se não o único instrumento eficiente para operar a transformação no potencial das pessoas em competências, capacidades e habilidades – o mais (saúde, alimentação, integridade física, psicológica e moral) é condição para a efetividade da ação educativa – e educar enquanto ato de criar espaços para que o aprendiz, situado organicamente no mundo, desenvolva a construção do seu ser em termos individuais e sociais, o espaço carcerário (de privação de liberdade), com todas as suas particularidades, deve ser entendido como um espaço educativo, ambiente socioeducativo.

Assim, aqueles que são atores dessas instituições (dirigentes, técnicos e operacionais) serão educadores (ou socioeducadores) e devem (ou deveriam), seja qual for sua função, receber orientação nesse sentido. Todos os recursos e esforços devem convergir, com objetividade e celeridade, para o trabalho educativo. Isto é, todos os estabelecimentos prisionais necessitam de políticas públicas que oriente as ações, defina os recursos e viabilize uma atuação consciente e coerente com o plano individual de trabalho do recluso<sup>296</sup>.

As ações educativas devem exercer uma influência edificante na vida do interno, criando condições para que molde sua identidade, conforme Hall, como sujeito sociológico – que se forma através da interação do interno com o externo e desse diálogo é que surge a identidade do indivíduo<sup>297</sup> - para, que assim, possa buscar, principalmente, compreender-se e aceitar-se como indivíduo social; e desenvolver sua proposta de vida, definindo os caminhos para a sua vida no grupo social. Assim como devem existir educação escolar e a educação profissional dentro do espaço carcerário como política de execução penal, hoje, também defendemos que deve existir uma proposta político-pedagógica orientada na socioeducação, objetivando a preparação do recluso para o convívio social.

---

<sup>296</sup> A Lei de Execução Penal objetivando à “individualização da pena” prevê que a Comissão Técnica de Classificação deve apresentar propostas de “Plano de Atendimento Individualizado” aos internos, levando-se em consideração a pessoa humana, suas limitações e especificidades.

<sup>297</sup> HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 5. ed. Rio de Janeiro: DP & A, 2001, p. 11.

Em obra editada pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos<sup>298</sup>, visando à área socioeducativa, encontramos a definição do termo “socioeducação” como “educação para socialização”; o caminho do desenvolvimento pessoal e social; ou seja, preparar o indivíduo para avaliar soluções e tomar decisões corretas calcadas em valores: aprender a ser e a conviver. Compreende que a educação deve garantir as seguintes competências: *pessoal* (relaciona-se com a capacidade de conhecer a si mesmo, compreender-se, aceitar-se, aprender a ser), *social* (capacidade de relacionar-se de forma harmoniosa e produtiva com outras pessoas, aprender a conviver), *produtiva* (aquisição de habilidades necessárias para se produzirem bens e serviços, aprender a fazer) e *cognitiva* (adquirir os conhecimentos necessários ao seu crescimento pessoal, social e profissional, assegurar a empregabilidade). Assim define Costa

A socioeducação deve ter como fundamento os princípios de liberdade e os ideais de solidariedade e, como fim, a formação plena do educando, a sua preparação para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, com base na letra e no espírito do Art. 2º da LDBEN: “a educação é direito de todos e dever da família e do Estado, terá como bases os princípios de liberdade e os ideais de solidariedade humana, e, como fim, a formação integral da pessoa do educando, a sua preparação para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”<sup>299</sup>.

A escola dirigida às crianças, jovens e adultos, inclusive em ambientes de privação de liberdade, deve ser compreendida como um lugar de encontro e socialização ao mundo livre em que o conhecimento é apenas um dos elementos para a sua constituição. Lecionava Paulo Freire que precisamos romper com a concepção tradicional e reducionista de escola, cujo objetivo central está na aquisição de conteúdos pragmáticos e muitas vezes descontextualizados do ambiente em que vivemos, principalmente do mundo moderno<sup>300</sup>.

Se a socialização é a primordial finalidade do sistema educativo, pode-se pensar que a *ressocialização* também o seja, no que diz respeito a uma política de execução penal?

Recorremos a Paulo Freire para pensar essa questão. Refletindo sobre as atribuições sociais do sistema educacional, esse autor desconstrói o que muitos teóricos funcionalistas defendem. Desenvolve a hipótese de que as funções sociais do sistema educacional não podem ser analisadas isoladas e adequadamente se partirmos das intenções declaradas e as

<sup>298</sup> COSTA, Antonio Carlos Gomes da. **Socioeducação: estrutura e funcionamento da comunidade educativa**. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2006.

<sup>299</sup> COSTA, Antonio Carlos Gomes da. **Socioeducação: estrutura e funcionamento da comunidade educativa**. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2006, p. 23.

<sup>300</sup> FREIRE, Paulo. **Educação para a libertação**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 92.

finalidades estabelecidas pelos agentes frontalmente relacionados na prática ou política educativa, porque, segundo ele, esse procedimento pode insurgir em três fontes de erros:

1. Mesmo dispondo de reduzido e superficial consenso sobre a determinação global das finalidades sociais da educação, diferenças importantes podem surgir no plano da interpretação operacional e utilização desses fins. Por isso, esta primeira fonte de erro decorre do fato de que observadores distintos podem estabelecer diversas e distintas finalidades para a educação segundo sua visão particular e comprometida;

2. A não-autonomia do sistema educacional para realizar os fins sociais globais, suas finalidades ficam comprometidas em função de crises e conflitos imprevistos por uma política mais ampla que o considera como um mero subsistema social;

3. considerando que, embora suponhamos que as duas primeiras anteriormente indicadas não se manifestem e, portanto, o sistema educacional possa cumprir suas funções sociais globais, partindo do princípio de que cada uma das funções reais do sistema educacional decorra das intenções explicitadas de cada ator a ele ligado, é diverso e fragmentado o poder real sobre o sistema, até mesmo “a forma da aula – independente dos conteúdos e dos objetivos da aprendizagem que a atravessam – preenche importantíssimas funções no processo de socialização escolar”<sup>301</sup>.

As hipóteses de Freire nos levam a perceber a complexidade para que determinemos a real finalidade da educação, pois um número infinito de vetores deve ser levado em consideração quando da sua abordagem. Sem dar respostas definitivas para o estudo da questão, em nenhum momento, descarta a importância da educação no processo de socialização do indivíduo.

Alinhados a esta lição de Paulo Freire, diversos pensadores, como Durkheim, Simmel e Gramsci, por exemplo, reconhecem, de certa forma, a existência de forças institucionais que convergem para a manutenção do *status quo*, seja por meio de relações de submissão/dominação, seja por relações de troca. Nesse contexto, a educação parece ter papel fundamental. Numa concepção contemporânea, extraída da obra de Mészáros, fica bastante claro que a educação formal “não é força ideologicamente *primária* que consolida o sistema do capital”, ela não é capaz de, por si só, fornecer uma alternativa emancipadora radical. Uma das funções principais da educação formal nas nossas sociedades é “produzir tanta

---

<sup>301</sup> FREIRE, Paulo. **A pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1991, p. 63.

conformidade ou ‘consenso’ quanto for capaz, a partir de dentro e por meio dos seus próprios limites institucionalizados e legalmente sancionados”<sup>302</sup>. (grifo no original).

A questão da educação como programa de reintegração social nas esferas de políticas públicas ligadas à execução penal é, ainda, um assunto muito nebuloso. Verifica-se que um número muito reduzido de debates são implementados nessa direção. Poucos são os estados que vêm reconhecendo a sua importância no contexto político da prática carcerária.

Felizmente, inicia-se no país, embora tarde, uma reavaliação do papel desempenhado pela educação como prática de ressocialização no programa político público de execução penal, em que se equipara o ensino ao trabalho, instituindo a *remição*<sup>303</sup> da pena também pelo estudo. Dois importantes Diplomas Legais entraram em vigor para fortalecer esse entendimento, são eles: Lei nº 12.245 de 24 de maio de 2010 e a Lei nº 12.433 de 29 de junho de 2011.

A primeira Lei (12.245/2010), visando incrementar o estudo formal no ambiente prisional, acrescentou o parágrafo 4º ao artigo 83 da LEP, dispondo que nos estabelecimentos penais, conforme a sua natureza, serão instaladas salas de aulas destinadas a cursos de ensino básico e profissionalizante. Em que pese ainda aguardar por sua efetividade e regulamentação, já havemos de reconhecer importante sinal de vontade política em relação à efetividade da educação como instrumento de reintegração social do recluso.

O segundo Diploma Legal (Lei nº 12.433/2011) trata da remição de pena pelo estudo, fato recente e que entendemos merecer destaque, motivo pelo qual abordaremos as alterações promovidas na Lei de Execução Penal em tópico específico.

Como disposto na Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, a matéria da remição aqui no Brasil é considerada como nova em nosso Direito:

132 – A remição é nova proposta ao sistema e tem, entre outros méritos, o de abreviar, pelo trabalho, parte do tempo da condenação. Três dias de trabalho

<sup>302</sup> MÉSZÁROS, István. **A educação para além do capital**. São Paulo: Boitempo, 2005, p.45.

<sup>303</sup> Segundo o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, remição é o *ato ou efeito de remir (se)*. *Remir seria indenizar, compensar, reparar e ou reabilitar-se e*, segundo o parecer do dr. Luiz Alfredo Paim (1995, p.189-190), etimologicamente, a palavra remir “corresponde ao substantivo remição, e é a forma sincopada do verbo redimir (a esse outro correspondem redenção e redentor). Vem do latim *redimire* (ou *redimere*) e tem o mesmo significado de resgatar de cativo, livrar de ônus. Toda essa formação etimológica tem no centro de sua semântica a ideia de libertação de cativo, de salvação, de resgate, de re aquisição de bem perdido”. Art. 126 da Lei 7.210/84: “o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena. A contagem do tempo para fim deste artigo será feita a razão de um dia de pena por três de trabalho”.

correspondem a um dia de resgate. O tempo remido será computado para a concessão do livramento condicional e do indulto, que, a exemplo da remição, constituem hipóteses práticas de sentença indeterminada como fenômeno que abranda os rigores da pré-fixação invariável, contrária aos objetivos da Política Criminal e da reversão pessoal do delinquente.

133 – O instituto da remição é consagrado pelo Código Penal Espanhol (artigo 100). Tem origem no Direito Penal Militar da Guerra Civil e foi estabelecido por decreto de 28 de maio de 1937 para os prisioneiros de guerra e os condenados por crimes especiais. Em 07 de outubro de 1938 foi criado um patronato central para tratar da “*redencion de penas por el trabajo*” e a partir de 14 de março de 1939 o benefício foi estendido aos crimes comuns. Após mais alguns avanços, a prática foi incorporada ao Código Penal com a Reforma de 1944. Outras ampliações ao funcionamento da remição verificaram-se em 1956 e 1963 (cf. Rodriguez Devesa, “*Derecho Penal Español*”, parte geral, Madrid, 1971, p. 763 e seguintes). (Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal 213 de 09.05.1983 – Parágrafos 132 e 133)

A matéria não é tão nova em outros países, principalmente no velho continente, em vários países, a remição não é só aplicada ao trabalho, como também já é reconhecidamente prevista à educação. Não só em países europeus como a Espanha, é admitida a remição pelo esforço intelectual no *Reglamento de los Servicios de Prisiones* (art. 62)<sup>304</sup>.

Saliente-se que há aspectos vantajosos e prejudiciais em cada um dos modelos. Enquanto nos moldes deterministas, em que o apenado trabalha e/ou estuda e automaticamente recebe a sua remição (independe de análise criminológica), qualquer interno, independente do crime cometido, bem como do seu comprometimento com o mundo do crime, utiliza-se de tais benefícios para diminuir o seu tempo de pena.

Já os modelos individualizados, em que o trabalho e a educação são um elemento da análise criminológica, o poder de decisão quanto ao benefício está nas mãos exclusivamente do juiz, que decidirá sobre a remição, considerando todos os fatores individuais apresentados pela equipe técnica da unidade. No primeiro modelo, exclui-se qualquer possibilidade de avaliação subjetiva. Já o segundo, embora mais amplo, está impregnado de subjetividade, podendo imperar, nesse caso, o poder discricionário.

Observa-se nos estabelecimentos prisionais, sobretudo em nosso país, que, onde se verificam ofertas regulares de ensino e também possuem vagas para trabalho, o maior interesse dos internos penitenciários está diretamente nas atividades laborativas, pois, além do ganho financeiro, oferecem a possibilidade do abatimento de parte da pena (pela remição), o

<sup>304</sup> “Art. 62. *La redención de la pena por el esfuerzo intelectual podrán obtenerla por los siguientes conceptos: 1º por cursar y aprobar las enseñanzas religiosas o culturales establecidas y organizadas por El centro directivo; 2º Por pertenecer a las agrupaciones artísticas, literarias o científicas de la prisión;*

*3º Por desempeñar destinos intelectuales;*

*4º Por la realización de producción original, artística, literaria o científica.”*

que agora, porém, tende a mudar, espera-se, com a alteração legislativa promovida pela Lei, n 12.433/2011, desde que as políticas públicas sejam direcionadas a buscar essa efetividade da educação como instrumento de ressocialização, iniciando-se pela aplicação da Lei n° 12.245/2010 que autoriza a construção de salas de aulas em presídios.

Conforme Julita Lemgruber, a formulação de ações educativas também não é garantia da presença dos internos, porque

[...] a escola, que teoricamente seria um veículo de mobilidade social, não surte os efeitos esperados. Currículos tradicionais, aliados a um quadro de professores que aparentemente não estão treinados para o desempenho de suas tarefas, jamais provocarão atitudes positivas por parte dos internos<sup>305</sup>.

#### 5.4.2 A Política educacional para encarcerados no Brasil

No Brasil, atividades educacionais nas unidades prisionais, não tem encontrado experiências consolidadas. Observa-se no Estado do Rio de Janeiro, que já há mais de quarenta anos, implementou convênio com a Secretaria de Estado de Educação para desenvolver ações educacionais regularmente nas suas Unidades Prisionais. Outros Estados possuem ações isoladas e muitas vezes não institucionalizadas. Estes projetos, no entanto, geralmente são de curta duração e com atendimento reduzido. Muitos não conseguem nem mesmo cumprir o que determina a Lei de Execução Penal, ou seja, o oferecimento do ensino de primeiro grau – atual ensino fundamental – para seus internos penitenciários.

O Estado brasileiro tem sido historicamente incompetente para prover educação e trabalho ao preso. Constroem-se unidades prisionais sem espaço para oficinas de trabalho. Constroem-se unidades prisionais sem escola. Existem escolas que não ensinam. A educação para o trabalho é absolutamente ignorada, quando existem recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) que podem ser utilizados para tal finalidade<sup>306</sup>.

As atividades educacionais regulares nos presídios vão ao encontro de dois objetivos tão destacados pela sociedade: coibir a ociosidade nos presídios, que, segundo alguns operadores da justiça e da execução penal, gera maior propensão à reincidência, e dar ao

<sup>305</sup> LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 87.

<sup>306</sup> LEMGRUBER, Julita. **Arquitetura Institucional do Sistema Único de Segurança Pública**. Acordo de Cooperação Técnica: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública, Federação das Indústrias do Rio de Janeiro, Serviço Social da Indústria e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Distrito Federal, 2004, p. 336.

condenado a oportunidade de, em futura liberdade, dispor de uma opção para o exercício de alguma atividade profissional, para a qual seja exigido um mínimo de escolarização. Assim, a opção por tirar uma grande massa da população carcerária que está na ociosidade, colocando-a em salas de aula, não constitui privilégio — como querem alguns —, mas proposta que atende aos interesses da própria sociedade.

Com o reconhecimento da relevância da educação para os apenados, iniciaram-se em 2005, através de incentivo dos Ministérios da Educação e da Justiça, propostas de articulação nacional para implementação do Programa Nacional de Educação para o Sistema Penitenciário, formulando as suas Diretrizes Nacionais. A referida proposta, apoiada pela UNESCO, culminou em 2006 com o I Seminário Nacional de Educação para o Sistema Penitenciário e, em 2007, com o II Seminário Nacional.

No cenário internacional, também tem se dado destaque ao tema educação para jovens e adultos privados de liberdade, nos últimos anos. No ano de 2006, teve lugar em Cartagena de Índias (Colômbia) o primeiro encontro de Redes Eurosocial. Nesse encontro, as propostas de intercâmbio foram acordadas de maneira consensual pelo conjunto dos participantes, com o objetivo de iniciar um processo reflexivo e estratégico de criação da Rede Latino-americana especializada no tema de Educação nas prisões<sup>307</sup>. O objetivo da rede, à luz do que vem sendo realizado sobre o tema em outras regiões do mundo, como na Europa, é investir no intercâmbio de experiências, bem como de consolidar práticas que institucionalizem uma política educativa para o sistema penitenciário da América Latina.

Em nosso país, a discussão avança, ao menos na seara teórica, haja vista as propostas elencadas no Programa Nacional de Direitos Humanos da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (PNDH 3), instituído pelo Decreto nº 7.037 de 21-12-2009, atualizado pelo Decreto nº 7.177 de 12-05-2010, que delinea ambições inerentes ao assunto aqui discutido, dentre outras implementações pretendidas relacionadas à defesa dos Direitos Humanos e da cidadania. Quanto ao nosso tema, especificamente, o PNDH 3, suscita como objetivo estratégico, a “reestruturação do sistema carcerário”, através de reformas na Lei de Execução Penal, notadamente a obrigatoriedade da instituição de ensino nos estabelecimentos penais e remição de pena pelo estudo. Ações programáticas estas que já encontraram respaldo na legislação, ao menos quanto à remição de pena pelo estudo e autorização de reformas das estruturas físicas dos presídios para atender a esse fim, conforme acima já aludido.

---

<sup>307</sup> Rede Latino Americana de Educação em Espaços de Privação de Liberdade – REDLECE ([www.redlece.org](http://www.redlece.org))

A capacitação profissional dos presidiários não alcançou o nível de preocupação e atenção por integrantes da administração do sistema penal. Verifica-se, que atualmente de forma tímida, inicia-se tal debate. Acredita-se que, através da qualificação profissional dos internos, se consiga inseri-los (ou reinseri-los) no mercado de trabalho. Nesse quadro de possibilidades, emergem questões que merecem nossa atenção, como por exemplo como se deve efetivar uma educação para os encarcerados não só em cumprimento de sentença, como também à espera de julgamento.

O pesquisador De Maeyer, em estudo sobre o tema, publicado no Brasil pela representação da UNESCO, nos traz explanação sobre se na prisão existe a perspectiva da educação ao longo da vida, enfatiza que a educação na prisão tem uma porção de justificativas e preocupações, dentre as quais, garantir um mínimo de ocupação para os internos, buscar garantir que a segurança e a calma estejam garantidas, “[...] oferecer mão de obra barata para o mercado de trabalho, quebrar o lado ruim da personalidade e construir um novo homem e uma nova mulher, apresentando atitudes e comportamentos religiosos, oferecer ferramentas para a vida externa, reeducar, reduzir a reincidência”<sup>308</sup>.

Este mesmo pesquisador, criticando e refletindo sobre tal indagação, recorre aos preceitos defendidos na Declaração de Hamburgo<sup>309</sup>, principalmente a de que “a educação é um direito de todos”, independente de idade, raça, sexo, credo ou religião, afirma que educar é promover um direito, não um privilégio; que não se resume a um treinamento prático; mas, sim, é destacar a dimensão social, profissional e cultural da cidadania<sup>310</sup>. Defende uma educação global, porque, segundo ele,

[...] recolhe pedaços dispersos da vida; dá significado ao passado; dá ferramenta para se formular um projeto individual ao organizar sessões educacionais sobre saúde, direitos e deveres, não-violência, autorrespeito, igualdade de gênero<sup>311</sup>.

<sup>308</sup> DE MAEYER, M. **Na prisão, existe a perspectiva da educação ao longo da vida?** Alfabetização e cidadania: revista de educação de jovens e adultos. Brasília: RAAAB, UNESCO, Governo Japonês, n. 19, jul-2006, p.17-38.

<sup>309</sup> Declaração extraída da V Confinteia – Conferência Internacional sobre Educação de Adultos (Hamburgo, 1997), assinada pelo Brasil.

<sup>310</sup> Cf. De Mayer: “a organização da educação na prisão reflete também as atitudes da opinião pública. Nos países em que o orçamento para a escola regular não é suficiente, fica difícil explicar por que a educação na prisão precisa de dinheiro público”. Embora a educação na prisão seja também um direito de todos, segundo ele, “entretanto isso não parece ser uma realidade dentro da comunidade internacional de educação, mesmo quando muitas iniciativas são tomadas nos níveis locais e internacionais”. Campanhas internacionais ou regionais geralmente dão pouca ou nenhuma atenção para esse problema que envolve dezenas de milhões de pessoas no mundo. DE MAEYER, Marc, op. cit., p. 19.

<sup>311</sup> DE MAYER, Marc. Idem. p. 35.

Chama-nos a atenção De Mayer para o fato de que “a organização da educação no cárcere tem reflexo também nas atitudes da opinião pública. Nos países em que o orçamento para a escola regular não é suficiente, fica difícil explicar por que a educação na prisão precisa de dinheiro público”. Embora a educação na prisão seja também um direito de todos, segundo ele, entretanto, isso não parece ser uma realidade dentro da comunidade internacional de educação, mesmo quando muitas iniciativas são tomadas nos níveis locais e internacionais. Campanhas internacionais ou regionais geralmente dão pouca ou nenhuma atenção para esse problema que envolve dezenas de milhões de pessoas no mundo<sup>312</sup>.

O que se espera da implementação, é que a educação não seja só formal ou informal, dirigida por professores e técnicos da área de educação, mas, sim, se constituirá de encontros, reuniões, debates, leituras, bem como deverá ser de responsabilidade dos agentes penitenciários, dos assistentes sociais, psicólogos, médicos e enfermeiros<sup>313</sup>, em suma, de todos os atores do sistema carcerário.

Visualizada de um ângulo mais amplo, devemos entender que “a educação na prisão não é apenas ensino, mesmo que devamos ter certeza de que a aprendizagem de conhecimentos básicos esteja assegurada. “[...] a educação deve ser, sobretudo: desconstrução/reconstrução de ações e comportamentos”<sup>314</sup>.

É importante destacar que, apesar de o aspecto educacional constar na LEP, os Códigos Penal e de Processo Penal, sintonizados com as medidas necessárias para a promoção dos direitos da pessoa humana, na realidade carcerária esses aspectos não são ainda plenamente aplicados. A educação, embora seja tema em todos os discursos políticos, nesse ambiente ocupa um papel secundário, como no resto dos investimentos públicos.

Além disso, nos artigos da LEP é possível identificar uma forte valorização do trabalho em detrimento ao direito à educação: veja-se que somente em 29 de junho de 2011, o artigo 126 da citada lei sofreu alteração, pois até então só era assegurada a remição de pena pelo trabalho, sem qualquer previsão legal, frise-se até então, para garantir à educação o mesmo benefício. Essa valorização do trabalho frente à educação, além de não incentivar a

---

<sup>312</sup> DE MAYER, Marc. *Ibidem*, p. 36.

<sup>313</sup> É importante que compreendamos o “espaço de privação de liberdade” como um ambiente socioeducador. Nesse sentido, todos os profissionais dos sistemas de privação de liberdade (sistema penitenciário e o socioeducativo) são socioeducadores. No mesmo sentido o PNDH-3 (Programa Nacional de Direitos Humanos da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, p. 163, Decretos nºs 7.037/2009 e 7.177/2010, disponível em: [www.sedh.gov.br](http://www.sedh.gov.br) acesso em 13-04.2011.

<sup>314</sup> DE MAYER, Marc. *Idem*. p. 22.

procura por escolarização, reforça a sua descaracterização como um direito, colocando a educação formal como um privilégio concedido aos detentos. Por outro lado, contraditoriamente, a ausência de remição pela educação também podia ser interpretada como reconhecimento da educação como direito, assim como a assistência médica, a jurídica, a psicológica e a social; portanto, não oferecida como moeda de troca para o interno, possibilitando-lhe a aceleração da sua liberdade. Nesse sentido, em outras palavras, o fato (da não-remição) não negava necessariamente o seu caráter de direito, já que também não existia e não existe remição para as demais assistências.

Um aspecto também que merece destaque é observar que na própria estrutura física do estabelecimento prisional, normalmente não estão dispostos espaços para o desenvolvimento de atividades educacionais. Enquanto por muito tempo se discutiu a necessidade de criação de espaços para atividades laborativas no cárcere, espaços para a educação, artes e esporte não são considerados artigos de primeira necessidade, são totalmente desconsiderados em uma política de execução penal, literalmente colocados em segundo plano, são verdadeiros “artigos de perfumaria”, esperamos com a edição da Lei nº 12.245/2010, esta situação seja alterada, repiso, ainda aguardamos.

A falta de diretrizes nacionais é um fator de evidente verificação, o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN/MJ – não tem investido na criação dessas diretrizes, por isso, a legislação em vigor para a política de execução penal acaba não encontrando campo adequado para a estruturação e o desenvolvimento das atividades educacionais no cárcere. Os recursos são prontamente liberados para construção de novas unidades para os sistemas penitenciários, inclusive para as unidades federais, sem sequer estabelecer critérios mínimos, pautando-se na Lei de Execução Penal, que definam a construção de unidades. Cada Estado constrói as suas unidades, muitas vezes sem princípios claros e definidos, contrariando geralmente a própria legislação, a qual, a princípio e em tese, deveria defender.

Há exigência pela Lei de Execução Penal, que os condenados se dediquem ao desempenho de atividades laborais, bem como que os presos tenham acesso garantido ao ensino fundamental. Mas, segundo dados do próprio Ministério da Justiça (2008), apenas 23,95% participam de alguma atividade laborativa e 17,3% estudam (efetivamente participam de atividades educacionais de alfabetização, ensino fundamental, médio e supletivo). São esses dados tão significativos que sugerem a reavaliação da atual cultura da prisão, ou seja, da proposta política de execução penal ora em vigor, pois demonstram um total descompasso

com o discurso predominante, que eleva a educação e o trabalho como importantes programas de reinserção social na política pública de execução penal.

Vale destacar ainda, que não é de se esperar, mormente diante dos níveis de implementação de políticas no setor, que o poder público ofereça vagas para todos aqueles que desejam estudar e trabalhar. Ao oposto, é comum, sobretudo quanto ao trabalho, ter um número muito superior de reclusos interessados, e poucas vagas disponíveis, principalmente quando remuneradas, transformando-se em importante moeda dentro do espaço carcerário. Por outro lado, quanto à educação, também não é muito diferente, em alguns Estados, dentre eles o Rio de Janeiro, evidencia-se o contrário, um número imenso de vagas ociosas nas escolas, demonstrando um total desinteresse por parte dos internos em estudar.

Tal fato deveria integrar o núcleo de discussão de especialistas e gestores na área de educação, não podendo se restringir aos setores técnicos de execução da pena, pois há evidências importantes para reflexão; dentre elas, destacam-se:

- quais os motivos que levam o apenado a (não) se interessar pela escola;
- qual a escola ideal para o sistema penitenciário; e
- qual o papel da educação na política de execução penal.

Em que pese as ações programáticas do PNDH-3, as diretrizes das Regras Mínimas das Nações Unidas (Regras de Tóquio), hoje ainda o Brasil, não possui uma diretriz nacional para a política de educação em espaço de privação de liberdade. Foram aprovadas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP – em 11/03/2009, as Diretrizes Nacionais para a Oferta de Educação nos estabelecimentos penais e tramita no Conselho Nacional de Educação uma proposta de documento nessa direção. Portanto, cada Estado apresenta uma proposta para a implementação das suas ações. Muitos sequer possuem uma política regulamentada para essas ações no cárcere, evidenciando-se, em várias unidades, projetos isolados, sem fundamentação específica quanto ao conteúdo teórico-metodológico, sem qualquer continuidade administrativa, beirando o total improvisado de espaço, gestão, material didático e atendimento profissional.

Ainda vale destacar, que assim como a educação do cárcere, a escola para a população não-encarcerada, também está em crise. Visitam nosso cotidiano as divulgações de crescentes números de reprovações e evasões, detectando-se diversos problemas como não atendimento aos interesses dos destinatários; não acompanhamento dos avanços tecnológicos e sociais;

profissionais desvalorizados e desmotivados, portanto também defasados quanto à atualização de conteúdo e métodos pedagógicos; jovens e adultos sem perspectivas sociais que não vêem a educação como fator de transformação como indivíduo.

Dentro desse contexto, em última análise, de nada adianta simplesmente repetir essa ideia de escola atualmente criticada e falida para o sistema penitenciário, sem levar em consideração todos os elementos que identificam e caracterizam a privação de liberdade, que, ainda, compreenda as reais necessidades do encarcerado e que esteja alinhada à política pedagógica de execução penal, principalmente a voltada para a garantia de direitos e de valorização à reinserção social.

A atual cultura da prisão somente alcançará mudanças se houver a instituição de uma política de educação específica para o sistema penitenciário, principalmente privilegiando as ações educacionais em uma proposta político-pedagógica de execução penal como programa de reinserção social, aliada a atividades laborais também com viés educativo de preparação para o mercado de trabalho e, ainda, com ênfase nos Direitos Humanos e demais aspectos que possibilitem interpretar e acima de tudo exercitar Cidadania.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos propusemos neste estudo a busca de um sentido real para a função e a aplicação das sanções penais. Partimos da pesquisa sobre as origens da punição, que ainda nos chegam controversas e que perpassaram por fases de desenvolvimento, muitas vezes, não obedecendo a uma cronologia correta, mas, ao contrário, repleta de contradições.

A pena, como construção humana em reação a fatos desagregadores do seio social, surgiu assim como uma vingança, a imposição de dor a quem fez sofrer a coletividade ou o grupo. Mas, ao mesmo tempo, surgiu com a ideia de segurança para a coletividade, como um recado a todos os integrantes do grupo, de que aquele comportamento não era tolerado e, por isso merecia punição. Dois lados de uma mesma moeda. Castigo e defesa.

Da vingança em nome de um “deus”, avança agora como retribuição pessoal, depois resgate do grupo, ao fim pagamento da dívida com o Estado, que então organiza coletivamente o justicamento.

Da pena capital, desterro, galés, humilhações, expiações corporais sempre em execuções públicas, toda uma história de horror que jamais pode ser esquecida, trilhamos assim um longo caminho para que, aquela segregação como tempo de espera para o suplício e a morte, ganhasse *status* de punição, e mais, galgasse o mais alto degrau e fosse coroada como a rainha das penas, a prisão passa assim, ao menos em grande parte do planeta, a ter seu lugar de destaque no controle dos atos desviantes para a manutenção do grupo social.

No início a retribuição do mal com o mal, ao depois, o pagamento de uma dívida com a sociedade, que usava dessa situação de desvio comportamental de um indivíduo para avisar aos demais, não cometa o deslize, pois existe um preço.

As luzes do século XVIII tentam clarear a situação nas prisões, Beccaria explica que o encarcerado continuava humano, que as penas severas não corrigiam, somente a certeza da punição poderia ser útil como prevenção. Os tempos de arbítrio dos soberanos não mais tinham lugar. O direito assumia o controle. O instrumento agora tinha nome, Direito Penal.

Aos poucos, a expiação pública foi cedendo lugar para a invisibilidade, conforme Foucault, o desviante comportamental, excluído da sociedade pagava o preço às escondidas, não via mais ninguém, mas era vigiado, controlado, forçado a se “normalizar” enquanto excluído.

As discussões doutrinárias também se sucederam para definir as ideologias mais adequadas a embasar os castigos preventivos para o indivíduo e para a coletividade. Na Europa se mesclaram soluções, as teorias tiveram conjugados seus princípios, mas o único consenso era de que o Direito Penal insistia em se fazer necessário, pois os homens permaneciam seres imperfeitos.

Caminhando mais na evolução da sociedade, continuamos a nos deparar com as contradições humanas, os aglomerados urbanos se agigantam, a cobrar do Estado-controle respostas para dirimir os conflitos originados nesta aproximação dos indivíduos, durante a corrida para a propriedade, o emprego, toda a *superestrutura*, de Marx, forçando mais a hierarquização de dominados e dominantes. Quanto mais próximos uns dos outros, mais aumenta a distância do entendimento. Sobram muros, obstáculos, ofendículos; passam a faltar masmorras e sobram futuros inquilinos.

O avanço econômico, a distribuição desigual de poder, e, nesse jogo de forças, o homem se divide. Seu tempo e seu espaço não mais lhe pertencem, a normalização tratou de disciplinar e, não só os desviantes pagam o preço para a sociedade, todos agora dividem os custos da onipresença do Estado. Em outra contradição, para garantir a liberdade, deixa-se vigiar, deixa-se punir; a perda da liberdade individual para o ganho da estabilidade social. Esse contrato que ninguém assina com o social, mas que o indivíduo, desde sua infância, é bem instruído sobre as consequências do não adimplemento de sua obrigação.

A prisão ganha mais força para o exercício do controle social, expandindo-se em todas as direções. A arquitetura panoptica redesenha as estruturas estatais a serviço do sistema penal. Mas, aquele humanitarismo que ganhava corpo, acaba ficando pelo caminho e a retribuição na figura repressiva voltou a dominar o cenário da execução penal.

A falácia do sistema penal como panaceia e profilaxia da sociedade não tardou em mostrar sua face. A privação de liberdade degenerou não só o encarcerado, mas o próprio tecido social. De onde advém a assertiva de que a pena de prisão está falida, uma vez que a sanção não consegue ter a força simbólica de resposta humanitária como retribuição que pretende, não alcança nenhum dos níveis de prevenção, muito menos a necessária reeducação do desviante e tampouco impedir a reincidência.

No intermédio do castigo e da prevenção, nos propusemos a estudar a ressocialização, dependendo do doutrinador com preferência para o termo reintegração social ou

ressociabilização, com a ideia de que além de imprimir um aviso de negação de direito a quem sonegou uma regra social, mais do que mandar um recado aos demais cidadãos para que não caiam na tentação do desvio, a sanção que o Direito disciplina ainda tem o escopo de “reciclar”, como verbo mais atual, o homem para seu retorno ao convívio social.

Em que pese o longo histórico das punições e dos delitos, a grande aventura de questionar ainda repercute na seara da execução penal, as respostas urgem que sejam retratos da realidade, não fugas intelectuais. Então, procuramos depreender o que vem a ser “mito”, para quem sabe, atingirmos o entendimento do motivo que leva grandes doutrinadores e pensadores do Direito a imputar tal “adjetivo” à ressociação. A reeducação de quem cumpre pena privativa de liberdade não pode prescindir desse caráter de readaptação do apenado para seu retorno ao mundo livre, não percebemos esta assertiva como a operação de um milagre, mas sim, de uma necessidade premente para afastar a exclusiva finalidade retributiva-punitiva da pena.

Destarte, de nada adianta combater as grandes aspirações humanas. Os mitos estão a nos dizer que essas aspirações são verdades da mente humana, e o homem deve conhecê-las e aprender a se deparar com elas. Os mitos não são a negação da realidade externa, mas a revelação de verdades internas e conflitantes da mente humana. O sujeito-interior que dialoga com o sujeito-sociológico, deve nessa dialética, ter sempre preservada sua autonomia.

O Direito Penal não pode ser transformado em instrumento de coação, nem é esta a proposta a ser advogada. A consciência individual deve sempre continuar livre, tanto para caminhar em direção ao bem como em direção ao mal. Vislumbra-se que o Direito resguarda mais do que premissas éticas, a ciência jurídica reverbera uma faceta política, que visa garantir as liberdades individuais, o que, de per si, não autorizaria o prolongamento da aplicação de uma sanção com finalidade pedagógica de recuperação do apenado.

O uso da força coativa para a reintegração social, é que parte de uma ideia equivocada, passível de se qualificar como um mito. Esta visão da reeducação estaria obnubilada e fora da realidade do mundo, representaria uma ilusão quando se sabe que não existe uma sociedade perfeita, onde a ausência de conflitos perdure.

Os movimentos de reforma foram e continuam sendo uma constante na seara da execução penal, procurando responder questionamentos, os pensadores desfilaram suas concepções de Kant a Roxin, visualizamos a ideia de pura retribuição, imperativo categórico,

portanto que se impõe sem meio termo, pela única razão da delinquência. Retribui-se o mal com o castigo.

Mas a Criminologia moderna nos afirma, que o direito punitivo tem sua razão de ser, com lastro na prevenção, o que se pretende é que não haja o ato desviante. Essa atenção preventiva que deve estar voltada tanto ao indivíduo, quanto à sociedade. Como símbolo negativo a ostentar uma intimidação aos potenciais delinquentes, e ainda, com viés positivo ao fortalecer a consciência jurídica dos cidadãos e a confiança no Direito.

Tentando aparar as contradições, nascem as teorias conciliadoras (mistas ou ecléticas), aglutinando aspectos das teorias absolutas e relativas, afirmando que a pena conserva seu aspecto moral de punição, mas agregada a uma função social que não se limita à prevenção, mas também evitar a reincidência e reintegrar socialmente o desviante.

Sem olvidar a corrente abolicionista, que propõe a eliminação do próprio sistema penal, que não encontraria mais espaço na sociedade por absoluta deslegitimação, enfocando que as vantagens da manutenção do controle punitivo através do Direito Penal seriam muito inferiores ao custo da limitação da liberdade.

Destes paradoxos, se pode depreender que mesmo diante do notório fracasso do sistema penal, a sua ineficiência em cumprir com o discurso punitivo, não se pode conceber a eliminação de todas as formas de coerção social. A ideia abolicionista deve servir como um projeto a ser, ao menos discutido, levando-se em conta suas inúmeras críticas, visando se alcançar novas formas de pacificação de conflitos e de responsabilização dos agentes desviantes, afastando o símbolo do castigo, mas mantendo a atribuição de defesa social, sem, no entanto, esquecer a prevalência dos direitos humanos, este o caminho para que o Direito Penal alcance sua ainda necessária justificação ou relegitimação.

Veja-se que com a crescente onda de violência que assola o espaço urbano, constantes movimentos de reflexão debatem sobre a verdadeira finalidade do sistema carcerário em pleno século XXI. Alguns, defendendo que elevadas penas tem ação preventiva, investem na reformulação da atual legislação, apostando na instituição de leis mais severas.

Outros, por seu turno, descrentes de que a severidade da sanção aplicada seja eficaz como prevenção e/ou reabilitação, debatem a necessidade da criação de meios e métodos alternativos ao simples encarceramento, fundamentados nas ideias de Beccaria que já no

século XVIII, defendia a proposta de que, o que inibe o crime não é o tamanho da pena, mas a certeza da punição, e de Bentham que preconizava que estas instituições devam ser meramente seguras e capazes de isolar os delinquentes tanto da sociedade quanto uns dos outros. Para estes pensadores, a criminalidade jamais foi resolvida com a repressão dura. A pena de reclusão estaria superada como forma de reeducação.

Esse paradigma de dimensões globais funda-se sob orientações de duas correntes, a primeira pautada, sobretudo, na política norte americana, difundida a partir do Estado de Nova York, denominada “tolerância zero”, com a ideia de que castigando mesmo os pequenos distúrbios cotidianos é que se faz recuar as grandes patologias criminais. A segunda, atenta para os problemas sociais que envolvem a delinquência, prega a justiça social, desvaloriza a pena de privação de liberdade, enfocando os mecanismos e métodos alternativos à prisão. Sustenta esta linha de pensamento, que o encarceramento é a última instância para o delinquente, sendo, portanto, só cabível nos casos em que o infrator signifique risco concreto à vida da comunidade.

A própria Criminologia não ficou imune às contradições, enquanto a Criminologia tradicional fundamenta-se no dilema da prioridade da segurança, paradigma estritamente coercitivo, a Criminologia crítica prioriza a individualização da execução da pena, ostenta a bandeira da segurança humanitária. Nesta perspectiva, a primeira orienta-se pelo interesse e bem-estar da sociedade e do sistema, enquanto a segunda pelo interesse e bem-estar da população carcerária, ou em outras palavras, do ser humano que permanece sujeito de direitos.

Numa análise mais acurada do momento histórico que o mundo atravessa, face o fomento de conflitos que vemos instaurado, percebe-se que o Estado vem optando claramente pela criminalização da miséria, e o encarceramento maciço reafirmando a opção pela prevalência do caráter retributivo, seletivo e estigmatizante do sistema penal, como complemento da generalização da insegurança salarial e social.

Observamos que se socializa entre os diversos países em todos os continentes, globalizando-se paralelamente à concepção econômica neoliberal da qual se traduz em termos de justiça, uma expansão de políticas e técnicas repressivas de controle social oriundas dos Estados Unidos, incorporando-se como panaceia e soluções mágicas para o grave problema da criminalidade. Na América Latina o tratamento policial e judiciário da pobreza é basicamente

antitético à consolidação de uma sociedade democrática, uma vez que significaria (r)estabelecer uma verdadeira ditadura sobre os pobres.

Falta o olhar de uma perspectiva reducionista, ou seja, que respeite o caráter fragmentário e de mínima intervenção do Direito Penal, e, ao contrário, o caminho escolhido acaba sendo o da expansão punitiva. Essa punição, fundamentou a construção do aparelho produtivo, e vê-se, agora, na chamada modernidade líquida, que o sistema prisional passa a representar uma alternativa ao emprego, uma maneira de utilizar ou neutralizar uma parcela considerável da população que não é necessária à produção e para a qual não há trabalho ao qual se reintegrar.

Esta visão distorcida de que aumentar o encarceramento redundaria em diminuição da criminalidade, não pode encontrar respaldo em nosso Sistema Constitucional, é necessário fomentar discussão, que desencadeie, a partir do teórico acadêmico para a práxis jurídica, a busca de soluções, desde a minimalização da intervenção penal, que vai ao encontro dos modernos modelos estipuladores de respostas penais alternativas ou substitutivas à pena privativa de liberdade.

Destacando que optar por um Direito penal mínimo, não significa prescindir do controle punitivo ainda necessário, mas reduzir sua aplicação em face de situações extremas que atentem contra o Estado Social de Direito, não banalizando a punição, extirpando esse caráter seletivo e estigmatizante e, ao mesmo tempo, humanizando a execução, procurando minorar o deletério ambiente carcerário de agruras notórias.

Instrumentos existem, buscamos colecioná-los no presente estudo, desde a base das formulações programáticas da Constituição Federal que elenca diversos princípios para garantir o respeito aos direitos fundamentais também aos reclusos, a discussão e aprovação das Regras de Tóquio, aprovadas através da Resolução 45/110 da Assembleia Geral das Nações Unidas que disciplinam o mínimo tratamento a ser dispensado à pessoa privada de liberdade.

Nosso avançado estatuto do recluso, que traduz importantes acepções a serem aplicadas aos encarcerados, as reformas do Código Penal e Processo Penal, em que pese estarem ocorrendo de forma pontual, tem, ao menos em parte, apresentado coerência com a posição assumida pelo país diante dos organismos internacionais, frise-se as Leis n.s 9.099/1995 (Juizado Especial Criminal), 9.714/1998 (penas alternativas), mais recentemente

as Leis n.s 12.245/2010 (instalação de salas de aulas em presídios) e 12.403/2011 (disciplina as medidas cautelares pessoais). Este último Diploma Legal, recém entrou em vigência e já promete uma revolução nos cárceres nacionais, pois a sua tônica é de que a liberdade é a regra, passando a prisão para um sinônimo de exceção.

Discorremos também relevantes alternativas como a privatização de estabelecimentos prisionais com a busca da parceria público-privada para o gerenciamento, não da execução da pena, mas dos locais destinados a esse fim, salientando que o Brasil já possui exemplos bastantes convincentes de que esse diálogo da sociedade com o cárcere é engrandecedor tanto aos apenados quanto à coletividade.

O direcionamento de oportunidades de trabalho, de estudo, de ambiente digno, salutar, a possibilidade de ganhos financeiros ao recluso, à sua família, à reparação dos danos para que a vítima seja também resgatada como sujeito de direito e não mais como objeto do processo. Enfim, a (re)integração do delinquente, em um ambiente que priorize a exclusão da reincidência e não a exclusão do encarcerado.

Nesse grande celeiro de mazelas sociais, surge uma luz a indicar uma saída, respeitando as opiniões contrárias, há que se implementar políticas públicas voltadas a fomentar as parcerias público-privadas, o Estado não conseguirá sozinho, solucionar esse intrincado problema, pois que, na realidade, o ônus é de toda a sociedade.

O trabalho já se mostrou sinônimo moderno e pós-moderno de dignidade humana. A atividade laboral para os apenados possibilitaria aprimoramento profissional, colaboraria com a sua subsistência econômica, além de propiciar a diminuição da pena e, principalmente, resgatar a sua dignidade como sujeito de direitos e integrante da sociedade que, mesmo diante do ato desviante, o acolhe de novo com uma oportunidade.

A educação também é poderoso instrumento para a reintegração social do recluso, o trabalho poderá garantir o presente para o encarcerado, mas a educação com certeza poderá transformá-lo como indivíduo social. Muito mais que os benefícios da instrução escolar, o preso pode vir a participar de um processo de modificação capaz de melhorar a sua visão de mundo, contribuindo para a formação de senso crítico, do entendimento sobre o valor da liberdade. A educação não só dignifica, transforma.

Ao iniciarmos nossa pesquisa, pensamos no trabalho nos cárceres como instrumento ressocializador, chegou-nos a soar a frase “o trabalho liberta” como uma justificativa do próprio sistema carcerário que até então havia escolhido este caminho para tentar a ressocialização do apenado. Esta frase soou forte, mas nos inquietou, quando nos deparamos com uma reportagem sobre a subtração de uma placa de bronze com estes mesmos dizeres (“o trabalho liberta”). Ao investigar descobrimos que tal placa estava instalada na Polônia, sobre o portão de entrada do campo de aprisionados dos mais conhecidos no mundo, era a frase que recepcionava os detidos pelo nazismo ao adentrarem no campo de concentração de Auschwitz-Birkenau. Percebemos que a visão do trabalho como instrumento de reintegração social pode ensejar interpretações das mais diversas.

A educação merece destaque. Mas, a atual cultura da prisão somente alcançará mudanças, se houver a instituição de uma política de educação específica para o sistema penitenciário, principalmente privilegiando as ações educacionais em uma proposta político-pedagógica de execução penal como programa de reinserção social, aliada a atividades laborais também com ênfase educativa de preparação para o mercado de trabalho e, ainda, com ênfase nos Direitos Humanos e demais aspectos que possibilitem interpretar e acima de tudo exercitar Cidadania.

Diante de tudo que foi explanado, urge sintetizar a reiteração da necessidade de se analisarem as políticas públicas de ressocialização implementadas no sistema penitenciário brasileiro, discutindo modelos e projetos, seu desenvolvimento, bem como sua eficiência e efetividade. Sem olvidar que só se concebe o esforço ressocializador como uma “faculdade” que se oferece ao delinquente para que, de forma espontânea, alude a si próprio a, no futuro, levar uma vida sem praticar crimes. Mas essa ação reintegradora necessita ser dialética, em respeito à autonomia de cada indivíduo encarcerado.

Destacando que esse entendimento configura o que se convencionou chamar de tratamento ressocializador mínimo. Afasta-se definitivamente o denominado objetivo ressocializador máximo, que constitui uma invasão indevida na liberdade do indivíduo, o qual, ainda preserva sua natureza de sujeito de direitos, e deve ter a liberdade de escolha de seus próprios conceitos, ideologias, sua escala de valores.

O objetivo primordial do presente trabalho foi o levantamento das questões e indicação de eventuais caminhos para a busca de soluções, do que propriamente respostas às

indagações, mas com a convicção de que a educação é a melhor alternativa, enquanto o trabalho visa à questão econômica para a subsistência, eventuais ressarcimentos ao Estado, à vítima e auxílio para a família do apenado e a ocupação do tempo presente, a educação além de poder atingir e ajudar na obtenção destes mesmos objetivos, ainda tem o condão de preparar o terreno para o futuro, seja em estabelecimentos penais sob gestão pública ou privatizada.

Ressocializar é preciso; ressocializar é possível, respeitando a individualidade do encarcerado, que permanece sujeito de direitos, e com vistas à defesa da própria sociedade, uma vez que os muros não isolarão para sempre os atores desviantes, mas, estes retornarão ao convívio na comunidade.

Não se vislumbra a possibilidade de implementação de programas de readaptação em todos os presídios brasileiros, que reconhecidamente vivem situação caótica, mas já temos notícias de importantes progressos nesse campo, vejam-se os Centros de Ressocialização no Estado de São Paulo e os exemplos de privatizações de estabelecimentos prisionais no Estado do Paraná, a demonstrar que com vontade política e fiscalização séria dos órgãos jurisdicionais competentes e acompanhamento do Ministério Público e Defensoria Pública, a situação carcerária pode e deve ser revertida, para, permitir salubridade aos reclusos e, ao menos, possibilitar existência digna aos reeducandos, preparando e preservando o indivíduo para o exercício de cidadania.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. 6ª reimpressão. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

\_\_\_\_\_. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

ATHAYDE, Celso; SOARES, Luiz Eduardo; MV Bill. **Cabeça de porco**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

AZEVEDO, Mônica Louise de. **Penas alternativas à prisão**. Os substitutos penais no sistema Penal Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2005.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA MUAKAD, Irene. **Prisão Albergue**, São Paulo: Atlas, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Título original “Dei delitti e delle pene” (1764). Tradução Torrieri Guimarães. 9. reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2009.

BECK, Ulrich. **A sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 1. ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BENTHAM, Jeremy. **O panóptico**. Tradução de Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

BERGALLI, Roberto. **Control social y sistema penal**. Barcelona: Bosch, 1996.

\_\_\_\_\_. **Controle social: suas origens conceituais e usos instrumentais**. In: Revista Brasileira de Ciência Criminais. n. 3, junho-setembro de 1993.

\_\_\_\_\_. **Readaptación social por médio de ejecución penal**. Madrid: Instituto de Criminologia, n.9, 1976.

BERNABÉ, José Luis Segovia. **Dossier sobre la contrarreforma penal – vuelta a las cavernas penales**. In: Revista Panoptico, nueva época. n. 6, 2º semestre de 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, parte geral. V. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Criminologia crítica e o mito da função ressocializadora da pena.** In BITTAR, Walter. *A criminologia do século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris & IBCCRIM, 2007.

\_\_\_\_\_. **Novas Penas Alternativas.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 6. reimp. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico.** 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BREITMAN, Miriam. I. Rodrigues. **Mulheres, crimes e prisão: o significado da ação pedagógica em uma instituição carcerária feminina.** Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Educação, 1989 (Dissertação de Mestrado).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Canotilho e a constituição dirigente.** Org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAPELLER, Wanda. **O direito pelo avesso: análise do conceito de ressocialização.** In: *Temas IMESC, Soc. Dir. Saúde.* v.2, nº 2. São Paulo: IMESC, 1985.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal.** v. 1, parte geral. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARRARA, Francesco. **Programa de direito criminal.** Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. Campinas/SP: LZN, 2002, p.48, v. 1.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Pena e garantias.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **O (novo) papel dos criminólogos na execução penal. As alterações estabelecidas pela lei n. 10.792/2003.** In: Carvalho, Salo de. (org.) *Crítica à execução penal.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação.** Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **O que é ideologia.** 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2002.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COHEN, Stanley. **Un escenario para el sistema penitenciario futuro**. In: Nuevo Pensamiento Penal, Revista: Derecho y Ciencias Penales. Año 4, pp.413-435. Buenos Aires: BIJUN, 1975.

COSTA, Antonio Carlos Gomes da. **Socioeducação: estrutura e funcionamento da comunidade educativa**. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2006.

COSTA, Fernando Braga da. **Homens invisíveis: relatos de uma humilhação social**. 2ª reimpressão. São Paulo: Globo, 2004.

COULON, Alain. **Etnometodologia**. Tradução de Ephraim Ferreira Alves. Petropolis: Vozes, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 2002.

DE MAEYER, M. **Na prisão, existe a perspectiva da educação ao longo da vida?** Alfabetização e cidadania: Revista de Educação de Jovens e Adultos. n. 19, jul-2006. Brasília: RAAAB, UNESCO, Governo Japonês, Ministério da justiça e Ministério da Educação, 2006.

DEMO, Pedro. **Charme da exclusão social**. 2. ed. ver. Campinas: Autores Associados, 2002.

DOSTOIÉVSKI, Fiodor. **Recordações da casa dos mortos**. Tradução José Geraldo Vieira. No original “Zapiski iz mertvogo doma”. São Paulo: Martin Claret, 2006.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2ª Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. **Conceitos e distorções da Lei 9.099/95**: temas de direito e processo penal, em: Juizados Especiais Criminais: interpretação e crítica, 1997.

DURKHEIM, Émile. **Sociologia e filosofia**. Tradução Fernando Dias Andrade. No original “Sociologie et philosophie”. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação**. São Paulo: Paulus, 1995.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_. **Derechos y garantías. La ley del más débil.** Madrid: Trotta; 2004.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime.** Tradução Paolo Capitanio. 3. ed. Sorocaba/SP: Editora Minelli, 2009.

FEUERBACH, Anselm Von Ritter. **Tratado de derecho penal.** Tradução Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1998.

FOLEY, Conor. **Protegendo os brasileiros contra a tortura: Um Manual para Juízes, Promotores, Defensores Públicos e Advogados /** Conor Foley; tradução Tatiana Dizenzo, Rita Lamy Freund – Brasília: International Bar Association's Human Rights Institute (IBAHRI) / Ministério das Relações Exteriores Britânico e Embaixada Britânica no Brasil, 2011.

FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil. **A função da pena na visão de Claus Roxin.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** Organização e tradução Roberto Machado. 23. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão.** Tradução de Raquel Ramallete. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

FRADE, Laura. **Quem mandamos para a prisão? Visões do parlamento brasileiro sobre a criminalidade.** Brasília: Líber Livro, 2008.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito penal.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência,** 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

\_\_\_\_\_. **Educação para a libertação.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

\_\_\_\_\_. **Pedagogia do oprimido.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

GARCÍA-PABLO DE MOLINAS, Antonio. **Tendencias del actual Derecho penal.** In: Actas y Congresos, Congreso Internacional Facultad de Derecho de la Uned, Madrid, 2001.

\_\_\_\_\_. **La supuesta funcion resocializadora del Derecho penal: utopia, mito y eufemismo.** In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t.32, fac.13, setembro-dezembro de 1979.

\_\_\_\_\_. GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: parte geral.** V. 2. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia.** 5ª Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

GARCIA VALDÉS, Carlos. **Prólogo**, Em **Historia de la Prisión em España**, de Roldán Barbero, Horacio. Barcelona: Publicação do Instituto de Criminologia de Barcelona, 1988. Pp. 15-16, *apud* GIACOIA, Gilberto. Op. cit. 2011, pp.35-36.

GARLAND, David. **A cultura do controle**. 1ª Ed. Coleção Pensamento Criminológico, nº 16. Rio de Janeiro: Revan e ICC, 2008.

\_\_\_\_\_. **As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico**. Revista de Sociologia e Política. Curitiba, 13, p.59-80, Nov. 1999.

GIACOIA, Gilberto. **Historico hispano-luso-brasileño y perpectivas criminológicas de La reacción penal**. Tese de Pós-Doutorado defendida no Departamento de Direito Penal e Ciências Penais. Barcelona: “Universitat de Barcelona”, 2011.

\_\_\_\_\_. **O poder disciplinar e a lei: um exemplo e uma interpretação**. In: Argumenta Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI / Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. N. 6 – Jacarezinho, 2006.

GOFFMAN, Erving. **Estigma – notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Tradução Mathias Lambert. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988, reimpressão em 2004.

\_\_\_\_\_. **Internados**. Buenos Aires: Amorrortu, 1961.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no Direito Penal**. Série as ciências criminais no século XXI. V. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminologia: introdução e seus fundamentos teóricos**: introdução à bases criminológicas da Lei n. 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRACIA MARTÍN. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal**, Tradução de Erika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Editora Safe, 2005.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 5. ed. Rio de Janeiro: DP & A, 2001.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal libertário**. Tradução de Regina Greve; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HULSMAN, Louk. Alternativas à justiça criminal. In: PASSETTI, Edson (Coordenador). **Curso livre de abolicionismo penal**. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. V. 1, Tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução João Vasconcelos. No original “Der Kampf ums Recht”. São Paulo: Martin Claret, 2009.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal: fundamentos y de la teoria da imputación**. Tradução de Joaquim Cuello Contreras e José Serrano Gonzales Mourollo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

\_\_\_\_\_. **Sobre la teoria de la pena**. Tradução de Manuel Cancio Meliá. In: Cuadernos de Conferencias y artículos, n. 16, Universidad Externado de Colombia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Penas alternativas: anotações à Lei n. 9.714 de 25 de novembro de 1998**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da Pena**. Barueri - SP: Manole, 2004.

KAFKA, Franz. **O processo**. 3. ed. Tradução de Torrieri Guimarães. No original “Der Prozess”. São Paulo: Martin Claret, 2009.

KARAM, Maria Lúcia. **Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito**. Org. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_; PASSETTI, Edson; BATISTA, Nilo; et al. **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Direito penal constitucional e exclusão social**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

KUEHNE, Mauricio. **Lei de execução penal anotada**. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LARRAURI, Elena & CID, J. **Nuevas Tendencias en las penas alternativas**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 53, março-abril, 2005.

LEAL, César Barros. **O tratamento dos presos no Brasil e as regras mínimas da ONU**. In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; Ministério da Justiça. v. 1, n. 4, julho-dezembro de 1994.

LEAL, João José. **Obrigatoriedade do trabalho prisional: regime semi-aberto e trabalho externo em face da inexistência de colônia penal.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 46, janeiro-fevereiro de 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito penal geral.** São Paulo: Atlas, 1999.

LEMGRUBER, Julita. **Arquitetura Institucional do Sistema Único de Segurança Pública.** Acordo de Cooperação Técnica: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública, Federação das Indústrias do Rio de Janeiro, Serviço Social da Indústria e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Distrito Federal, 2004.

\_\_\_\_\_. **Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LIMA, Roberto Kant de; MISSE, Michel. **Ensaio de antropologia e de direito:** acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada. 2. tir. Coleção Conflitos, Direitos e Culturas. Coord. Roberto Kant de Lima e Michel Misse. Rio de Janeiro: 2009.

MACEDO, Natália. **Sistema penitenciário.** Relatório de pesquisa. São Paulo: Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes, 2011.

MAGALHÃES NORONHA, E. **Direito penal;** Parte geral, 33. ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 2003.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe.** 6. ed. 2. reimpr. Tradução de Pietro Nassetti. No original "Il Principe". São Paulo: Martin Claret, 2008.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTHEWS, Roger. **Pagando Tiempo.** Una introducción a la sociología del encarcelamiento. Tradução de Alejandro Piombo. Barcelona: Bellaterra, 2003.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica.** Tradução Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2010.

\_\_\_\_\_. **Control y dominación. teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico.** Tradução de: Ignacio Munagorri. México: Siglo XXI, 1988.

MÉSZÁROS, István. **A educação para além do capital.** São Paulo: Boitempo, 2005.

MIOTTO, Arminda Bergamini. **Temas penitenciários.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal em el estado social y democrático de derecho.** Barcelona: Ariel, 1999.

MIR PUIG, Santiago. **La función de la pena y teoría del delito em estado social y democrático de derecho.** Barcelona: Bosch, 1982.

MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de processo penal**, parte geral, 26. ed. São Paulo: Atlas, v.1, 2010.

\_\_\_\_\_. **Execução penal**. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORE, Thomaz. **A utopia**. 2 ed. Tradução de Maria Isabel Gonçalves Tomás. No original “De optimo publicae sattu deque nova insula utopia”. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MORRIS, Clarence (org.) **Os grandes filósofos do direito**. 1. ed. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MORRIS, Norval. **El futuro de las prisiones**. 6ª Ed. Cidade do México: Editora *Siglo XXI*. 1991.

MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Tradução Cintia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**. Tradução Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NEDER, Gizlene. **História & direito: jogos de encontros e transdisciplinaridade**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prática forense penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. **Leis penais e processuais comentadas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Marco Antonio de. **Criminalização: garantia da exclusão e manutenção da ordem**. Artigo apresentado no XIX Encontro Nacional do CONPEDI – Fortaleza/CE, jun-2010. pp. 1049-1060. Disponível em: < <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fotaleza/344.pdf>>. Acesso em: 21 de julho de 2011.

ORWELL, George. **A revolução dos bichos**. Tradução Heitor Aquino Ferreira. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de processo penal**. 14 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

PASSETTI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. In: PASSETTI, Edson (Coordenador). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PAVARINI, Massimo. **Controlling Social Panic: Questions and Answers about Security**. In: Italy at the End of the Millennium. In: Social Control and Political Order. European Perspectives at the End of the Century (BERGALLI, Roberto and SUMMER, Colin). London: SAGE Publications, XXXX.

PEÑARANDA RAMOS, Henrique; SUARÉS GONZÁLES, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Um novo sistema do direito penal**: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Barueri/SP: Manole, 2003.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. 1. ed. Tradução Evandro Ferreira da Silva. No original “Overcoming law”. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

REINER, Robert. **A política da polícia**. Tradução Jacy Cardia Ghirotti e Maria Cristina Pereira da Cunha Marques. No original “The politics of the police”. São Paulo: USP, 2004.

RÍPOLES, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais: teoria e prática**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. **La cuestión carcelária. Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciária**. Volumen II. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.

\_\_\_\_\_. **La cárcel y el Sistema Penal (en España y en Europa)**. In: Bergalli, Roberto. Sistema penal y problemas sociales. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.

\_\_\_\_\_. **La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría**. Barcelona: Bosch, 1997.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Penas e medidas alternativas**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito Penal. Curso completo. Parte Geral**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito**. São Paulo: IBCCrim, 1999.

\_\_\_\_\_. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

ROHDEN, Huberto. **O pensamento filosófico da antiguidade**. 1. reimpr. Tradução de Pietro Nissetti. Martin Claret, 2009.

ROSENTHAL, Sérgio. **A punibilidade e sua extinção pela reparação do dano**. São Paulo: Dialética, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jackes. **Do contrato social**. Tradução de Pietro Nassetti. No original “Du contrat Social”. São Paulo: Martin Claret, 2007.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução Luiz Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Sentido e limites da pena estatal**. Problemas fundamentais de direito penal. Coimbra: Universidade Coimbra, Editora Vega, 1986.

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. **Pena y estructura social**. Bogotá: Temis, 1984.

SÁ, Alvinho Augusto. **Os dilemas de prioridades e de paradigmas nas políticas de segurança dos cárceres na formação de agentes penitenciários**. In: BITTAR, Walter Barbosa (org.) *A criminologia no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris & IBCCRIM, 2007.

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

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O papel da criminologia na ciência penal contemporânea**. In: BITTAR, Walter. *A criminologia no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris & IBCCRIM, 2007.

SÊNECA, Lúcio Anneo. **Sobre brevidade da vida**. Tradução de Lúcia Sá Rebello, Ellen Itanajara Neves Vranas, Gabriel Nocchi Macedo. Porto Alegre: L&PM, 2010.

SHECAIRA, Sergio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Ivan Luís Marques da. **A reforma processual penal de 2008**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Jacira Jacinto da. **Criminalidade, educar ou punir**. Santos: CPDoc – Centro de Pesquisas e Documentação Espírita, 2007.

SILVA, José Geraldo da. **Teoria do crime**. Campinas: Millennium, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito**. 1. ed. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Crise(s) paradigmática(s) no direito e na dogmática jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais. A encruzilhada do direito penal e as possibilidades da justiça consensual**. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N 28 outubro-dezembro de 1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TELLEZ AGUILERA, Abel. *Nuevas penas y medidas alternativas a la prision*. Madrid: Edisofer S.L., 2005.

THOMPSON, Augusto. **O futuro da criminologia**. In: BITTAR, Walter. *A criminologia no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris & IBCCRIM, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. São Paulo, 2004.

\_\_\_\_\_. **Em busca das penas perdidas**: A perda da legitimação do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

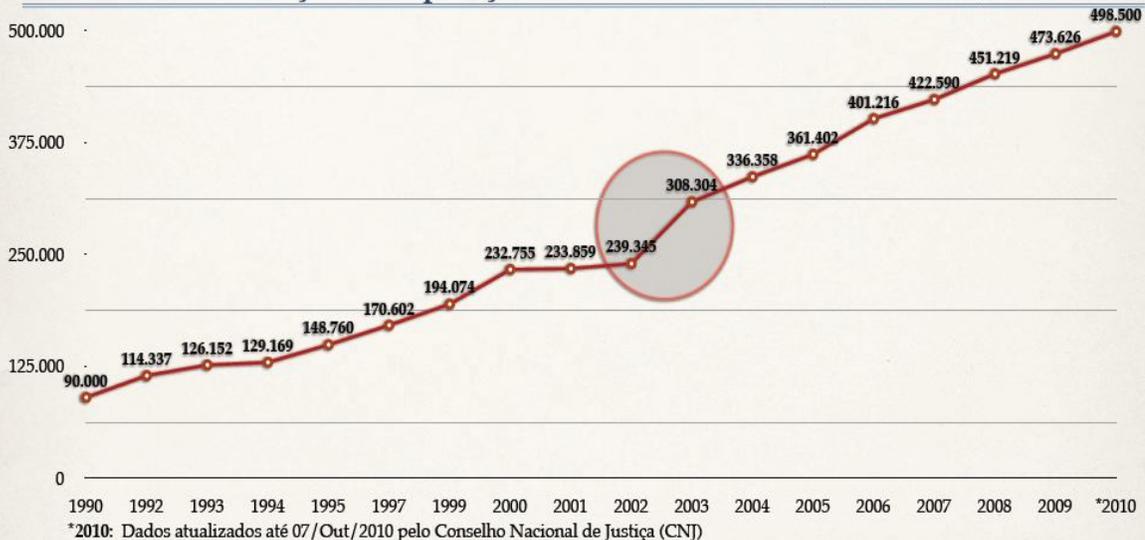
**APÊNDICE**

SISTEMA PENITENCIÁRIO

RELATÓRIO DO INSTITUTO DE PESQUISA E CULTURA LUIZ FLÁVIO GOMES

# Sistema Penitenciário Brasileiro

## Evolução da População Carcerária Brasileira (1990 - 2010)



FONTE: DADOS EXTRAÍDOS DO DEPEN (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO BRASILEIRO - MINISTÉRIO DA JUSTIÇA)

quarta-feira, 30 de março de 2011

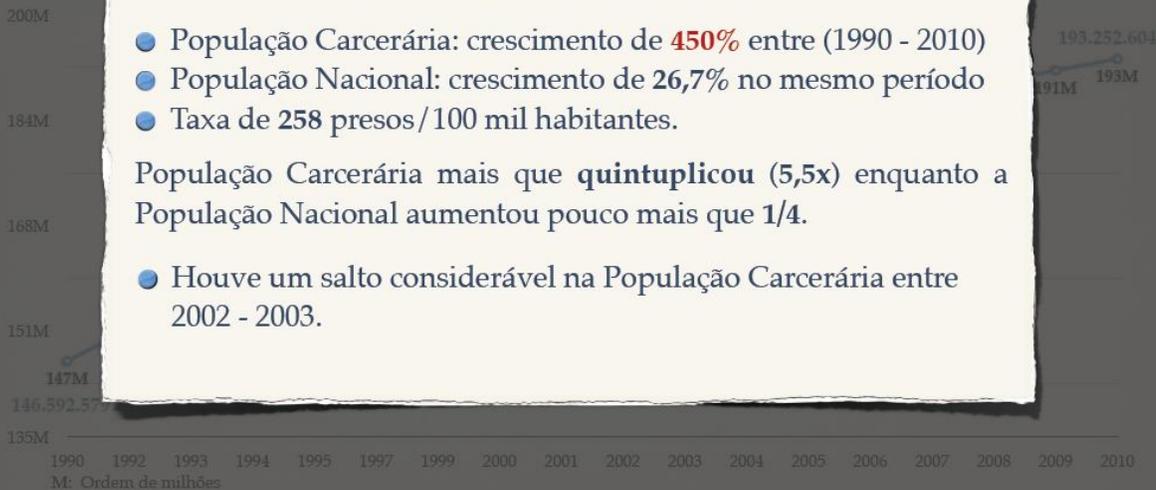
# Sistema Penitenciário Brasileiro

## FATOS IMPORTANTES

- População Carcerária: crescimento de **450%** entre (1990 - 2010)
- População Nacional: crescimento de **26,7%** no mesmo período
- Taxa de **258** presos/100 mil habitantes.

População Carcerária mais que **quintuplicou (5,5x)** enquanto a População Nacional aumentou pouco mais que **1/4**.

- Houve um salto considerável na População Carcerária entre 2002 - 2003.

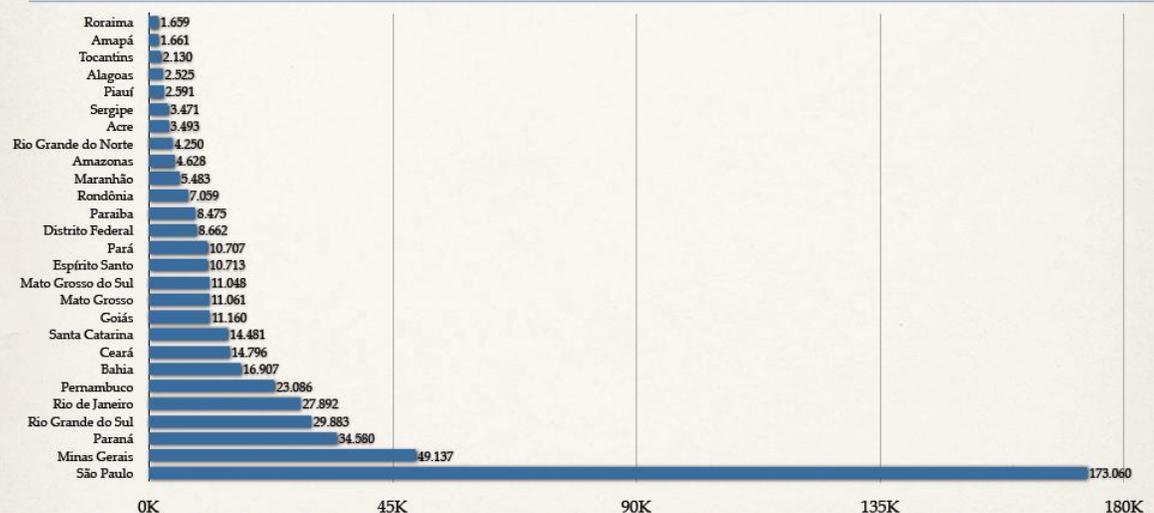


FONTE: DADOS EXTRAÍDOS DO IBGE (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA)

quarta-feira, 30 de março de 2011

# Sistema Penitenciário Brasileiro

## Análise da População Carcerária por Estado - Set/2010

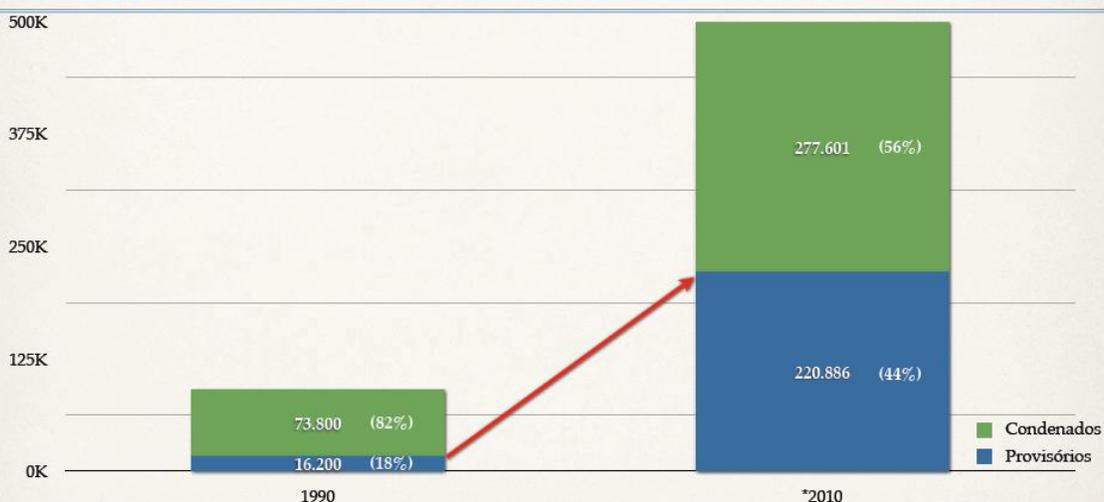


FONTE: DADOS EXTRAÍDOS DO DEPEN (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO BRASILEIRO - MINISTÉRIO DA JUSTIÇA)

quarta-feira, 30 de março de 2011

# Sistema Penitenciário Brasileiro

## Comparação de Crescimento: Presos Provisórios X Definitivos (1990 e 2010)



\*2010: Dados atualizados até 28/DEZ/2010 pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização (DMF) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

FONTE: DADOS EXTRAÍDOS DO DEPEN (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO BRASILEIRO - MINISTÉRIO DA JUSTIÇA)

13

quarta-feira, 30 de março de 2011

# Sistema Penitenciário Brasileiro

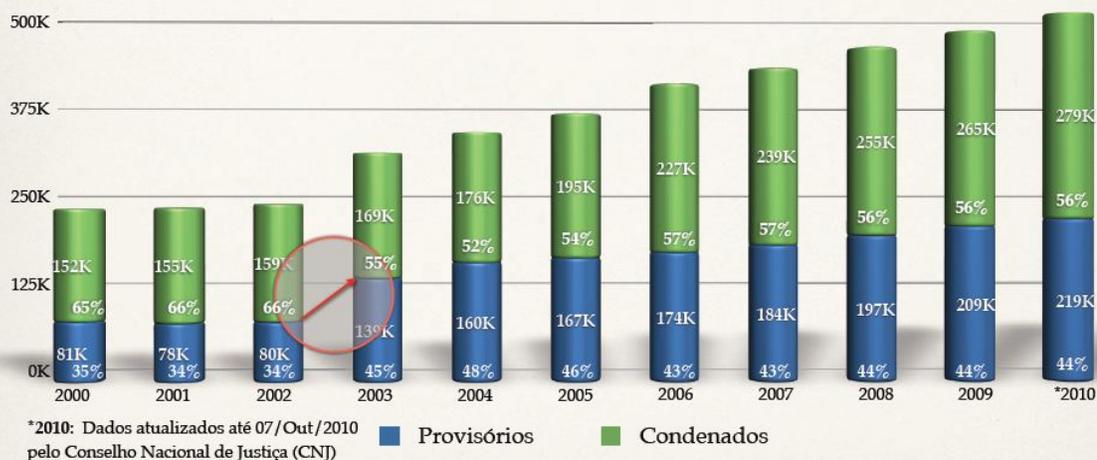
Comparação de Crescimento: Presos Provisórios X Definitivos (1990 e 2010)



quarta-feira, 30 de março de 2011

# Sistema Penitenciário Brasileiro

Evolução da População Carcerária (2000 - 2010)



quarta-feira, 30 de março de 2011

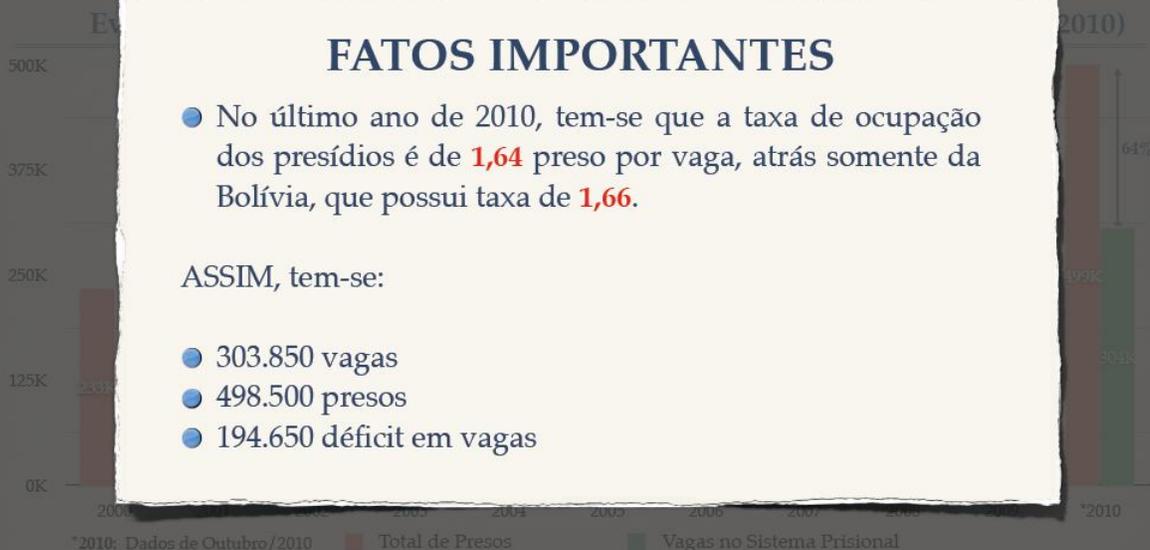
# Sistema Penitenciário Brasileiro

## FATOS IMPORTANTES

- No último ano de 2010, tem-se que a taxa de ocupação dos presídios é de **1,64** preso por vaga, atrás somente da Bolívia, que possui taxa de **1,66**.

ASSIM, tem-se:

- 303.850 vagas
- 498.500 presos
- 194.650 déficit em vagas



FONTE: DADOS EXTRAÍDOS DO DEPEN (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO BRASILEIRO - MINISTÉRIO DA JUSTIÇA)

quarta-feira, 30 de março de 2011

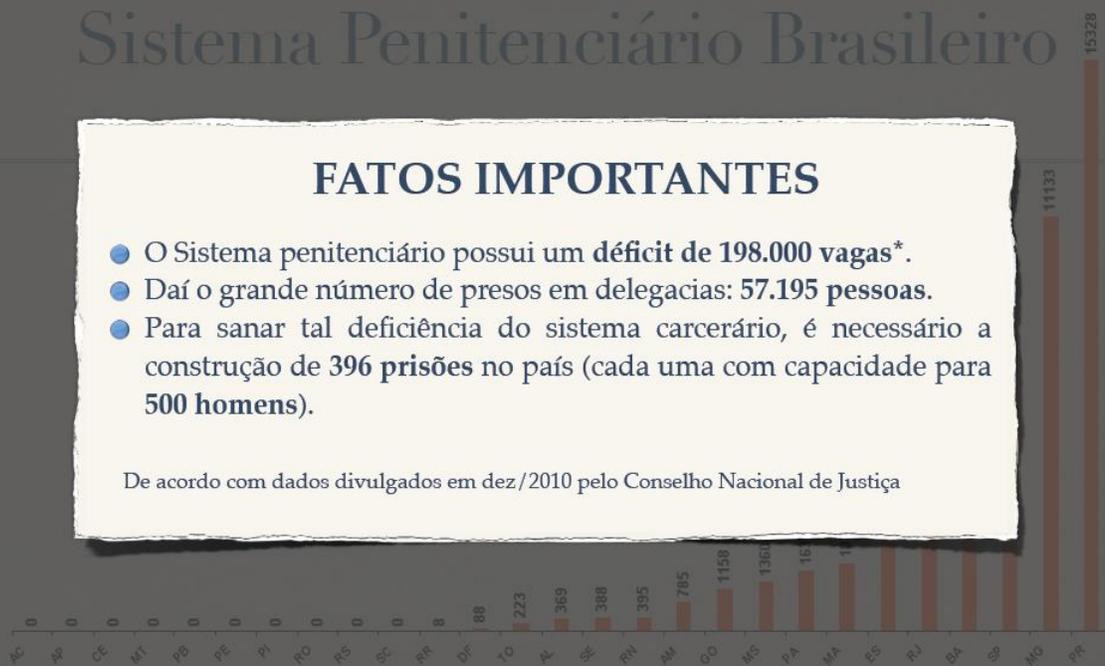
19

# Sistema Penitenciário Brasileiro

## FATOS IMPORTANTES

- O Sistema penitenciário possui um déficit de **198.000 vagas\***.
- Daí o grande número de presos em delegacias: **57.195 pessoas**.
- Para sanar tal deficiência do sistema carcerário, é necessário a construção de **396 prisões** no país (cada uma com capacidade para **500 homens**).

De acordo com dados divulgados em dez/2010 pelo Conselho Nacional de Justiça



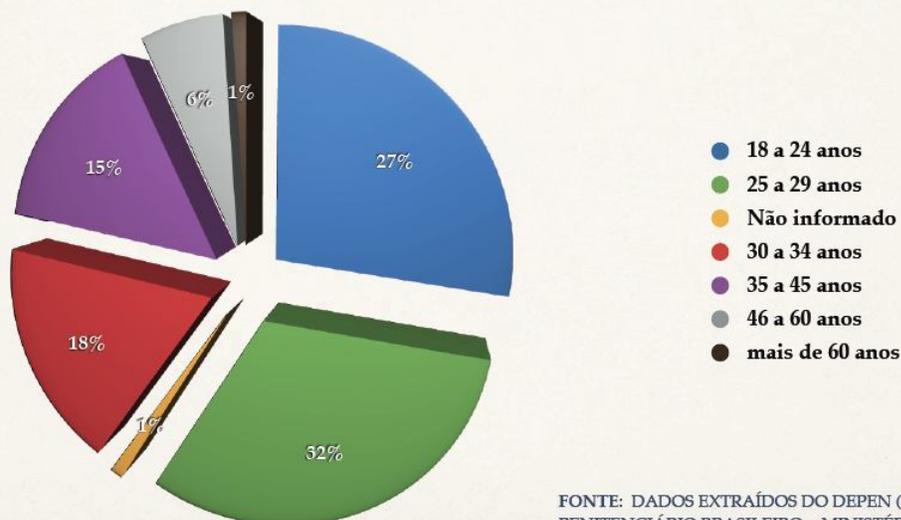
FONTE: DADOS EXTRAÍDOS DO DEPEN (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO BRASILEIRO - MINISTÉRIO DA JUSTIÇA SETEMBRO/2010)

quarta-feira, 30 de março de 2011

21

# Sistema Penitenciário Brasileiro

## Faixa Etária (2009)

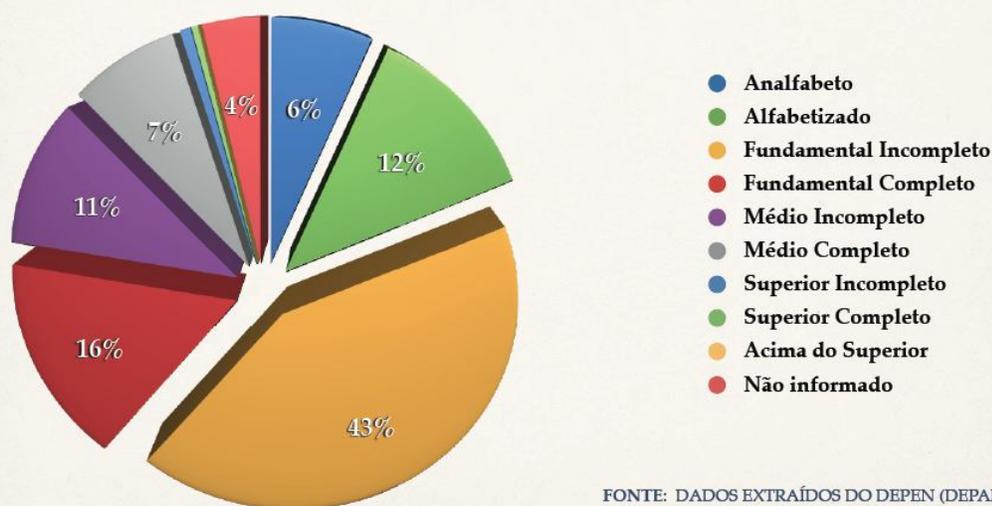


FONTE: DADOS EXTRAÍDOS DO DEPEN (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO BRASILEIRO - MINISTÉRIO DA JUSTIÇA)

quarta-feira, 30 de março de 2011

# Sistema Penitenciário Brasileiro

## Escolaridade (2009)

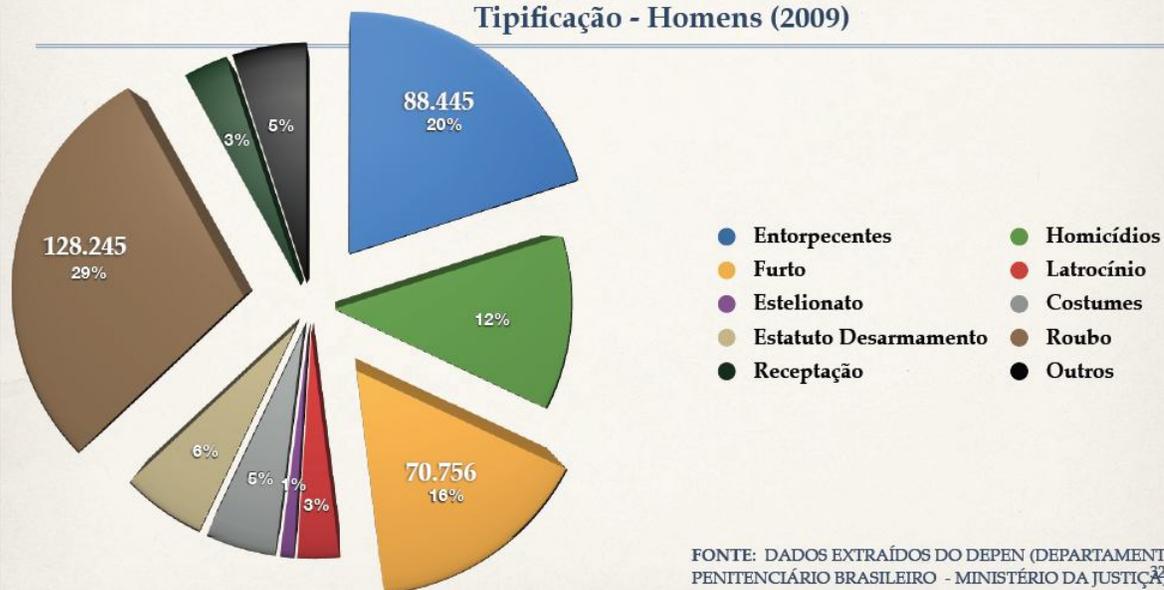


FONTE: DADOS EXTRAÍDOS DO DEPEN (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO BRASILEIRO - MINISTÉRIO DA JUSTIÇA)

quarta-feira, 30 de março de 2011

# Sistema Penitenciário Brasileiro

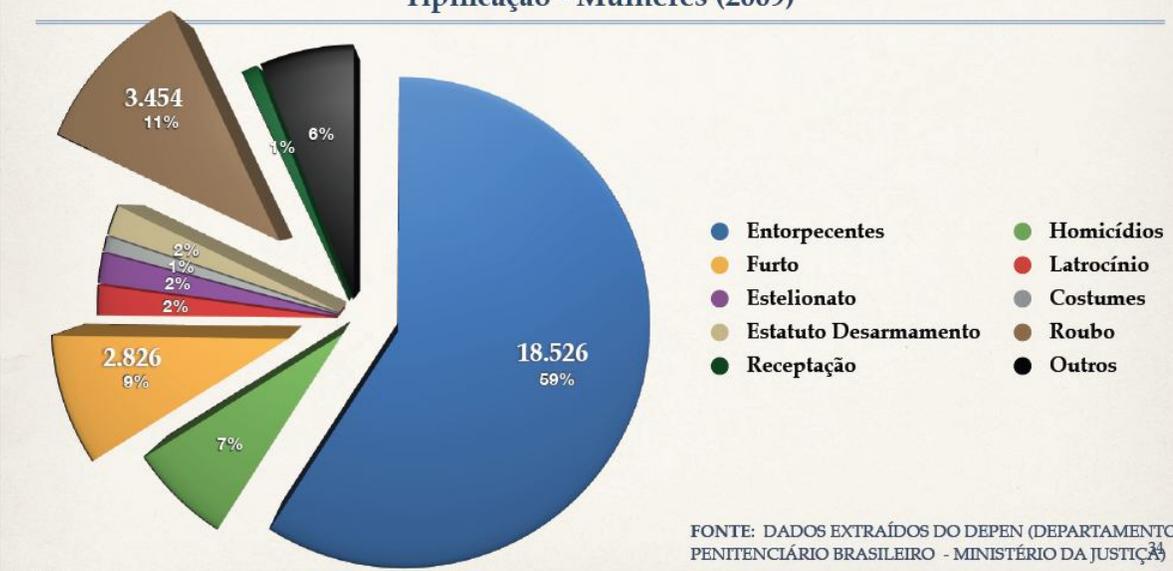
## Tipificação - Homens (2009)



quarta-feira, 30 de março de 2011

# Sistema Penitenciário Brasileiro

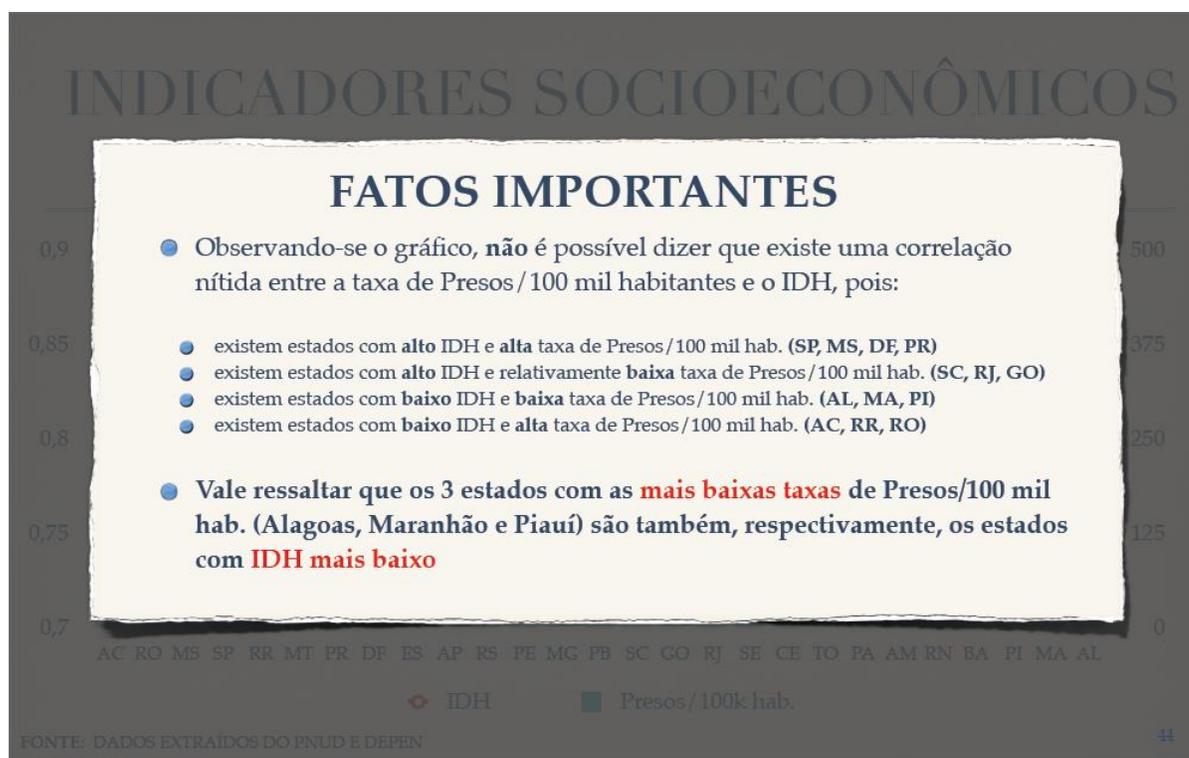
## Tipificação - Mulheres (2009)



quarta-feira, 30 de março de 2011



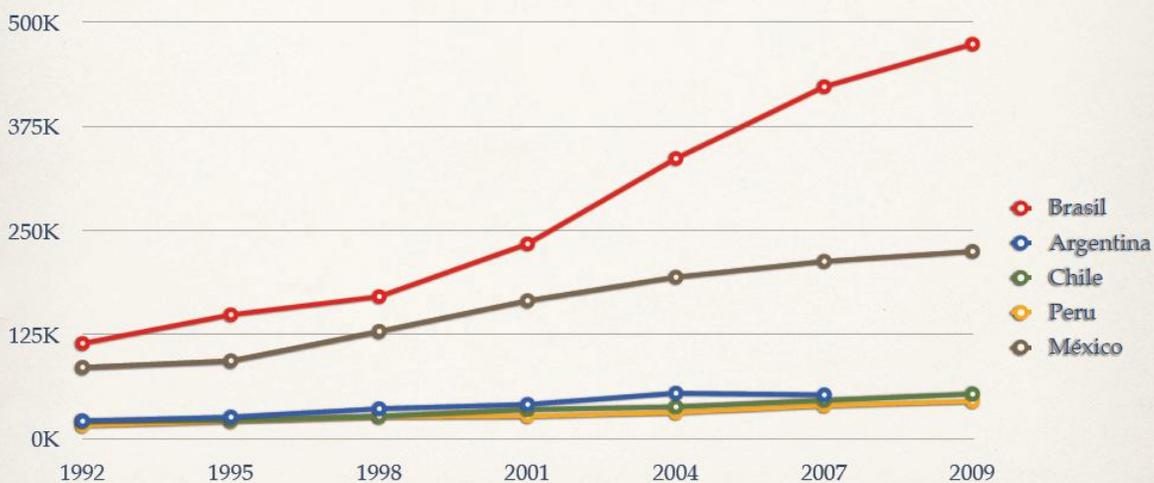
43



44

# Brasil x América Latina

Evolução da População Carcerária (1992 - 2009)



FONTE: DADOS EXTRAÍDOS DO KING'S COLLEGE LONDON - WORLD PRISON BRIEF

47

quarta-feira, 30 de março de 2011

## População Carcerária

	1992	1995	1998	2001	2004	2007	2009
Brasil	114.377	148.760	170.602	233.859	336.358	422.590	473.626
México	85.712	93.574	128.902	165.687	193.889	212.841	224.749
Argentina	21.016	25.852	35.808	41.007	54.472	52.457	*
Chile	20.989	22.023	26.871	34.717	38.064	45.843	53.410
Peru	15.718	20.899	26.059	26.968	31.311	39.684	44.882

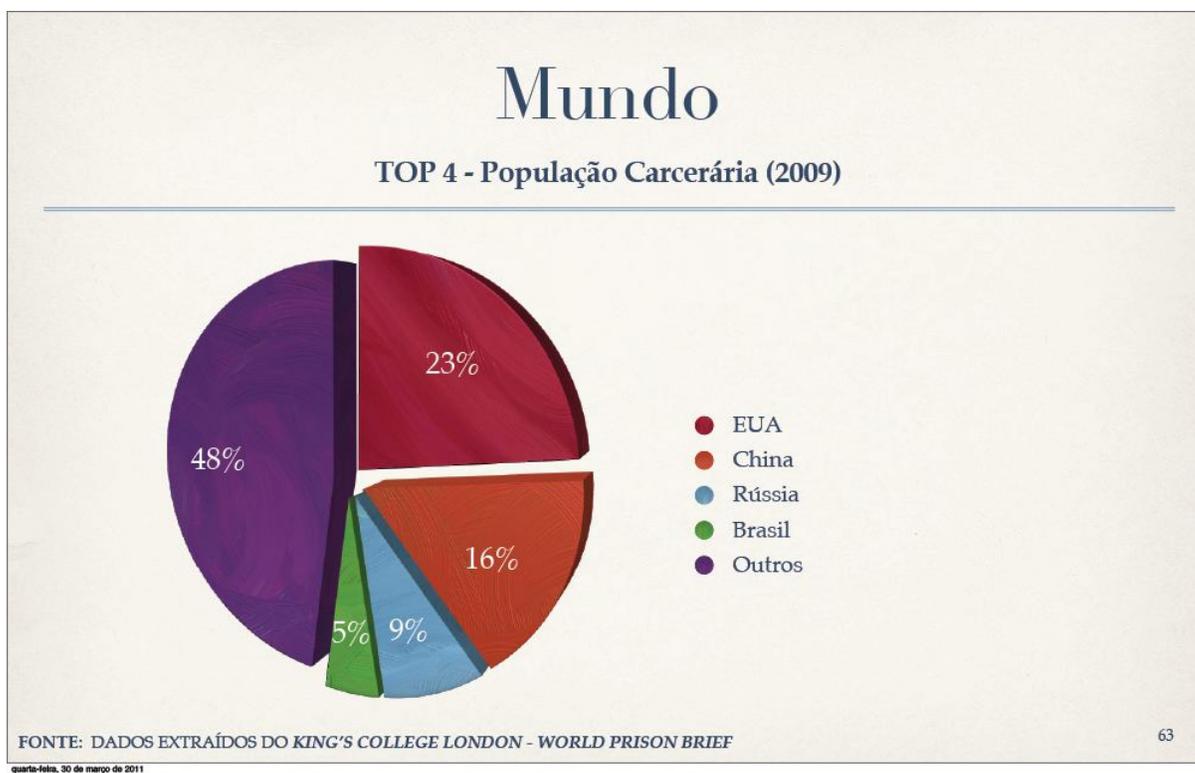
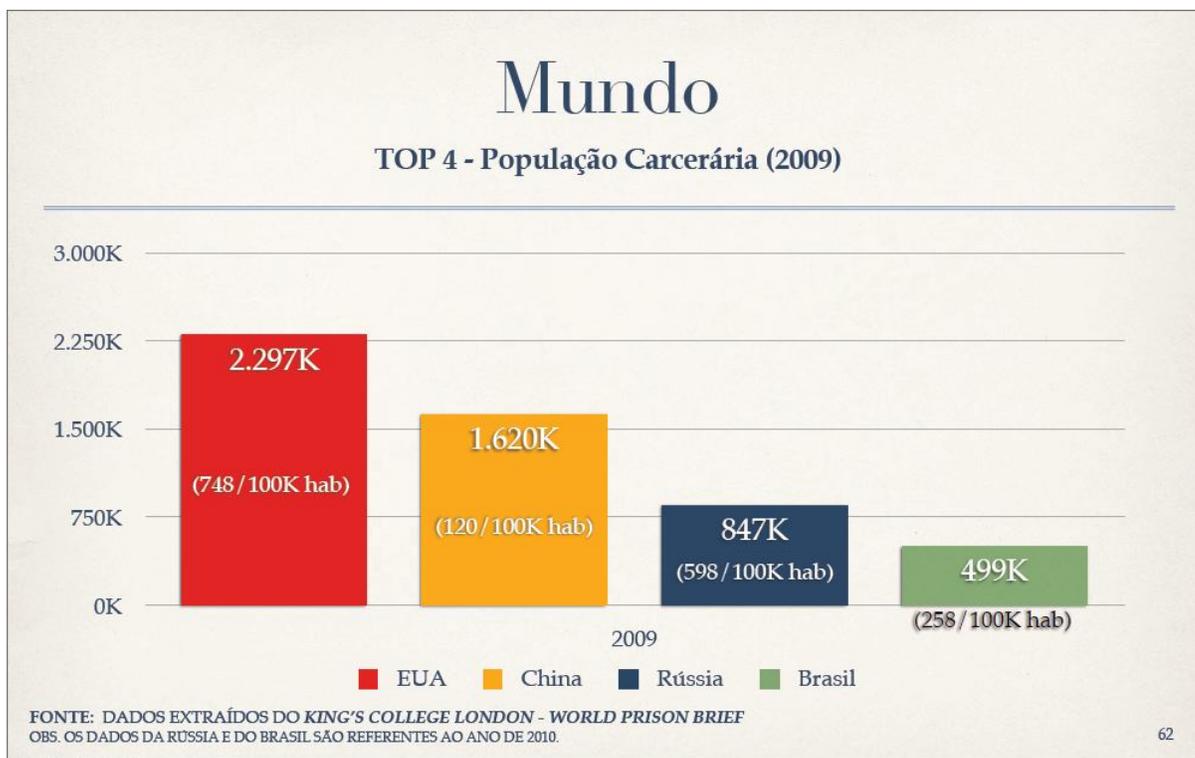
\* Obs. Os dados de 2009 da população carcerária Argentina ainda não foram disponibilizados pelo Ministério de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos.

Os dados atualizados para o Brasil em Outubro/2010 é de 498.500 presos

FONTE: DADOS EXTRAÍDOS DO KING'S COLLEGE LONDON - WORLD PRISON BRIEF

48

quarta-feira, 30 de março de 2011



# Mundo

## FATOS IMPORTANTES

- POPULAÇÃO CARCERÁRIA MUNDIAL = **9.950.000**
- EUA, CHINA, RÚSSIA e BRASIL são os países com as maiores populações encarceradas do mundo.
- Estes 4 países totalizam **52%** da população encarcerada mundial
- BRASIL: 4<sup>a</sup> posição no índice de encarceramento mundial

FONTE: DADOS EXTRAÍDOS DO KING'S COLLEGE LONDON - WORLD PRISON BRIEF

64

quarta-feira, 30 de março de 2011

# Mundo

## FATOS IMPORTANTES

BRASIL = 4<sup>a</sup> Lugar em números de presos no sistema penitenciário mundial.

BRASIL = 1<sup>o</sup> Lugar em crescimento percentual da população carcerária mundial (**450%**), a frente de EUA (**77%**), CHINA (**31%**) e RÚSSIA (**17%**).

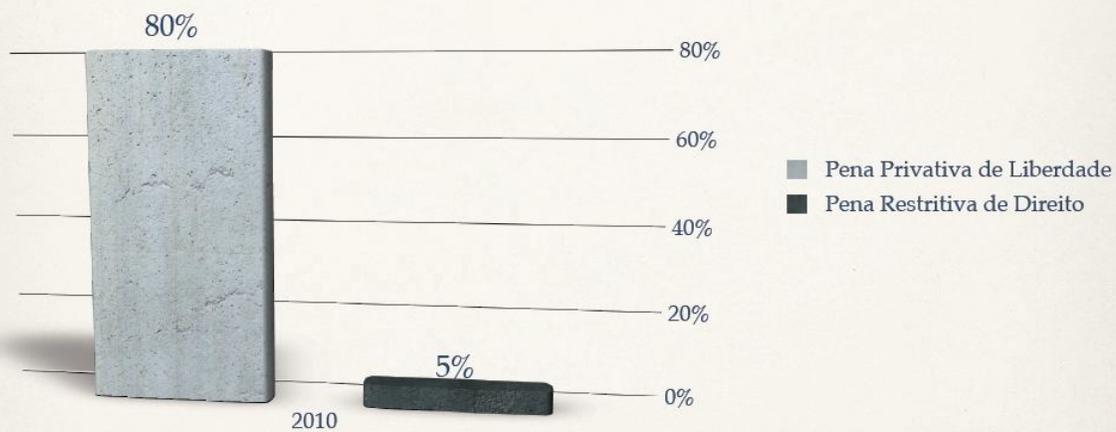
FONTE: DADOS EXTRAÍDOS DO KING'S COLLEGE LONDON - WORLD PRISON BRIEF

65

quarta-feira, 30 de março de 2011

# Sistema Penitenciário Brasileiro

## Reincidência: Pena Privativa de Liberdade x Pena Restritiva de Direito



FONTE: DADOS EXTRAÍDOS DO CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA)

69