



DAVID ALCÂNTARA ISIDORO

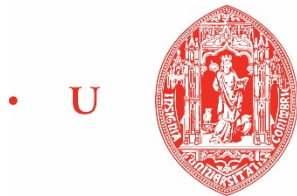
ANÁLISE CRÍTICA DAS PENAS DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE – COLAPSO ATUAL E POSSÍVEIS SOLUÇÕES.

Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Constitucional
JULHO/2016

• U C •



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

DAVID ALCÂNTARA ISIDORO

**ANÁLISE CRÍTICA DAS PENAS DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE –
COLAPSO ATUAL E POSSÍVEIS SOLUÇÕES.**

CRITICAL ANALYSIS OF THE DEPRIVATION OF LIBERTY
PENALTIES – CURRENT COLAPS AND POSSIBLE SOLUTIONS

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2º
Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau
de Mestre), na Área de Especialização em
Ciências Jurídico-Políticas (Menção em Direito
Constitucional)*

Orientador: Professor Dr. Nuno Fernando da
Rocha Almeida Brandão.

Coimbra
2016

À minha família e amigos, alicerces de minha existência.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, meus heróis, que fizeram o impossível para que o seu único filho pudesse realizar o seu sonho de estudar na renomada Universidade de Coimbra.

Aos meus avós, *in memoriam*.

A minha namorada, que sempre me incentivou e foi um verdadeiro porto seguro, onde eu conseguia buscar abrigo quando as águas estavam mais agitadas, sempre serena e com uma palavra de conforto.

Aos meus amigos, que torcem por mim e vibram com as minhas conquistas.

Aos amigos em Coimbra, pelo companheirismo e amizade. Especialmente à Olinda Vicente Moreira, que muito me ajudou na elaboração deste trabalho, além de me inspirar pessoal e profissionalmente.

Ao meu orientador, Dr. Nuno Brandão, por gentilmente ter aceito o convite para me orientar e pela paciência e serenidade com que me guiou na orientação deste trabalho.

Ao Dr. Costa Andrade, de quem tive o prazer de ser aluno, pela inspiração para a escolha deste tema e pelas brilhantes aulas de que pude participar.

Às duas formas de amor mais puro que conheço, Nala e Frida. A vocês, todo o meu amor.

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

Hebreus 13:3

RESUMO

As penas de morte e aflitivas foram substituídas, de forma gradativa, por influência das ideias iluministas, pela pena de prisão, que antes só era empregada com o objetivo de garantir uma futura condenação. Há uma, aparente, humanização na forma de punir. Os direitos fundamentais são garantidos, de forma expressa, no texto constitucional de diversos países, bem como em Documentos e Tratados Internacionais. Porém, a pena de prisão que ganhou grande destaque na segunda metade do século XIX enfrenta uma grande crise, por não conseguir alcançar o seu fim, de ressocializar o infrator e prevenir futuros delitos, por diversos motivos, dentre os quais se destacam a inobservância dos direitos fundamentais dos reclusos. Faz-se necessário analisar os fatores que exercem influência nessa crise e procurar soluções alternativas às penas privativas de liberdade.

Palavras chave: Fins das penas, Pena de prisão, Direitos fundamentais, Direitos dos Reclusos, Sistema Penitenciário

ABSTRACT

The death sentences and corporal punishment were gradually replaced, under the Enlightenment ideas, by prison sentences, which were previously used for the purpose of ensuring a future conviction. There is an apparent humanization in the way of the punishment. Fundamental rights are expressly guaranteed in several National Constitutions as well as in various documents and international treaties. However the prison sentence, which gained importance in the second half of the nineteenth century, is facing a major crisis, for it is failing to achieve its purpose, which is to resocialize the offender and to prevent future crimes, for various reasons, among which stands out the inobservance of prisoners fundamental rights. It is necessary to analyse the factors that influence this crisis, seeking for alternatives solutions to custodial sentences.

Keywords: Punishment objectives, prison sentences, fundamental rights, prisoners rights, Penitentiary System.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CF	- Constituição Federal
CRP	- Constituição da República Portuguesa
DDHC	- Declaração dos Direitos do Homem
IDH	- Índice de Desenvolvimento Humano
LEP	- Lei de Execução Penal
OA	- Ordem dos Advogados
OAB	- Ordem dos Advogados do Brasil
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
STF	- Supremo Tribunal Federal
TC	- Tribunal Constitucional

ÍNDICE

Introdução	11
------------------	----

CAPÍTULO I CONSIDERAÇÕES E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA DE PRISÃO.

1. Considerações acerca da pena de prisão como medida punitiva realizada pelo estado	15
1.1. Antiguidade	17
1.2 Idade Média	19
1.3 Idade Moderna	20
1.4 Idade Contemporânea	22
2. Os grandes reformadores	24
2.1 Cesare Beccaria	25
2.2 John Howard	29
2.3 Jeremy Bentham	31
3. Sistemas penitenciários clássicos	33
3.1 Sistema pensilvânico ou celular	33
3.2 Sistema Auburniano	34
3.3 Sistemas progressivos	36
3.3.1 Sistema progressivo inglês	37
3.3.2 Sistema progressivo irlandês	38
3.4 Sistema de Elmira	38
3.5 Sistema de Montesinos	39
3.6 Sistema borstal	40

CAPÍTULO II OS FINS DA PENA, O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE.

1. Problemas atuais da pena de prisão	41
2. Fins das penas	42

3. Proteção das pessoas privadas de liberdade	47
3.1 Reconhecimento dos direitos fundamentais dos reclusos	48
4. Cumprimento da pena de prisão	50
4.1 Estados Unidos	50
4.2 Brasil	53
4.2.1 Lei de execução penal	56
4.3 Portugal	60
4.3.1 Código da execução das penas e medidas privativas de liberdade	63
4.3.2 Tribunal de execução	67

CAPÍTULO III

FATORES QUE EXERCEM INFLUÊNCIA SOBRE A CRISE DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E ALTERNATIVAS À PENA DE PRISÃO.

1. Fatores que exercem influência sobre a crise das penas privativas de liberdade ..	69
1.1 Prisão como fator ciminógeno	70
1.2 Efeitos sociológicos ocasionados pela prisão	71
1.3 Sistema social da prisão	73
1.4 Efeitos negativos sobre o autoconceito do recluso	78
1.5 Análise da conflitividade carcerária	79
2. Alternativas à privação de liberdade	81
2.1 Teoria do minimalismo	82
2.2 Pirâmide minimalista	82
2.3 Utilização da tecnologia	84
3. Sistemas de penas alternativas à prisão	86
3.1 Penas alternativas no Brasil	87
3.2 Penas alternativas em Portugal	88
4. Ressocialização	90
Conclusão	95
Referências	102

INTRODUÇÃO

Para que a vida em sociedade possa ser harmoniosa, é preciso que regras mínimas sejam criadas, impondo limites aos direitos e deveres. Essas normas devem ser criadas pelos poderes legalmente constituídos. No que se refere às normas penais, merece destaque o *ius puniendi*, analisado sob duas óticas. A primeira, em um sentido objetivo, quando da criação das leis, uma atribuição do Poder Legislativo com a interferência, por meio dos sistema de freios e contrapesos, do Poder Executivo, proibindo ou impondo certa conduta sob pena de determinada sanção. Depois, em um sentido subjetivo, entra em cena o Poder Judiciário, responsável pela aplicação das normas, a quem compete analisar as violações do ordenamento penal, ou seja, se certa conduta praticada constitui um fato típico, ilícito e culpável. O regime ditatorial impera em alguns países, onde a vontade de poucos é imposta à sociedade através da força. Contudo, o presente trabalho não tem interesse em analisar a forma que os delinquentes são tratados por esse tipo de ordenamento jurídico¹.

Aqueles que praticam determinada conduta, considerada socialmente danosa, merecem sofrer uma pena², que podem ser dos mais variados tipos, sendo a pena de prisão a mais utilizada nos dias de hoje. No entanto, nem sempre foi assim: a restrição de liberdade só passou a ser encarada como uma forma de punição a partir da Idade Moderna. Por isso, faz-se necessário analisar a linha histórica da evolução da pena.

O primeiro capítulo objetiva, pois, tratar da evolução histórica da pena, com início na Idade Antiga, percorrendo a Idade Média e Moderna, até a Idade Contemporânea, analisando as ideias dos grandes reformadores e da consequente evolução dos sistemas penitenciários.

Na Antiguidade, as penas de morte e as penas corpóreas eram as principais formas de punição do Estado, sendo a prisão utilizada como uma forma de custódia, no sentido de garantir uma futura execução. Na Idade Média, período marcado por um direito ordálico, surgem dois novos tipos de prisão: a primeira, baseada no Direito Canônico, servia como forma de punição aos religiosos e hereges; a segunda era utilizada para punir quem traísse a confiança do rei, apesar de que as penas aflitivas e de morte continuavam a

¹ GRECO, Rogério. Sistema prisional – colapso atual e soluções alternativas, p. 1.

² COSTA, José de Faria. Noções fundamentais de Direito Penal, p. 172.

ser aplicadas. É na Idade Média que começam a surgir locais destinados à privação de liberdade. Ainda assim, as penas corpóreas continuavam a ser utilizadas e aperfeiçoadas, com a criação, por exemplo, da pena de galés, uma espécie de pena de trabalho forçado, que consistia em alojar pessoas que cometessem crimes graves em embarcações, obrigando-as a remar, sob a mira de um chicote. A pena de prisão vem ganhar destaque na Idade Contemporânea, a partir da segunda metade do século XIX.

Alguns pensadores foram de suma importância para que uma pena mais humana fosse utilizada, com suas obras clássicas refletindo pensamentos atuais, a exemplo de Cesare Beccaria, de John Howard e de Jeremy Bentham. É a partir dessas ideias que nascem os primeiros sistemas penitenciários.

Os primeiros sistemas penitenciários surgem nos Estados Unidos, razão pela qual alguns levam nomes de estados e cidades americanas. Os sistemas penitenciários clássicos são: o pensilvânico, o auburniano, o sistema progressivo inglês, o sistema progressivo irlandês, o de Elmira, o de Montesinos e o borstal.

A partir da análise desses sistemas, é possível perceber a evolução da pena de prisão. No sistema pensilvânico, de 1790, ocorria um isolamento total, e no sistema borstal. No sistema de Auburn, de 1818, houve uma tentativa de corrigir os erros passados, quando foi permitido o trabalho no interior das celas e, posteriormente, em pequenos grupos, apesar de imperar uma rigorosa lei do silêncio. Os sistemas progressivos ingleses, de 1840, e irlandeses, de 1857, procuram premiar os presos por bom comportamento e trabalho, sendo mais vantajoso. O sistema de Elmira, de 1869, era destinado a grupos de pessoas com idades entre 16 e 30 anos de idade, que cometiam atos infracionais pela primeira vez, sendo classificados de acordo com os sistemas progressivos e tinha o objetivo de aproximar o condenado do livramento condicional. O sistema de Montesinos, de 1834, foi inovador, no sentido de que eliminou os castigos corporais e passou a remunerar o trabalho dos presos. Por fim, o sistema borstal, de 1930, é considerado o primeiro modelo de cumprimento de pena em um regime penitenciário aberto, onde a vigilância do preso é reduzida.

O segundo capítulo faz uma exposição acerca dos problemas da aplicação da pena de prisão em alguns países, a exemplo dos Estados Unidos, do Brasil e de Portugal;

comprovando-se que os problemas não constituem uma particularidade dos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. Para tanto, é necessário tecer breves comentários sobre a função da pena, pois, dependendo da teoria a ser adotada, algumas exigências serão colocadas de lado.

As teorias que abordam os fins da pena são divididas em absolutas, as quais enxergam na pena um fim próprio, uma espécie de retribuição ao mal que fora praticado; e relativas, que afirmam que a pena deve ter uma função de prevenção de futuros delitos, tendo como adeptos Portugal³ e Brasil⁴.

Para que a pena possa vir a cumprir o seu objetivo, é necessário o reconhecimento dos direitos das pessoas condenadas as penas privativas de liberdade. Foi então que no ano de 1925 surgiu um projeto da Comissão Penitenciária Internacional, no qual estabeleciam-se regras mínimas para o tratamento dos apenados. Esse projeto veio a ser aprovado no ano de 1955, no primeiro Congresso das Nações Unidas que abordava o tema da prevenção do crime e tratamento dos delinquentes, realizado em Genebra.

Após a aprovação desse projeto, surgiram outros importantes documentos que tratam sobre o tema, a exemplo da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Desumanos ou Degradantes, da Convenção Interamericana de Direitos do Homem e da Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos⁵.

Outro importante passo foi o reconhecimento dos Direitos Fundamentais dos reclusos, previstos expressamente nas Constituições de Portugal e do Brasil e nas respectivas leis que tratam sobre a execução das penas.

A discussão sobre o fato de os apenados terem ou não direitos já foi superada, o problema ocorre quando da aplicação e do respeito das garantias constitucionais, ou seja, na prática. Países desenvolvidos, como os Estados Unidos, ignoram esses direitos e violam pactos internacionais, a exemplo das atrocidades cometidas na prisão de Guantánamo. Brasil e Portugal também falham na efetivação desses direitos, devido a vários fatores, como a superpopulação carcerária e a falta de recursos destinados ao sistema penitenciário.

³ Art. 2 da lei n.º 115/2009

⁴ Art. 1 da lei n.º 7.210/84

⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. Um novo olhar sobre a questão penitenciária, p. 71.

O terceiro capítulo inicialmente faz uma abordagem acerca dos fatores que exercem influência na crise da pena privativa de liberdade. Em um segundo momento, analisa possíveis alternativas à pena de prisão.

A prisão produz vários efeitos na vida do apenado, como efeitos criminógenos e sociológicos que influenciam o autoconceito que os reclusos possuem, o que implica na dificuldade da sua ressocialização e da futura volta à sociedade livre.

Se a pena de prisão tem todos esses efeitos negativos, é preciso procurar soluções alternativas, tornando a prisão a *ultima ratio* do Direito Penal, sendo aplicada somente para os casos mais graves, quando não houver a possibilidade de aplicar-se outra pena.

CAPÍTULO I CONSIDERAÇÕES E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA DE PRISÃO.

1. Considerações acerca da pena de prisão como medida punitiva realizada pelo estado.

A vida em sociedade implica em diversos problemas no que diz respeito à convivência com diferenças e ao respeito ao próximo. Para garantir a paz e harmonia, o Estado teve que criar sanções⁶, como forma de penalizar aqueles que descumprissem as regras do convívio social ou que cometessem atos ilícitos⁷. Há quase cinquenta anos, o Projeto Alternativo Alemão já alertava que “a pena é uma amarga necessidade de uma comunidade de seres imperfeitos como são os homens⁸”.

Em regra, o Estado cria essas normas de convivência por meio de seus poderes legalmente constituídos, à exceção dos países que adotam regimes ditatoriais. Considerando os países democráticos, ressalte-se que o poder de criar normas é limitado, cujo responsável pela sua elaboração deve se ater a certas exigências, que variam de acordo com os ordenamentos jurídicos de cada Estado.

O direito de punir do Estado, o *ius puniendi*, pode ser entendido em duas vertentes distintas: a primeira, objetiva, quando o Estado regulamenta, através da criação de normas penais, determinados comportamentos, obrigando ou proibindo determinada conduta, sob pena de sofrer sanção; e, numa segunda, num sentido subjetivo, quando o Estado executa o sujeito que descumpra o imperativo normativo, quando sua conduta será considerada típica, ilícita e culpável.

⁶ BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal, vol. III, p. 70. “o termo sanção é porém, tradicionalmente entendido em sentido mais estrito: o de “castigo” para a hipótese de um inadimplemento legislativo, o que pressupõe necessariamente a violação de uma obrigação, constituindo pois, a consequência de uma ação que violou tal obrigação.”

⁷ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas, cap. II, p. 106.

⁸ Projeto Alternativo alemão, de 1966.

Note-se que, para a criação e aplicação da normal penal, os três poderes são acionados. O poder legislativo, na hora da elaboração da norma⁹, o poder executivo¹⁰, na hora de aprovar a norma e o poder judiciário¹¹, quando da execução da norma.

Essa é ideia é de extrema importância, porém não teria serventia se não estivéssemos diante de um Estado de Direito, pois o poder de punição do Estado não encontraria a sua fonte de validade.

Nos primórdios da civilização, não havia Estado, e, portanto, não existia um ente capaz de dirimir os conflitos advindos da vida em sociedade, além do fato de não existirem normas, leis. Dessa forma, os conflitos eram resolvidos na base da força. Quando o Estado resolveu assumir a posição de resolver conflitos, fez isso mediante seus próprios ideais e interesses¹².

Atualmente, o Estado detém o poder de punir de forma exclusiva, pois é o único que pode garantir a justa tutela dos bens jurídicos fundamentais¹³ e é o responsável pela proteção dos direitos fundamentais contra ataques de terceiros¹⁴. Mas isso não impede o particular de acusar alguém em juízo, sendo possível fazê-lo nas ações penais de natureza privada.

É bem verdade que as sanções criadas pelo Estado são aplicadas conforme cada atitude humana. Por exemplo, se alguém falta com o pagamento de determinado imposto, poderá ter seus bens leiloados, etc. Já alguém que comete algum ato ilícito, previsto no ordenamento jurídico penal, pode ter alguns direitos restritos, incluindo-se a liberdade cerceada.

É com a pena relativa aos atos ilícitos que este trabalho se preocupa: a pena de prisão, que, apesar de já ter sofrido diversas transformações, muito há que se evoluir, para

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. Curso de Direito Constitucional, p. 853.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. Curso de Direito Constitucional, p. 905.

¹¹ ¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. Curso de Direito Constitucional, p. 931.

¹² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do processo, p. 21.

¹³ MOLINA, Antônio Garcia Pablos de; BIANCHINI, Alice; GOMES, Luis Flávio. Direito Penal – introdução e princípios, p. 209.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. Curso de Direito Constitucional, p. 584.

que possa atingir o seu fim, a ressocialização do condenado. Assim, não há como falar da pena de prisão sem tratar da sua origem e evolução.

1.1 Antiguidade

Na antiguidade não existia pena de privação de liberdade com finalidade de punir quem cometesse atos ilícitos. Há de se considerar que a retenção da liberdade de quem praticasse crimes sempre existiu, sendo impossível precisar a data de seu surgimento. No entanto, esta servia apenas para garantir o julgamento e a possível execução de sua pena¹⁵.

Nessa época, os que viessem a ser condenados pagavam suas penas com seus próprios corpos, como, por exemplo, com penas de açoitamento, com mutilações e até mesmo com penas de morte. As penas aflitivas então utilizadas podem ser divididas em diretas, ou positivas, e indiretas, ou negativas¹⁶.

As diretas são os açoites e as mutilações, as que geram sofrimento físico ao sujeito. Ainda podem ser divididas em indeléveis, que são as que deixam marcas no corpo do condenado, como por exemplo as mutilações e as marcações propositais da letra inicial do ato ilícito cometido; e deléveis, que, diferentemente, não deixam marcas. Por sua vez, as indiretas são aquelas que impossibilitam que o condenado tenha a liberdade natural de seu corpo, como, por exemplo, o desterro e a detenção.

Carrara não concorda com essa divisão e nomenclatura – diretas e indiretas – e classifica, portanto, as penas em aflitivas, para se referir às penas que objetivam lesionar a integridade física do condenado; e restritivas, correspondendo às que põem limites à liberdade pessoal¹⁷.

¹⁵ GUZMAN, Luis Garrido. Manual de ciência penitenciária, p. 73.

¹⁶ GRECO, Rogério. Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas, p. 88.

¹⁷ CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal, v. II, § 665. “As penas que nós chamamos aflitivas diretas ou positivas, outros preferem chama-las corporais, mas, será apropriado este termo? Creio que não, pois em toda distinção o nome que se dá a uma espécie exige naturalmente que se lhe contraponha outro nome e outra espécie; pelo qual, se às penas aflitivas diretas, como a marca e os açoites, lhes damos o nome de corporais, teríamos que chamar de não corporais as penas aflitivas indiretas, como o cárcere e o desterro. Mas me parece uma contradição colocar um espécie de penas não aflitivas do corpo, e portanto, me atenho à nomenclatura dada por meu mestre. Na realidade, creio mais exato dividir radicalmente as penas que CARMIGNANI chama de aflitivas do corpo, em duas classes distintas, quer dizer, dando-lhes o nome de aflitivas às que lesionam a integridade pessoal ou causam uma dor direta, e a de restritivas às que unicamente limitam o exercício da liberdade pessoal”.

As prisões eram consideradas aposentos de martírio, pois eram utilizadas para manter os acusados até a data de seu julgamento, onde constantemente eram torturados para que confessassem o ato que lhes eram imputados. Muitas vezes, já esgotados, acabavam por admitir o crime, ainda que fossem inocentes, a fim de cessar a tortura, muitos preferindo morrer.

Dos povos antigos, destacam-se os gregos, com a proposição de Platão da concepção de três tipos prisionais, no livro nono de *As Leis*, “uma na praça do mercado, que servia de custódia, outra, denominada *sofonisterium*, situada dentro da cidade, que servia de correção, e uma terceira destinada ao suplício, que, com o fim de amedrontas, deveria constituir-se em lugar deserto e sombrio, o mais distante possível da cidade”¹⁸.

Já em Roma, a pena de prisão, além de não ser admissível era considerada ilegítima, fosse temporal ou perpétua¹⁹, o que corrobora os dizeres de Carrara, que afirma que “foram gigante no Direito Civil e pigmeus no Direito Penal”.²⁰ Desse pensamento decorre o famoso texto de Ulpiano, que alega que “a prisão serve não para o castigo dos homens, mas para a sua custódia”²¹.

Garrido Guzman relata que alguns autores, como por exemplo Mommsen, fazem referência a uma comutação de pena em Roma antiga, quando, em alguns casos a pena de morte seria substituída pela prisão perpétua²².

Tanto na Grécia como em Roma existia a prisão por dívida, modalidade de sanção para aqueles que ficavam em mora, sendo privados de sua liberdade até que realizassem o devido pagamento²³.

Apesar dessas modalidades de prisão não podemos considerar que Grécia e Roma, dois gigantes do antigo mundo antigo, tenham contribuído para a evolução da pena de prisão, já que esta só servia para garantir que o acusado fosse julgado e posteriormente castigado, pagando com seu próprio corpo.

¹⁸ GUZMAN, Luis Garrido. Manual de ciência penitenciária, p. 75.

¹⁹ FERRINI, Contardo. Diritto penale romano, in completo trattato, p. 1225

²⁰ CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal.

²¹ DIGESTO, 48, cap. 9º “carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberit debit.

²² GUZMAN, Luis Garrido. Manual de ciência penitenciária, p. 75.

²³ NEUMAN, Elías, evolucion de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios, p. 22.

1.2 Idade Média

Guzman traz em sua obra uma declaração de Henri Sanson, que caracteriza bem esse período, quando afirma que “até 1791 a lei criminal é o código da crueldade legal”²⁴, de onde pode-se inferir que a lei penal dessa época tinha como objetivo principal aterrorizar a população.²⁵

Na Idade Média, era permitido o julgamento de objetos, como por exemplo, o julgamento de uma viga que sustentava uma residência e por algum motivo veio a ceder, fazendo com que a casa desabasse e ocasionasse a lesão ou a morte de seus ocupantes²⁶.

Ao longo do período medieval não é possível identificar a privação de liberdade como uma sanção, continuando a servir de custódia, com os infratores pagando com seus corpos, sendo mutilados, queimados e mortos em espaços públicos, geralmente lotados de espectadores.²⁷

Na Idade Média surgem dois novos tipos de prisão: a prisão eclesiástica e a prisão de Estado. A primeira era baseada nos ideais da Igreja: caridade, redenção e fraternidade. Tinha o objetivo de punir clérigos ou monges faltosos, que deveriam recolher-se às suas celas para, em silêncio, meditar e se arrependerem de suas faltas, reconciliando-se com Deus. Essa pena era denominada de *detrusio in monasterium*. Para castigar os hereges utilizava-se a pena chamada de *murus largus*.²⁸ A segunda era destinada aos chamados inimigos do poder, aqueles que tivessem traído a confiança do rei, bem como os opositores dos governantes. A prisão de Estado possui duas modalidades: a primeira, e já conhecida, tinha o objetivo de custódia, constituindo o local em que o acusado aguardaria a sua pena, que seria paga com o seu próprio corpo; a segunda tinha como objetivo a detenção temporal, constituindo o local onde o acusado passaria um tempo, podendo até mesmo ser uma prisão perpétua, ou até que este recebesse o perdão da coroa²⁹, tendo como exemplos famosos a Torre de Londres e a Bastilha de Paris.

²⁴ GUZMAN, Luis Garrido. Manual de ciência penitenciária, p. 76.

²⁵ VALDÉS, Carlos Garcia, estudos de derecho penitenciário, p. 15.

²⁶ MONGE GONZÁLEZ, Almudena. La pena de muerte en Europa. Historia de la prision, p. 33 apud GRECO, Rogério. Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas, p. 93.

²⁷ GUZMAN, Luis Garrido. Manual de ciência penitenciária, p. 77.

²⁸ BITENCOURT. Cezar Roberto. Falência da pena de prisão, p. 33.

²⁹ VALDÉS, Carlos Garcia, estudos de derecho penitenciário, p. 72.

Percebe-se que a prisão eclesiástica era mais humana, pois consistia em um lugar onde aquele que havia cometido uma falta pudesse pensar e refletir sobre o ato cometido, para que não ocorresse novamente.

Esse período foi marcado por um Direito ordálico, onde as pessoas seriam condenadas ou absolvidas depois de participarem de provas que envolvessem elementos da natureza, como o fogo, o ar ou a água. Se a pessoa conseguisse superar o desafio, considerava-se que Deus o havia amparado, provando assim a sua inocência; por outro lado, quem não conseguisse completar a missão, era considerado culpado. É claro que esse método de obtenção da prova do crime tinha um alto índice de erros, condenando inocentes e deixando os verdadeiros culpados sem punição.

Na Idade Média verifica-se a existência de um Direito totalmente corrompido. Era habitual que juízes cometerem o crime de prevaricação. Existem inúmeras gravuras e miniaturas, que representam esse período, com a figura de um juiz, inocentemente retratado, estendendo as mãos, fazendo uma espécie de cobrança das partes, vindo a satisfazer a pretensão de quem pagasse mais³⁰.

1.3 Idade Moderna

Este período é marcado por uma grande crise no continente europeu, sendo a pobreza um mal que assolou praticamente todos os países, o que levou as pessoas a delinquirem como forma de subsistência.

Conseqüentemente, o número de crimes aumentou, o que levou à necessidade de se criar um novo meio para punir e inibir tais atos, já que não era possível aplicar a pena de morte a um número tão grande de pessoas, como afirma de maneira extraordinária Henting, quando diz que os distúrbios religiosos, as guerras, as expedições militares, a devastação dos países, a extensão dos núcleos urbanos, a crise das formas feudais de vida e da economia agrícola, a supressão dos conventos e o endividamento do Estado ocasionaram um aumento da criminalidade entre o fim do séc. XVII e início do XVIII.

“Tinha-se perdido a segurança, o mundo espiritualmente fechado aos incrédulos, hereges e rebeldes tinha fica para trás. Tinha de se enfrentar verdadeiros exércitos de vagabundos e mendigos. Pode-se estabelecer a sua procedência: nasciam nas aldeias incendiadas e nas cidades saqueadas, outros eram vítimas de

³⁰ BITENCOURT, Cezar Robert. Falência da pena de prisão, p. 34.

suas crenças, vítimas atiradas nos caminhos da Europa. Era preciso defender-se desse perigo social, mas não era possível negar-lhe simpatia por razões religiosas ou sociais, diante dos danos que os exércitos estrangeiros tinham feito”³¹.

Na Inglaterra, os criminosos sofriam com penas de açoites, com deportações e com execuções, até a mudança do panorama geral, principalmente o socioeconômico, ocasião em que foram criadas instituições de correção, tendo sido cedido um castelo, o de Bridwell, em que os mendigos e os infratores pudessem ser confinados³².

Essas penas aflitivas sofriam grandes críticas, que questionavam as mutilações dos delinquentes. Percebeu-se essas penas não cumpriam os fins a que se propunham, pois esse tipo de pena só dificultaria a vida em sociedade³³.

A instituição era dirigida de forma rígida por acreditar que os que ali se encontravam poderiam transformar-se por meio do trabalho e da disciplina, objetivando, assim, a prevenção geral, estimulando a população a sair do ócio. Outro escopo da instituição era que o preso pudesse se sustentar com o seu próprio trabalho, exercido na área têxtil.

Na Holanda, foram criadas casas de correção para homens, mulheres e adolescentes. Os que cometessem pequenos delitos eram levados a essas casas e lá mantidos por um determinado tempo, enquanto as penas corpóreas ainda eram aplicadas aos crimes mais graves. Procurava-se educar os infratores por meio do trabalho constante e ininterrupto, dos castigos corporais e através dos ensinamentos da religião. As prisões holandesas se destacaram bastante, servindo de modelo para construção de novas casas de correção em outros países europeus³⁴.

No século XVI surgiu uma pena que destacou-se pela sua crueldade, a pena de galés. As galés consistiam em uma espécie de embarcação que alojaria uma prisão flutuante para onde eram enviados as pessoas que cometiam crimes graves, bem como os prisioneiros de guerra. Havia um grande contingente de presos, que eram acorrentados a bancos e obrigados a remar sob a mira de um chicote.

³¹ HENTIG, von Hans, La Pena, p. 213.

³² GUZMAN, Luis Garrido. Manual de ciência penitenciária, p. 81.

³³ LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel. Discurso sobre las penas, p. 230-231.

³⁴ BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de Direito Penal – parte geral 1, p. 512.

O século XVII foi marcado pela construção do Hospício de San Felipe Neri, fundado pelo sacerdote Filippo Franci, no ano de 1667, em Florença, que destinava-se à reforma de crianças sem destino, vindo a aceitar, posteriormente, jovens que se encontravam em condições semelhantes. Era adotado um sistema celular estrito: os que ali estavam circulavam com capuzes que cobriam seus rostos, a fim de impossibilitar a sua identificação e a dos demais³⁵.

Franci defendia que a pena devia ser cumprida de forma proporcional, sendo necessário levar em consideração o delito que fora praticado e, por ser membro da Igreja, também acreditava que deveria ser considerada a força física e espiritual do condenado. Deu grande importância à ressocialização dos que cumpriam penas, podendo ser considerado um dos primeiros a levantar essa bandeira³⁶.

Clemente XI também teve grande destaque nesse cenário, uma vez que fundou a Casa de São Miguel, em Roma, colocando em prática as suas ideias de reabilitação e de educação através da pena privativa de liberdade. Além de alojar jovens delinquentes, também abrigava órfãos e anciãos. Estes trabalhavam durante o dia e, à noite, eram mantidos isolados em celas, onde o silêncio imperava e o ensino religioso era um dos pilares da casa de correção³⁷.

Percebe-se que na Idade Moderna já é possível evidenciar a aplicação da pena de prisão como punição, porém as penas corpóreas continuaram sendo aplicadas, especialmente nos casos de crimes mais graves.

1.4 Idade Contemporânea

Já no período da Idade Contemporânea é possível observar a tendência de punição através do encarceramento, porém, é a partir do século XVIII que este fato efetivamente se torna uma realidade.

Os jusnaturalistas passaram a reconhecer certos direitos como inatos ao ser humanos, que não poderiam ser esquecidos nem retirados, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humano. Esse movimento teve fundamental importância para a aplicação das

³⁵ GUZMAN, Luis Garrido. Compendio, p. 51.

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de prisão, p. 41.

³⁷ GUZMAN, Luis Garrido. Compendio, p. 52.

penas, até mesmo da pena de morte, quando entendeu-se que deveria ser executada de forma a minimizar o sofrimento do condenado.

A Revolução Francesa e a consequente publicação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, constitui um dos principais acontecimentos da história, consolidando a igualdade, a fraternidade e a liberdade. A DDHC é considerada um marco de fundamental importância na história mundial, sendo ainda hoje aplicada pelo Conselho Constitucional francês e fazendo parte do chamado *bloc de constitutionnalité*, que serve de base para o controle de projetos de lei³⁸.

Ressalte-se que as declarações de direitos surgiram antes mesmo da promulgação de constituições. Por exemplo: as colônias inglesas da América do Norte publicaram a sua Carta Magna em 1787, onze anos após a declaração de Virgínia; na França, a primeira constituição data de 1791, já a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi publicada em 1789³⁹.

Os pensamentos “garantistas” começaram a ser utilizados no Direito Penal e no Direito Processual Penal, levando em consideração o princípio da dignidade humana, que deve ser observado durante o *due process of law*⁴⁰.

A DDHC objetivava consolidar os direitos humanos, consoante se infere da leitura do seu preâmbulo, que afirma que o seu objetivo é “declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem”⁴¹. Esses direitos possuem as seguintes características: abstração, apesar de terem sido declarados pelos franceses, são de todos, independente de sua nacionalidade; inalienabilidade, ou seja, não são disponíveis, não podem ser retirados das pessoas; imprescritibilidade, não se perdem com o passar do tempo; universalidade, pertencendo a todos ao mesmo tempo em que são considerados individuais, pois são inerentes a cada um. São direitos naturais, pois para possuí-los basta ser uma pessoa⁴².

³⁸ GRECO, Rogério. Sistema prisional: Colapso atual e soluções alternativas, p. 7.

³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos fundamentais, p. 5.

⁴⁰ GRECO, Rogério. Sistema prisional: Colapso atual e soluções alternativas, p. 7.

⁴¹ <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> >

⁴² GRECO, Rogério. Sistema prisional: Colapso atual e soluções alternativas, p. 8.

Há uma nítida mudança na execução da pena no século XVIII, com a mudança das penas privativas de liberdade, através da criação de novos sistemas penitenciários e da abolição dos castigos corporais, das torturas e de todos os tratamentos considerados desumanos, objetivando, assim, preservar a dignidade da pessoa humana⁴³. Alguns exemplos dos sistemas penitenciários que ganharam destaque são o sistema pensilvânico, o auburniano e os progressivos.

Percebe-se que a evolução da pena de prisão ocorreu de forma gradual, objetivando uma redução no sofrimento dos apenados⁴⁴. Essa evolução pode ser dividida em quatro etapas: o período anterior à pena privativa de liberdade, onde o cárcere era utilizado como meio de segurança processual, a fim de garantir a execução de uma futura condenação; o período de exploração, no qual o Estado enxergava os delinquentes como uma mão de obra a ser utilizada em trabalhos penosos, sendo a privação de liberdade um meio de utilizar os condenados para exercerem esse tipo de trabalho; o período correcionalista e moralizador, incorporado pelas instituições penais do século XVIII ao início do século XIX; e, por fim, o período de readaptação social ou ressocialização, que tinha o objetivo de prevenir futuros delitos e tornar possível a volta a vida em sociedade de quem delinuiu⁴⁵.

A partir do século XX, percebe-se uma preocupação maior com o retorno do condenado, após cumprir a pena imposta na sentença condenatória, à vida em sociedade. Veremos no desenvolvimento desse trabalho que o objetivo de ressocialização infelizmente ainda não foi alcançado.

2. Os grandes reformadores

A legislação criminal, até a Revolução Francesa, era caracterizada por leis e procedimentos de extrema crueldade. O direito gerava privilégios que permitiam aos magistrados um julgamento conforme a classe social a que pertencia o réu.

⁴³ GRECO, Rogério. Sistema prisional: Colapso atual e soluções alternativas, p. 105.

⁴⁴ MIR PUIG, Santiago. Estado, pena y delito, p. 37.

⁴⁵ NEUMAN, Elías. Prisión aberta, p. 9

Uma reforma do sistema punitivo era necessária e urgente, fazendo com que filósofos, juristas dedicassem seu tempo a tecer críticas ao sistema penal vigente, que não assegurava os direitos do homem, nem a sua dignidade⁴⁶.

Voltaire, Montesquieu e Rousseau, grandes pensadores iluministas, criticavam duramente os excessos da legislação penal vigente, afirmando que o objetivo da pena não era atormentar o ser humano, alertando que a pena deveria ser proporcional ao crime praticado e que a situação pessoal do sujeito havia de ser levada em consideração, assim como o grau de malícia⁴⁷.

Esses ideais de mudança da legislação penal atingiram seu máximo na Revolução Francesa e influenciaram diversas pessoas que objetivavam a reforma do sistema punitivo, dentre as quais pode-se destacar Cesare Beccaria, John Howard e Jeremy Bentham.

2.1 Cesare Beccaria

Um livro publicado no ano de 1764 teve significativa importância para o sistema penal. Essa obra, intitulada de “Dos delitos e das penas” refletia as ideias defendidas pelos iluministas de seu tempo.

O autor dessa famosa obra é Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, filósofo, jurista, economista e literato, nascido na cidade de Milão, no dia 15 de março de 1738, e que frequentou a Universidade de Pavia, onde completou seus estudos de jurisprudência.

Muito embora fosse um Marquês e tivesse certos privilégios e regalias, preocupava-se com a dignidade do ser humano e com o sofrimento que era imposto pelo próprio Estado.

A ideia de escrever uma obra que criticasse a brutalidade do sistema monárquico e todas as injustiças que eram cometidas contra as classes menos favorecidas foi incentivada pelos irmãos Alessandro e Pedro Verri. Em 1763, Beccaria inicia o seu livro, que veio a ser finalizado no ano seguinte. Tratava-se de um livro que criticava

⁴⁶ GUZMAN, Luis Garrido. Manual de ciência penitenciária, p. 86.

⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão, p. 52.

duramente o sistema vigente, sendo, por essa razão, lançado de forma anônima, por medo de represálias.

Os pensamentos de Beccaria demonstravam a insatisfação de um povo que não aguentava mais ser oprimido por pessoas corruptas e cruéis que detinham o poder de governar mesmo sem legitimidade para administrar a *res publica*⁴⁸. Essas ideias ultrapassaram as barreiras da Itália, exercendo forte influência em toda a Europa Continental.

Posteriormente, com o sucesso da obra, Beccaria foi reconhecido como o autor, o que gerou várias críticas, principalmente de pessoas próximas a ele, como os irmãos Verri, que reivindicavam a autoria das ideias expostas.

Bittencourt afirma que: as ideias filosóficas contidas no livro “Dos delitos e das penas” não devem ser consideradas originais, pois além de constituir uma conexão entre o contratualismo e o utilitarismo, as reformas sugeridas na obra são de autoria de outros pensadores. Ademais, o grande mérito de Beccaria foi conseguir se expressar de forma clara e simples, de modo que atingisse um número ilimitado de pessoas de todas as classes sociais, incentivando a criação de um sistema criminal que substituiria o vigente, considerado desumano⁴⁹.

Independentemente do conflito sobre a autoria da obra, é inegável o fato de que mesmo após duzentos anos de sua primeira edição, suas lições ainda podem ser aplicadas nos dias de hoje, pois é impossível falar em garantismo em matéria de Direito Penal e Processual Penal sem a leitura desse importante manifesto.

O século XVIII, como já mencionado, foi marcado por uma grande desigualdade social, o que assegurava um processo penal inquisitivo, já que buscava-se “justiça”⁵⁰ a todo custo. Os suspeitos não tinham conhecimento das provas que eram produzidas contra si. O Estado objetivava ter ao seu lado a chamada “rainha das provas”, que seria a confissão, buscando-a incessantemente por qualquer meio que fosse, utilizando,

⁴⁸ GRECO, Rogério. Sistema prisional: Colapso atual e soluções alternativas, p107.

⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de prisão, p. 53.

⁵⁰ A palavra justiça entre aspas, remete ao fato de a justiça que as pessoas buscavam era relacionado ao fato dos suspeitos serem castigados, sem um devido processo legal.

inclusive, a tortura. As leis penais eram confusas e as penas eram indeterminadas, ficando ao arbítrio de cada juiz.

Beccaria teve papel importantíssimo na mudança desse paradigma, pois transmitiu, de forma simples, a ideia de que a dignidade era um direito inquestionável a todos os seres humanos. Não se questionava o direito de punir, e sim como ele era aplicado⁵¹.

O direito de punir vem da teoria do pacto social, conforme determina o contrato social de Rousseau, que transmitia a ideia de que todos, em prol da vida em sociedade, aceitam esse contrato e assim cedem parte dos direitos em benefício dos direitos de todos, o que justifica a existência da pena, caracterizada pela repreensão àquele que quebra o pacto.

Beccaria era adepto da ideia utilitarista, que não objetivava vingança, mas garantir que aquela conduta não se repetisse. “O Fim, pois, não é outro que impedir o réu de causar novos danos a seus cidadãos e afastar os demais do cometimento de outros iguais”⁵². Pregava a prevenção dos delitos à punição pelo cometimento dos mesmos. Os objetivos da pena são por ele classificados em: prevenção especial e a prevenção geral.

Considerava a prevenção geral o objetivo central da pena, porém não admitia uma sanção aflitiva. Percebe-se uma estreita ligação entre esse postulado e a criminologia moderna, que busca a ressocialização do condenado para que possa viver tranquilamente em sociedade e sem causar transtornos⁵³.

Defendia que o acusado deveria ser julgado e condenado o mais breve possível, pois a incerteza da sanção causaria-lhe um verdadeiro tormento.

Beccaria entendia que somente a lei, publicada antes da própria conduta, poderia fixar a pena ao delito praticado. É o princípio da legalidade, que serve de base para o Estado de Direito, garantindo que todos sejam tratados de forma igual. Assim, não

⁵¹ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas, cap. II, p. 107-108. “foi portanto, a necessidade que compeliu os homens a ceder parte de sua própria liberdade; é certo, porém, que ninguém pretende colocá-la em um depósito público com um limite superior à mínima porção possível, aquela exclusivamente suficiente para induzir aos demais para que a defendam. A soma de todas essas mínimas porções possíveis constitui o direito de punir; tudo que for para mais é abuso, não justiça; é fato, não direito.

⁵² BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas, p. 29.

⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de prisão, p. 56.

bastava a publicação de uma lei anterior ao fato, mesmo que tenham sido observadas todas as formalidades para a sua criação, para garantir o princípio da legalidade e consequentemente o Estado de Direito. As leis deviam conter textos simples, de fácil compreensão, para que todos soubessem os limites da sua liberdade e dos seus direitos, o que até então não ocorria, uma vez que muitas leis continham redações confusas, cuja aplicação ocorreria de acordo com a interpretação do julgador⁵⁴.

Após a Revolução Francesa, a clareza da lei passou a ser conhecida pelo ditado “*nullum crimen nula poena sine lege certa*”⁵⁵. Em decorrência desse fato, temos o princípio da taxatividade do Direito Penal, que afirma que as condutas que são dignas de punição devem ser claras e bem elaboradas, para que não gerem dúvidas ao destinatário da norma, que seria o povo⁵⁶.

O princípio da legalidade também está relacionado à proporcionalidade das penas. Além de uma redação de simples compreensão, a pena imposta para quem age ou deixa de agir de determinada forma, deve ser proporcional ao mal praticado pelo agente que não observou a norma. Nesse sentido, Beccaria afirmava que:

“para que uma pena alcance o seu efeito, é suficiente que o mal proveniente da pena supere o bem que nasce do delito; e nesse excesso de mal deve-se calcular a infalibilidade da pena e a perda do bem que o crime viria a produzir. Tudo, além disso, é, portanto supérfluo, e, ao mesmo tempo, tirânico”⁵⁷.

Ou seja, quanto maior o dano, o prejuízo, o mal decorrente da conduta do agente que ignorou a lei, mais severa deverá ser a sua punição, sem esquecer o seu direito inato, a sua dignidade.

Beccaria publicou algumas ideias que influenciaram o processo de humanização e de racionalização da pena privativa de liberdade. Fez duras críticas aos cárceres de seu tempo, afirmando que a sujeira e a fome não deviam predominar. Esses

⁵⁴ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas, cap. V, p. 123-124. “Se a interpretação das leis é um mal, é evidente que o é, da mesma forma, a obscuridade que arrasta consigo necessariamente a interpretação, e assim igualmente será um grande mal, se as leis são escritas em linguagem estranha ao povo, e colocadas, assim, apenas na dependência de uns poucos, não podendo a maioria dos cidadãos julgar por si mesma qual seria o limite de sua liberdade ou dos demais membros da sociedade; uma língua que faz de um livre solene e público, algo particular e doméstico”.

⁵⁵ Significa: a edição de leis penais indeterminadas, o emprego de tipos penais vagos ou muito gerais, imprecisos são proibidos.

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal, parte geral, parte especial, p. 72

⁵⁷ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas, cap. XV, p. 179.

pensamentos tiveram fundamental importância para o princípio reabilitador e ressocializador da pena.⁵⁸

Percebe-se que a obra de Beccaria teve fundamental destaque no Direito Penal e Processual Penal moderno, levando a todas as pessoas a importância da preservação do princípio da dignidade humana. Ele entendia que a aplicação da pena privativa de liberdade, ao invés de penas corpóreas e capital, seria uma boa forma de preservar a dignidade do homem. Suas ideias serviram de base para o código penal francês, adotado pela Assembleia Constituinte de 1791⁵⁹.

Mesmo nos tempos atuais, pode-se ver os mesmos erros sendo cometidos, muitos citados por Beccaria, como, por exemplo, o grande lapso temporal entre a prisão em flagrante e a prolação da sentença e o tratamento indigno conferido aos presos.

2.2 John Howard

John Howard é um dos atores mais importantes na história da reforma do sistema penitenciário. Há divergências entre os doutrinadores sobre a data e o local de seu nascimento, variando entre 1726, em Clapton, Hanckey, nas imediações de Londres⁶⁰, e 1724, 1725 e 1727, nas proximidades de Enfield, Clapton ou SmithField⁶¹.

Em 1955, após a morte de sua primeira esposa, Howard viajou para Portugal, com o objetivo de ajudar as vítimas do terremoto que assolou o país. Nessa viagem, ele tem o seu primeiro contato com o sistema prisional, pois quando seu barco estava perto do canal da mancha foi atacado por um corsário francês, quando conheceu de perto o sistema prisional, passando vários meses encarcerado, primeiramente no Castelo de Brest e, depois, na prisão de Morlaix.

Apesar da trágica experiência, dedicou a sua vida ao sistema prisional, vindo a se apaixonar pelo tema quando foi nomeado xerife do condado de Bedford, pois uma de suas funções era fiscalizar os estabelecimentos carcerários, lugares que não forneciam as condições mínimas de sobrevivência.

⁵⁸ Cesare. Dos delitos e das penas, p. 57.

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de prisão, p. 58.

⁶⁰ GRECO, Rogério. Sistema prisional: Colapso atual e soluções alternativas, p. 114.

⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de prisão, p. 58.

Muitos problemas foram constatados pelo xerife de Bedford, como a desordem dentro do sistema, já que os que trabalhavam diretamente com os presos não recebiam remuneração do Estado, cuja cobrança recaía sobre os próprios detentos, que, em sua esmagadora maioria, eram de baixa classe social, não possuindo meios para efetuar o pagamento do que lhes era cobrado, permanecendo presos por tempo indeterminado, até que tivessem condições de pagar sua “dívida”.⁶²

Por achar que esse sistema de remuneração, no qual o preso tinha que pagar o salário dos agentes carcerários, acarretava muitas injustiças, propôs que o Estado deveria remunerar esses agentes, pois estes atuavam em função da coletividade e da administração pública.

Howard não limitou sua pesquisa aos arredores da Inglaterra, percorrendo o continente europeu, com o objetivo de analisar e estudar os mais variados tipos de sistemas penitenciários, vindo a lançar a sua obra, no ano de 1977, intitulada de *The state of prisons in England and Wales*.

Em sua obra, definiu as premissas básicas para que os demais direitos do homem não atingidos no seu julgamento fossem preservados: higiene e alimentação, disciplina distinta para presos provisórios e os condenados, educação moral e religiosa, trabalho e um sistema celular mais brando⁶³.

Propôs um sistema de classificação, dividindo os sujeitos ao encarceramentos em três classes: os processados, aqueles que ainda não haviam sido julgados, a quem a custódia era imposta como forma de garantir uma possível futura condenação; os condenados, aqueles que já haviam sido julgados e sabiam qual pena teriam que cumprir; e os devedores, aqueles que haviam sido presos por não conseguirem honrar suas dívidas⁶⁴.

Também afirmava que deveria existir um estabelecimento carcerário próprio para os homens, separando-os das mulheres e um próprio para os jovens, separando-os dos adultos⁶⁵, premissas seguidas até hoje.

⁶² GRECO, Rogério. Sistema prisional: Colapso atual e soluções alternativas, p. 115.

⁶³ GRECO, Rogério. Sistema prisional: Colapso atual e soluções alternativas, p. 116 apud ASUA, Luis Gimenez, tratado de derecho penal, t. 1, p. 259.

⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de prisão, p. 61.

⁶⁵ HOWARD. John. The state of the prisons in England and Wales, p.44.

O filantropo inglês pregava a resolução de simples problemas, como, por exemplo, a necessidade de ventilação nas celas, para que as mesmas ficassem arejadas; refeições adequadas; oferta de trabalho para que as mentes dos internos permanecessem ocupadas, evitando a depressão, os planos de fuga e o suicídio⁶⁶. Problemas que até hoje não foram solucionados, principalmente nos estabelecimentos carcerários dos países subdesenvolvidos.

Howard veio a falecer em 1790, mas sua obra é vista por muitos como o ponto de partida da reforma carcerária. Seus princípios são seguidos até hoje para a construção de estabelecimentos prisionais que visem a ressocialização do condenado.⁶⁷

2.3. Jeremy Bentham

Jeremy Bentham foi um filósofo, jurista, iluminista, escritor prolífico, dotado de uma personalidade excêntrica⁶⁸, que nasceu em Londres, no ano de 1748. É conhecido por ser o criador do utilitarismo do direito, no qual criticava a existência do contrato social, um contrato imaginário que vinculava todos que vivem em sociedade. Para Bentham, as pessoas deveriam obedecer o Estado não pelo fato de existir um contrato social, mas sim por dever contribuir para a felicidade geral, que seria o resultado de um cálculo da natureza hedonista, ou seja, a soma do bem comum e das dores dos indivíduos⁶⁹.

A linha de raciocínio da teoria utilitarista confrontava diretamente os revolucionários franceses, que fundamentavam a existência dos direitos universais do homem no direito natural, já que, para Bentham, o sujeito só teria direitos na medida em que contribuísse para o bem-estar geral.

A teoria utilitarista teve grande importância na sua peleja pela reforma penitenciária, no sentido de que propôs a reforma do sistema prisional por um modelo que fosse capaz de garantir a dignidade da pessoa humana.

Passou a se dedicar à procura por esse modelo e, assim, surgiu o *panóptico*, um edifício dedicado ao cumprimento das penas privativas de liberdade, arquitetado de um

⁶⁶ GRECO, Rogério. Sistema prisional: Colapso atual e soluções alternativas, p. 117.

⁶⁷ GUERRA, Fernando Bejerano. John Howard: inicio y bases de la reforma penitenciária. Historia de la prisión, p. 13.

⁶⁸ GEIS, Gilbert. Pioneers in criminology – VII – Jeremy Bentham (1748-1832), 1955, p. 159.

⁶⁹ GRECO, Rogério. Sistema prisional: Colapso atual e soluções alternativas, p. 119.

modo que todo o seu interior pudesse ser visto de um único ponto. O edifício pode ser descrito da seguinte forma:

“O edifício é circular. Sobre a circunferência, em cada andar, as celas. No centro, a torre. Entre o centro e a circunferência, uma zona intermediária. Cada cela volta para o exterior uma janela feita de modo a deixar penetrar o ar e a luz, ao mesmo tempo que impedindo de ver o exterior – e para o interior, uma porta inteiramente gradeada, de tal modo que o ar e a luz cheguem até o centro. Desde as lojas da torre central se pode então ver as celas. Em contraposição, anteparos proíbem ver as lojas desde as celas. O cinturão de um muro cerca o edifício. Entre os dois, um caminho de guarda. Para entrar e sair do edifício, para atravessar o muro do cerco, só uma via é disponível. O edifício é fechado”⁷⁰.

O nome *panóptico*, de origem grega, é formado pelo prefixo *pan*, que significa totalidade e pelo sufixo *óptico*, que quer dizer visão; expressa o conceito de Bentham, “a faculdade de ver com um olhar tudo que nele se faz”⁷¹. Essa ideia está relacionada diretamente à preocupação com a segurança interna e externa⁷².

Não seria correto afirmar que o *panóptico* só teria preocupação com relação à segurança, pois o projeto também tinha uma função reabilitadora, permitindo a formação de pequenos grupos, após a classificação de cada indivíduo conforme sua perversidade, excluindo, assim, o sistema celular permanente. O trabalho também era incentivado, devendo ser produtivo e atrativo, extinguindo os trabalhos penosos e inúteis

O projeto de Bentham cumpre bem o seu papel de controle, custódia e intimidação. Porém, sua ideia de trabalho produtivo recebe duras críticas, pois não permitia o uso de máquinas, optando pela utilização massiva de mão de obra e pela produção em série⁷³. Foucault concorda com as críticas e afirma que a produtividade é praticamente zero. No entanto, o trabalho cumpre muito bem a sua função disciplinar.⁷⁴

Eventualmente os internos cometiam faltas e era preciso castigá-los. Apesar de Bentham não acreditar na efetividade dos castigos cruéis, era necessário criar uma forma de punir o faltoso, admitindo, assim, um castigo moderado, como o uso de um traje

⁷⁰BENTHAM, Jeremy. O panótico, p. 89.

⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de prisão, p. 69.

⁷²BENTHAM, Jeremy. El panótico, p. 40.

⁷³ MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. Cárcel y fábrica, p. 66.

⁷⁴ BENTHAM, Jeremy. El panótico, p. 23.

humilhante ou uma má alimentação, por exemplo, que acreditava-se que cumpriria bem a função da prevenção geral e especial⁷⁵.

O projeto do *panóptico*, com todos os conceitos, minuciosamente, formulados por Bentham, não chegou a ser realizado. Apesar disso, não se pode duvidar da importância das ideias que ele trouxe, pois conseguiu diminuir os castigos bárbaros e excessivos, além do fato de serem muito atuais. O país que mais recebeu a influência arquitetônica de Bentham foram os Estados Unidos, apesar de não terem colocado em prática todas as ideias. A Costa Rica construiu seu presídio mais famoso seguindo algumas características do *panóptico*⁷⁶.

3. Sistemas Penitenciários Clássicos

Com a publicação das ideias de Cesare Beccaria, John Howard e Jeremy Bentham, nascem, nos Estados Unidos, os primeiros sistemas penitenciários.

Bittencourt afirma que, além da influência da religião, os estabelecimentos prisionais da Holanda e da Inglaterra (conhecidos como Bridwells), dentre outros, não só tiveram influência na criação desses sistemas, como marcaram de forma definitiva o nascimento da pena privativa de liberdade como punição⁷⁷.

Dos muitos sistemas criados, este trabalho abordará o sistema pensilvânico ou celular, o sistema auburniano e os sistemas progressivos.

Antes de analisar-se cada sistema, faz-se necessário diferenciar sistemas penitenciários de regimes penitenciários. Enquanto o primeiro se relaciona com a doutrina e se realiza através de forma políticas e sociais constitutivas das prisões, o segundo está ligado à forma de administração dos estabelecimentos prisionais e obedece a uma série de preceitos legais⁷⁸.

3.1. Sistema Pensilvânico ou Celular

O sistema pensilvânico, também conhecido como filadélfico, belga ou celular, surgiu no ano de 1790, na prisão de *Walnut Street*, no Estado da Filadélfia, nos Estados

⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de prisão, p. 70.

⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de prisão, p. 73.

⁷⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal – Parte geral, p. 91.

⁷⁸ PIMENTEL, Manoel Pedro. Sistemas penitenciários, RT, 639, 1989, p. 25.

Unidos. Foi posteriormente introduzido nas prisões de Pittsburgh, em 1818; e em Western Penitentiary e Cherry Hill, Eastern Penitentiary, em 1829⁷⁹.

Alguns países da Europa também se tornaram adeptos desse sistema, como a Inglaterra, em 1835, a Bélgica, em 1838, a Suécia, em 1840, a Dinamarca, em 1846 e a Noruega e a Holanda, em 1851.

As pessoas que mais influenciaram esse sistema foram William Bradford e Benjamin Franklin. Este último disseminou os pensamentos de John Howard, em especial aqueles que se referem ao isolamento do preso, uma das principais características do sistema celular⁸⁰.

A *Eastern Penitentiary* foi projetada pelo famoso arquiteto Edward Haviland, ganhando grande visibilidade pela forma com que o regime penitenciário foi executado⁸¹. A arquitetura do prédio foi inspirada no *panóptico* de Jeremy Bentham⁸².

Esse sistema era baseado no isolamento celular absoluto, isto é, o preso era recolhido à sua cela, ficando isolado dos demais. Não tinha direito a trabalhar e a receber visitas. A leitura da bíblia era estimulada, para que pudesse refletir sobre o ato que cometeu e, assim, pudesse se arrepender.

Como se percebe, esse sistema era baseado na solidão e no silêncio, motivos que levaram a várias críticas: alegava-se que a proibição da comunicação entre os presos poderia ocasionar insanidade, dentre outras psicoses, além do fato de não possibilitar a ressocialização do condenado.

3.2. Sistema Auburniano

A necessidade de corrigir os defeitos e de superar as limitações do sistema filadélfico impulsionaram a criação de um novo sistema, denominado de sistema auburniano. Recebeu esse nome, pois a primeira prisão a implantar esse sistema foi construída em Auburn, no estado de Nova York, em 1818⁸³.

⁷⁹ PRADO. Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. 1, p. 645.

⁸⁰ BITENCOUT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, parte geral 1, p. 146.

⁸¹ PIMENTEL. Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade, p.137.

⁸² GRECO, Rogério. Sistema prisional: Colapso atual e soluções alternativas, p. 122.

⁸³ GRECO. Rogério. Curso de Direito Penal – parte geral, vol. 1, p. 478

O sistema de Auburn adotava a regra do silêncio absoluto, por isso era também conhecido como *silent system*. Os detentos eram proibidos de conversar entre si, só lhes era permitido trocar algumas palavras, em voz baixa, com os guardas, desde que tivessem autorização prévia⁸⁴. Melossi e Pavarini afirmam que esse silêncio absoluto é um instrumento essencial de poder, pois permite que poucas pessoas controlem muitas⁸⁵.

Essa rigidez do silêncio acarretou na criação de um sistema de comunicação entre os detentos, cujo diálogo passou a ser realizado pelas mãos. Também se comunicavam através de batidas nas paredes ou nos canos de água e tinham o costume de esvaziar as bacias dos sanitários, falando no que chamam de “boca do boi”. Essas práticas são utilizadas até hoje nos estabelecimentos penitenciários de segurança máxima⁸⁶.

Era considerado um sistema menos rigoroso que o anterior, pois permitia que os detentos trabalhassem em suas celas e posteriormente em pequenos grupos. Quem deixasse de observar alguma regra estaria submetido a castigos corporais, muitas vezes aplicados de forma coletiva, pois nem sempre era possível saber quem havia descumprido uma norma.⁸⁷

O trabalho era considerado um dos pilares do sistema auburniano, porém não logrou êxito por influências externas. O trabalho dos presos representava uma ameaça aos trabalhadores livres, sendo encarado como concorrência, em razão de ter um custo menor. Dessa forma, as associações sindicais se opuseram fortemente à atividade laboral dentro dos presídios. O caso mais emblemático ocorreu na prisão de *Sing-Sing*, inaugurada em 1827, onde ocorreram os embates mais graves entre autoridades penitenciárias e sindicatos. Além dos argumentos econômicos suscitados pelos sindicatos, os operários livres consideravam que ensinar um ofício ou técnicas de trabalho a detentos desvalorizava o ofício, além de não se sentiriam bem trabalhando ao lado de ex-presidiários⁸⁸.

O sistema celular e o auburniano contavam com uma ideologia de ressocialização do condenado, seja pelo trabalho, pelo isolamento, pelo ensino de princípios cristãos ou até mesmo pela imposição de castigos corporais. É verdade que há

⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, parte geral 1, p. 148.

⁸⁵ MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. Cárcel y fábrica, p. 208.

⁸⁶ PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade, p. 138.

⁸⁷ GRECO, Rogério. Sistema prisional: Colapso atual e soluções alternativas, p. 123.

⁸⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de prisão, p. 90.

divergências entre as vantagens e desvantagens de cada sistema. Por esse motivo, não havia consenso na escolha: a Europa optou pela implantação do primeiro, enquanto os Estados Unidos, pelo segundo. Nesse tempo, a Europa entendia que a mão de obra livre era suficiente para a sua demanda, necessitando que os estabelecimentos prisionais tivessem uma função de intimidação objetivando diminuir a criminalidade. Já os Estados Unidos tinham a concepção de que o sistema auburniano era mais econômico, pois permitia abrigar um número maior de condenados em cada estabelecimento penitenciário, evitando, assim, a construção de mais prisões, além do fato de ser permitido o labor na penitenciária, que era mais eficiente, produtivo e tinha um custo menor⁸⁹.

As causas do fracasso desse sistema estão ligadas ao à pressão que as sociedades sindicais exerceram contra o labor nos presídios, ao rigoroso regime disciplinar aplicado, que em certos pontos é comparado a um regime militar, e à aplicação de castigos cruéis e excessivos⁹⁰.

3.3. Sistemas Progressivos

No século XIX a pena de morte perdeu força, sendo abolida em muitos países, quando a pena privativa de liberdade passou a ser imposta definitivamente como forma de sanção a quem comete ilícitos. A pena de deportação e a de trabalhos forçados também era aplicada nessa época, porém, essas modalidades deixaram de ser, gradativamente, adotadas. Aos poucos, percebeu-se a importância de enxergar o cumprimento da pena como um sistema capaz de possibilitar o reingresso do preso à vida em sociedade⁹¹.

O ápice da pena privativa de liberdade se dá ao mesmo tempo em que os sistemas celular e auburniano caem em desuso, nascendo, assim, os sistemas progressivos. A natureza desse regime é retribuir e premiar o preso pelo seu bom comportamento durante um determinado lapso temporal, aumentando seus privilégios e possibilitando-o voltar a viver em sociedades antes do fim de sua condenação⁹².

⁸⁹ BITENCOUT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, parte geral 1, p. 150

⁹⁰ BITENCOUT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, parte geral 1, p. 149

⁹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de prisão, p. 96.

⁹² BITENCOUT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, parte geral 1, 151.

Os sistemas progressivos representam um marco, pois, além de diminuir a excessiva rigidez dos sistemas anteriores, levam em consideração a própria vontade do condenado.

3.3.1. Sistema Progressivo Inglês

A origem do sistema progressivo é atribuída ao capitão da Marinha Real, Alexander Maconochie, na Inglaterra, no século XIX⁹³. Maconochie ficou impressionado com o tratamento indigno dado aos presos que eram transferidos para a Austrália. Na condição de diretor de um presídio, na ilha de Norfolk, na Austrália, criou um sistema no qual o preso cumpriria a sua pena em três estágios⁹⁴.

Esse sistema também ficou conhecido como *mark system*, pois os detentos utilizavam marcas ou vales, que eram conquistadas diariamente, conforme o trabalho produzido e o comportamento, de forma que era necessário obter um certo número de marcas, conforme a gravidade do delito cometido, para a sua liberação. Em casos de indisciplina, os presos recebiam uma multa. Essa foi a forma que Maconochie encontrou de colocar o destino do condenado em suas próprias mãos, pois o tempo de condenação variava conforme a gravidade do delito, pelo trabalho desenvolvido no estabelecimento prisional e pelo bom comportamento⁹⁵.

Inicialmente, tinha-se o isolamento celular diurno e noturno, conhecido como período de provas, quando detento era completamente isolado com o objetivo de fazê-lo refletir sobre o ato que cometeu e se arrepender, como ocorria no sistema celular. Depois, tinha-se o trabalho em comum, sob a regra do silêncio, quando era permitido o trabalho comum durante o dia, mas devendo imperar a lei do silêncio, a exemplo do sistema de Auburn, e, à noite, era recolhido ao isolamento. Esse estágio é dividido em classes, e é nele que os detentos começam a utilizar as marcas, depois de obter um número pré-determinado de marcas e de certo lapso temporal, o preso passa para a classe seguinte, e assim vai, até chegar ao terceiro e último estágio. Por fim, concedia-se a liberdade condicional, quando, o detento que chegasse a esse ponto ganharia o direito de ter sua liberdade de volta, de forma limitada, já que tinha algumas restrições por um período de tempo.

⁹³ MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal – parte geral, p. 236.

⁹⁴ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – parte geral, vol. 1, p. 479.

⁹⁵ BITENCOUT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, parte geral 1, p. 152.

O sucesso de Maconochie foi reconhecido, sendo convidado para assumir a penitenciária de Birmingham, onde não obteve o mesmo sucesso por questões legais e burocráticas⁹⁶.

3.3.2. Sistema Progressivo Irlândes

Apesar de todo o sucesso do sistema progressivo inglês, acreditava-se que era preciso preparar melhor o interno para o retorno à vida em sociedade. Dessa forma, Walter Crofton, diretor das prisões na Irlanda, conhecendo o sistema criado por Maconochie, introduziu uma nova fase, denominada de período intermediário, que ficava entre o segundo e quarto período. Dessa forma o sistema progressivo irlandês tinha quatro fases: inicialmente, havia a reclusão celular diurna e noturna; depois, havia a reclusão celular noturna e trabalho diurno em comum; posteriormente, havia um período intermediário; por fim, concedia-se a liberdade condicional.

A primeira, a segunda e a quarta fase são exatamente iguais às do sistema progressivo inglês. A novidade é a terceira fase, denominada por Crofton como período intermediário, que era executada em prisões especiais, que não tinham muro e onde a disciplina era mais branda, quando o preso realizava seu trabalho no exterior da penitenciária⁹⁷.

O sistema progressivo foi bastante difundido nos últimos tempos, principalmente depois do congresso ocorrido em Berlim no ano de 1933. Apesar disso, a sua efetividade tem sido colocada em dúvida, tendo sofrido várias modificações ao longo dos anos.

3.4. Sistema de Elmira

Baseado no sistema progressivo irlandês, surge na cidade de Nova York, no ano de 1869, o reformatório de Elmira. O público alvo era reduzido, somente pessoas com idade entre 16 e 30 anos, que cometiam crimes pela primeira vez.

⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de prisão, p. 100

⁹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, parte geral 1, p. 153.

A sentença condenatória era relativamente indeterminada, uma vez que não continha a duração exata da pena, estabelecendo um tempo mínimo e máximo para que o sujeito permanecesse no reformatório.

Após ingressar no reformatório, as pessoas eram submetidos a um sistema de marcas, baseado no sistema de Maconochie e Crofton. Em razão de seu trabalho, obediência e orientação moral e religiosa recebiam essas marcas. Ao atingir a terceira fase do sistema, tinham direito ao livramento condicional, recebendo uma pequena quantia em dinheiro para que pudessem sobreviver nos primeiros dias livres. Ressalta-se que o exercício de um ofício era obrigatória, e a disciplina era do tipo militar⁹⁸.

O reformatório de Elmira passa a utilizar o esporte como uma forma de conseguir recuperar os reclusos, que a partir de 1876 passaram a fazer exercícios físicos diariamente⁹⁹.

Mesmo com o rigoroso sistema de seleção para admissão no reformatório de Elmira, não foi possível evitar a super lotação. O número de reclusos chegou a 1.500 em 1899, e o reformatório só possuía 500 celas. Em 1915 o sistema de Elmira entra em decadência, junto com os outros sistemas existentes nos Estados Unidos.

3.5. Sistema de Montesinos

O sistema de Montesinos, criado pelo Coronel Manuel Montesino e Molina, teve grande destaque em Valência, na Espanha, pois conseguiu reduzir o índice de reincidência, que girava em torno de 30 a 35%, para 1%, tendo desaparecido em alguns períodos¹⁰⁰.

Manuel Montesino e Molina nasceu no ano de 1796, em São Roque, no Campo de Gibraltar. Assim como John Howard, Montesinos experimentou a vida na prisão, quando foi capturado na praça de Zaragoza, durante a Guerra da Independência (1809), tendo passado três anos em um rigoroso estabelecimento prisional militar na região de Toulon, França¹⁰¹.

⁹⁸ OLIVEIRA, Edmundo. O futuro alternativo das prisões, p. 54.

⁹⁹ CERVELLÓ DONERIS, Vicenta. Derecho penitenciário, p. 72.

¹⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de prisão, p. 103

¹⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de prisão, p. 103

Montesinos assumiu o cargo de governador do presídio de Valência no ano de 1834¹⁰², e pode constatar que, apesar da evolução e das conseqüentes melhorias, após as reformas do século XVIII, ainda falhavam na preservação da dignidade das pessoas que cumpriam as suas penas privativas de liberdade. Dessa forma, promoveu várias mudanças, como, por exemplo, a eliminação do castigo corporal, a criação de um sistema de trabalho remunerado e a abolição do sistema celular. Era idealista e apaixonado pela tema penitenciário e acreditava como poucos na reabilitação do condenado, por isso fez constar na entrada do presídio que governava a seguinte frase: “aqui entra o homem, o delito fica na porta”¹⁰³.

O sucesso do sistema de Montesinos começou a receber críticas, principalmente dos produtores e dos artesãos livres, assim como aconteceu no sistema Auburniano, pois alegavam que a produção carcerária prejudicava seus negócios. Por conta da grande pressão popular, o governo acabou cedendo, retirando o apoio às ideias de Montesinos, o que reduziu drasticamente a produção carcerária. Inconformado, o coronel resolveu sair da direção do presídio de Valência e, assim, todas as conquistas foram esquecidas, pois houve um verdadeiro regresso no sistema prisional, que voltou a ser ineficiente para a ressocialização do condenado¹⁰⁴.

3.6. Sistema Borstal

O sistema Borstal surgiu na Inglaterra em 1902, quando um pequeno grupo de jovens condenados, se deslocaram para a cidade de Nottinghamshire, onde construíram moradia, inclusive para os que viessem no futuro. Se assemelhava ao Sistema de Elmira em relação a ser destinado a determinado grupo, no caso, jovens entre 16 e 21 anos de idade, que cometiam atos infracionais.

Ali era concebido o embrião do regime penitenciário aberto, onde a vigilância era reduzida, propiciando um maior contato com os familiares e amigos, tornando a volta a vida na sociedade livre mais fácil¹⁰⁵.

¹⁰² MIR PUIG, Carlos. Derecho penitenciário, p. 33.

¹⁰³ GRECO, Rogério. Sistema prisional: Colapso atual e soluções alternativas, p. 127.

¹⁰⁴ GRECO, Rogério. Sistema prisional: Colapso atual e soluções alternativas, p. 128.

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Edmundo. O futuro alternativo das prisões, p. 56.

CAPÍTULO II

OS FINS DA PENA, O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE.

1. Problemas atuais da pena de prisão

A pena de privação de liberdade ganhou destaque entre o fim do século XVIII e o início do XIX, vindo a ser considerada a principal sanção para quem cometesse ilícitos, substituindo as penas corpóreas e as de morte. Um ditado romano muito utilizado nas Idades Média e Moderna no continente europeu diz que a prisão “serve para guardar os presos e não para castigá-los”, pelo que se pode inferir que a prisão era uma medida de segurança¹⁰⁶.

A pena de prisão, apesar de todas as suas falhas e de toda a controvérsia que a matéria levanta, ainda é o meio de proteção social mais utilizado, constituindo o ponto central do sistema penal da maioria dos países¹⁰⁷.

Quanto ao local do cumprimento das penas privativas de liberdade – penitenciárias, presídios, cadeias públicas –, pode-se dizer que houve um grande regresso em sua utilização, mesmo com todo o movimento no sentido de humanizá-la¹⁰⁸.

Diversos países enfrentam, ou já enfrentaram, independente de seu nível de desenvolvimento, vários problemas relacionados à pena de prisão, como, por exemplo, a existência de estabelecimentos carcerários lotados na Europa, na América, na Ásia e no Oriente Médio; a ocorrência de violência sexual nos Estados Unidos; o isolamento absoluto dos detentos na Turquia; permanência de presos sem acusação no Egito; etc.¹⁰⁹.

A superlotação carcerária passou a ser uma regra das prisões. Nos países da América Latina isso fica muito evidente, uma vez que os condenados são jogados em verdadeiros “caixotes de cimento”, sendo considerados “fábricas de presos”, onde não é possível cumprir a pena de uma forma digna, o que acaba por atingir outros direitos dos

¹⁰⁶ SABADELL, Ana Lúcia. Algumas reflexões sobre as funções da prisão e da atualidade e o imperativo de segurança in Estudos de Execução Criminal, p. 29.

¹⁰⁷ CUELLO CALÓN, Eugenio. La moderna penologia, p. 258.

¹⁰⁸ GRECO, Rogério. Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas, p. 166.

¹⁰⁹ CARVALHO FILHO, Luís Francisco. A prisão, p. 29.

presos, alheios à sentença condenatória. E, assim, surgem as rebeliões e os crimes dentro dos próprios estabelecimentos prisionais, cometidos por presos e por agentes que possuem a obrigação de cumprir a lei e de manter a ordem no sistema prisional. Essa corrupção por parte dos agente estatais nos faz lembrar o que Howard relatou em sua obra, no século XVIII. No caso, os agentes penitenciários não recebiam remuneração por parte do Estado, razão pela qual passavam a explorar os presos, que precisavam pagar com favores, ou até mesmo com dinheiro, por itens necessários a sua sobrevivência e à vida digna, que, em tese, deveriam ser fornecidos pelo próprio Estado.

O século XX foi marcado por inúmeras tragédias ocorridas dentro dos estabelecimentos carcerários, com vários presos e agentes penitenciários mortos. Edmundo Oliveira seleciona alguns exemplos, dentre os quais destacamos: quarenta e três presos foram mortos por policiais na penitenciária de Attica, em Nova Iorque, no ano de 1791; cento e onze presos foram assassinados, em outubro de 1992, no estado de São Paulo, no episódio conhecido como Massacre do Carandiru; quatrocentos e cinquenta presos, árabes, tchetchenos e paquistaneses, todos seguidores do fundamentalismo islâmico, foram mortos, em novembro de 2001, no Afeganistão, por guardas do Regime da Aliança do Norte, que contou com o suporte dos Estados Unidos e da Inglaterra, que estavam em busca de Osama Bin Laden, líder da organização terrorista Al Qaeda¹¹⁰.

Apesar de receber muitas críticas, a pena de prisão é muito questionada no campo teórico, dos princípios, dos fins ideais ou abstratos, enquanto a sua aplicação tem sido deixada de lado, não sendo dada a atenção necessária para um ponto de grande importância, a do cumprimento da pena institucional¹¹¹. Para que a pena possa cumprir o seu fim, é necessário o respeito e a proteção das garantias fundamentais da pessoa.

2. Fins das penas

Muito se discute sobre a função da pena, como esta deve ser compreendida e se esta deve apenas repreender o sujeito que cometeu um ato ilícito ou impedir que novos atos infracionais sejam praticados. A pena seria um ato de vingança pública contra o autor do delito ou um instrumento inibidor de infrações penais, garantindo uma maior segurança para a vida em sociedade?

¹¹⁰ OLIVEIRA, Edmundo. O futuro alternativo das prisões, p. 8-9.

¹¹¹ BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão, p. 161.

Uribe entende que a função principal da pena está relacionada à necessidade de proteger os cidadãos que vivem em sociedade e à “saúde da república”, que é a suprema lei. O direito de aplicar penas é inerente à sociedade, ou seja, nasceu com essa forma de organização e, sem ele, a vida em comunidade não seria possível¹¹².

Discorrer sobre a função das penas é imperativo a este trabalho, já que, dependendo da teoria adotada, algumas exigências serão deixadas de lado, fundamentando, assim, as críticas ao sistema prisional. Exemplificando: se a ideia é a ressocialização do apenado, o sistema deve ser capaz de cumprir essa função; se a finalidade for de castigar o sujeito que cometeu um crime através da aplicação de uma pena privativa de liberdade, a preleção será outra.

As teorias sobre os fins das penas são divididas em absolutas e relativas. As teorias absolutas são aquelas que consideram a pena como um fim em si própria, isto é, um “castigo, reação reparação, retribuição” ao crime praticado. Já as teorias relativas advogam a ideia de que a função da pena deve ser a prevenção de futuros delitos¹¹³.

A teoria da retribuição não possui um objetivo socialmente útil, pois visa apenas castigar o delinquente pelo crime cometido, devendo ser justa, implicando em um lapso temporal correspondente ao ato infracional praticado. É considerada uma teoria absoluta, porque a pena é um fim em si mesma, não estando relacionado a nenhum fim social. Esse pensamento está presente na sociedade desde os tempos antigos e permanece vivo até hoje¹¹⁴.

A aplicação da pena como uma retribuição não possui nenhum ideal prático para a sociedade, pois não consegue extinguir de forma definitiva o indivíduo associal. Restringir a liberdade de uma pessoa sem um propósito não é a solução para alcançar a paz social que fora abalada, pois, já que a pena deve ser proporcional ao crime cometido e à conduta realizada pelo sujeito para que o ato fosse realizado, após a pena ser cumprida, a pessoa deve retornar à vida em sociedade, sendo imprescindível que conviva de forma

¹¹² LARDIZAL Y URIBE, Manuel de. Discurso sobre las penas, p. 156

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão, p. 204.

¹¹⁴ ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general, p. 81-82.

harmônica com os demais. Percebe-se que nessa teoria a pena só cumpre uma função: a de dar uma resposta imediata à sociedade¹¹⁵.

Em geral, a sociedade busca essa finalidade retributiva, pois encara a pena como uma forma de pagamento e de compensação pelo crime cometido, se satisfazendo com a aplicação de uma pena privativa de liberdade, pois, se for aplicada uma pena de multa ou restritiva de direitos, resta a sensação de impunidade.

A teoria retributiva surge no contexto do Estado Liberal, onde todas as pessoas eram consideradas iguais perante a lei. Porém, critica-se essa “igualdade” por se acreditar que o meio social em que cada indivíduo vive é capaz de influenciar a sua personalidade, uma vez que se percebe que a maioria dos que infringem a lei pertencem a classes sociais desfavorecidas.

Oscar Emilio Sarrule critica veementemente essa teoria, ao afirmar que a pena não deve ser uma maneira de atormentar o réu pelo ato que cometera, tentando modificar o ocorrido, pois isso não é possível e só gera uma espiral de violência¹¹⁶.

Embora a teoria retributiva seja bastante criticada, ela surgiu para limitar os abusos e arbítrios que eram cometidos na aplicação das penas, pois se a pena era uma retribuição a um mal que fora cometido, essa retribuição teria que estar relacionada ao mal praticado, ou seja, proibia os excessos que outrora foram praticados, já que não era permitido castigar além do fato praticado.

Por outro lado, a teoria relativa tem o objetivo de evitar que novos delitos sejam cometidos e é dividida em: prevenção geral, negativa e positiva e prevenção especial, negativa e positiva.

A prevenção geral negativa, também conhecida como prevenção por intimidação, se dá pela advertência à sociedade sobre o Direito Penal, ou seja, a sociedade é informada sobre as condutas que são caracterizadas como crime e quais são as suas penas. O sujeito que cometeu um ato ilícito e foi condenado sofre determinada pena, previamente instruída, e serve de exemplo aos demais.

¹¹⁵ RODRIGUEZ NUÑES, Alicia. Elementos básicos de investigación criminal, p. 360.

¹¹⁶ SARRULE, Oscar Emilio. Las crisis de legitimidade del sistema jurídico penal, p. 32. “A vingança implica uma paixão, e as leis, para salvar a racionalidade do Direito, devem ser isentas de paixão.”

A teoria da prevenção geral tem esse nome por não ter enfoque em um único sujeito e sim na comunidade, por meio de ameaças penais previamente instruídas, evitando que novos crimes semelhantes sejam cometidos¹¹⁷.

Zaffaroni afirma que essa teoria se baseia na utilização de uma pessoa para que o Estado alcance seus próprios fins¹¹⁸. Kant já alertava que o homem não é uma coisa, não podendo ser usado como meio, e sim como fim em si mesmo¹¹⁹.

A prevenção geral negativa é também conhecida como prevenção por intimidação, uma vez que a pena aplicada àquele que cometeu determinado delito tende a refletir na sociedade, com o objetivo de fazer as pessoas que estão inclinadas a cometer atos ilícitos repensem, ou seja, existe a esperança de fazer com que os indivíduos se comportem conforme o Direito.

Em relação à prevenção geral positiva, podem ser identificados três objetivos distintos: o efeito de aprendizagem, a confiança no Direito através da aplicação da justiça penal e a pacificação, quando a pena é aplicada a determinado sujeito que cometeu uma infração penal, tranquilizando a consciência jurídica geral. Este último fim se relaciona com a justificação das reações jurídico-penais, como o termo prevenção integradora¹²⁰.

A finalidade preventiva especial também se divide em negativa e positiva e traz uma abordagem sobre os fins das penas diferentes das já mencionadas nesse trabalho.

Por meio da prevenção especial negativa, busca-se retirar, momentaneamente, o delinquente da vida em sociedade, colocando-o num cárcere, evitando que novos delitos sejam cometidos por ele¹²¹.

Já a prevenção especial positiva consiste, basicamente, em fazer com que o delinquente não volte mais a delinquir¹²², tentando ressocializar o indivíduo, ou até mesmo

¹¹⁷ ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general, t. I, p. 89.

¹¹⁸ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugénio Raul; ALAGIÀ, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro, v. I, p. 120.

¹¹⁹ KANT, Immanuel. Princípios metafísicos, p. 85.

¹²⁰ ROXIN, Claus. Derecho penal – parte general, t. I, p. 91-92.

¹²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal, parte geral, tomo I, p. 54.

¹²² ROXIN, Claus. Derecho penal – parte general, t. I, p. 85.

socializá-lo, porque talvez este nunca tenha sido socializado, sendo considerada uma prevenção de socialização¹²³.

Percebe-se que a prevenção especial não busca atingir a sociedade em geral, e sim, apenas o autor do delito, objetivando evitar que ele volte a cometer novos delitos¹²⁴, devendo-se falar em uma finalidade de prevenção de reincidência¹²⁵.

A pena pode ser vista em duas óticas distintas: a primeira seria como um meio de intimidação, para que outras pessoas não venham a cometer ilícitos – prevenção geral negativa –; e, sob um outro enfoque, pode ser vista como um mecanismo para ganhar a confiança da sociedade na aplicação da lei penal¹²⁶.

Apesar de ser muito importante o estudo das funções das penas, estas não passam de argumentos teóricos em muitos países. Isso porque a falta de sensação de segurança é enorme, mesmo com muitas condutas sendo tipificadas como crimes e com a aplicação de sanções de penas de privação de liberdade, pois o número de infrações penais que são praticadas e que o Estado não toma ciência é enorme e, mesmo que tome conhecimento e os sujeitos sejam levados a julgamento, comprovadas as suas condutas, sendo-lhes aplicadas penas privativas de liberdade, eles continuam a cometer vários delitos dentro das instituições penitenciárias, controlando o tráfico de drogas dentro e fora dos estabelecimentos carcerários, estelionatos virtuais, etc.¹²⁷.

Focault enumera sete princípios essenciais para que as penas possam cumprir as suas funções, dentre as quais destacamos: o princípio da correção, segundo o qual o encarceramento deve ter como objetivo principal a mudança na conduta do delinquente; o princípio de modulação das penas, que afirma que a pena pode ser alterada conforme o seu progresso ou recaídas; o princípio do trabalho como obrigação e como direito, que determina que o trabalho é uma ferramenta essencial na mudança do comportamento dos presos¹²⁸.

¹²³ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal, parte geral, tomo I, p. 55.

¹²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal – parte geral, p. 81.

¹²⁵ ESER, Resozialisierung in der Krise?, Peter-FS, 1974, p. 511, *apud* DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal, parte geral, tomo I, p. 54.

¹²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal, parte geral, tomo I, p 48-49.

¹²⁷ GRECO, Rogério. Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas.

¹²⁸ FOCALULT, Michel. Vigiar e Punir, p. 224-225.

Além dos princípios, Foucault utiliza o termo modulação das penas, transmitindo a ideia de que a pena poderá ser modificada conforme o comportamento do condenado, o que é diferente da progressão de regime, de acordo com os requisitos objetivos e subjetivos.

3. Proteção das pessoas privadas de liberdade.

Não seria incorreto afirmar que a pena de prisão está à beira da falência, ainda que alguns discordem, afirmando que o problema não é a pena de prisão em si, e sim a sua execução. Há quem afirme que a ideia de ressocialização não atinge o seu objetivo¹²⁹.

Por esse motivo, a pena de prisão ganhou um debate internacional sobre a sua aplicação, sobre o local onde essa restrição de liberdade deveria ocorrer, bem como por quanto tempo.

Foi assim, que, no ano de 1925, surgiu um projeto da Comissão Penitenciária Internacional, estabelecendo regras internacionais mínimas para a execução das penas privativas de liberdade. O resultado desse projeto culminou na criação de regras mínimas para o tratamento dos reclusos, que foi aceito no primeiro Congresso das Nações Unidas que trata sobre o tema de prevenção do crime e do tratamento dos delinquentes, realizado em Genebra, na Suíça, no ano de 1955.

No continente europeu, essas regras mínimas de 1955 tiveram desdobramentos. Em 1973, o Comité de Ministros do Conselho da Europa aprovou as Regras Penitenciárias Europeias, com uma nova redação, aperfeiçoada em alguns pontos, que veio a sofrer uma revisão no ano de 1987, quando surgiu a Recomendação do Comité de Ministros n.º 87(3)¹³⁰.

Outro importante documento internacional que trata da temática das pessoas privadas de liberdade é o Manual de Direitos Humanos para Juízes, Promotores de Justiça e Advogados, elaborado pela International Bar Association, com a colaboração do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, que dedica o capítulo 8 aos padrões internacionais para a proteção de pessoas

¹²⁹ AYUSO VIVANCOS, Alejandro. Visión crítica de la reeducacion penitenciaria en España, p. 16.

¹³⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo Olhar sobre a questão penitenciária, p. 71.

Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Desumanas ou Degradantes, Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais, Carta Social Europeia, Convenção Interamericana de Direitos do Homem, Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos e a Carta Árabe de Direitos dos homens, são outros importantes documentos que tratam da situação da pessoa condenada a uma pena privativa de liberdade¹³¹.

Percebe-se que há uma tendência crescente, no tocante ao reconhecimento dos direitos fundamentais, das pessoas condenadas a penas privativas de liberdade, não atingidos na sentença condenatória¹³².

3.1. Reconhecimento dos direitos fundamentais dos reclusos

A utilização do termo direitos fundamentais serve para expressar o conjunto de direitos da pessoa humana, expressamente ou implicitamente reconhecidos por uma determinada norma constitucional¹³³. A efetivação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais como núcleo de proteção da dignidade humana é responsável por grandes avanços do Direito Constitucional¹³⁴.

A Constituição portuguesa prevê que todos os cidadãos gozam dos direitos e dos deveres consolidados na Constituição¹³⁵. Já o texto constitucional brasileiro afirma que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo assegurado aos brasileiros e residentes estrangeiros os direitos fundamentais.¹³⁶

Embora o texto da constituição brasileira faça referência aos brasileiros e aos residentes estrangeiros, a interpretação dessa norma deve ser feita com base no princípio da universalidade. Dessa forma, todas as pessoas, pelo simples fato de serem pessoas, serão

¹³¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo Olhar sobre a questão penitenciária, p. 71.

¹³² BOVINO, Alberto. Justiça penal y derechos humanos, p. 121.

¹³³ VIERIA, Oscar Vilhena. Direitos fundamentais – uma releitura da jurisprudência do STF, p. 36.

¹³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. Curso de Direito Constitucional, p. 231.

¹³⁵ Art. 12º da Constituição da República Portuguesa.

¹³⁶ Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

titulares de direitos e deveres fundamentais¹³⁷. Essa universalidade poderá ser alargada ou restringida, conforme a análise do caso concreto¹³⁸.

O cumprimento de uma pena restritiva de liberdade não pode ser confundida e nem ser assemelhada a uma pena de banimento. A reclusão carcerária não pode ser vista como um “espaço de quase não direitos”, onde o Estado não respeita o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais¹³⁹.

A codificação de regras mínimas para o cumprimento de penas de privação de liberdade representou um grande avanço na garantia dos direitos fundamentais não atingidos na sentença condenatória, e, assim, os tribunais superiores começaram a reconhecer a titularidade dos direitos fundamentais do recluso.

A Suprema Corte Americana reconheceu o direito dos reclusos a expor sua situação ao controle judicial, no ano de 1961, no caso *Monroe v. Pape*. Desse momento em diante, os reclusos poderiam fazer queixas oficiais aos tribunais, reclamando da superlotação, condições desumanas, etc.¹⁴⁰. Esse julgado é um marco, pois nos Estados Unidos da América vigora a política de não interferência na execução da pena.

Na Alemanha, em 1972, o Tribunal Constitucional, reconhecendo os direitos fundamentais dos reclusos, estabeleceu que a limitação desses direitos só poderia acontecer para proporcionar a ordem e a segurança dos estabelecimentos carcerários¹⁴¹. Vindo a ser promulgada a lei de execução de medidas relativas as penas privativas de liberdade, em 1977¹⁴².

Em Portugal, foi promulgado, no ano de 1979, o Estatuto do Recluso, que, em seu artigo 4.º, n.º 1, afirmava que o recluso manteria a titularidade de seus direitos fundamentais, salvo aquelas limitações impostas na sentença condenatória e as impostas para a manutenção e a ordem do estabelecimento em que se encontra¹⁴³. Essa é a redação

¹³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINON, Luis Guilherme. MITIDEIRO, Daniel. Curso de Direito Constitucional, p. 316.

¹³⁸ CANOTILHO, Joaquim José. Direito constitucional e teoria da constituição, p. 328.

¹³⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária, p. 52.

¹⁴⁰ Case *Monroe v. Pape*. 365 U.S. 167 (1961)

¹⁴¹ BVerfGE 33, I, jZ, 1972.

¹⁴² RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo Olhar sobre a questão penitenciária, p. 69.

¹⁴³ Decreto-Lei nº 265/79.

do artigo 30.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa¹⁴⁴ e do artigo 6.º do Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade¹⁴⁵, que revogou o DL 265/79.

No Brasil, o Estado Democrático de Direito adveio junto com a Constituição Federal de 1988¹⁴⁶, trazendo em seu bojo as garantias constitucionais. A lei de execução penal, datada do ano de 1984, garante, em seu artigo 3, que o condenado e o internado mantêm todos os direitos não atingidos pela sentença.

4. Cumprimento da pena de prisão

A problemática da execução da pena de prisão, apesar de ser mais acentuada nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, não lhes é particular. A exemplo dos Estados Unidos da América, que deixa de observar diversos direitos fundamentais, alegando que estão diante de situações extraordinárias e de pessoas excepcionais, como ocorre nos casos de suspeita de terrorismo¹⁴⁷.

4.1. Estados Unidos

Os Estados Unidos da América se enquadram no que se denomina país desenvolvido, encontrando-se na vanguarda de várias tecnologias, e possui um dos maiores índices de desenvolvimento humano (IDH) do mundo. Mesmo assim, o seu sistema carcerário é marcado de forma negativa, existindo um movimento chamado de “lei e ordem”, que promove uma verdadeira “cultura da prisão”¹⁴⁸.

Essa “cultura da prisão” se deve ao fato de muitas cidades americanas terem percebido o quão rentável, após a superação do preconceito, é ter estabelecimentos penitenciários em seus territórios, não só na fase da construção, mas também na geração de empregos. A rentabilidade também se relaciona ao surgimento de empresas especializadas

¹⁴⁴ Vide Constituição da República Portuguesa

¹⁴⁵ Decreto-Lei nº 115/2009.

¹⁴⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Art. 1º.

¹⁴⁷ GRECO, Rogério. Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas, p. 171. “O campo de detenção da Baía de Guantánamo, nome oficial da prisão militar americana, é parte integrante da Base Naval Americana na Baía de Guantánamo; ...a base abrigava três campos de detenção: Camp Delta, Camp Iguana e Camp X-Ray; Nesses campos, os presos eram mantidos em condições desumanas, submetidos a toda sorte de torturas que, diga-se de passagem, eram permitidas formalmente pelo governo americano, com a desculpa de que deviam, em seus interrogatórios, obter um número maior de informações possíveis ao combate ao terrorismo.

¹⁴⁸ BIANCO, Alicia. Prisoners` Fundamental Right to Read: Courts Should Ensure that Rational Basis is Truly Rational *in* Law Review from Roger Williams University, vol. 21, winter 2016, p. 1.

na produção e no fornecimento de materiais essenciais à manutenção desses estabelecimentos, como equipamentos de segurança, vestuário, algemas e alimentação.

Na vanguarda de certas tecnologias, é creditado aos Estados Unidos a criação das *Super Maximum Security (Supermax)*. São estabelecimentos carcerários de segurança máxima, projetados para abrigar elementos de alto grau de periculosidade. Assemelham-se a alguns sistemas clássicos, devido à rigidez com que os condenados são tratados: passam vinte e três horas por dia em celas individuais, só lhes sendo permitido permanecer uma hora fora do isolamento celular, além de trabalho, esporte e estudo não serem encorajados.¹⁴⁹

Entre essas penitenciárias *Supermax*, uma ficou bastante famosa, a Alcatraz, situada na ilha de mesmo nome, na baía de San Francisco, no estado da Califórnia. Foi considerada umas das prisões mais seguras do mundo, para onde eram enviados os condenados mais perigosos, como, por exemplo, James Withey Burguer, mundialmente famoso como Al Capone. Funcionou durante vinte e nove anos, encerrando suas atividades no ano de 1963, depois de o promotor de justiça Robert Kennedy ter demonstrado o alto custo de sua manutenção, três vezes maior que o de qualquer outra penitenciária.

Outra prisão norte americana que ganhou grande destaque na mídia internacional nos últimos anos é a prisão militar localizada na Baía de *Guantánamo*, em Cuba, que abriga três campos de detenção: *Camp Delta*, *Camp Iguana* e *Camp X-Ray*. No entanto, “supostamente”¹⁵⁰ eram praticadas torturas e outras atrocidades contra afegãos e iraquianos, normalmente ligados à organização criminosa Al Qaeda, semelhante ao que acontecia no período que antecedeu o séculos das luzes.

Após muitas reivindicações das organizações internacionais de Direitos Humanos contra a prisão de *Guantánamo Bay*, esta foi fechada no dia 22 de janeiro de 2009, por ordem do então presidente dos Estados Unidos, Barack Obama¹⁵¹.

¹⁴⁹ Anistia Internacional, Informe 2015/2016 p. 124 “Uso do regime de isolamento nidades do Serviço Federal de Prisões apontava diversas inadequações do sistema, inclusive relativas à saúde mental e aos programas de readaptação de internos que passaram períodos prolongados em isolamento.”

¹⁵⁰ INFORME 2006, El Estado de Derechos Humanos en el mundo, p. 191.

¹⁵¹ FELLET, João. No alvo de Obama, prisão em Guantánamo coleciona polêmicas. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160223_obama_guantanamo_fs_jf>

Os norte americanos utilizaram também uma prisão construída pela Inglaterra, na cidade de Abu Ghraib, localizada no Iraque, quando este ainda era uma colônia inglesa. Este lugar de detenção era utilizado pelo governo ditatorial de Saddam Hussein, que enviava aqueles que se punham contra ele. Com a queda do ditador e a invasão americana, o estabelecimento carcerário de Abu Ghraib, mesmo nome da cidade, continuou a ser utilizado como lugar de tortura, agora contra o povo iraquiano, que estaria supostamente envolvido com organizações terroristas.

A Cruz Vermelha Internacional divulgou dados alarmantes que afirmam que 90% dos presos em Abu Ghraib não eram culpados das acusações que lhes foram atribuídas¹⁵². Também, depois de muita pressão das organizações internacionais de Direitos Humanos, os Estados Unidos declararam o seu fechamento no ano de 2006. Porém, uma exigência da comunidade internacional, a sua demolição, não foi cumprida, e, posteriormente, ela foi reaberta, com o nome de Prisão Central de Bagdá.

Além da prática de tortura ter sido empregada de forma habitual, esse não foi o único fato que atentou contra os direitos fundamentais do homem. O ex-presidente norte-americano George W. Bush empregou esforços no sentido de impedir que a Suprema Corte Americana julgasse os *habeas corpus* dos que eram mantidos nessas prisões do terror, alegando que não poderia exercer jurisdição fora do território norte americano. Porém, a Suprema Corte entendeu que os presos teriam direito a ter seus casos sob a égide do controle judicial, reconhecendo, assim, o direito à petição. Inconformado com o posicionamento adotado pela Corte, o governo americano decidiu criar comissões militares no ano de 2006, que tinham como objetivo julgar os cidadãos estrangeiros, considerados combatentes inimigos ilegais, e eram dotadas de autorização expressa acerca da violação de normas internacionais, permitindo a prova obtida através de atos de tortura, por exemplo¹⁵³.

Saliente-se que todas essas atrocidades foram cometidas após a Suprema Corte Americana reconhecer, primeiramente, em 1964, que os condenados mantinha alguns de

¹⁵² Report of the international committee of the Red Cross (ICRC) on the treatment by the coalition forces of prisoners of war and other protected persons by the Geneva Conventions in Iraq during arrest, internment and interrogation. Disponível em: <<http://www.antiwar.com/rep/red-cross-report.pdf>>

¹⁵³ Military Commissions Act Of 2006, Public Law 109-366—OCT. 17, 2006, disponível em: <https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/PL-109-366.pdf>

seus direitos constitucionais, podendo se dirigir aos tribunais para denunciar quem não os respeitasse, no caso *Cooper v. Pate*¹⁵⁴. Dez anos depois, em 1974, no caso *Pell v. Procunier*, a Suprema Corte reconheceu que os presos mantinham todos os direitos da primeira emenda que não fossem incompatíveis com o seu *status* de recluso¹⁵⁵.

Outro interessante julgado ocorreu no caso *Turner v. Safley*, no qual a Corte se posicionou afirmando que, quando uma regulamentação de um instituto carcerário colide com um direito constitucional do interno, esta só será válida se for pra atender os interesses legítimos da pena¹⁵⁶.

4.2. Brasil

A Constituição Federal de 1988 foi revolucionária, pois trouxe, além de inúmeros dispositivos inéditos, o Estado Democrático de Direito, elencando o princípio da dignidade humana como um de seus fundamentos, encerrando, assim, um triste passado de regime ditatorial.

O título II da carta magna brasileira traz os direitos e garantias fundamentais, afirmando que todos são iguais perante a lei e proibindo com veemência a tortura e os tratamentos desumanos e degradantes.

Afirma ainda, nesse mesmo título, que a lei é responsável por regular a individualização da pena, possibilitando a aplicação de penas de privação ou restrição de liberdade, de perdas de bens, de multa, de prestação social alternativa e de suspensão ou de interdição de direitos, sendo assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral¹⁵⁷.

Com relação às pessoas privadas de liberdade, a legislação especial, a Lei de Execução Penal, trata dos seus direitos e deveres, afirmando, desde logo, que todos os outros direitos fundamentais, não atingidos pela sentença, serão mantidos¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Case *Cooper v. Pate*. 378 U.S. 546 (1964)

¹⁵⁵ Case *Pell v. Procunier*. 417 U.S. 817(1974)

¹⁵⁶ Case *Turner v. Safley*. 482 U.S 78 (1987)

¹⁵⁷ Constituição da República Federativa do Brasil 1988, artigo 5º, XLVI, XLIX.

¹⁵⁸ LEP, artigo 3º.

Pela leitura da Constituição Federal Brasileira, parece não restar dúvidas sobre o reconhecimento dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade. Contudo, o grande problema é a sua efetivação.

Recentemente, o Superior Tribunal Federal, órgão de instância máxima da justiça brasileira, guardião da Constituição Federal¹⁵⁹, em um julgado, transmitiu a ideia de que tem um entendimento diferente do texto que deve proteger, qual seja, a própria Constituição, que prevê, no seu artigo 5.º, LVII, que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença condenatória. Porém, em recente decisão, o STF entendeu que a prisão após o julgamento de segunda instância não ofende o princípio da presunção de inocência. Segundo afirma o relator, o Ministro Teori Zavascki, “a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena”¹⁶⁰.

Um ajudante geral foi condenado, em primeira instância, a uma pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, por um crime de roubo. A defesa recorreu ao Tribunal de Justiça de São Paulo, que manteve a decisão do juízo a quo e mandou que fosse expedido um mandado de prisão. A defesa alegou que a expedição do mandando afronta o princípio da presunção de inocência e o próprio entendimento do STF, que até então entendia que a execução da pena só deveria ser iniciada após o trânsito em julgado da sentença condenatória¹⁶¹. Percebe-se uma tendência em modificar o entendimento do próprio tribunal, porém há uma divergência considerável, visto que quatro ministros votaram contra o relator.

Essa decisão pode influenciar de forma direta o sistema penitenciário, pois, se esse entendimento vier a ser consolidado, o número de presos irá aumentar substancialmente.

Não é difícil perceber que o sistema penitenciário brasileiro está um caos, clamando por reformas, necessárias e urgentes, pois atualmente não é capaz de garantir os

¹⁵⁹ (ADI 2.010-MC, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 30-9-1999, Plenário, DJ de 12-4-2002.

¹⁶⁰ (HC) 126292, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 17-02-2016, Plenário.

¹⁶¹ (STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010

direitos fundamentais dos que ali se encontram, sejam os condenados ou as pessoas que ali exercem sua função, além de não propiciar o cumprimento da função da pena¹⁶².

Notícias que tratam sobre o tema são corriqueiras, que alertam sobre a questão da superpopulação carcerária e da falta de estrutura dos estabelecimentos carcerários brasileiros. Um dos casos mais graves de abandono às pessoas condenadas à privação de liberdade aconteceu no estado do Espírito Santo, que, por falta de vagas nos estabelecimentos dedicados ao cumprimento da pena de prisão, alojou presos dentro de contêineres¹⁶³, que facilmente alcançam a temperatura interna de 50° C¹⁶⁴.

Em 2009, um *habeas corpus* impetrado por um dos presos que estava dentro de uma cela do tipo contêiner foi julgado pela sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu, por unanimidade, a violação ao princípio da dignidade humana, concedendo-lhe o benefício da prisão domiciliar e estendendo-o a todos os outros que se encontravam na mesma situação que o impetrante, afirmando categoricamente que “não se combate a violência do crime com a violência da prisão¹⁶⁵. O ministro Nilson Naves, relator do HC, reconheceu que a prisão em questão fere a Constituição brasileira, as leis infraconstitucionais e os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos de que o Brasil é signatário. O caso foi denunciado à Organização das Nações Unidas, cujo dossiê do caso foi entregue ao Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, em 2009¹⁶⁶.

Outro estado brasileiro que sofre com a crise carcerária é o Ceará, onde o crime organizado tomou conta dos estabelecimentos penitenciários, unindo facções rivais e se fortalecendo. Atualmente, todos os locais de reclusão encontram-se acima da capacidade máxima. A casa de privação provisória de liberdade Desembargador Francisco Adalberto de Oliveira Barros Leal, mais conhecida como Carrapicho, construída em 2006, possui 1032 (um mil e trinta e dois) internos, quando a sua capacidade máxima é estimada em 700 (setecentos) detentos. As celas são úmidas, escuras, mal ventiladas e com odor de mofo,

¹⁶² GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral, Vol. 1. P. 489. Código Penal Brasileiro, art. 59º.

¹⁶³ Moderno Dicionário de Português Michaelis. Conceito de contêiner: Caixa grande que acondiciona carga para transporte.

¹⁶⁴ GUIMARÃES, Thiago. Espírito Santo deixa presos em contêiner. Folha de São Paulo, 9 de julho de 2006.

¹⁶⁵ STJ - HABEAS CORPUS : HC 142513 ES 2009/0141063-4.

¹⁶⁶ Violação de Direitos Humanos no sistema prisional do Espírito Santo/Atuação da Sociedade Civil. Maio de 2011. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Justiça_relatorio_ES_final.pdf>

abrigando até 16 (dezesesseis) pessoas em seu interior, quando foram projetadas para 6 (seis) pessoas. Da população carcerária, 567 (quinhentos e sessenta e sete) são presos provisórios, que aguardam julgamento, 394 (trezentos e noventa e quatro) são condenados, no regime fechado e 64 (sessenta e quatro), no regime semiaberto.¹⁶⁷

4.2.1. Lei de execução penal

No Brasil, a execução das penas é regulamentada pela lei nº 7.210/1984. Essa lei também dispõe sobre as assistências do Estado e sobre os direitos e os deveres dos presos.

Para que haja garantias constitucionais, é necessário observar o princípio de humanização da pena, devendo-se entender que o condenado é sujeito portador de direitos e deveres que deverão ser respeitados¹⁶⁸.

Apesar de o artigo 3º da lei 7.210 reconhecer que todos os direitos não atingidos pela sentença condenatória são assegurados ao apenado, veremos que na prática não é bem assim.

Este trabalho não comporta uma análise de todos os 204 artigos presentes na lei, motivo pelo qual somente alguns dispositivos serão comentados, os que mais poderiam auxiliar o processo de ressocialização dos apenados.

A assistência ao preso é dever do Estado, que deve prezar pela prevenção do crime, orientando a vida em sociedade, conforme dispõe o capítulo II da lei 7.210/84, que trata da assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; e que tem por objetivo resguardar o princípio da dignidade humana¹⁶⁹.

A assistência material, prevista nos artigos 12º e 13º da LEP, consiste no fornecimento de alimentação, de vestuário e de instalações higiênicas aos presos e internados, ainda que se permita, em certas ocasiões, o recebimento de alimentação trazida por familiares ou amigos. Segundo as regras mínimas da ONU, o preso deverá receber refeições nas horas usuais, bem preparadas e servidas, com um valor nutricional

¹⁶⁷ Relatório da Comissão de Direito Penitenciário da OAB sobre a casa de privação provisória de liberdade Desembargador Francisco Adalberto de Oliveira Barros Leal, março de 2016.

¹⁶⁸ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Comentário à lei de execução penal, p. 7.

¹⁶⁹ MARCÃO, Renato. Curso de execução penal, p. 50

adequado¹⁷⁰. Os presos que não possuem autorização para usar roupas próprias deverão receber um conjunto de roupas condizente com o clima da localidade onde se encontra recluso. A higiene pessoal e a limpeza da cela é um dever do preso, devendo a administração do cárcere propiciar meios e condições para que os internos cumpram esse dever¹⁷¹.

Em relação à assistência à saúde, previsto no artigo 14º da LEP, é assegurado ao interno o tratamento preventivo e curativo, compreendendo atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Apesar de existir lugar destinado ao tratamento dos presos na maioria dos estabelecimentos carcerários, o atendimento é muito precário, principalmente devido à falta de profissionais da saúde. O parágrafo segundo do referido artigo assegura o direito do preso de ser tratado fora do estabelecimento carcerário, com autorização da administração, quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para garantir a assistência médica necessária. Os tribunais de justiça têm concedido o benefício da prisão domiciliar quando a falta de tratamento e acompanhamento médico pode colocar em risco a vida do preso, devido à doença que lhe acomete¹⁷². O artigo 43 da LEP permite, ainda, que o interno contrate um médico de sua confiança, ficando o tratamento sob sua responsabilidade e encargo.

A assistência jurídica aos presos que não possuem condições financeiras de custear advogado sem prejuízo do seu sustento próprio e de sua família é prevista no artigo 15 da LEP. O acompanhamento jurídico é de suma importância, especialmente no caso de presos provisórios, já que a intervenção de um advogado poderá interferir diretamente no seu julgamento, diminuindo uma possível pena ou até mesmo conseguindo a absolvição do acusado. Já para os presos condenados, o advogado tem um papel de proteção no cumprimento da execução da pena¹⁷³.

A assistência educacional compreende o ensino escolar e a formação profissional do preso, prevista no art. 17 da LEP. É de extrema importância no processo de ressocialização do apenado. Seguindo o preceito das regras mínimas da ONU, o artigo 18 afirma que o ensino de primeiro grau será obrigatório.

¹⁷⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal, p. 66.

¹⁷¹ Art. 39 da lei 7.210/84

¹⁷² STJ, 6ª T., rel. Min. Anselmo Santiago, DJU, 8-4-1996, p. 10490.

¹⁷³ MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal, p 72.

A assistência social, prevista no artigo 22 da LEP, também é de extrema importância no processo de ressocialização do interno. Consiste na aplicação de conhecimentos, teorias e doutrinas, que constituem a ciência do serviço social, para a tentativa de amenizar as dores e as angústias dos presos. A ONU, reconhecendo a importância dessa assistência, recomenda uma assistência social individual, de forma que se possa analisar a particularidade de cada pessoa¹⁷⁴.

O homem é considerado um ser ético e, por isso, pode ou não ter necessidades espirituais. Se o preso possuir essas necessidades, o Estado deverá atuar objetivando supri-las, garantindo-lhe a liberdade de culto, conforme atesta o artigo 24 da LEP¹⁷⁵.

O trabalho dos apenados, previsto no capítulo III da lei 7.210/84, deverá ter finalidade educativa e produtiva, devendo ser remunerado, cujo valor não poderá ser inferior a três quartos do salário mínimo vigente. Em relação ao preso condenado, o artigo 31 da LEP prevê a obrigatoriedade do trabalho, na medida das suas aptidões e capacidades, assim como ocorre na maioria dos ordenamentos jurídicos europeus, a exemplo da Espanha e da Itália, de acordo com as regras mínimas da ONU¹⁷⁶.

A separação dos presos é de extrema necessidade, pois, dividindo-os em grupos homogêneos, é mais fácil prestar o tratamento penitenciário adequado. Tanto a LEP, quanto as regras mínimas da ONU preveem a separação dos presos provisórios dos condenados, nos artigos 84 e n.º 8.b, respectivamente. Pois, embora todos estejam sujeitos à mesma disciplina no estabelecimento penitenciário, os presos provisórios não estão sujeitos a algumas restrições e limitações que os condenados, estando recolhidos apenas como uma medida cautelar, sendo aplicados a eles o princípio da presunção de inocência¹⁷⁷.

¹⁷⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal, p 78-79.

¹⁷⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal, p 83.

¹⁷⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária, p. 98 e 99. “O trabalho penitenciário está consagrado, na generalidade dos países europeus, como um dever para os reclusos condenados...os instrumentos normativos resultantes da Organização Internacional do Trabalho (OIT) – convenções 29 e 105 da OIT -, quer a Convenção de Roma (artigo 4º), ou mesmo o Pacto Internacional de Direitos Civis e políticos (artigo 8º), reconhecem a legalidade da imposição do trabalho prisional aos condenados, distinguindo claramente a atividade laboral de qualquer concepção de trabalho forçado. Sobre o dever de trabalhar, ligando-o à ideia de << responsabilização do recluso >> a que se faz apelo expressamente no Decreto-Lei n.º 265/79 (artigo 2.º, n.º1).” Faz-se uma pequena ressalva, pois o decreto-lei n.º 265/79 foi substituído pela lei 115/2009 (artigo 41).

¹⁷⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal, p 254.

Essa separação, no entanto, permanece apenas no campo teórico. Pode-se citar, como exemplo, o caso do presídio feminino do Ceará, que possui 759 (setecentos e cinquenta e nove) internas, superando e muito a sua capacidade máxima de (trezentos e setenta e quatro) vagas. Desse universo, 606 (seiscentas e seis) estão presas provisoriamente, convivendo com as que foram julgadas¹⁷⁸.

Em relação aos estabelecimentos e aos regimes, a LEP afirma que as penas privativas de liberdade devem ser executadas de forma progressiva, isto é, os méritos do condenado devem ser levados em consideração para a progressão para um regime mais brando. Por outro lado, também é possível ocorrer a regressão de regime, caso o apenado venha a ter um mau comportamento.

O trabalho é uma das formas de remissão da pena: a cada três dias trabalhados, um dia é remido. Por ser um direito do condenado, muito se discute quando, por incapacidade administrativa do Estado, não é fornecido trabalho aos presos. Nesse sentido, tem-se o pensamento de Rogério Grecco, que afirma que “se o Estado não está permitindo que o preso trabalhe, este não poderá ficar prejudicado no que diz respeito à remissão de sua pena. Assim, excepcionalmente, deverá ser concedida a remissão, mesmo que não haja efetivo trabalho”¹⁷⁹.

Contudo, alguns autores se posicionam de forma contrária a esse pensamento, afirmando que o fato de a lei mencionar que o trabalho é um direito do condenado não lhe garante nem lhe gera, de fato, uma vaga em uma posição de trabalho. São apenas princípios programáticos, como faz o texto constitucional que afirma que todos têm direito ao trabalho, à educação e à saúde, por exemplo, quando a realidade mostra um situação precária, com milhares de pessoas desempregadas, instaladas nos corredores dos hospitais por falta de leitos, vivendo à margem da sociedade, desprovidos das condições mínimas de sobrevivência¹⁸⁰.

Não é justo que, por má administração pública, ou qualquer outra hipótese, que não seja culpa do preso, não se permita o trabalho dentro do próprio estabelecimento

¹⁷⁸ Tabela de situação das internas do Instituto Penal Feminino Desembargadora Auri Moura Costa, 30/03/2016.

¹⁷⁹ GRECCO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, vol.1, p. 508.

¹⁸⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto, *Manual de Direito Penal*, parte geral, v.1, p. 436.

penitenciário, prejudicando o direito à remissão da pena. Quanto ao pagamento, não se entende ser justo receber sem trabalhar, pois configurar-se-ia um enriquecimento ilícito.

O sistema penitenciário brasileiro, em regra, encontra-se falido, consoante se observa com os presídios lotados, alguns interditados, sem poder receber novos presos, por decisão judicial. Existem pouquíssimos locais para o cumprimento da pena no regime semiaberto¹⁸¹, como as colônias agrícolas, industriais ou similares. O que acontece quando o apenado tiver preenchido os requisitos objetivos e subjetivos para a progressão de regime e não tiver vagas? O Supremo Tribunal Federal se posicionou, recentemente, sobre a falta de vagas nos estabelecimentos penitenciários afirmando que a falta de estabelecimento penal adequado não permite a manutenção do condenado em regime mais gravoso¹⁸². Esse entendimento visa efetivar as garantias fundamentais esculpidas na Carta Magna.

Apesar dos inúmeros direitos e garantias previstos na Constituição Federal brasileira, no Código Penal, no Código de Processo Penal e nas leis especiais, a exemplo da LEP, eles permanecem no campo teórico e, por isso, o processo de ressocialização dos apenados acaba muitas vezes prejudicado e até mesmo nem existindo.

4.3. Portugal

A dignidade humana, uma das bases da república de Portugal, serve como um limite contra atitudes totalitárias – sejam de cunho político, religioso, sociais – e objetiva proteger o seu povo contra comportamentos aniquiladores de seres humanos –genocídios étnicos, nazismo, escravatura - como já foi visto na história¹⁸³.

A imposição de sanções de penas de privação de liberdade somente é autorizada pela Constituição da República Portuguesa, em regra, por meio de decisão

¹⁸¹ Art. 91 da lei 7.210/84.

¹⁸² Sumula Vinculante nº 56 do STF. A falta de estabelecimento penal compatível com a sentença não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. Esse foi o entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 641320, com repercussão geral reconhecida. Por maioria de votos, os ministros entenderam que o condenado deve cumprir pena em regime menos gravoso diante da impossibilidade de o Estado fornecer vagas em regime originalmente estabelecido na condenação penal.

¹⁸³ CANOTILHO. Joaquim José; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, p. 198.

judicial condenatória ou que aplique medida de segurança¹⁸⁴. Entretanto, é possível ocorrer a prisão preventiva, conforme afirmam os artigos 27.º, 3 e 28.º, da CRP.

A Lei Fundamental afirma de forma categórica que as pessoas condenadas à pena de prisão ou à medida de segurança mantêm a titularidade de seus Direitos Fundamentais, exceto as limitações inerentes à condenação¹⁸⁵. A lei 115/2009, que trata do estatuto do recluso, reitera o texto constitucional¹⁸⁶. O legislador entendeu que o processo de ressocialização não pode ser atingido sem a observância dos direitos fundamentais¹⁸⁷.

Pela leitura dos dispositivos previstos na Constituição e no Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade é possível chegar a algumas conclusões em relação aos direitos fundamentais: o apenado mantém, durante a execução da pena, a titularidade de seus direitos fundamentais; a limitação de direitos, liberdades e garantias só poderá ocorrer mediante lei, conforme preceitua o artigo 18.º da CRP; a lei só poderá limitar esses direitos quando for necessário ao cumprimento da condenação ou para manter a ordem e segurança do estabelecimento penitenciário, devendo observar os requisitos gerais das leis restritivas: o princípio da proporcionalidade e o princípio da preservação do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais¹⁸⁸.

Para que os direitos fundamentais dos reclusos possam ser realmente garantidos, é necessária uma intervenção positiva do Estado, isto é, que ele tome atitudes a fim de assegurar esses direitos¹⁸⁹. No plano internacional, Portugal ratificou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em 1978; a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, também em 1978; a Convenção contra a Tortura das Nações Unidas, em 1989; e a Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura, em 1990.

O cumprimento de penas privativas de liberdade, de forma geral, é executado em estabelecimentos dependentes e integrantes da Direção Geral dos Serviços Prisionais ligada ao Ministério da Justiça. É atribuída à Direção-Geral de Reinserção e Serviços

¹⁸⁴ Constituição da República Portuguesa, Artigo 27º, 2.

¹⁸⁵ Constituição da República Portuguesa, Artigo 30º, 5.

¹⁸⁶ Lei 115/2009, Artigo 6º.

¹⁸⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária, p. 89.

¹⁸⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária, p. 93.

¹⁸⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária, p. 94.

Prisionais a execução das penas e das medidas de reinserção, assegurando condições compatíveis com a dignidade humana, contribuindo para a defesa e a ordem da paz social¹⁹⁰.

Assim como em outros países, não resta dúvidas quanto à existência e à titularidades dos Direitos Fundamentais não atingidos por sentença condenatória dos reclusos, o problema é a sua efetivação.

A preocupação com os problemas decorrentes da pena de prisão não é novidade: os constituintes de 1820 já dedicavam atenção ao tema e estabeleceram que as prisões fosse seguras, limpas e arejadas, de modo que garantam a segurança dos presos e não o seu tormento. Quanto à separação dos internos, estes deviam ser separados conforme a gravidade dos crimes cometidos, bem como os condenados deviam ser isolados dos que aguardavam julgamento¹⁹¹.

O sistema penal português assenta que a finalidade das penas e das medidas de segurança é a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente à sociedade¹⁹². Esse sentido socializador não decorre apenas da doutrina dos fins das penas, devendo ser analisado à luz do texto fundamental, que, desde 1976, adota o Estado de Direito Social. Para garantir o bem estar social e a igualdade entre os cidadãos, é necessário que o Estado auxilie o recluso, dada a sua particular condição de necessitado¹⁹³.

Esse processo de ressocialização só será possível com a adesão voluntária por partes dos reclusos. Limitar os direitos fundamentais não influencia o apenado a buscar esse tratamento socializador, pelo contrário, lhe causa ainda mais revolta e angústia¹⁹⁴.

A prestação jurídica do recluso é obrigação do Estado, que deve propiciar condições para que o apenado, querendo, exerça atividades com o fim de se ressocializar, a fim de que não volte a cometer crimes. Uma obrigação fundada na observância dos

¹⁹⁰ Decreto-Lei 215/2012, Artigo 2º.

¹⁹¹ Constituição portuguesa de 1822, artigo 208º.

¹⁹² Código Penal Português, artigo 40º, 1.

¹⁹³ RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária, p. 54. “A intensidade do dever de auxílio ao cidadão recluso não é certamente inferior à do dever que existe para com os cidadãos desfavorecidos em geral, tanto mais que a reclusão é ordenada pelo Estado para satisfazer um interesse próprio – a restauração da confiança da comunidade no direito e, através dela, a coesão social em torno dos bens protegidos pelo Direito Penal.

¹⁹⁴ MIR PUIG, Carlos. Derecho penitenciário, p. 38.

Direitos Fundamentais do condenado e nos interesses da sociedade constituída em Estado¹⁹⁵.

O direito dos reclusos durante o internamento está subordinado a vários tipos de restrições, decorrentes da sentença condenatória, do diploma que regula a execução das penas e do regulamento interno de cada estabelecimento prisional.

A vida do condenado no estabelecimento penitenciário está sujeita a regras, que dizem respeito aos deveres da administração do centro prisional e aos direitos do recluso. O recluso tem direito de ser informado sobre as disposições legais e das regras do estabelecimento prisional em que irá ficar recolhido, bem como de comunicar à família ou ao seu representante legal sobre a sua prisão.

Após esse primeiro contato com o estabelecimento carcerário, o primeiro direito do recluso a ser observado pela administração do centro é o direito à vida e à integridade física, o que obriga a contemplação de condições mínimas de alojamento, de higiene e de alimentação¹⁹⁶. Porém, isto parece não vir se confirmando na prática, pois o número de mortes constatadas nos estabelecimentos penitenciários é considerado alto, se comparado aos padrões europeus. No ano de 2004, houve oitenta mortes, com vinte e dois suicídios. Em 2005, noventa e três mortes, com nove suicídios. 2006 apresenta um número de noventa e uma mortes, com catorze suicídios. Em 2007, foram setenta e sete mortes, com dez casos de suicídios¹⁹⁷. Conforme constata as estatísticas penais anuais do Conselho da Europa, a taxa média de morte nos quarenta e sete países do Conselho foi de 26,3 por dez mil reclusos, enquanto Portugal tem uma taxa de cinquenta, aproximando-se de índices dos países do leste europeu¹⁹⁸.

4.3.1. Código da execução das penas e medidas privativas de liberdade.

O Código da Execução das Penas e Medidas Restritivas de Liberdade, previsto na lei n.º 115/2009, dispõe sobre a execução das penas, sobre os direitos e deveres do recluso, sobre os estabelecimentos e as instalações prisionais, etc.

¹⁹⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária, p. 54.

¹⁹⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. Direito Prisional Português e Europeu, p. 245.

¹⁹⁷ PORTUGAL, João. MENDES, Ana Corrêa. Sistema penitenciário in relatórios sociais do provedor de justiça, p. 383.

¹⁹⁸ Conselho Europeu, estatísticas penais anuais de 2014.

Portugal se manteve fiel ao ideal socializador, conforme pode ser observado nas obras de Beleza dos Santos, Eduardo Correia e Figueiredo Dias¹⁹⁹. O Código da Execução das Penas, já nos seus primeiros dispositivos, comprova a afirmação do ideal socializador, esclarecendo que a finalidade da execução é preparar o apenado para voltar a viver em sociedade²⁰⁰. O reconhecimento da titularidade dos direitos fundamentais não atingidos pela sentença condenatória, é prevista no art. 3º.

Os problemas mais frequentes relatados pelos apenados, referem-se as condições de vida nos estabelecimentos penitenciários - relativos a alojamento, alimentação, saúde, trabalho e visitas – e a atuação das pessoas que trabalham nos centros, em especial, os guardas prisionais²⁰¹.

Quanto à higiene, os estabelecimentos penitenciários, em regra, disponibilizam água quente e fria. As condições de cada penitenciária são particulares, ou seja, algumas disponibilizam balneários coletivos, outras dentro das celas, algumas possuem horários extremamente rígidos, etc.²⁰².

A alimentação é suportada pelo Estado, sendo servidas quatro refeições por dia: pequeno-almoço, almoço, jantar e ceia. É permitida a entrada de alguns alimentos trazidos pelos familiares, à exceção dos que estão em regime de segurança; bem como a aquisição, às suas custas, de produtos da cantina do estabelecimento prisional²⁰³.

Em relação ao direito à saúde, o recluso é equiparado ao cidadão livre, ou seja, é considerado um usuário do Sistema Nacional de Saúde. É permitido ao recluso, que tenha condições financeiras, custear o seu próprio atendimento²⁰⁴.

O contato com a família é estimulado pela legislação portuguesa, sendo entendido que as relações familiares são uma forma de não desinserção e possível reinserção. É garantida ao recluso uma hora, no mínimo, por semana, para que possa

¹⁹⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária, p. 15.

²⁰⁰ Art. 2 da lei n.º 115/2009.

²⁰¹ FERRAZ, Eduarda. O Sistema Prisional na Óptica dos Direitos Fundamentais dos Cidadãos, p. 198.

²⁰² PORTUGAL, João. MENDES, Ana Corrêa. Sistema penitenciário in relatórios sociais do provedor de justiça, p. 384.

²⁰³ Lei 115/2009, artigo 31º, 4.

²⁰⁴ Lei 115/2009, artigo 32º.

receber visitas de pessoas previamente cadastradas no estabelecimento penitenciário, sendo possível a suspensão desse direito, por até seis meses, prorrogáveis por igual período²⁰⁵.

A visita de advogados não está restrita a esse mínimo de uma hora, podendo ocorrer quantas vezes seja necessária, em qualquer hora do dia e da noite, sem qualquer limite de tempo²⁰⁶, sendo assegurada a privacidade do diálogo²⁰⁷.

Em relação ao trabalho, direito constitucionalmente assegurado, deve o Estado assegurar esse direito na medida da disponibilidade de ofertas disponíveis, em unidades empresariais produtivas, levando em consideração as aptidões, as preferências e as capacidades de cada um²⁰⁸. O trabalho nos estabelecimentos penitenciários tem um duplo objetivo: tirar o recluso do ócio e lhe preparar para o retorno à vida em sociedade, não podendo ser encarado como uma pena aflitiva. O grande problema dessa questão está relacionado às poucas vagas de trabalho que são disponibilizadas aos reclusos, não sendo suficiente à toda a população carcerária²⁰⁹.

O número de reclusos em Portugal era de 13.049 em 1996, 14.556 em 1998, 13.168 em 2002²¹⁰ e 14.222 em 31 de dezembro de 2015²¹¹. Os crimes contra o patrimônio registram um percentual de 34%, seguido dos crimes contra as pessoas 27%, dos crimes com estupefacientes 25%, em relação à população masculina. No caso do universo feminino, os crimes com estupefacientes ocupam o primeiro lugar, com 60% dos casos, acompanhado dos crimes contra as pessoas e contra o patrimônio, que giram em torno de 16%²¹².

Os estabelecimentos penitenciários em Portugal são divididos em: regionais, centrais e especiais. Os primeiros são destinados aos presos preventivos e aos condenados até seis meses de prisão. Os centrais alojam os condenados à pena de prisão superior a seis meses. Por último, os especiais são dedicados àqueles que precisam de um tratamento

²⁰⁵ Lei 115/2009, artigo 65º.

²⁰⁶ Carta dos Direitos e Deveres dos Detidos e dos Reclusos da Ordem dos Advogados.

²⁰⁷ Lei 115/2009, artigo 61º, 3.

²⁰⁸ Art. 41 da lei n.º115/2009.

²⁰⁹ PORTUGAL, João. MENDES, Ana Corrêa. Sistema penitenciário in relatórios sociais do provedor de justiça, p. 405.

²¹⁰ As nossas prisões, relatório do provedor de justiça, ano 2003.

²¹¹ <http://www.dgsp.mj.pt/backoffice/uploads/anuais/2016050906054403lot_recl-31122015.pdf>

²¹² PORTUGAL, João. MENDES, Ana Corrêa. Sistema penitenciário in relatórios sociais do provedor de justiça, p. 371.

específico, como é o caso dos estabelecimentos penitenciários femininos e dos hospitais prisionais.

Devem existir estabelecimentos prisionais para diferentes situações de cumprimento de pena, devendo haver um para os presos preventivos, outro para condenados pela primeira vez, outro destinado aos jovens, outro às mulheres, conforme afirma o artigo 9.º, 2, da lei n.º 115/2009.

Porém, a realidade é bem diferente, pois os estabelecimentos centrais, em regra, de grande dimensão, do Porto e de Lisboa, estão alojando presos provisórios que aguardam julgamentos nessas áreas metropolitanas. Em outro passo, muitos condenados a penas superiores ao limite legal, seis meses, estão cumprindo a pena em estabelecimentos prisionais regionais²¹³.

Com relação à segurança, a organização dos estabelecimentos penitenciários se divide em: especial, alta e média. Os centros penitenciários são classificados por portaria do Ministério da Justiça. Dessa forma os estabelecimentos prisionais de segurança especial limitam a vida em comum e os contatos com o mundo exterior e são dedicados aos reclusos que revelam um comportamento prisional perigoso ou decorrente de sua situação jurídico-penal. Os de segurança alta permitem um contato com a vida extra muros, sendo permitidas atividades em comum, destinados àqueles que não devem cumprir a sua pena em regime de segurança ou aberto. Os de segurança média permitem o cumprimento de regime aberto, possibilitando ao interno exercer atividades no interior do estabelecimento ou adjacências, com vigilância reduzida ou desenvolver atividades de ensino, frequentar cursos, trabalhos em meio livre, sem vigilância²¹⁴. O público alvo desse último estabelecimento está previsto no artigo 14.º da lei n.º 115/2009.

O artigo 14.º, n.º 6, alínea b, da lei n.º 115/2009, reza que a colocação do recluso em regime aberto exterior é da competência do diretor-geral dos serviços prisionais. Esse dispositivo foi alvo de fiscalização preventiva²¹⁵, ou seja, a lei ainda não tinha sido aprovada, constava do decreto 366/X, diploma que aprovou o novo Código de

²¹³ PORTUGAL, João. MENDES, Ana Corrêa. Sistema penitenciário in relatórios sociais do provedor de justiça, p. 365

²¹⁴ Portaria 13/2013 do Ministério da Justiça.

²¹⁵ Art. 278º n.º 1 da CRP.

Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, alegando que essa decisão caberia a um juiz, pois este teria o condão de modificar a sentença.

O Tribunal Constitucional decidiu pela constitucionalidade da norma, alegando que o diretor-geral não modifica o sentido da sentença e tampouco altera o efeito da pena²¹⁶. Ademais, a própria lei prevê que a decisão deve ser homologada, previamente, pelo juiz do Tribunal de Execução das Penas, cabendo ao Ministério Público proceder ao processo impugnação da concessão do cumprimento de pena em regime aberto no exterior, caso considere ilegal²¹⁷.

4.3.2. Tribunal de execução.

A execução das penas era encargo da administração penitenciária, conforme a clássica divisão. A execução e a natureza processual era responsabilidade da atividade judiciária e o cumprimento e a natureza material ficava a cargo da atividade administrativa²¹⁸.

Essa separação de funções condizia exatamente com o fato de que o sujeito passava do “mundo do direito” – o processo penal observava as garantias e os direitos estabelecidos – para um “mundo do não-direito”, no cumprimento da pena, a proteção jurídica não era efetivada²¹⁹.

Foi então que Portugal, no ano de 1945, criou o tribunal de execução das penas, sendo considerado o primeiro passo para a jurisdicionalização da execução das penas e medidas de segurança privativas de liberdade. Só havia um instituto parecido no continente europeu, na Itália, onde existia o juiz de vigilância do Código Penal de 1930²²⁰.

Compete ao Tribunal de Execução, dentre outras atribuições, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, acompanhar e decidir sobre a sua possível modificação, substituição e extinção, bem como garantir os direitos dos reclusos.²²¹

²¹⁶ ACÓRDÃO N.º 427/2009.

²¹⁷ Art. 141, b), da lei n.º 115/2009.

²¹⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. Um novo olhar sobre a questão penitenciária, p. 130.

²¹⁹ Idem.

²²⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. Um novo olhar sobre a questão penitenciária, p. 129. Lei n.º 2000, de 16 de maio, colocada em execução pelo Decreto n.º 34 540, de 27 de abril de 1945.

²²¹ Art. 137 da lei n.º 115/2009.

Conforme afirma o Decreto-Lei 265/79, caberia ao juiz da execução fiscalizar os estabelecimentos penitenciários, dessa forma o juiz estaria numa posição de supra-partes, pois iria apresentar o problema e julgá-lo²²². Essa função de fiscalização e visitação regular aos centros de reclusão passou a ser do Ministério Público²²³, uma das grandes inovações da lei n.º 115/2009²²⁴.

O Tribunal de Execução das penas visava não só um controle da execução das penas e das medidas de segurança, pois em um tempo de afirmação dos direitos fundamentais do recluso e do princípio da legalidade na execução, era preciso buscar uma forma de efetivar essas garantias²²⁵.

²²² RODRIGUES, Anabela Miranda. Um novo olhar sobre a questão penitenciária, p. 138.

²²³ Art. 141, a) da lei n.º 115/2009.

²²⁴ ACÓRDÃO N.º 427/2009 do Tribunal Constitucional de Portugal.

²²⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. Um novo olhar sobre a questão penitenciária, p. 129

CAPÍTULO III

FATORES QUE EXERCEM INFLUÊNCIA SOBRE A CRISE DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E ALTERNATIVAS À PENA DE PRISÃO.

1. Fatores que exercem influência sobre a crise das penas privativas de liberdade

A crise da pena privativa de liberdade é resultado de uma soma de fatores, entre os quais destacam-se o desrespeito por parte do Estado no cumprimento de certos requisitos mínimos ao cumprimento da pena.

A proteção aos direitos do homem deve ser assegurada na fase de cumprimento de uma pena privativa de liberdade, o que não acontece em vários países, ocorrendo violações aos direitos fundamentais dos presos, como o direito à saúde, à alimentação, à integridade física e a um processo justo²²⁶. Os direitos mais simples, como o de se alimentar de forma digna e o de tomar banho, muitas vezes não são observados nos estabelecimentos carcerários. Esses direitos não são regalias, são necessidades do homem, quer esteja preso ou não²²⁷.

O resultado dessa inobservância dos direitos fundamentais das pessoas condenadas a penas privativas de liberdade fez com que o otimismo inicial, que a pena de prisão poderia cumprir a função ressocializadora, desaparecesse, predominando um pensamento negativo, colocando em dúvida o resultado que se pode atingir com a pena de prisão tradicional²²⁸.

Muitos ordenamentos jurídicos, a exemplo de Portugal e do Brasil, proíbem a aplicação de penas desumanas, degradantes ou cruéis, pregando o respeito à integridade física e moral dos presos. É improvável que o apenado não sofra psicologicamente, moralmente e fisicamente, pois esses sofrimentos fazem parte da experiência da pena restritiva de liberdade²²⁹.

A pena de prisão não ressocializa, mas o estigmatiza, sendo extremamente difícil a reinserção social de quem cumpriu uma pena privativa de liberdade, pois ainda há

²²⁶ VELÁSQUEZ, Kenya Margarita Espinoza; CATAÑEDA, Milagro Mengana. Crisis Carcerária y privatización de las prisiones en la modernidade, p. 47-48.

²²⁷ GRECO Rogério. Sistema Prisional: Colapso Atual e Soluções Alternativas.

²²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão, p. 162.

²²⁹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Direito penal na constituição, p. 143.

muito preconceito com os regressos na sociedade, que só se importa em saber que a pessoa já esteve reclusa, sendo irrelevantes as razões da reclusão²³⁰. Os estudos de criminologia comprovam que a prisão, além de produzir efeitos de dessocialização, contrários ao seu fim, de ressocialização, acaba por criar problemas que irão gerar dificuldades à pessoa, quando voltar a viver na sociedade livre²³¹.

Cohen afirma que não vale a pena reformar a pena de prisão, pois sua ineficácia é tão grande que sempre manterá as suas contradições e os seus paradoxos, e a verdadeira solução para o problema é a extinção da pena de prisão²³².

As mazelas do sistema penitenciário, trazida por diversos autores, apresentam muitas semelhanças: ofensas verbais, castigos corporais injustificados, superlotação carcerária, falta de higiene, falta de condições de trabalho, falta de atenção à saúde, alimentação inadequada, elevado índice de consumo de drogas e abusos sexuais²³³.

A partir de agora, passaremos a analisar algumas das causas que levaram ao fracasso da pena de prisão.

1.1. Prisão como fator ciminógeno

Muitos autores sustentam a tese do efeito criminógeno criado pela pena de prisão²³⁴. Afirmam que a prisão não consegue diminuir os índices de criminalidade, parecendo estimulá-la, não trazendo nenhum benefício ao apenado, que é entregue à própria sorte ou à sociedade²³⁵.

Os fatores que predominam na vida carcerária podem ser divididos em: materiais, psicológicos e sociais.

Os fatores materiais estão ligados à estrutura do estabelecimento e podem trazer prejuízos enormes para a saúde dos internos e de todos que ali trabalham. As deficiências dos alojamentos e da alimentação facilitam a propagação de enfermidades, como a tuberculose, por exemplo. Mesmo as penitenciárias mais modernas, que não

²³⁰ GARCIA-PABLOS Y MOLINA, Antonio. Régimen abierto y ejecucion penal, p. 41.

²³¹ MIRANDA, Anabela Miranda. Um novo olhar sobre a questão penitenciária, p. 158.

²³² COHEN, Stanley. Un escenario par el sistema penitenciário futuro, p. 412.

²³³ DRAPKIN, Israel. El recluso penal, víctima de la sociedade humana, p. 347-348.

²³⁴ VALDÉS, Carlos Garcia. La nueva penologia. BERISTAIN, Antonio. Crisis del derecho repressivo.

²³⁵ RAMIREZ, Sergio García. La prisión, p. 53.

possuem problemas estruturais, que garantem a integridade física dos internos podem não garantir a saúde psíquica destes, pois passam muito tempo ociosos. Pode-se citar como exemplo um caso ocorrido no Centro de Triagem e Observação Criminológica do Estado do Ceará, onde um preso que passou por intervenção cirúrgica para retirada de projétil de fogo e faz uso de uma bolsa de colostomia²³⁶ encontra-se detido na mesma cela que presos infectados com tuberculose²³⁷.

Os fatores psicológicos são considerados um dos maiores problemas dos estabelecimentos carcerários, pois é um lugar em que a mentira predomina. O hábito de mentir está diretamente relacionado aos ilícitos penitenciários, como furtos, estelionato e tráfico de drogas. Como a disciplina das prisões não é efetivamente empregada, acaba-se por criar um ambiente que aguça as tendências criminosas dos apenados²³⁸.

Os fatores sociais estão relacionados ao fato de separar uma pessoa de seu meio social e colocá-la num lugar com pessoas estranhas, que acabam por chantageá-la, fazendo com que se incorpore de forma definitiva ao mundo do crime, dificultando, assim, a sua reinserção social²³⁹.

Esses fatores comprovam a tese de que a prisão é um meio criminógeno.

1.2. Efeitos sociológicos ocasionados pela prisão

A prisão absorve parte do tempo e dos interesses dos reclusos, o que propicia a formação de um mundo particular. Quando esse movimento acontece, estamos diante de uma instituição total. Esse é um dos fatores que colocam em dúvida a pena de prisão quanto ao seu fim, pois uma instituição total, que absorve a vida dos apenados, seria incapaz de ressocializá-los. Nesse sentido, Goffman afirma que as prisões são institucionalizadas para proteger a sociedade dos delinquentes, sem se importar com o bem-estar dos internos²⁴⁰.

²³⁶ FREITAS E COSTA, Manuel. Dicionário de Termos Médicos, p. 268. Colostomia: Formação cirúrgica de uma abertura do cólon à parede abdominal e que pode ser definitiva ou transitória. Funciona como um órgão excretor artificial.

²³⁷ Relatório da Comissão de Direito Penitenciário da OAB sobre o centro de triagem e observação criminológica, março de 2016

²³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão, p. 166.

²³⁹ RICO, José Maria. Sanções penais, p. 78-79.

²⁴⁰ GOFFMAN, Erving. Manicômios, prisões e conventos, p. 17.

As instituições totais são caracterizadas pelo fato de todas as atividades e aspectos diários serem realizadas na companhia de outras pessoas, que são tratadas da mesma forma, comandadas por uma única pessoa. Todas essas atividades são programadas de tal maneira que a realização de uma atividade está diretamente relacionada com a seguinte, surgindo, assim, um rotina de ações fundamentadas em normas explícitas. Todas essas atividades obrigatórias tem um único propósito: alcançar os objetivos da instituição, previamente estabelecimentos²⁴¹.

Nas instituições totais, impera uma adversidade entre os reclusos e as pessoas que lá exercem suas atividades laborais. Essa adversidade é expressada pelas concepções entre esses dois grupos de pessoas: os internos são considerados cruéis, traiçoeiros e indignos de confiança. Estes, consideram os empregados mesquinhos, petulantes e despóticos. Esse pré-julgamentos prejudicam os tratamentos que são dirigidos à recuperação dos que delinquiram²⁴², visto que os empregados possuem um sentimento de superioridade, tão explícito, capaz de fazer os internos se sentirem inferiores²⁴³.

A instituição total não permite que o interno tenha responsabilidades, o importante é ele se adequar às regras penitenciárias. Por isso, afirma-se que essas instituições possuem um alto poder de dominação, capaz de transformar o recluso em um ser passivo, incapaz de tomar simples decisões da vida cotidiana, como o que vestir ou comer.

Essa dominação começa assim que o condenado ingressa na instituição, o que causa uma série de depressões, ansiedades e humilhações, levando ao falecimento do ego, embora não seja proposital. O interno fica subordinado às regras da administração carcerária, sendo classificado e moldado. Esse movimento faz com que a pessoa seja “coisificada”, tornando-se um objeto que possa ser manuseado, devendo transformar-se, aos poucos, mediante as atividades desempenhadas²⁴⁴.

Após tomar conhecimentos das regras penitenciárias, dos objetivos e das posses a que tem direito, o recluso recém chegado tem a sensação de diminuição e

²⁴¹ GOFFMAN, Erving. Internados – ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales, p. 17-20.

²⁴² BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão, p. 172.

²⁴³ GOFFMAN, Erving. Internados – ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales, p. 21.

²⁴⁴ NEUMAN, Elías. IRURZUM, Victor J. La sociedade carcelaria, p. 119.

privação. A começar pelos limites espaciais, minúsculos, que representam uma forte delimitação ao desenvolvimento pessoal. A cela, por exemplo, é tão pequena²⁴⁵ que faz Hentig fazer uma dura comparação, ao afirmar que ninguém no mundo livre consegue desenvolver a vida em um espaço tão reduzido, nem mesmo as pessoas mais humildes²⁴⁶.

A personalidade do sujeito que ingressa na instituição é agredida em dois momentos: no momento de admissão, todos os dados do interno, principalmente aqueles relativos às má condutas, são registrados e arquivados, ficando à disposição da administração do centro penitenciário; num segundo momento, a intimidade do recluso é posta em cheque, pois, a partir do ingresso no estabelecimento penitenciário, ele é obrigado a estar na presença de pessoas desconhecidas. A obrigatoriedade de estar com outras pessoas pode ser tão torturante quanto o isolamento celular, pois o recluso não tem a opção de sair daquele lugar, se afastando de pessoas que o incomodam, como ocorre na vida em sociedade²⁴⁷.

A instituição total, além de invadir o universo íntimo do recluso, desrespeita a intimidade física das pessoas, que perdem a privacidade nos momentos mais banais, como uma simples ida ao banheiro, por exemplo²⁴⁸.

Percebe-se que a instituição total torna o recluso totalmente submisso às suas regras, levando a um verdadeiro processo de infantilização²⁴⁹ do mesmo, que perde a capacidade de praticar determinados atos simples da vida em sociedade.

1.3. Sistema social da prisão

O sistema penitenciário é considerado um sistema social fechado e, mesmo com toda a sua problemática, não tem recebido o estudo que merece. É necessário fazer

²⁴⁵ A lei de execução penal brasileira afirma que deve ter no mínimo 6,00 metros quadrados, artigo 88, parágrafo único, b, da lei 7.210/84.

²⁴⁶ HENTIG, Hans Von. La pena, p. 256.

²⁴⁷ HENTIG, Hans Von. La pena, p. 251.

²⁴⁸ BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão, p. 174.

²⁴⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária, p. 47.

uma investigação sistemática, objetiva, orientada por uma teoria condutista²⁵⁰ firmemente estabelecida²⁵¹.

Toda a angústia e a vida amarga na prisão faz surgir nos reclusos um sentimento chamado de consciência coletiva, formado por valores que confrontam os valores considerados lícitos pela sociedade livre²⁵². Não é uma tarefa fácil descrever o sistema social e a subcultura das prisões. O universo penitenciário é confuso, sendo impossível afirmar que possui uma estrutura social definida, pois não existem valores e objetivos claros. O que pode ser afirmado sobre esse universo é a existência de uma relação conflituosa entre os reclusos e os funcionários do estabelecimento²⁵³.

Apesar de toda a dificuldade de adentrar no universo penitenciário, analisando alguns estudos já realizados, algumas características podem ser elencadas. O interno encontra-se em um estabelecimento no qual, além de sua liberdade estar restrita, também está ligado a várias regras e comportamentos dos quais não pode fugir. É um sistema extremamente rígido. O recluso pode assumir poucos papéis dentro do universo penitenciário. Porém depois de adquirir tal comportamento, a tendência é mantê-lo, principalmente quando esse papel representa uma função de nível mais baixo no contexto social. A pessoa é submetida ao sistema social interno desde o momento em que ingressa no sistema carcerário²⁵⁴.

Em relação aos valores fundamentais do sistema penitenciário, destaca-se o fato de o valor dominante ser a posse e o exercício do poder, isto é, o poder coercitivo do mais forte impondo suas vontades e desejos sobre os mais fracos²⁵⁵. Um recluso pode ser considerado forte perante os outros por diversos aspectos, como a quantidade de objetos ilícitos que cada um possui dentro do estabelecimento, a influência que exerce sobre os funcionários do centro²⁵⁶, ou pela sua fama²⁵⁷.

²⁵⁰ Teoria condutista, baseada no princípio do condicionamento operante, afirma que as pessoas se comportam de maneiras variáveis conforme o ambiente em que estão.

²⁵¹ HENTIG, Hans Von. La pena, p. 251.

²⁵² CONDE, Francisco Muñoz. Derecho penal y control social, p. 100.

²⁵³ CLEMMER, Donald. Imprisonment in Readings, p. 511.

²⁵⁴ MCCORKLE, Lloyd. KORN, Richard. Resocialization within walls, p. 89-90.

²⁵⁵ MCCORKLE, Lloyd. KORN, Richard. Resocialization within walls, 522.

²⁵⁶ KAUFMANN, Hilde. Principios para la reforma de la ejecución penal, p. 40.

²⁵⁷ IRURZUM, Victor. La sociedade carcelaria, p. 109-110.

Os mais fortes se aproveitam do status social naquele universo para explorar de forma desumana, tratando os mais fracos como seus escravos. Fica claro que o processo de surgimento de líderes nos sistemas carcerários não respeita os valores que são admitidos pela comunidade livre. Existindo, assim, um verdadeiro despotismo baseado na violência²⁵⁸.

A pirâmide social dos reclusos pode ser dividida em²⁵⁹: topo da pirâmide, ocupado pelos líderes, um pequeno número de reclusos, que possuem uma reputação tão elevada que são quase imunes ao subsistema carcerário, além de possuir grande poder de autodeterminação, cujas decisões são consideradas inquestionáveis; os bons meninos, cuja denominação decorre do fato de obedecerem ao “código do recluso”, ocupam a posição logo abaixo dos líderes, sendo constituídos por pessoas capazes de assumir riscos e suportar castigos pelo bem da comunidade carcerária; os *buckers* ocupam a terceira posição da pirâmide, sendo internos que lutam para conquistar um *status*; na quarta posição são encontrados os denominados “joão honesto” e os “ingênuos”, que não ocupam nenhuma posição de destaque no sistema social, não tendo direito de autodeterminação; os *ball busters* são os internos com alto índice de desadaptação social, que estão sempre muito irritados e estressados, com um alto poder de organizar conflitos com os funcionários dos centros e com outros internos; os *puks* são os homossexuais e aqueles com uma capacidade física e psicológica fraca, que não possuem a confiança dos outros internos; por fim, o lugar mais baixo da pirâmide é ocupado por quem é chamado de rato, que são aqueles que delatam os outros internos, e pelos *bugs*, aqueles que apresentam alguma deficiência mental.

Entretanto, apesar das várias formas de aquisição de poder dentro dos estabelecimentos penitenciários, o poder em certas ocasiões é exercido por grupos que já existiam nas sociedades livres. Em uma pesquisa realizada por Jacobs, ele constatou que os centros carcerários de Illinois eram dominados por quatro organizações criminosas, que exerciam o domínio e introduziram a sua estrutura organizacional. Esse fenômeno é preocupante, pois traz valores já consagrados para dentro do sistema penitenciário, como, por exemplo, a intolerância racial, levada para dentro dos estabelecimentos penitenciários

²⁵⁸ BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão, p. 178.

²⁵⁹ BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão, p. 180-181.

norte americanos, onde é fácil constatar que os negros recebem tratamento cruel e desumano²⁶⁰.

A influência de grupos existentes na comunidade livre não se restringe às organizações criminosas, estendendo-se a grupos religiosos, a organizações políticas ou a grupos terroristas²⁶¹.

Outra característica de grande importância para o estudo da pena de prisão é o alfabeto próprio dos reclusos. Os internos costumam se comunicar por gírias, que muitas vezes só eles são capazes de entender, reflexo do alto índice de analfabetismo, da inadaptação e do conflito com o ambiente onde vivem²⁶².

Como já mencionado, os reclusos possuem um código próprio, intitulado de “código do recluso”, onde se estabelecem regras próprias que devem ser obedecidas, sendo o descumprimento punido com sanções. As ideias fundamentais do código importam a não colaboração com os funcionários dos centros penitenciários e nunca facilitar a informação que possa trazer algum malefício ao companheiro. Alguns autores empregam o termo “máfia carcerária” para ilustrar o código do recluso, pois afirmam que eles se regem por uma legislação própria, impondo sanções para os que não observam suas obrigações²⁶³. A influência do código sobre os reclusos é tamanha que muitas vezes eles próprios controlam melhor a população carcerária do que a própria administração dos centros. As sanções são variadas e mudam de acordo com cada centro penitenciário, podendo ser utilizadas sanções sociais, como a perda de determinada função ou status, até sanções legais, que geralmente significa a morte²⁶⁴.

García Valdés elenca as normas fundamentais do código do recluso: não se intrometer nos interesses dos detentos, não perder a cabeça, não explorar os detentos, não se debilitar e não ser ingênuo²⁶⁵. A lealdade e cumplicidade que o código do recluso tanto impõe são violadas diariamente. É fácil constatar tal afirmação, por meio de uma das

²⁶⁰ JACOBS, James. *Stratification and Conflict among Prison Inmates*, p. 477.

²⁶¹ JACOBS, James. *Stratification and Conflict among Prison Inmates*, p. 478-479.

²⁶² IRURZUM, Victor. *La sociedad carcelaria*, p. 115.

²⁶³ CONDE, Francisco Muñoz. *La prisión como problema: resocialización versus desocialización in La cuestión penitenciaria*, p. 101.

²⁶⁴ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Falência da pena de prisão*, p. 187.

²⁶⁵ VALDÉS, Carlos García. *Hombres y cárceles apud BITENCOURT, César Roberto. Falência da pena de prisão*, p. 187.

regras mais sagradas do código, a de não informar ou delatar o companheiro, que é desobedecida com frequência. Os funcionários do presídio não precisam intimidar os internos para que estes colaborem com informações. Na verdade, a grande dificuldade é evitar a enorme quantidade de pessoas que querem colaborar, de forma voluntária. Esses delatores são encontrados em todas as faixas da pirâmide social carcerária²⁶⁶.

Muitas razões explicam as constantes violações ao código do recluso: a diversidade da população de reclusos e as frequentes mudanças. O universo penitenciário é composto de pessoas de diferentes idades, antecedentes sociais e criminais. O ingresso e saída de membros também é uma constante, bem como a presença de grupos de forte personalidades destrutivas. A chance de criar laços afetivos entre os internos é muito pequena, até mesmo pelo grande esforço que a instituição faz para evitar que isso ocorra²⁶⁷.

A prisionalização, termo utilizado para se referir à forma com que a cultura da prisão é absorvida pelo recluso, é, talvez, o efeito mais importante que a pena de prisão produz no interno.

O cárcere é considerado uma subcultura, isto é, um conjunto normativo autônomo que existe de forma paralela ao sistema oficial de valores²⁶⁸. É um verdadeiro processo de aprendizagem, baseado na dessocialização do indivíduo, que exerce influência direta para que o interno rejeite as normas para uma boa convivência na sociedade livre.

A prisionalização é um procedimento totalmente oposto ao fim ressocializador que a pena pretende alcançar. É um fenômeno criminológico comum a todas as instituições fechadas, também denominada de aculturação por alguns autores, a exemplo de Goffman. Os internos acabam por se adaptar às normas impostas pelos mais fortes porque não têm escolha, criando efeitos negativos à ressocialização, que o tratamento dificilmente conseguirá evitar²⁶⁹.

²⁶⁶ MCCORKLE, Lloyd. KORN, Richard. Resocialization within walls, p. 524.

²⁶⁷ BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão, p. 189-190.

²⁶⁸ GARCIA-PABLOS Y MOLINA, Antonio. Régimen aberto, p. 41.

²⁶⁹ CONDE, Francisco Muñoz. La Prisión como problema in La cuestión penitenciaria, p. 73.

1.4. Efeitos negativos sobre o autoconceito do recluso

O sujeito forma o seu autoconceito através de algumas atitudes e vivências do seu meio social. Ao ingressar na instituição total perde essas bases, pois além de ser inserido em um ambiente novo, passa a ser humilhado e sofrer degradações que abalam a ideia que tem de si, gerando a morte do seu eu interior²⁷⁰.

A pena de prisão e o universo carcerário produzem um efeito negativo sobre o conceito que o sujeito tem de si mesmo, além do fato de que muitos já ingressam no sistema penitenciário com crises de identidade. Robert Culbertson fez um experimento em um centro de reclusão infantil no estado de Indiana, nos Estados Unidos, dividindo infratores em três grupos: o primeiro era composto por sujeitos que foram presos pela primeira vez; o segundo era formado por jovens que só estiveram nos centros de reclusão uma única vez; e o terceiro e último grupo era constituído por pessoas que já estiveram presas duas ou mais vezes. No primeiro grupo, foi constatado que, ao ingressar no estabelecimento penitenciário, as pessoas tinham um conceito positivo sobre si mesmas, todavia, com o passar do tempo, esse conceito positivo ia sendo deixado de lado e, ao saírem, o conceito sobre si mesmas era inferior do que quando entraram. O segundo grupo não apresentou variação no conceito. No último grupo, constatou-se um aumento no autoconceito, pois os sujeitos já se aceitavam como criminosos²⁷¹.

Analisando-se os membros do terceiro grupo percebe-se que eles já têm um autoconceito definido, que vai contra o que o Estado considera legítimo. Essa experiência realizada nos Estados Unidos demonstra os efeitos negativos que a pena de privação de liberdade produz sobre os reclusos, principalmente quando se trata de sujeitos que delinquiram pela primeira vez.

A pesquisa de Culbertson se relaciona diretamente à teoria do *labelling approach*²⁷², também conhecida como teoria do etiquetamento social, cujas conclusões são: os indivíduos presos pela primeira vez têm seu autoconceito reduzido devido à privação de liberdade; por outro lado, aqueles sujeitos que já aceitaram o título de

²⁷⁰ GOFFMAN, Erving. Manicômios, prisões e conventos, p. 24.

²⁷¹ CULBERTSON, Robert. The effect of institucionalization, on the delinquent inmates self-concept, p. 91-92.

²⁷² GOFFMAN, Erving. Internados – ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales, p. 76-77-

delinquentes possuem um autoconceito voltando a condutas delitivas, sendo determinado por princípios que afrontam a vida em sociedade.

Os efeitos negativos que a vida na prisão produz no autoconceito do recluso podem ser atribuídos a vários fatores, dentre os quais destaca-se o fato de estarem inseridos em uma instituição total que produz um sentimento de absoluta incapacidade, que reside na separação social e na impossibilidade de adquirir hábitos dentro da prisão que sejam aceitos pela vida na sociedade livre²⁷³.

1.5. Análise da conflitividade carcerária

A sociedade, de maneira geral, só toma conhecimento das condições desumanas a que são submetidas as pessoas condenadas a penas privativas de liberdade quando ocorrem as rebeliões, normalmente dotadas de selvageria. Nesses momentos os cidadãos enxergam que trancar pessoas dentro de presídios sem estrutura é protelar o problema. Porém quando o conflito é solucionado e a “paz” é reinstaurada no estabelecimento carcerário, a população volta a virar as costas para o problema, até que um novo motim aconteça.

Esses atos de insurgência se dão por vários motivos, sendo a falta de condições materiais para a manutenção da vida no interior dos estabelecimentos prisionais um dos principais fatores que desencadeiam atos revoltosos. As rebeliões revelam os graves problemas das penas de privação de liberdade.

As inúmeras restrições que a pena de privação de liberdade ocasionam nos internos refletem-se num alto grau de frustração. A implantação de benfeitorias que melhoram a vida intramuros não é capaz de diminuir esse nível de insatisfação, pois com a melhoria da condição de vida nos estabelecimentos carcerários, o condenado, em termos absolutos, aumenta o seu nível de esperança e expectativa, porém, sob um ponto de vista relativo, continuam tendo a mesma frustração²⁷⁴.

Esse sentimento de frustração é o principal fator gerador de conflitos dentro dos estabelecimentos penitenciários, principalmente os relacionados às autoridades

²⁷³ MELOSSI, Dario. PAVARINI, Massimo. Cárcel y fábrica, p. 196.

²⁷⁴ BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão, p. 227-228.

carcerárias²⁷⁵. Esses atos de insubordinação e violência contra as autoridades penitenciárias servem como uma espécie de satisfação aos grupos mais violentos, permitindo aliviar o ressentimento que a vida no cárcere produz, fortalecendo a própria imagem de vítima perante um superior e excluindo qualquer resquício de sentimento de culpa ou responsabilidade pelos atos que praticam, pondo a culpa na sociedade, que lhes impôs aquela pena de privação de liberdade.²⁷⁶

A influência de ideologias políticas radicais também é visto como um fator que influencia diretamente a violência dentro dos estabelecimentos carcerários. A politização, por exemplo, de um determinado setor da massa prisional que tem orientação em ideologias radicais e considera a prisão um meio de repressão aplicado injustamente aos internos, tende a exteriorizar suas vontades e suas angústias por meios agressivos, pois com esses pensamentos eles passam a se considerar perseguidos políticos. Quando se chega a esse ponto, não importa as reformas que venham a ser feitas visando proporcionar um melhor ambiente para o cumprimento da pena, pois a guerra ao sistema já está declarada²⁷⁷.

A esmagadora maioria de rebeliões ocorre por falta de condições ideais de cumprimento da pena privativa de liberdade nos estabelecimentos carcerários. Em regra, as maiores deficiências desses estabelecimentos são a falta de orçamento, uma vez que essa não é uma das principais preocupações dos governantes, resultando na insuficiência da verba destinada à manutenção do sistema penitenciário; a falta de treinamento das pessoas que trabalham com os internos e a ociosidade que predomina no interior dos estabelecimentos. Podem ser somados a esses fatores a superpopulação e a alimentação inadequada e insuficiente, o que configura um verdadeiro castigo desumano²⁷⁸.

Quando esses conflitos são desencadeados pela falta de condições, os internos fazem reivindicações que demonstram a condição desumana a que são submetidos. É possível perceber semelhanças nas reivindicações dos internos de diversos países. No motim de 1970, na prisão de Folsom, nos Estados Unidos, por exemplo, entre as reivindicações constava o pedido de não usar gás lacrimogêneo contra os internos em suas

²⁷⁵ MCCORKLE, Lloyd. KORN, Richard. Resocialization within walls, p. 531.

²⁷⁶ BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão, p. 228.

²⁷⁷ BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão, p. 229.

²⁷⁸ BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão, p. 230.

celas e a averiguação de castigos corporais aplicados pelas pessoas que tinham a obrigação de zelar pela vida dos presos. Essas solicitações são muito parecidas com as pretensões dos condenados nos estabelecimentos prisionais do Brasil, como, por exemplo, na famosa rebelião do Carandiru, ocorrida em 1992, em São Paulo.

A falta de condições não pode ser considerada a regra para o desencadeamento dos motins, uma vez que algumas reformas que visam melhorar as condições de vida dos internos podem se tornar motivo para uma rebelião, por mais paradoxal que essa afirmação possa ser. Dependendo do tipo de melhoria a ser realizada, pode vir a causar uma diminuição do poder dos internos, principalmente daqueles que ocupam as posições mais altas da pirâmide carcerária e, conseqüentemente, da perda de certas regalias, o que gera a revolta desses detentos, que tendem a se organizar a fim de impedir que essa reforma seja concluída. Esse é o exemplo que quebra o paradigma de que todas as rebeliões ocorrem por falta de condições dos estabelecimentos prisionais²⁷⁹.

2. Alternativas à privação de liberdade

Os meios utilizados pelo Estado para punir quem comete delitos se modificou ao longo dos anos. No passado, as principais penas aplicadas eram a pena de morte e as penas corpóreas, sendo utilizada a pena de privação de liberdade apenas com o intuito de garantir a execução de uma futura condenação. Atualmente, as penas privativas de liberdade representam o principal meio utilizado pelo Estado para garantir a “paz social”.

Foi empregado o termo “modificou” no lugar de “evoluiu” por entender que a forma de punir do Estado não alcançou, em termos práticos, uma melhoria, pois, como afirma Foucault, deixaram o corpo do homem e passaram a castigar a sua alma²⁸⁰, colocando pessoas em lugares inóspitos, que não propiciam a ressocialização dos presos.

Por diversos motivos, a pena de privação de liberdade não consegue alcançar o seu fim, sendo necessário desenvolver ideias que possam solucionar a crise do sistema penitenciário, tornando o *ius puniendi*, do Estado efetivo²⁸¹.

²⁷⁹ BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão, p. 229.

²⁸⁰ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir – nascimento da prisão, p. 17.18.

²⁸¹ BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da Pena de Prisão, p. 287.

2.1. Teoria do minimalismo

Crimes graves ocorrem diariamente, principalmente nas zonas à margem da sociedade. Porém, sempre que um desses crimes é noticiado pela mídia, a sociedade livre, clamando por mais segurança, pede a modificação da legislação, suplicando por medidas mais duras. O legislador, com o objetivo de atender o clamor popular, acaba cedendo à pressão, criando novos tipos penais, aumentando a pena dos crimes já existentes e criando agravantes, o que acarreta em um verdadeiro processo de inflação legislativa²⁸².

Essa inflação legislativa não é a solução para a criminalidade, que acaba por trazer novos problemas para a sociedade, no sentido de que a grande quantidade de tipos penais em vigência levanta um conflito aparente de normas²⁸³.

A inflação legislativa afronta ainda a teoria da intervenção mínima do Direito Penal, que afirma que o direito somente deve se preocupar com os ataques graves aos bens jurídicos mais importantes²⁸⁴, devendo os bens jurídicos de menor importância e os ataques leves ser tutelados por outros ramos do direito, como, por exemplo, o Direito Civil e o Direito Administrativo²⁸⁵.

Se essa política deflacionária da aplicação da pena de prisão não for colocada em prática, corre-se o risco de a pena restritiva de liberdade não cumprir nenhuma função de prevenção especial, nem mesmo a de neutralização durante o cumprimento da pena²⁸⁶.

2.2. Pirâmide minimalista

Baseado na teoria minimalista, o professor Rogério Greco aborda o que ele intitula de esquema minimalista piramidal, que seria dividido em quatro partes. A

²⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia – o homem delinquente e a sociedade criminógena, p. 89.

²⁸³ GRECO, Rogério. Sistema Prisional: Colapso Atual e Soluções Alternativas à privação de liberdade, p. 250.

²⁸⁴ Existe uma grande dificuldade em saber quais bens devem ser considerados de grande importância, merecendo, assim, a tutela do Direito Penal. No estado democrático de Direito, a escolha dos bens que ficaram sobre o abrigo do Direito Penal deverão ser escolhidos levando em consideração as peculiaridades de cada sociedade e suas necessidades. PASCHOAL, Janaina Conceição, Constituição, criminalização e Direito Penal Mínimo; BIANCHINI, Alice. Pressupostos matérias mínimos da tutela penal; GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, vol. 1.

²⁸⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al derecho penal, p. 59-60.

²⁸⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária, p. 49.

compreensão dessa teoria fica mais fácil se imaginarmos uma pirâmide de quatro camadas²⁸⁷.

A base da pirâmide seria composta por tipos penais que deveriam ser revogados, pois os bens protegidos poderiam ser tutelados por outros ramos do direito sem nenhum prejuízo²⁸⁸. Na primeira camada da pirâmide já é possível perceber que essa teoria afronta a inflação legislativa penal, havendo uma verdadeira reforma do Direito Penal, permanecendo apenas os tipos penais mais importantes e fundamentais para a vida em sociedade. Essa reforma seria baseada nos princípios penais fundamentais, o que acarretaria em um processo de “deflação legislativa”. Feita essa revisão o número de reclusos no sistema penitenciário iria diminuir consideravelmente, além de preservar esses sujeitos da má influência a que seriam submetidos no cárcere.

Uma população prisional reduzida permitiria ao Estado conter gastos, cujo orçamento poderiam ser redirecionado para a criação de novos estabelecimentos penais, com uma dimensão diferente dos tradicionais, tornando o processo de ressocialização viável²⁸⁹.

O segundo nível da pirâmide diz respeito à implementação dos juizados especiais criminais, que seriam responsáveis pelo julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo, isto é, os tipos penais cuja sanção não seja a privação de liberdade. Dessa forma, as pessoas enquadradas nesses crimes estariam mais aptas a uma ressocialização efetiva, evitando que viessem a delinquir novamente²⁹⁰. Neste ponto, a celeridade é um objetivo a ser alcançado. A tendência dos tribunais americanos tem se espalhado sobre os demais ordenamentos jurídicos e dois institutos utilizados na justiça penal americana, o *plea bargaining*²⁹¹ e o *plea of guilty* têm ganhado força nos países que temiam utilizar esses instrumentos.

No Brasil, os juizados especiais são regulamentados no capítulo III da lei n.º 9.099/1995, da qual os artigos 60º e 61º tratam da competência e definem o que são os crimes de menor potencial ofensivo, respectivamente, e que foram alterados pela lei

²⁸⁷ GRECO, Rogério. Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas, p. 264.

²⁸⁸ GRECO, Rogério. Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas, p. 264.

²⁸⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária, p. 49.

²⁹⁰ GRECO, Rogério. Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas, p. 264.

²⁹¹ LANGBEIN, John H.. Torture and Plea Bargaining, p. 8.

11.313/2006. Com a nova redação, os juizados especiais criminais são competentes para julgar e executar as infrações potenciais de menor potencial ofensivo²⁹². São considerados crimes de menor potencial ofensivo aqueles cuja pena máxima não ultrapasse dois anos²⁹³.

A terceira faixa da pirâmide é composta pelos tipos penais que não podem ser eliminados do ordenamento jurídico penal e nem devem ser julgados pelos juizados especiais criminais, devido à sua gravidade. O encarceramento dessas pessoas ainda é um mal necessário, pois estas não têm condições de conviver de forma harmoniosa na sociedade livre²⁹⁴. Contudo, nesse caso, os locais destinados ao cumprimento de pena de privação de liberdade necessitam de reformas substanciais, para que o princípio da dignidade humana seja preservado e para que os demais direitos inerentes ao sujeito, que não são atingidos pela sentença, sejam mantidos, evitando possíveis danos físicos e psíquicos. Mesmo com essas reformas, a prisão ainda deve ser considerada um mal, pois é impossível evitar lesões irreversíveis, visto que quando se segrega um sujeito de sua vida cotidiana, se provoca um dano irreparável²⁹⁵.

No topo da pirâmide, encontramos os chamados crimes contra a humanidade. São tipos penais graves que afrontam toda uma comunidade, sendo necessária uma resposta dura e exemplar do Estado, evitando, assim, acontecimentos similares²⁹⁶.

2.3. Utilização da tecnologia

O objetivo da pena é ressocializar o indivíduo que realizou o delito, evitando, assim, que novos ilícitos sejam cometidos. Constata-se que, na prática, a pena não cumpre o seu fim, sendo necessário encontrar métodos para mudar esse quadro.

É complicado falar em ressocialização das pessoas que cometem delitos, retirando-as da sociedade em que viviam, uma vez que as pessoas condenadas a penas privativas de liberdade são separadas do meio em que vivem, afastadas de familiares e amigos que poderiam auxiliá-las na sua recuperação social. Qual seria a solução?

²⁹² Lei 9.099/1995, art. 60º.

²⁹³ Lei 9.099/1995, art. 61º.

²⁹⁴ GRECO, Rogério. Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas, p.267.

²⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão, p. 167.

²⁹⁶ GRECO, Rogério. Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas, p. 267.

A resposta para a primeira pergunta é complexa, pois o Estado não pode deixar de aplicar sanções para quem comete delitos. Um dos aliados do Estado nessa luta é a tecnologia, que permitiria, por exemplo, por meio do monitoramento eletrônico, vigiar as pessoas que cometeram determinadas infrações, ao mesmo tempo em que elas seriam mantidas na sociedade, ainda que com certas restrições. A adoção desse sistema possibilitaria evitar que a pessoa sofresse os efeitos negativos do cárcere²⁹⁷.

O monitoramento eletrônico surgiu na década de 80, nos Estados Unidos, vindo a ser implantado em alguns países da Europa algum tempo depois. A experiência comprova os efeitos positivos desse método: afasta as pessoas das influências negativas do encarceramento; facilita o convívio com os familiares e amigos; possibilita a realização de um trabalho e diminui a população carcerária. Essa forma de punir não estigmatiza o sujeito perante a sociedade, permitindo, assim, que este leve uma vida normal²⁹⁸. O monitoramento eletrônico pode ser realizado de duas maneiras: de forma ativa, é instalado um aparelho, geralmente uma tornozeleira, com um sistema de GPS (Sistema de Posicionamento Global) ao corpo da pessoa, ligado a uma central que recebe dados sobre a localização do sujeito em tempo real; e de forma passiva, por meio de um computador, dotado de um programa de reconhecimento de voz, que é programado para realizar chamadas telefônicas aos locais destinados ao cumprimento da medida²⁹⁹.

A vigilância eletrônica em Portugal é regulada pela lei n.º 33/2010, de 02 de setembro. A Direcção-Geral de Reinserção Social é responsável pela execução da medida³⁰⁰. No Brasil, o monitoramento eletrônico é regulado pela lei nº 12.258/2010. A lei nº 12.403/2011 inseriu no artigo 319 do Código de Processo Penal, que fixa a monitoração eletrônica como medida cautelar diversa da prisão.

Com a implantação do monitoramento eletrônico, Rodríguez-Margariños³⁰¹ chega a propor a criação de um novo sistema penitenciário, no qual a pena de privação de liberdade deixe de ser a regra e passa a ser a exceção. Dessa forma, os estabelecimentos

²⁹⁷ GRECO, Rogério. Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas, p. 288.

²⁹⁸ OLIVEIRA, Edmundo. Direito penal do futuro – a prisão virtual, p. 9-10.

²⁹⁹ FRANCO, Paulo Alves. Prisão, liberdade provisória, fiança e medida cautelar no processo penal, p. 85.

³⁰⁰ Lei n.º 33/2010, de 02 de setembro, art. 9º.

³⁰¹ RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. Cárcel Electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI, p. 170.

prisionais seriam destinados aos criminosos habituais e a quem cometesse crimes mais graves, como o tráfico de drogas, ou a membros de células terroristas.

3. Sistemas de penas alternativas à prisão

Em um Estado Democrático de Direito deve-se buscar uma pena suficientemente forte para proteger os bens jurídicos mais importantes para a vida em sociedade, mas que não atinja a dignidade humana daquele que cometeu o delito.

A pena de prisão, na prática, além de não observar o princípio da dignidade humana, fundamento de muitos Estados Democráticos de Direito, acaba por atingir mais direitos do que os previstos na sentença condenatória.

Por esse motivo, alguns autores acabam por propor o fim de todo o sistema penal, a exemplo de Hulsman, que, no fim de sua obra, afirma que os conflitos devem ser resolvidos pela própria sociedade ou através do Direito Civil ou Administrativo³⁰². Por outro lado, Greco acredita que esse nível de resolução de conflitos é uma utopia e que talvez nunca chegue a se realizar, motivo pelo qual é necessário encontrar formas de punição que atinjam o delinquente da menor forma possível. Não é possível abolir a pena de prisão, pois esta ainda é o único meio de punição que resulta no afastamento do convívio em sociedade³⁰³.

Porém, há casos que a pena de prisão pode ser substituída por outra medida, evitando os males que o cárcere promove. O encarceramento, por exemplo, deve ser evitado para as penas de curta duração, pois não enseja qualquer trabalho de ressocialização e não serve como prevenção geral, uma vez que não é possível, sequer, o aprendizado de um novo ofício³⁰⁴. Nessas ocorrências, deveria ser aplicada uma medida alternativa à pena de prisão, poupando o sujeito de ser afastado da sua vida familiar, trabalho e, conseqüentemente, ter a sua vida desorganizada³⁰⁵.

As penas alternativas a prisão possuem inúmeros benefícios, como, por exemplo, evita que o sujeito que cometeu determinado crime assimile o status de

³⁰² HULSMAN, Louke; BERNART DE CELIS, Jacqueline. Penas perdidas – o sistema penal em questão.

³⁰³ GRECO, Rogério. Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas, p. 304.

³⁰⁴ BELEZA DOS SANTOS, José. Nova organização prisional portuguesa, p.9.

³⁰⁵ PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade, p. 163.

delincente, um dos efeitos da prisionização³⁰⁶; o condenado permanece no seu meio social, mantendo os vínculos com sua família e amigos, bem como continua a exercer suas atividades laborais, recebendo remuneração que contribui para o seu sustento; possibilita o processo de ressocialização; permite que o condenado repare o dano que causou à vítima, uma das condições para a aplicação da pena alternativa e, por fim, diminui o índice de reincidência³⁰⁷.

Uma das primeiras penas alternativas a ser criada foi a de prestação de serviços à comunidade, que surgiu na Rússia em 1926, presente no código penal soviético nos artigos n.º 20 e n.º 30³⁰⁸. A Inglaterra introduziu a pena de prisão de fim de semana, em 1948, e a Alemanha adotou um sistema parecido, destinando-o apenas aos menores infratores.

Atualmente a maioria dos ordenamentos jurídicos prevê as penas alternativas, a exemplo de Brasil e Portugal.

3.1. Penas alternativas no Brasil

No Brasil, as penas restritivas de Direito previstas na parte geral do Código Penal brasileiro devem ser vistas como penas alternativas à prisão. Essas penas têm por objetivo punir o sujeito que cometeu o ato ilícito sem retirá-lo do seu meio social.

A lei n.º 9.714/98 ampliou o rol de penas restritivas de Direito previstas no Código Penal. Na lição de Flávio Gomes, o número de penas restritivas passou de seis (cinco restritivas mais a pena de multa) para dez (nove restritivas mais a pena de multa)³⁰⁹.

O artigo 43.º do Código Penal elenca as penas restritivas: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. A pena de multa está prevista no artigo 60.º, § 2º. Flávio Gomes entende que o ordenamento jurídico brasileiro

³⁰⁶ GRECO, Rogério. Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas, p. 306.

³⁰⁷ Uma pesquisa realizada pelo grupo Candango de Criminologia, da faculdade de Direito de Brasília, comprovou que o índice de reincidência de quem era submetido a penas alternativas era de 24,2%, bem inferior ao índice de quem era submetido ao regime fechado (53,1%) e semi-aberto (49,6%). O grupo analisou as pessoas condenadas a crimes de roubo e furto, crimes que estão entre os três mais praticados do Brasil, por um período de dez anos. Disponível em: < <http://noticias.r7.com/brasil/noticias/estudo-apontaque-reincidencia-cai-com-pena-alternativa-20100322.html> >

³⁰⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. Penas e medidas de segurança, p. 130.

³⁰⁹ GOMES, Luiz Flávio. Penas e medidas alternativas à prisão, p. 103.

conta com dez penas restritivas de Direito pois a pena de interdição temporária prevista no artigo 47.º se divide em quatro: a proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; a proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; a suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; a proibição de frequentar determinados lugares e a proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos³¹⁰.

Para a aplicação das penas restritivas de direitos é necessário observar os requisitos elencados no artigo 44.º do Código Penal: aplicada pena privativa de liberdade não superior a 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 culposo; o réu não for reincidente em crime doloso; a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição sejam suficientes. Esses requisitos são cumulativos, ou seja, é necessário que todos estejam presentes para que uma pena restritiva de direitos possa ser aplicada.

A pena de multa, prevista no artigo 60.º, § 2º, é uma modalidade de pena imposta pelo Estado a quem comete atos infracionais. Apesar de ser uma espécie de retribuição financeira, que deve ser paga ao fundo penitenciário, não corresponde ao valor do dano causado³¹¹. É considerada uma dívida de valor, por isso a legitimidade ativa para propor a ação de execução é da Procuradoria Fiscal perante o juízo cível³¹², conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça³¹³.

3.2. Penas alternativas em Portugal

O decreto de 15 de setembro de 1892 pode ser considerado o marco das penas alternativas em Portugal, pois o artigo 22.º possibilitava a substituição da pena correccional pela de desterro ou multa.

³¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. Penas e medidas alternativas à prisão, p. 104.

³¹¹ BRAGA, Vera Regina de Almeida. Pena de multa substitutiva no concurso de crimes, p. 18.

³¹² NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução penal, p. 991.

³¹³ AgRg no REsp 1.332.225 / MG; Agravo Regimental no Recurso Especial 2.012/0138932-5; 5ªT., Minª Marilza Maynard; publicado no Dje em 6/2/2013.

Dando continuidade a essa tendência de substituição das penas de curta duração, no ano de 1927, o decreto n.º 13.343 regulou a obrigação da aplicação da pena de multa para penas curtas, de até seis meses, facultando ao julgador aplicá-la nos casos de reincidência e nos crimes de furto, de burla e de abuso de confiança.

Com a reforma de 1954, com o Decreto-Lei n.º 39.688, a aplicação da substituição da pena de prisão por multa foi ampliada. Anteriormente, só era possível nos casos em que a pena máxima não fosse superior a seis meses, agora depende da condenação, ou seja, mesmo que a pena para determinado crime seja de dois anos, se o juiz condenar o sujeito a uma pena de até seis meses, será possível a substituição da pena de prisão por pena de multa. Porém, com essa reforma, a substituição deixou de ser obrigatória.

Os autores do projeto do Código Penal português de 1963 mostraram uma certa preocupação com a pena de prisão em si, não só a de curta duração, como também as penas aplicadas as pequenas e média criminalidade. O resultado dessa preocupação foi a ampliação do tempo de pena máximo para a substituição da pena de prisão, passando de seis meses para três anos.

Esse foi o entendimento adotado no Código Penal português de 1982, conforme depreende-se da leitura do texto do artigo 43.º, n.º 3, que afirma que a pena de prisão não superior a três anos é substituída por uma pena de proibição.

Uma das inovações do Código de 1982, referente à aplicação da pena, foi a introdução do artigo 74.º, que permite ao tribunal não aplicar pena alguma, mesmo que seja reconhecida a culpabilidade do agente, desde que a pena não seja superior a 6 meses de prisão ou a 120 dias de multa, que a ilicitude do fato e a conduta do agente sejam diminutas, que o dano tenha sido reparado e que a dispensa da pena não sejam opostas às razões de prevenção³¹⁴.

Em Portugal, as penas alternativas são agrupadas em não detentivas, em sentido próprio, e detentivas, em sentido impróprio³¹⁵. A pena de multa³¹⁶; a pena da

³¹⁴ OLIVEIRA, Edmundo. Política criminal e alternativas à prisão, p. 43-44.

³¹⁵ Dias, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Português, p. 331.

³¹⁶ Art. 43 do Código Penal e Art. 489 e 490 do Código de Processo Penal.

suspensão de execução da pena de prisão³¹⁷; a pena de trabalho a favor da comunidade³¹⁸ e a pena de proibição do exercício de profissão, função e atividade pública ou privada³¹⁹ são exemplos de penas não detentivas. Já as penas de permanência na habitação³²⁰, de prisão por dias livres³²¹ e regime de semidetenção³²² fazem partes das penas detentivas.

O Código Penal português, além de prever a substituição da pena de privação de liberdades para determinados casos, também prevê a substituição da pena de multa, como preceitua o seu artigo 60.º. Aos que forem condenados a uma pena não superior a 240 dias, o tribunal irá proferir uma admoestação³²³, que consiste em uma censura oral solene em audiência.

O Código Penal de Portugal revela uma tendência em aplicar penas não privativas de liberdade, conforme depreende-se da leitura do artigo 70.º, que se refere à escolha da pena, devendo o tribunal optar, sempre que possível, por uma pena não restritiva de liberdade, desde que esta seja suficientemente forte para cumprir as finalidades da punição. As reformas ocorridas no Código, em 1995 e em 2007, revelam que há uma tendência do legislador em ampliar a esfera de aplicação e aumentar o número de penas substitutivas.

4. Ressocialização

O principal objetivo do sistema é a reinserção do condenado à vida em sociedade. Para que esse objetivo possa ser cumprido, é necessário que ocorra uma intervenção positiva na vida do apenado, com fundamentos humanitários, vindo a facilitar o seu retorno à vida em sociedade, cumprindo sua função de ressocialização³²⁴.

Em termos práticos, a ressocialização seria possível? O Estado realmente possui interesse nessa ressocialização? E a sociedade livre está preparada para conviver com quem cumpriu uma pena de privação de liberdade? Essas questões são de suma

³¹⁷ Art. 50 a 57 do Código Penal e Art. 492 a 495 do Código de Processo Penal.

³¹⁸ Art. 58 do Código Penal

³¹⁹ Art. 43, n. 3 do Código Penal.

³²⁰ Art. 44, n. 1, al. a do Código Penal, art. 487 do Código de Processo Penal e lei 33/2010.

³²¹ Art. 45 do Código Penal, Art. 487 do Código de Processo Penal.

³²² Art. 46 do Código Penal, Art. 487 do Código de Processo Penal.

³²³ OLIVEIRA, Edmundo. Política criminal e alternativas a prisão, p. 37. O código penal francês, também prevê a admoestação.

³²⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Tratado de criminologia, p. 989.

importância, pois se a pena conseguir cumprir o seu fim ressocializador, terá um impacto direto no sistema prisional, uma vez que o recluso ressocializado não voltará mais a cometer atos ilícitos.

De início, já se faz uma ressalva à terceira pergunta, pois é perceptível que a sociedade, em geral, não está apta a receber o egresso. Por mais que o sujeito cumpra a sua pena com comportamento exemplar, o estigma da condenação permanece sobre ele, fator que lhe impede de voltar ao convívio normal na sociedade.

Quando existem programas de incentivo à contratação de pessoas que foram condenadas, parte da sociedade se rebela, sob a alegação de que muitos que não cometeram crime algum estão sem emprego e por isso não seria justo dar uma atenção especial a quem praticou atos ilícitos. Essa relação de trabalho entre condenados, egressos e sociedade livre é complicada, bastando lembrar-se do embate ocorrido na prisão de *Sing-Sing*, entre as autoridades e os integrantes de sindicatos, que alegavam que o trabalho intramuros, além de constituir uma ameaça aos trabalhadores livres, eles não sentiam confortáveis em trabalhar ao lado de criminosos e ainda desvalorizava o ofício³²⁵. A criminologia comprova que a pena de prisão, além de produzir efeitos de dessocialização, dificulta a vida do condenado quando volta a viver em comunidade³²⁶.

A ideia minimalista teria o condão de aliviar o problema da ressocialização. Pois, quanto maior o número de condenações a penas privativas de liberdade, mais problemas existirão no futuro. A pena de prisão deve ser evitada ao máximo, pois já restou comprovado que a aplicação de penas alternativas tem uma maior eficácia no processo de ressocialização.

A prisão como sanção penal, apesar não de não ser uma ideia antiga, remonta a razões históricas de que o encarceramento de uma pessoa que cometeu determinado crime constituiria uma compensação à sociedade. Depois passou a ser considerada uma espécie de clínica, que deveria ser responsável por frear os impulsos antissociais. Atualmente, tem o propósito de reabilitar o condenado, fazendo com que, após determinado tempo encarcerado, este esteja apto a voltar a viver em sociedade. Porém, os índices de reincidência comprovam que a pena de prisão não tem conseguido cumprir o seu fim, por

³²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de prisão, p. 90.

³²⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária, p. 158.

diversos motivos, como, por exemplo, o fenômeno da prisionização ou da aculturação do detento, a estigmatização. A instituição total não permite um tratamento eficaz e a carência de profissionais adequados e as péssimas instalações contribuem ainda mais para o fracasso das penas restritivas de liberdade³²⁷.

Os riscos de suicídio ou de ser assassinado na prisão é muito maior do que na vida em sociedade. A realidade prisional mostra que a subcultura da prisão é violenta, onde ocorrem motins, corrupção, abusos sexuais, carências médicas, alimentares e higiênicas que geram um alto risco de contaminação e infecções, em muitos casos mortais. Por todos esses motivos, Zaffaroni se posiciona no sentido de que se uma instituição não consegue cumprir sua função, então não deve ser utilizada³²⁸.

A partir do momento em que a pessoa é admitida na prisão, ela se “socializa”, ou seja, aprende a viver em uma sociedade fechada, que possui leis próprias, classes diferentes, uma rígida hierarquia, tendo que respeitar todos esses novos ensinamentos, caso contrário, há riscos para a sua integridade física. É o chamado efeito da prisionização, que influencia até mesmo as pessoas que trabalham no sistema penitenciário, que, por exemplo, sem perceber, vão adquirindo um novo modo de falar, utilizando expressões próprias dos detentos, tamanho é o poder de influência desse efeito de prisionização³²⁹.

Devido aos resultados negativos das pesquisas realizadas sobre a eficácia dos programas de ressocialização, muitas pessoas pedem pelo fim desses programas, principalmente nos Estados Unidos. No entanto, muitos diretores de centros de reclusão se recusam a abandonar esses programas, por acreditar na grande eficácia em relação aos que aderem voluntariamente à ideia de ressocialização³³⁰.

De fato não se pode, e nem se deve, generalizar o termo ressocialização. O desejo de aprender um trabalho na prisão é maior naquelas pessoas que jamais aprenderam um ofício quando viviam em sociedade, o que é um fator muito importante no processo de ressocialização do condenado. Uma especialização em determinado tipo de trabalho, faria

³²⁷ CERVINI, Raúl. Os processos de descriminalização, p. 46.

³²⁸ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro, v. I, p. 126

³²⁹ ALMEIDA, Gevan de Carvalho. O crime nosso de cada dia, p. 110.

³³⁰ MIRANDA, Anabela Miranda. Um novo olhar sobre a questão penitenciária, p. 158.

com que a mão de obra do egresso fosse competitiva, mesmo que vista com alguma restrição, devido à estigmatização que sofre.

Porém, quanto às pessoas que possuem nível superior, certo grau de formação acadêmica ou aos condenados que são altamente sociáveis e que praticaram delitos que só foram possíveis devido a sua genialidade, não se pode falar em ressocialização por meio do ensino de determinado ofício na prisão. Nesse caso, a pena de prisão não teria nenhum efeito ressocializador, apenas um efeito segregador, já que foram retirados do meio social que estavam plenamente aptos a viver³³¹.

Em relação às pessoas que não querem aprender nenhum ofício, o Estado não pode forçá-las. Seria interessante que fossem ministrados cursos no interior das penitenciárias, sobre os malefícios do crime, para que os condenados pudessem refletir e ver o quão importante é a sua liberdade³³².

Um dos alicerces básicos da execução com a finalidade de ressocialização está centrada na hipótese de o interno aceitar a ajuda oferecida, o tratamento, só sendo eficaz de tiver a participação voluntária do recluso. Ressalte-se que não é permitido submeter ninguém a determinado tratamento, pois trata-se de um direito e não de um dever³³³. Impor qualquer ajuda ou tratamento ao recluso seria violar os seus direitos fundamentais. Esse tratamento é um direito do interno, assim como também tem direito de não querer ser tratado³³⁴. É necessário um trabalho multidisciplinar, envolvendo pessoas com as mais diversas formações acadêmicas, como operadores do direito, psicólogos, assistentes sociais, para que juntos consigam retratar a realidade do cárcere.

Os custos para socializar alguém são altos, mas engana-se quem pensa que investir em segurança é mais barato. A explicação é simples, mais segurança não significa redução da criminalidade, importa, na verdade, num maior número de presos. Se as penas forem cada vez mais longas e mais severas, chegará o dia que será necessário um aumento

³³¹ GRECO, Rogério. Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas, p. 338.

³³² GRECO, Rogério. Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas, p. 338.

³³³ RODRIGUES, Anabela Miranda. A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade, seu fundamento e âmbito, p. 133.

³³⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária, p. 169.

do orçamento relativo ao sistema penitenciário, e ainda assim, não será possível arcar com as despesas do sistema³³⁵.

É imprescindível ainda proceder a uma revisão no conceito de ressocialização. É necessário reconhecer que a pena de prisão é um dos instrumentos mais graves que o Estado utiliza para preservar a harmonia da vida em sociedade. Porém, as penas restritivas de liberdade não conseguem ressocializar, motivo pelo qual continuam as tentativas para eliminar esse tipo de pena³³⁶.

Antes de a pena ser ressocializadora, deve ser não-dessocializadora, ou seja, não deve restringir os direitos inerentes à sua condição de homem e deve tentar reduzir ao máximo os efeitos criminógenos³³⁷.

A ressocialização deve ter três pilares básicos: o respeito pela consciência do recluso, a efetivação dos direitos fundamentais do interno e a obrigação constitucional de uma intervenção social por parte do Estado³³⁸.

Apesar de ainda não se conseguir extirpar as penas privativas de liberdade dos ordenamentos jurídicos, passando uma ideia de que é um problema sem solução, eles podem ser diminuídos. A adoção de um Direito Penal Mínimo é de suma importância para que os problemas nos cárceres sejam reduzidos, evitando, assim, condenações desnecessárias, que apenas aumentam a angústia social. Reduzindo o número de condenações e, conseqüentemente, o número de presos, os reflexos positivos poderão ser visualizados após o cumprimento da pena³³⁹.

³³⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. Da <afirmação de direitos> à <protecção de direitos> dos reclusos, p. 187.

³³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão, p. 132.

³³⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária, p. 52.

³³⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária, p. 53.

³³⁹ GRECO, Rogério. Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas, p. 339.

CONCLUSÃO

O conceito de Estado Direito, de Direitos Humanos e de *ius puniendi* estão estritamente ligados. Porém, percebe-se, de uma forma geral, que o Sistema Penal não vem tendo a atenção que merece, sendo a situação agravada nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. Esse descaso afeta de forma direta os reclusos, pois sua dignidade, suas garantias e seus direitos básicos são esquecidos, permanecendo apenas no campo teórico, gerando uma verdadeira crise na pena de prisão, que ganhou a condição de principal meio de sanção dos Estados após a metade do século XIX.

A crise do sistema penitenciário coloca o Estado Democrático de Direito em dúvida, pois os seus princípios básicos são sido violados constantemente, a exemplo do princípio da dignidade humana³⁴⁰. A pena de privação de liberdade deixou de ser apenas uma limitação do direito de ir, vir e permanecer do apenado. Na prática, tem excedido e muito a sua natureza, pois os reclusos sofrem torturas físicas e psicológicas diariamente, violando mais um dispositivo de diversas Constituições, a exemplo do Brasil e de Portugal³⁴¹.

Para que um detento possa sobreviver dentro dos estabelecimentos carcerários, precisa observar novas regras. Este é o primeiro passo para o efeito da prisionização, em que o apenado passa a ter a ideia de que realmente é um delinquente, um marginal. A partir do momento em que aceita essa situação, o detento passa a se manifestar, a se expressar e a falar de um novo modo, com o intuito de se aproximar da sociedade carcerária, tornando-se parte da subcultura prisional e se assemelhando aos demais.

Para que o princípio da dignidade humana possa ser observado na fase de execução da pena, é necessária a observância dos demais princípios, a exemplo dos princípios da legalidade e da igualdade. Deve ser desenvolvida em ambientes projetados, a

³⁴⁰ Portugal é uma república soberana, baseada no princípio da dignidade humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Art. 1º da CRP; Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III da CF 88.

³⁴¹ No Brasil e em Portugal, as constituições, de forma expressa, garantem a proteção a integridade física e moral dos presos, art. 5º, XLIX da CF 88, e art. 25º da CRP.

fim de que permitam o processo de ressocialização, premiando os presos por sua boa conduta e, aos poucos, aproximando-os do mundo livre³⁴².

As autoridades públicas demonstram não se importar em propiciar as condições mínimas necessárias para a vida dentro do cárcere, ignorando o princípio da legalidade no âmbito do sistema penitenciário. Essa indiferença acarreta danos significativos à vida dessas pessoas. É comum encontrar pessoas encarceradas que já cumpriram o tempo de pena necessário para uma progressão de regime ou mesmo já tendo cumprido todo o seu tempo de condenação, o que acaba gerando um sentimento de revolta e colocando em dúvidas a justiça da pena privativa de liberdade.

Outro princípio comumente desrespeitado é o da igualdade. Há uma notada seleção das pessoas que são condenadas e que de fato cumprem penas privativas de liberdade dentro de estabelecimentos carcerários: geralmente pessoas negras e de baixa classe social. A operação lava jato³⁴³, que investiga crimes de corrupção praticado por políticos e grandes empresários no território brasileiro, é a prova disso. Por se tratar de figuras importantes, como, por exemplo, o ex-Presidente da República, e de pessoas das classes mais altas do país, as penas aplicadas frequentemente tem sido a de prisão domiciliar. É verdade que os veículos de comunicação têm noticiado a prisão de algumas dessas pessoas, mas geralmente trata-se prisões temporárias, para que não interfiram nas investigações. Em Portugal, da mesma forma, o ex-premiê, José Sócrates, permaneceu preso temporariamente, por 329 dias, e agora cumpre pena de permanência na sua habitação, sem recurso de vigilância eletrônica. Esses dois exemplos mostram como a justiça se contrapõe, pois a maioria das prisões preventivas são decretadas com o fundamento de garantir a aplicação da lei penal, com o escopo de evitar possíveis fugas. No entanto, as chances de fuga normalmente aumentam conforme aumenta a classe social. Muitos presos não têm condições financeiras para o seu próprio sustento, não sendo financeiramente capazes de arquitetar e de executar um plano de fuga.

A violação desses princípios tem impacto direto sobre o princípio da dignidade humana, constantemente ignorado no sistema penal. A mídia, sempre ávida por notícias

³⁴² PENTEADO. JAQUES de Camargo. A dignidade humana na justiça penal, p. 905.

³⁴³ A operação lava jato, iniciada no ano de 2014, é a maior investigação criminal de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve.

impactantes, prega a luta por penas mais duras e a criação de novos tipos penais, criticando os direitos dos reclusos e afirmando que os mesmos possuem muitas regalias e que esta seria a razão pela qual eles voltam a cometer novos crimes.

É muito importante ter prudência no momento de noticiar crimes graves. Porém, a mídia, considerada o quarto poder, parece não se importar com isso, uma vez que inflama a população contra os presos, pois, quanto mais chocante a notícia, mais audiência recebe. Os condenados estão sendo tratados como animais irracionais, sendo privados de direitos básicos, como alimentação e higiene. Isso faz com que, ao serem soltos, retornando à sociedade, retornem piores, amargurados em razão do tratamento recebido.

A neocriminalização, também conhecida como neopenalização³⁴⁴, não funciona no combate ao crime e nem na prevenção de futuros delitos, pois o endurecimento das penas já existentes ou a criação de novos tipos penais significa relativizar o princípio da dignidade humana no tocante ao Direito Penal e Processual Penal.

Centros penitenciários que visam a ressocialização do infrator, respeitando seus direitos e garantias, a exemplo do centro penitenciário de Topas, localizado na Espanha, não são bem vistos perante a sociedade, que é indiferente ao sofrimento dos presos. Isso alude à Idade Média, com as praças públicas cedendo espaço aos televisores, de onde se assiste a agonizante vida dos reclusos, obrigados a dividir pequenos espaços com estranhos.

A forma de punição sempre foi matéria de estudo pelo homem, que busca uma sanção justa e dura, mas respeitando os direitos e garantias individuais, com o objetivo de se prevenir delitos futuros. Pode-se dizer que, em certos momentos da história, se presenciou uma evolução da forma de punir, mas, em outros momentos, percebe-se uma estagnação e até mesmo o retrocesso.

Não há como negar que a abolição das penas corporais e a adoção da pena de prisão, movimento influenciado pelo iluminismo³⁴⁵, foi uma evolução. Porém, nos dias atuais, a aplicação de uma pena de privação de liberdade afronta o princípio da dignidade humana.

³⁴⁴ Endurecimento das penas de crimes já existentes ou criação de novos tipos penais.

³⁴⁵ CORREA, Eduardo. Estudos sobre a evolução das penas no direito português, p. 77.

Hoje não se sabe o real motivo da prisão, se para ressocializar o preso, se para neutralizá-lo, se para retribuir o mal que foi praticado ou se para servir de exemplo à sociedade. No âmbito da teoria, o objetivo da prisão é a ressocialização, de forma a prevenir de futuros delitos. Na prática, é difícil responder. Nem há como responder, uma vez que as pessoas julgadas por um poder legalmente constituído, que faz parte do Estado Democrático de Direito, estão agonizando nos sistemas prisionais, sofrendo além do que lhe foi imposto na sentença condenatória.

Diversas normas internacionais foram editadas, visando garantir os direitos dos reclusos. Porém, mais uma vez, afirma-se que o problema não é o reconhecimento dos direitos dos reclusos e sim a sua efetividade.

O desrespeito por essas normas internacionais não é exclusividade dos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. Os Estados Unidos são um péssimo exemplo, onde as prisões americanas viraram sinônimo de enriquecimento, através da privatização de estabelecimentos penitenciários, que são lotados por pessoas de classes mais baixas³⁴⁶.

Outro péssimo exemplo norte americano está ligado a algumas prisões de segurança máxima, como a prisão de Guantánamo e de Abu Ghraib, onde presos de guerra e suspeitos de terrorismo eram mantidos, sendo torturados e violentados para que confessassem os crimes que cometeram, os que não cometeram e os que poderiam cometer, pelo simples fato de pertencerem a uma determinada religião ou grupos étnicos.

A prisão deve ser aplicada como a *ultima ratio* do Direito Penal. Só deve privar ou restringir a liberdade, que é direito inerente à condição de ser humano, de quem comete crimes graves, que coloquem em risco os bens e os interesses mais importantes para a vida em sociedade. Ainda assim, há de se observar as garantias e os princípios norteadores da pena, evitando, portanto, um excesso de poder do Estado.

O Estado não pode se comportar como um verdugo³⁴⁷, que procura apenas causar sofrimento e dor àquele que cometeu determinada infração penal, vingando a pessoa que foi lesada. O Estado deve procurar entender os motivos que levaram ao cometimento do crime, para que possa, assim, evitar o cometimento de futuros delitos.

³⁴⁶ GRECO, Rogério. Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas, p. 232.

³⁴⁷ BELEZA DOS SANTOS, José. Fins das penas, p. 73.

É necessário uma ação conjunta de todos os poderes, com a adoção de políticas sociais, estatais, criminais e penitenciárias, evitando que delitos sejam cometidos e, conseqüentemente, reduzindo o número de encarcerados.

A crise do Estado social está diretamente ligada ao aumento da criminalidade aparente, ou seja, a criminalidade violenta, urbana, geralmente ligada aos crimes contra o patrimônio e ao tráfico de drogas.

Quanto maior a desigualdade entre as classes sociais, mais elevado será o índice de crimes. É necessário que o Estado intervenha no sentido de diminuir essa desigualdade, possibilitando que as pessoas possuam condições mínimas de sobrevivência, isto é, uma boa alimentação, um lugar para morar, acesso à saúde, ao lazer e à cultura.

Mesmo que o Estado consiga proporcionar um mínimo existencial capaz de propiciar uma vida digna a todos, alguns crimes não poderão ser evitados, como o crime de corrupção, que está diretamente ligado ao caráter do sujeito, ou o crime de homicídio, que depende da situação em que a pessoa se encontra, quando pode, diante de uma situação de estresse, agir sem pensar.

Adotar de forma prática a teoria do minimalismo é algo que pode ajudar a superar a crise da pena de prisão, pois o Direito Penal passaria a tutelar apenas os direitos que fossem mais importantes para a vida harmônica em sociedade³⁴⁸, propagando uma deflação legislativa, vindo a ser responsabilidade de outros ramos do Direito tutelar o que antes era um tipo penal.

A adoção da teoria minimalista não importa em acabar com a pena de prisão, e sim, destinar essa pena aos casos mais graves, que devem ser tratados de forma dura e rígida pelo Estado. O que não se pode aceitar é o raciocínio da *prima* ou *solo ratio*, como defendem alguns, e a tutela de determinados bens jurídicos que não possuem nenhuma importância para o Direito Penal.

Importa frisar que a teoria do minimalismo não prega o fim da pena de prisão e do Direito Penal, a ideia é que algumas condutas possam ser tuteladas por outros ramos do

³⁴⁸ MARTÍN, Julian Carlos Ríos. BERNARBE, José Luis Segovia. Las penas y su aplicación, p. 27.

Direito, a exemplo do crime de difamação³⁴⁹, que poderia ser tutelado pelo Direito Civil, onde o difamado poderia pleitear um pedido de desculpas e até mesmo uma indenização, a depender do caso.

É verdade que para penas de curta duração, os códigos preveem a sua substituição, geralmente pela pena de multa. Mas e se a pessoa não tiver condições de pagar essa pena pecuniária? Então deve cumprir a pena de prisão imposta na sentença. Daí a importância de retirar do ordenamento jurídico penal as condutas de pouca relevância, pois mesmo que possa ser substituída por outra pena, a pessoa ainda pode vir a ficar presa, pois se condenada a pagar uma quantia a título de indenização a quem difamou, não correria o risco de ser presa por não ter condições financeiras de arcar com esse encargo.

O próprio ordenamento jurídico penal entende que essa é uma conduta de pouca relevância, por isso aplica a substituição da pena de privação de liberdade a esses casos.

Outra importante aliada no combate à crise do sistema penitenciário e da preservação da dignidade humana é a tecnologia. Através do monitoramento eletrônico é possível rastrear, em tempo real, as pessoas investigadas ou condenadas por cometer crimes. Esse instrumento pode ser utilizado na fase de investigação ou na fase de execução do cumprimento de sentença condenatória, permitindo que o apenado possa ficar no seu ambiente, perto de seus familiares e amigos, tornando possível o processo de ressocialização.

A ressocialização é um dos objetivos da pena de prisão, portanto, não deve ser encarado com um meio de substituição da pena privativa de liberdade. É bem verdade que se os projetos de ressocialização fossem bem executados, o número de indivíduos que retornam ao mundo do crime iria diminuir de forma brusca.

Baseado nas pesquisas realizadas para a elaboração desse trabalho, é possível concluir que o sistema prisional, via de regra, está em decadência. A pena de prisão não tem a mesma importância do início do século XVIII. A pena de prisão, que foi concebida com o intuito de preservar os direitos humanos, é hoje a maior forma de desrespeito a esses

³⁴⁹ O crime de difamação está previsto no ordenamento jurídico brasileiro, sob a égide do art. 139 do Código Penal, que prevê detenção de três meses a um ano e multa. Também está previsto no Código Penal Português, no art. 181, prevendo pena de prisão de até três meses ou 120 dias de multa.

direitos. É necessário uma verdadeira reforma do sistema penal, destinando a pena de prisão apenas àqueles que cometem os crimes mais graves, atingindo bens importantes para a vida em sociedade.

Infelizmente, não há como se abolir a pena de prisão, pois ela ainda deve ser utilizada como forma de sanção para os crimes mais graves. Porém, é necessário criar condições, durante a fase de execução da pena, para que o apenado tenha assegurado os seus direitos fundamentais não atingidos pela sentença condenatória³⁵⁰, respeitando-se, assim, o princípio da dignidade humana, para que o cidadão condenado possa reingressar de forma definitiva na sociedade livre, evitando a reincidência.³⁵¹

Já que a pena de prisão é um mal necessário, é necessário repensar os centros penitenciários, visando à reforma e à construção de ambientes mais humanizados. As prisões modernas não podem ser erguidas, exclusivamente, sob o binômio segurança-disciplina. É comprovado que a arquitetura dos centros de reclusão influenciam de forma negativa ou positiva o processo de ressocialização. Dessa forma, as prisões modernas devem facilitar a interação entre os presos e a sociedade livre³⁵².

E para que a pena possa cumprir seu fim, de ressocialização, é necessário mais que essa garantia, é necessário que o Estado se faça presente, através de afirmações positivas³⁵³. Pois, muitas vezes, é necessário socializar o apenado, porque ele nunca foi submetido a esse processo.

³⁵⁰ CALADO, Antônio Ferreira. O sistema prisional garante de direitos fundamentais, p. 749.

³⁵¹ RULLI JUNIOR, Antonio. CALANDRA, Henrique Nelson. Direitos Humanos e Reinserção social, p. 331.

³⁵² MARCONDES, Pedro. Políticas orientadas à melhoria do sistema penitenciário brasileiro sob o enfoque da função da pena vinculada à função do Estado, p 257.

³⁵³ RODRIGUES, Anabela Miranda. Da <afirmação de direitos> à <protecção de direitos> dos reclusos, p. 189.

Referências

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. Direito Prisional Português e Europeu, 2006 editora coimbra
- ALMEIDA, Gevan de Carvalho. O crime nosso de cada dia. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- AYUSO VIVANCOS, Alejandro. Visión crítica de la reeducacion penitenciaria en España. Valência: Nau Llibres, 2003.
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro, v. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: RT, 1999.
- BEIRAS, Iñaki Rivera. La cuestión carcelaria – Historia, Espitemología, Derecho Y Política penitenciaria. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009.
- BELEZA DOS SANTOS, José. Fins das penas em boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano XIX, 1937-1938. Coimbra: Coimbra editora.
- BELEZA DOS SANTOS, José. Nova organização prisional portuguesa – alguns princípios e realizações. Coimbra: Coimbra editora, 1947.
- BEJERANO GUERRA, Fernando, “John Howard: Inicio y bases de la reforma penitenciaria” en *Historia de las prisiones*, Dir. Carlos García Valdés. Madrid: Edisofer libros jurídicos, 1997.
- BENTHAM, Jeremy. O panótico. Belo Horizonte: Autência, 2000.
- BENTHAM, Jeremy. El panoptico. España: La Piqueta, 1979.
- BETTIOL, Giuseppe. Direito penal, volume III, tradução brasileira e notas do professor Paulo Jose da costa junior e do magistrado alberto silva franco, editora revista dos tribunais, são Paulo: 1976. (versão portuguesa do original italiano diritto penale (parte generale), publicado por CEDAM – Casa editrice dott. Antonio Milani, padua, 8º edição, 1973
- BERISTAIN, Antonio. Crisis del derecho repressivo. España: Ed.Cuadernos para el dialogo, 1977.
- BIANCHINI, Alice. Pressupostos matérias mínimos da tutela penal. São Paulo: RT, 2002.
- BIANCO, Alicia. Prisoners` Fundamental Right to Read: Courts Should Ensure that Rational Basis is Truly Rational *in* Law Review from Roger Williams University, vol. 21, winter 2016.
- BITTENCOUT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, parte geral 1. Editora Saraiva, 16ª edição, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de prisão. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRAGA, Vera Regina de Almeida. Pena de multa substitutiva no concurso de crimes. São Paulo: RT, 1997.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html> Acesso em: 10 de junho de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 56. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319993>> Acesso em: 05 de julho de 2016.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2016.

BRASIL. Lei n. 9099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm> Acesso em: 15 de maio de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3510/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 29 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 10 jun. 2014

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 2.012/0138932.-5; 5ª turma, Ministra Marilza Maynard; Publicado no Dje em 6/2/2013. Acesso em: 20 de junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 2.010-MC. Relator: Celso de Mello, julgamento em 30-9-1999, Plenário, DJ de 12-4-2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347383>> Acesso em: 15 de junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 84078-MG. Relator: Ministro Eros Grau. Data de Julgamento: 05/02/2009. DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>> Acesso em: 18 de junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus, 126292. Relator: Ministro Teori Zavascki, julgamento em 17-02-2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>> Acesso em: 17 de junho de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 142513 ES. Relator: Ministro Nilson Naves. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9217220/habeas-corpus-hc-142513-es-2009-0141063-4/inteiro-teor-14297462>> Acesso em: 17 de junho de 2016.

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil, seção Ceará. Relatório da Comissão de Direito Penitenciário da OAB sobre a casa de privação provisória de liberdade Desembargador Francisco Adalberto de Oliveira Barros Leal, março de 2016.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013.

BOVINO, Alberto. HURTADO, Christian. Justiça penal y derechos humanos. Buenos Aires: Editores del porto, 2004.

CALADO. António Ferreira. O sistema prisional garante de direitos fundamentais in Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana, coordenado por Jorge Miranda. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2008.

CANOTILHO. Joaquim José. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Coimbra editora, 1999.

CANOTILHO. Joaquim José; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra: Coimbra editora, 2014.

CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal. Bogotá: Temis, 1973.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. A prisão. São Paulo: Editora Folha, 2002.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Direito penal na constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CERVELLÓ DONERIS, Vicenta. Derecho penitenciário. Valência: Tirant lo Blanch, 2006.

CERVINI, Raúl. Os processos de descriminalização. São Paulo: RT, 1995.

CLEMMER, Donald. Imprisonment as a source of criminality in Readings in criminology and penology. USA, Ed. Davi. Dressler, 1964.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2010.

COHEN, Stanley. Un escenario par el sistema penitenciário futuro. 1975.

CORREA, Eduardo. Estudos sobre a evolução das penas no direito português, vol. 1. Coimbra: Gráficas de Coimbra.

COSTA, José de Faria. Noções fundamentais de Direito Penal. Coimbra: Coimbra editora, 2015.

CULBERTSON, Robert. The effect of institucionalization, on the delinquent inmates self-concept, 1975. Journal of Criminal Law and Criminology, vol. 66, Issue 1, Article 6.

CUELLO CALÓN, Eugenio. La moderna penologia. Barcelona: Bosch, 1958.

CUSAC, Anne-Marie. The Restraint Chair *in* Prison Nation, New York 2003, Routledge

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia – o homem delinquent e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DIAS, Jorge Figueiredo, Direito Penal Português, As consequências Jurídicas do Crime, Aquitas Editorial Notícias, 1993.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal, parte geral, tomo I. Coimbra: Coimbra editora, 2012.

DRAPKIN, Israel. El recluso penal, víctima de la sociedade humana. 1977.

ESTADOS UNIDOS. Case Cooper v. Pate 378 U.S. 546 (1964). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/378/546/case.html>>. Acesso em: 26 de maio de 2016.

ESTADOS UNIDOS. Case Monroe v. Pape. 365 U.S. 167 (1961). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/365/167/case.html>>. Acesso em: 26 de maio de 2016.

ESTADOS UNIDOS. Case Pell v. Procunier. 417 U.S. 817(1974) Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/417/817/case.html>>. Acesso em: 26 de maio de 2016.

ESTADOS UNIDOS. Case Turner v. Safley. 482 U.S 78 (1987). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/482/78/case.html>>. Acesso em: 26 de maio de 2016.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. São Paulo: RT, 2002.

FERRAZ, Eduarda. O Sistema Prisional na Óptica dos Direitos Fundamentais dos Cidadãos. Direito e Justiça, vol. especial. Portugal: Universidade Católica Portuguesa, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRINI, Contardo. Diritto penale romano, in completo trattato. Milano, 1888.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir – nascimento da prisão. 29ª ed, Petropolis: Editora Vozes, 2004 – Tradução de Raquel Ramallete.

FRAGOSO, Heleno. CATÃO. Yolanda. SUSSEKIND, Elisabeth. Direitos dos presos. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1980.

FRANCO, Paulo Alves. Prisão, liberdade provisória, fiança e medida cautelar no processo penal, São Paulo: Servanda, 2012.

FREITAS E COSTA, Manuel. Dicionário de Termos Médicos. Editora Porto, 2014.

GARCIA-PABLOS Y MOLINA, Antonio. Régimen abierto y ejecución penal. Rep, 240, 1988.

- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Tratado de criminología. Valência: Tirant lo Blanch, 2009
- GARCÍA VALDÉS, Carlos. Derecho penitenciário – Escritos, 1982 -1989. Madrid: Artes Gráficas y ediciones, 1989.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos. Estúdios de derecho penitenciário. Madrid: Tecnos, 1982.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos. Introducion a la penologia. Madrid: Gráficas Pérez-Galdos, 1982.
- GEIS, Gilbert. Pioneers in criminology – VII – Jeremy Bentham (1748-1832), 1955.
- GOFFMAN, Erving. Internados – ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales. Argentina: Ed. Amorroutu, 1973.
- GOFFMAN, Erving. Manicômios, prisões e conventos. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 1974.
- GOMES, Luiz Flávio. Penas e medidas alternativas à prisão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – parte geral, vol. 1. Niterói: Impetus, 2009.
- GRECO, Rogério. Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas. Niterói: Impetus, 2015.
- GUZMAN, Luis Garrido. Compendio de ciencia penitenciaria. Valência: 1976.
- GUZMAN, Luis Garrido. Manual de ciência penitenciária. Madrid: Edersa, 1983.
- HENTIG, von Hans, La Pena. Madrid: ESPASA-CALPE, 1967.
- HOWARD, John. The state of the prisons in England and Wales.
- HULSMAN, Louke; BERNART DE CELIS, Jacqueline. Penas perdidas – o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1997.
- IRURZUM, Victor J. La sociedade carcelaria. Buenos Aires: Depalma, 1968.
- JACOBS, James. Stratification and Conflict among Prison Inmates, 1975.
- KANT, Immanuel. Princípios metafísicos. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.
- KAUFMANN, Hilde. Principios para la reforma de la ejecución penal. Buenos Aires: Depalma, 1977.
- LANGBEIN, John H.. Torture and Plea Bargaining. The University of Chicago Law Review, vol. 46, n. 1, p. 3-22, 1978.
- LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel. Discurso sobre las penas. Cadiz: Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, 2001.

- MARCÃO, Renato. Curso de execução penal. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARCONDES, Pedro. Políticas orientadas à melhoria do sistema penitenciário brasileiro sob o enfoque da função da pena vinculada à função do Estado. Revista brasileira de Ciências Criminais, Ano II, nº 43, abril – junho 2003.
- MARTÍN, Julian Carlos Ríos. BERNARBE, José Luis Segovia. Las penas y su aplicación – contenido legal, doctrinal y jurisprudencial. Madrid: Editorial Colex, 2006.
- MCCORKLE, Lloyd. KORN, Richard. Resocialization within walls in readings in criminology and penology. USA, Ed. David Pressler. Columbia University Press, 1964.
- MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. Cárcel y fábrica; los Orígenes del sistema penitenciário, siglos XVI-XIX. México: Siglo XXI, 1985.
- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal: comentários a lei n.º 7.210/84. São Paulo: Atlas, 2007.
- MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal – parte geral arts. 1ª a 120 do CP, editora atlas, são Paulo 2011.
- MIR PUIG, Carlos. Derecho penitenciário – el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2015.
- MIR PUIG, Santiago. Derecho penal – parte general. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011.
- MIR PUIG, Santiago. Estado, pena y delito. Buenos Aires: Editorial IBdeF, 2006.
- Moderno Dicionário de Português Michaelis.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal y control social. España: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducion al derecho penal. Barcelona: Bosch, 1975.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. La prisión como problema: resocialización verus desocialización in La cuestión penitenciaria, 1987.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. La Prisión como problema in La cuestión penitenciaria. Papers d'Estudios y Formación, 1987.
- NEUMAN, Elías. Evolucion de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios. Buenos Aires: Pannedille, 1971.
- NEUMAN, Elías. Prisión abierta. Buenos Aires: 1974.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Comentário à lei de execução penal. São Paulo: Saraiva, 1996.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal, parte geral, parte especial, Ed. Revista dos tribunais, 2006

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução penal. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

OLIVEIRA, Edmundo. Direito penal do futuro – a prisão virtual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

OLIVEIRA, Edmundo. O futuro alternativo das prisões. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Edmundo. Política criminal e alternativas à prisão. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PASCHOAL, Janaína Conceição. Constituição, criminalização e direito penal mínimo. São Paulo: RT, 2003.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Sistemas Penitenciários. *in Revista dos Tribunais*. Volume 639. São Paulo: RT, 1989.

PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PENTEADO, JAQUES de Camargo. A dignidade humana na justiça penal *in* Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana, coordenado por Jorge Miranda. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2008.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Coimbra: Almedina, 2014.

PORTUGAL, João. MENDES, Ana Corrêa. Sistema penitenciário *in* relatórios sociais do provedor de justiça 2008, Lisboa.

PORTUGAL. Ordem dos Advogados. Carta dos Direitos e Deveres dos Detidos e dos Reclusos, 14 de maio de 2004. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=9562&ida=21757> Acesso em: 20 de maio de 2016.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional – Acórdãos. **Jurisprudência**. Lisboa. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090427.html>> Acesso em: 18 de maio de 2016.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 265, de 01 de agosto de 1979. Reforma do sistema prisional. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/citius/livro-iv-leis-criminais/pdf5/dl-265-4483/downloadFile/file/DL_265_1979.pdf?nocache=1182244090.72> Acesso em: 01 de julho de 2016.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 215, 28 de setembro de 2012. Lei orgânica da Direção-Geral de reinserção e serviços prisionais. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1799&tabela=leis> Acesso em: 10 de junho de 2016.

PORTUGAL. Lei n.º 115, de 12 de outubro de 2009. Código da execução das penas e medidas privativas da liberdade. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis> Acesso em: 15 de maio de 2016.

- PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1, 12º edição, revista dos tribunais, 2013.
- RAMIREZ, Sergio García. La prisión. México: 1975.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Penas e medidas de segurança. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985.
- RICO, José Maria. Sanções penais. Traduzido por Sérgio Fragoso. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1970.
- RODRIGUEZ NUÑES, Alicia. Elementos básicos de investigación criminal. Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Jose Collado Medina coordenador, 2007.
- ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. Madrid: Editorial Civitas, 1997.
- RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. Cárcel Eletrônica: de la cárcel física a la cárcel mental. In: Revista del Poder Judicial nº 79. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Da <afirmação de direitos> à <protecção de direitos> dos reclusos. Direito e Justiça, vol. especial. Portugal: Universidade Católica Portuguesa, 2004.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade, seu fundamento e âmbito. Coimbra, 1982.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo Olhar sobre a questão penitenciária. Coimbra: Coimbra editora, 2002.
- RULLI JUNIOR, Antonio. CALANDRA, Henrique Nelson. Direitos Humanos e Reinserção social in Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana, coordenado por Jorge Miranda. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2008.
- SABADELL, Ana Lúcia. Algumas reflexões sobre as funções da prisão e da atualidade e o imperativo de segurança in Estudos de Execução Criminal. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. MARINON, Luis Guilherme. MITIDEIRO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SARRULE, Oscar Emílio. Las crisis de legitimidade del sistema jurídico penal. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.
- TAVARES DA SILVA, Suzana. Direitos fundamentais na arena global. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.
- VELÁSQUEZ, Kenya Margarita Espinoza; CATAÑEDA, Milagro Mengana. Crisis Carcerária y privatización de las prisiones en la modernidade. Ciudad de la Habana: Universidad de las Tunas, 2007.

VIERIA, Oscar Vilhena. Direitos fundamentais – uma releitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

Paginas Web:

<<https://anistia.org.br>>

<<http://www.antiwar.com>>

<<http://www.bbc.com>>

<<http://www.cnj.jus.br>>

<<http://www.conectas.org>>

<<http://www.dgsp.mj.pt>>

<<http://www.direitoshumanos.usp.br>>

<<http://www.folha.uol.com.br>>

<<https://www.icrc.org>>

<<https://www.loc.gov>>

< <http://www.provedor-jus.pt>>