

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

**LAURA PROMPT GABARDO**

**A FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO**

Porto Alegre

2018

LAURA PROMPT GABARDO

### **A FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito para a aprovação na disciplina de Trabalho de Conclusão.

Orientadora: Prof<sup>fa</sup>. Dr<sup>a</sup>. Ana Paula Motta Costa

Porto Alegre  
2018

LAURA PROMPT GABARDO

### **A FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à banca examinadora como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em: 3 de julho de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

---

Professora Doutora Ana Paula Motta Costa – orientadora

---

Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves

---

Professor Doutor Ângelo Roberto Ilha da Silva

Porto Alegre

2018

## RESUMO

Este trabalho propõe-se a fazer uma análise do sistema carcerário como método punitivo, se é eficiente em cumprir sua finalidade teórica: a reeducação e ressocialização dos detentos. São tratados de temas como as teorias justificadoras da pena, o garantismo e o abolicionismo penal, a evolução histórica do cárcere no Brasil e em outros países capitalistas, o cenário atual do sistema carcerário, a violação dos direitos dos presos no contexto nacional e internacional, e possíveis soluções para o problema da superpopulação carcerária. Utilizam-se como principais teóricos: Salo de Carvalho, Luigi Ferrajoli, Alessandro Baratta, Michel Foucault, Cezar Bitencourt, Günther Jakobs, Louk Hulsman, Eugenio Zaffaroni, Loïc Wacquant, David Garland, Heleno Fragoso, Juarez Tavares.

**Palavras-Chaves:** Sistema Carcerário; Teorias da Pena; Evolução Histórica do Cárcere, Violação de Direitos.

## ABSTRACT

This paper proposes an analysis of the prison system as a punitive method, if it is efficient to comply its theoretical purpose: reeducation and resocialization of inmates. The main topics discussed are the theories justifying penalty, criminal guaranteeism and criminal abolitionism, historical evolution of the imprisonment in Brazil and in the others capitalist countries, the current situation of the prison system, the violation of prisoners' rights in the national and international context, and possible solutions to the problem of prison overcrowding. The main theorists are Salo de Carvalho, Luigi Ferrajoli, Alessandro Baratta, Michel Foucault, Cezar Bitencourt, Günther Jakobs, Louk Hulsman, Eugenio Zaffaroni, Loïc Wacquant, David Garland, Heleno Fragoso, Juarez Tavares.

**Keywords:** Prison System; Penalty Theories; Historical Evolution of the Prison; Violation of Rights.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 TEORIAS JUSTIFICADORAS DA PENA .....</b>	<b>13</b>
2.1 AS JUSTIFICAÇÕES RETRIBUTIVISTAS (OU TEORIAS ABSOLUTAS).....	14
2.2 TEORIAS RELATIVAS.....	16
2.2.1 O modelo intimidatório (ou prevenção geral negativa) .....	17
2.2.2 Teoria da prevenção geral positiva (ou da integração) .....	19
2.2.3 O positivismo e a teoria da prevenção especial negativa e positiva.....	21
2.3 O MODELO GARANTISTA.....	23
2.4 O ABOLICIONISMO PENAL.....	27
<b>3 O SISTEMA CARCERÁRIO .....</b>	<b>33</b>
3.1 O SISTEMA CARCERÁRIO SOB PONTO DE VISTA HISTÓRICO.....	34
3.2 O SISTEMA CARCERÁRIO NAS SOCIEDADES CAPITALISTAS CONTEMPORÂNEAS.....	44
3.3 O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: BREVE RESUMO HISTÓRICO.....	53

<b>4 VIOLAÇÃO DE DIREITOS DOS PRESOS.....</b>	<b>57</b>
4.1 O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL.....	58
4.2 A LUTA DOS DIREITOS DOS PRESOS SOB PONTO DE VISTA INTERNACIONAL E NACIONAL.....	67
4.3 ALGUMAS DAS POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O PROBLEMA DA SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL.....	74
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>78</b>
<b>6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>82</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata sobre a crise do sistema carcerário, no âmbito internacional e principalmente no contexto nacional, identificando os graves problemas das prisões brasileiras. A tese aqui apresentada propõe um estudo e um debate acerca do encarceramento, principal método punitivo existente tanto no Brasil quanto em outros países, que consiste teoricamente na privação da liberdade do sujeito. Procura-se verificar por que o sistema prisional não é capaz de cumprir sua principal finalidade, a reeducação e ressocialização dos detentos.

O encarceramento surgiu com o objetivo de substituir outras formas de penalidades consideradas desumanas, como os castigos corporais e a pena de morte, buscando, assim, um método de punição mais civilizado, humano e que cumprisse determinadas funções, como a reabilitação e reeducação do condenado e sua reinserção à sociedade, para que não voltasse a cometer delitos. No entanto, o sistema prisional brasileiro, ao longo de sua história, parece não ter cumprido essa finalidade de forma satisfatória, tornando-se um ambiente totalmente oposto da sua finalidade teórica, um meio de exclusão, estigmatização, segregação e de violação aos direitos dos indivíduos nele inseridos. A prisão acaba por refletir a mentalidade da sociedade, de que o bom preso é aquele que é afastado da coletividade, e que merece sofrer com a pena, sofrimento que vai além da própria privação da liberdade. As atuais e frequentes notícias sobre a situação dos presídios a nível mundial e no Brasil deixam evidente as precárias e degradantes condições nas quais vivem os detentos, o que demonstra a crise do cárcere.

A problematização deste estudo é tentar esclarecer e justificar o porquê da falência do sistema carcerário, o motivo pelo qual o encarceramento, como forma de punição estatal, não cumpre com seus objetivos em relação aos presos e à própria sociedade. Para isto, é essencial entender a relevância de determinados teóricos do Direito Penal e sua visão crítica sobre o sistema penal, como Foucault, Baratta, Carvalho, Ferrajoli, e teóricos abolicionistas, como Hulsman e Mathiensen.

Procura-se examinar os principais aspectos do sistema penitenciário, especialmente às violações dos direitos fundamentais, individuais e humanos dos apenados, para compreender porque esse método punitivo não cumpre os objetivos que propõe: a reeducação e reinserção

social dos condenados e a diminuição da criminalidade. Ademais, busca-se tratar sobre a seletividade do sistema carcerário, como alguns indivíduos são selecionados pelo sistema penal, em uma espécie de etiquetamento social, onde os principais atingidos são as classes menos favorecidas, formadas, em sua maioria, por pobres e negros. A questão de como a população negra foi, especialmente no início do desenvolvimento das prisões nos EUA, perseguida e segregada com o encarceramento, e que este representa uma substituição socialmente aceita do gueto, também será investigada.

Ainda, pretende-se discorrer acerca da pena, das justificativas para sua existência e da sua função na sociedade, além de uma análise da evolução histórica da pena de prisão, como foi inserida no contexto social das sociedades capitalistas e as justificativas a respeito de sua implementação, tendo como principal objetivo compreender a crise da pena privativa de liberdade.

O tema apresentado possui uma grande repercussão atualmente, as condições das prisões são cada vez mais discutidas e a violência sofrida pelos detentos exposta. Além disso, existe a visão de grande parte da sociedade que aceita essas condições precárias do encarceramento, justificando que quem viola o ordenamento jurídico não merece uma vida digna, como se o delito anulasse a humanidade existente no indivíduo. O editorial do Jornal Correio do Povo, do dia 26 de novembro de 2016, tratou sobre esse assunto, afirmando que

existe uma visão da sociedade no geral de que os presos, desde que sejam contidos, não necessitam de tratamento adequado, condições dignas, reeducação ou reintegração, numa espécie de vingança privada extra por conta dos delitos que cometeram. Esse tipo de postura não contribui nada para exigir que o poder público invista e permita a ressocialização dos que ingressam no sistema para cumprir a pena privativa de liberdade.

Essa visão da sociedade, assim como a consequente falta de investimento do Estado, torna o sistema carcerário punitivo em excesso, desumano, excludente e seletivo. Dessa forma, a discussão acerca do sistema prisional torna-se fundamental na meio acadêmico, para que exista a possibilidade de influenciar o pensamento impregnado na maioria da sociedade de que o sofrimento dos detentos não trará nenhuma mudança positiva em relação à redução da criminalidade e o aumento da segurança pública, pelo contrário, os índices de criminalidade aumentaram nos últimos anos, mostrando que o tratamento violento e o desrespeito aos direitos dos presos não é a solução.

Além de ser um tema atual e de presença constante nos meios de comunicação, o assunto desenvolvido tem sua importância na medida em que pretende demonstrar a ineficácia do cárcere, principalmente por causa das condições degradantes às quais os presos são submetidos, que vão muito além da privação da liberdade, como a ausência de higiene, de tratamento de saúde e de comida decente, além da violência com que são tratados. Escolhi tratar sobre esse tema pois sempre me interessei pelo Direito Penal e pelo que foi originado do mesmo, especialmente no que toca às punições. O que justifica o Estado punir um indivíduo privando-o de sua liberdade? Em que medida a pena não representa uma espécie de vingança privada da sociedade em relação àqueles que violam a lei? Até que ponto é justo privar uma pessoa de sua liberdade e submetê-la a determinado tipo de tratamento e ao sofrimento que uma instituição total é capaz de causar? O encarceramento resolve o problema da criminalidade, ou haveriam formas mais humanas de lidar com essa questão? Estes são alguns dos questionamentos que surgiram durante minha experiência acadêmica na universidade que resultaram na vontade de escrever sobre esse tema.

O primeiro capítulo deste trabalho trata sobre as teorias justificadoras da pena, seguindo a linha de pensamento principalmente de Carvalho e Ferrajoli; sobre o modelo garantista, com referência à Zaffaroni; e, por fim, apresenta o conceito do abolicionismo penal, especialmente pela visão de Hulsman, importante teórico abolicionista. As teorias da pena propõem justificar o poder punitivo estatal e debater sobre qual seria a finalidade mais adequada à pena, sendo as mesmas divididas em teorias absolutas ou retributivistas, que concebem a pena como um fim em si própria, como um castigo ou retribuição do mal causado pelo criminoso; e teorias relativas, as quais procuram legitimar a pena por meio da consecução de um determinado fim e que a mesma seria uma medida prática que visa impedir o cometimento de novos delitos, possuindo, dessa forma, uma finalidade de prevenção. As teorias relativas são divididas em prevenção geral negativa e positiva e prevenção especial negativa e positiva. O garantismo questiona a necessidade de uma teoria penalógica, afirmando que as teorias da pena, ao tentarem justificar o poder de punir, realizam uma função que não é sua, concluindo que estas não são necessárias, e que o enfoque do Direito Penal deveria ser na redução das desigualdades e do sofrimento que a violência opressora do poder estatal é capaz de causar, e, principalmente, na redução do poder punitivo do Estado (ZAFFARONI, 1991). O abolicionismo penal, em um sentido mais restrito, refere-se à abolição da pena, e, em um sentido mais amplo, à abolição do próprio Direito Penal, pretendendo uma revolução no

pensamento da criminologia, substituindo as práticas repressivas aplicadas pelo Estado por uma política criminal desreguladora ou até mesmo uma antipolítica criminal, para libertar o ser humano da dor e do sofrimento causado pela pena (HULSMAN, 1989).

O segundo capítulo apresenta o sistema carcerário sob o ponto de vista histórico, com o surgimento da prisão para substituir penas consideradas desumanas como os castigos corporais, acabando por desenvolver um ambiente violento e estigmatizante, visando o controle, a disciplina e a exclusão dos detentos em relação à sociedade, e tornando-se o grande fracasso da justiça penal, conforme afirma Foucault (1987). Com o cárcere, não era mais ao corpo do condenado que se dirigia a punição, mas sim à alma; o sofrimento que era direcionado ao corpo foi substituído por um castigo que afetava profundamente o coração, o intelecto, a vontade, a disposição, o psicológico, a liberdade. “O aparato da justiça punitiva tem que ater-se, agora, a esta nova realidade, realidade incorpórea” (FOUCAULT, 1987, p. 21).

Ademais, o capítulo trata sobre o sistema carcerário nas sociedades capitalistas contemporâneas, onde a prisão converteu-se na solução penalógica principal, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que a mesma era um meio eficiente e adequado para se conseguir a reforma e a ressocialização do delinquente. Por fim, é realizado um breve resumo acerca da história da prisão no Brasil, desde a primeira penitenciária, a Casa de Correção, construída no Rio de Janeiro na época do Império, até o momento atual do sistema carcerário brasileiro.

O terceiro e último capítulo propõe um debate acerca da violação dos direitos dos presos ocorrida nas prisões, tanto no Brasil como nos demais países, baseando-se principalmente no parecer do professor Juarez Tavares, de 2015, sobre o sistema carcerário, e no artigo escrito por Fragoso, em 1980, sobre a perda da liberdade e direitos dos presos. Analisa o sistema carcerário brasileiro sob ponto de vista constitucional e internacional, demonstrando as violações aos direitos garantidos pela Constituição Federal e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Ainda, o capítulo apresenta um panorama histórico da luta pelos direitos dos presos, destacando a importância de organismos mundiais como a ONU, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos e dos Tribunais de diversos países, que tentaram implementar uma mudança nas condições do sistema prisional e zelar pelos direitos dos detentos. Ao fim do capítulo, é realizada uma breve análise de algumas medidas alternativas ao cárcere, dentro do contexto brasileiro, como a prisão

domiciliar, e a adoção de outras medidas cautelares sem ser a privação da liberdade, para tentar resolver o grave problema da superlotação carcerária.

Este trabalho possui como motivação a não aceitação do entendimento de que o sistema carcerário é a solução para a criminalidade e o melhor método punitivo existente. Não é compreensível que um ambiente hostil, violento, com condições básicas de vida extremamente precárias, como a higiene e a alimentação, com tratamento desumano e degradante em relação aos detentos nele inseridos, seja considerado a melhor opção para punir aqueles que violaram a lei. Com o exame da situação das prisões, busca-se verificar por que o encarceramento, dentro do cenário atual já descrito, não cumpre seus objetivos teoricamente propostos, a reeducação e a ressocialização dos presos, além de averiguar as suas consequências concretas em relação aos que sofrem essa penalidade. A execução da pena deve estar em conformidade com os fins atribuídos à mesma pelo ordenamento jurídico. O problema surge quando há um evidente conflito entre as finalidades manifestas pela lei e a realidade do ambiente carcerário, frequentemente exposta pelos meios de comunicação.

## 2 TEORIAS JUSTIFICADORAS DA PENA

O Direito Penal possui a responsabilidade de solucionar as questões que envolvem a criminalidade e a necessidade de efetivar formas de controle social para que violações das normas sejam evitadas. A principal solução histórica para resolver o problema da criminalidade foi a criação das penas, que representam uma reação ou resposta do Estado aos delitos. Foram desenvolvidas diversas formas de penalidade, algumas envolvendo castigos corporais e até a pena de morte. O cárcere, nesse sentido, mostrou-se uma tentativa mais humana e civilizada de punição a ser aplicada pelo Estado.

Segundo Carvalho (2008), a principal característica das normas de conduta, tanto sociais quanto jurídicas, é a coercitividade, que possui como teor fundamental a aplicação de um mal ao destinatário mesmo contra sua vontade, utilizando a força física se necessário. No entanto, as normas jurídicas se distinguem dos outros padrões de imposição deontológica pela sanção, uma coação institucional imposta pelo Estado. Max Weber foi capaz de demonstrar que o Estado Moderno estruturou-se dessa forma, através da força advinda do exercício legítimo dos poderes constituídos. Portanto, a constituição do poder político do Estado estaria fortemente relacionada com o uso da violência.

O Estado, legitimado pelo poder político, possui o direito legítimo do exercício da sanção, atributo denominado racionalização do direito. O monopólio da coação e do direito de punir nas mãos do Poder Público tornou-se uma das principais conquistas da modernidade. O uso da força seria sempre limitado por regras e centralizado em organismos determinados, visto que a sanção jurídico-penal é sempre, independente da espécie de pena aplicada, um ato de violência (CARVALHO, 2008).

Existem diversas teses sobre a legitimidade da violência do Estado, demonstrando que o cerne da teoria política (e penal) encontra-se no problema do poder. Dessa forma, o discurso ilustrado direcionou os esforços dos teóricos do Direito Penal a formularem modelos explicativos e justificadores do exercício da violência legítima organizada pelo Estado. A justificação do uso da violência, da imposição de sanções pelo Poder Público, é um dos principais e mais clássicos questionamentos da filosofia e da teoria do Direito Penal (CARVALHO, 2008).

Segundo Ferrajoli (2002), o problema da justificação ou legitimação moral e política do Direito Penal como técnica de controle social mediante privações da liberdade dos cidadãos está estritamente relacionado com a legitimidade do próprio Estado como monopólio organizado pela força, sendo seu poder de punir a manifestação mais violenta e mais lesiva aos interesses dos cidadãos.

A análise garantista (pessimista) do *ius puniendi* (ou do direito de punir), centrada na realidade do sistema penal, encontra inevitavelmente as discussões sobre as justificações da pena, entendida como instrumento político-jurídico de manifestação do poder político no controle social. Assim, surge a questão fundamental não só para o Direito Penal, mas também para a teoria política: por que punir? (FERRAJOLI, 2002).

A principal matriz teórica moderna, ao afirmar a necessidade da pena e justificá-la, decorre de interpretações do contrato social, compreendendo a pena como um instrumento de indenização pela ruptura obrigacional. As teorias justificadoras da pena são divididas em teorias absolutas (versão retributivista moral e jurídica) e teorias relativas (prevenção geral negativa e prevenção social) (CARVALHO, 2008).

## 2.1 AS JUSTIFICAÇÕES RETRIBUTIVISTAS (OU TEORIAS ABSOLUTAS)

As teorias absolutas (ou retributivistas) são todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, como um castigo, uma reação, reparação ou retribuição do crime. A pena seria, de acordo com essa visão, justificada por seu intrínseco valor axiológico, que possui em si seu próprio fundamento. Essas teorias foram divididas de acordo com o valor moral ou jurídico conferido à retribuição penal (FERRAJOLI, 2002). O fundamento da pena seria exclusivamente a justiça ou a necessidade moral. As teorias absolutas legitimam a pena se esta for justa e que cause ao autor do delito um mal que compense ou retribua o mal que ele causou, livremente, ao violar as normas jurídicas (BACIGALUPO, 2005).

Segundo Carvalho (2008), a justificação retributivista da pena tem origem de modelos penais da Antiguidade Clássica, cujos resquícios são encontrados no Velho Testamento - “violação por violação, olho por olho, dente por dente” - e no primeiro decreto do Código de Hamurabi - “se um homem lança uma maldição contra outro homem, sem justificação, aquele que a lança deverá ser condenado à morte” (CARVALHO, 2008, p.118). Nesse contexto,

nasce a ideia da “devolução do mal com o mal” ou “transformar mal em mal”, representando a forma mais primitiva de justiça, a qual exige que o criminoso receba um castigo igual ao que a vítima sofre.

O retributivismo penal inspira-se no modelo indenizatório vinculado ao inadimplemento contratual. A lógica burguesa determinava a reparação obrigatória quando um cidadão não pagasse sua dívida, ou seja, uma indenização pela violação do contrato. Ao sujeito que violou o contrato firmado entre as partes, caberia a expropriação de algum objeto de valor que pudesse ser quantificável (CARVALHO, 2008).

As doutrinas retributivistas estavam presentes na tradição hebraica sob a forma de preceito divino, e foram incorporadas, apesar do preceito evangélico do perdão, na tradição católica e cristã. Esta concepção possui três ideias fundamentais de caráter religioso: a vingança, a expiação e o reequilíbrio entre pena e delito. Essas três ideias, segundo Ferrajoli (2002), nunca foram abandonadas pelo Direito Penal, presentes também em versões laicas, como na tese de origem kantiana segundo a qual a pena é uma retribuição ética, justificada pelo valor moral da lei violada pelo culpado, e do castigo que consequentemente lhe é imposto; e também no discurso de origem hegeliana, segundo o qual a pena consiste em uma retribuição jurídica, justificada pela necessidade de reafirmação do direito por meio da violência, para que o ordenamento legal violado seja reestabelecido. Na base de ambas as teses, tanto a kantiana quanto a hegeliana, existe a crença na existência de um certo nexos necessário entre culpa e punição.

No entanto, Carvalho (2008) sustenta que o retributivismo encontrou no despotismo ilustrado kantiano a sua principal versão. Kant afirmava que a lei penal é um imperativo categórico que deveria ser respeitado, caso contrário, deveria existir uma punição a quem a desrespeitasse. O modelo penalógico de Kant tinha como premissa básica a ideia de que a pena jamais poderia ter a finalidade de corrigir ou melhorar o indivíduo, sendo, portanto, ilegítimo o fim utilitário da pena. A penalidade deveria ter como objetivo a imposição de um mal decorrente da violação de um dever jurídico, encontrando nesse mal sua devida proporção. A teoria absoluta da pena sob viés kantiano se baseia no princípio da Lei de Talião e nos modelos primitivos de vingança privada, embora seja norteadas pelos pressupostos da civilidade e da legalidade e utilize critérios de medida e proporção da pena.

O retributivismo hegeliano se opõe ao kantiano em relação à retribuição ética e moral proporcionada pela pena, centralizando o problema na esfera jurídica. Para Hegel, a pena é

justificada pela necessidade de reestruturar o direito com uma violência proporcional àquela cometida contra o ordenamento jurídico pelo sujeito. O princípio fundamental da tese hegeliana da pena é centrado na concepção de que a violência só pode ser combatida e destruída com outra violência. O crime, considerado uma violação da ordem jurídica, e não a violação de um imperativo ético ou produção de um mal, justificaria a imposição, de forma retributiva, da pena (CARVALHO, 2008).

Ferrajoli (2002) critica as teorias retributivistas, afirmando que retomam, em sua essência, modelos arcaicos de expiação religiosa. Ademais, critica a ideia da pena como restauração ou reafirmação da ordem jurídica violada, uma vez que essa noção demonstraria um equívoco originado da confusão entre direito e natureza, direito e moral, validade e justiça. Reitera, ainda, que as doutrinas retributivistas não conseguem fornecer uma resposta a importantes questões do direito penal, como “por que proibir?” e “por que punir?”, posto que, se o único objetivo da pena é combater o mal com o mal, essa finalidade não seria suficiente para justificar os sofrimentos impostos pela pena.

## 2.2 AS TEORIAS RELATIVAS

As teorias relativas sustentam que a pena seria uma medida prática que visa impedir o cometimento de novos delitos. A pena, nesse sentido, teria a finalidade de prevenção (VIANI, 2007). Romagnosi afirmava que “se se tivesse a certeza absoluta de que o criminoso não voltaria a delinquir, não seria necessário puni-lo mais. Vale dizer, se se pune pra evitar novos crimes e se tem a certeza de que novo delito não será cometido, para que punir?” (FERREIRA, 2000, p.14). Assim, ao contrário das teorias absolutas que consideram a pena uma retribuição, as teorias relativas veem a pena como uma prevenção, visam o futuro, de modo a evitar a prática de novos delitos (VIANI, 2007).

As teorias relativas procuram legitimar a pena por meio da consecução de um determinado fim. Seu critério legitimador é a utilidade da pena. Se este fim consiste em intimidar a sociedade, em inibir os impulsos delitivos de autores potenciais indeterminados, trata-se de uma teoria de prevenção geral da pena. Entretanto, se este fim visa trabalhar sobre o autor do delito cometido para que não reitere seu feito, trata-se de uma teoria de prevenção especial ou individual da pena (BACIGALUPO, 2005). Quanto à natureza das prestações da

pena, dependendo dos destinatários da prevenção da pena, as teorias podem ser classificadas em positivas ou negativas (FERRAJOLI, 2002).

Segundo Ferrajoli (2002), combinando tais critérios de classificação, existem quatro tipos de doutrinas relativas: a) teoria da prevenção geral negativa ou intimidatória, a qual confere à pena a função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou ameaça que a pena constitui; b) teoria da prevenção geral positiva ou da integração, que atribui à pena a função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem jurídica existente; c) teoria da prevenção especial negativa ou da incapacitação, na qual a pena tem a finalidade de eliminar ou neutralizar o acusado; d) teoria da prevenção especial positiva ou da correção, que confere à pena a função especial de corrigir o réu.

### **2.2.1 O modelo intimidatório (ou prevenção geral negativa)**

A teoria de prevenção geral negativa da pena possui o mérito de ser a única que não confunde o direito com a moral, de acordo com Ferrajoli (2002), ou, pelo menos, permanece neutra nesse campo. Isso se deve ao fato de que essa teoria não possui como escopo o delinquente, nem como indivíduo, ou nem mesmo como categoria tipológica, mas sim os associados em geral, embora não valorize, diferentemente das doutrinas de prevenção positiva, a obediência política às leis. Além disso, o utilitarismo presente nesse modelo está diretamente ligado à tradição iluminista, que teorizou a separação entre direito e moral.

Uma das principais vertentes do paradigma contratualista da pena foi desenvolvida por Beccaria. Apesar das divergências de alguns autores quanto a sua classificação em relação às teorias justificadoras da pena, algumas de suas ideias se aproximam da prevenção geral negativa. Beccaria, ao fundamentar o direito de punir, descreve o momento hipotético da pactuação, no qual o indivíduo, encontrando-se no estado de natureza, opta pelo estado civil, negando a barbárie primitiva (CARVALHO, 2008). No entanto, afirma que eram necessários “meios sensíveis e muito poderosos” para que o caos e barbárie fossem evitados, meios correspondentes às penalidades estabelecidas aos infratores da lei (BECCARIA, S/D, p. 26).

Sustenta, ainda, que a necessidade de ruptura com o estado de natureza levou os indivíduos a se sujeitarem às penas. Apesar disso, a cada um somente seria exigível ceder ao Estado a menor porção possível do bem jurídico liberdade. A intervenção penal por parte do

Poder Público seria uma necessidade, uma condição para viver em sociedade. A pena seria um preço necessário a ser pago para impedir danos maiores, essa é a principal justificativa segundo o modelo intimidatório (CARVALHO, 2008).

O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo (BECCARIA, S/D, p. 27).

Dessa forma, se o pacto social a que Beccaria se refere em sua teoria diz respeito essencialmente sobre liberdade, somente esta pode ser executada pelo Estado, sendo ilegítima a execução de qualquer outro bem jurídico. A estrutura penal baseada no modelo do contrato social impede que o poder estatal execute aquilo que não foi previamente acordado. Nesse modelo, não é possível deliberar sobre um bem se não a liberdade (parcial), e essa esfera de liberdade que pode ser negociada inclui somente a liberdade de locomoção. A pena privativa de liberdade, principal sanção dessa teoria, deve ser centralizada na liberdade de ir, vir e permanecer (CARVALHO, 2008).

Segundo Beccaria (S/D), era melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los, era preferível impedir o mal do que repará-lo. Portanto, em relação à justificação penalógica, conforme afirma Carvalho (2008), Beccaria possui uma perspectiva utilitarista. O utilitarismo presente em sua tese rompe com a ideia retributivista na qual a pena tem um fim em si mesma, e esta adquire um fim intimidatório, centrado na ideia de proporcionalidade, necessidade e culpabilidade. Seu critério legitimador é a utilidade da pena. Surge, dessa forma, o conceito de prevenção geral negativa, no qual a penalidade aplicada ao infrator serve como um exemplo a fim de constranger e intimidar os indivíduos a não praticarem o mesmo ato. As penas devem ser aplicadas de forma proporcional ao delito cometido, devem causar à sociedade a impressão mais eficaz e durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado (CARVALHO, 2008).

Feuerbach (1989, p. 60) também adere ao modelo intimidatório, embora com uma justificativa mais elaborada em termos científicos. Sustentava que a ameaça é o fundamento primordial da pena. Partia do pressuposto de que o Estado seria uma sociedade civil organizada constitucionalmente mediante o submetimento à vontade comum, sendo seu principal objetivo impedir que os direitos dos cidadãos fossem violados. As instituições jurídicas e políticas se caracterizariam pela coerção física direcionada à proteção dos bens,

anterior (de forma preventiva) ou posterior à violação de direitos (exigência de reparação). No entanto, a coação física não seria o suficiente, necessitando de um novo tipo de coação que anteciparia a prática do ilícito (apud CARVALHO, 2008, p. 124-125).

### **2.2.2 Teoria da prevenção geral positiva (ou da integração)**

As doutrinas de prevenção geral denominada positiva, ao contrário da negativa, confundem direito e moral ou direito e natureza, conferindo às penas funções de integração social por meio do reforço geral da fidelidade ao Estado, assim como promovem o conformismo das condutas, uma vez que concebem o Direito Penal como um instrumento de orientação moral e educação coletiva. Ademais, justificam a pena enquanto fator de coesão do sistema político-social em razão da sua capacidade de reestabelecer a confiança coletiva (prejudicada pelas transgressões), a estabilidade no ordenamento e, conseqüentemente, sua capacidade de renovar a fidelidade dos cidadãos quanto às instituições de controle (FERRAJOLI, 2002).

A prevenção geral positiva considera a pena como uma reação estatal a fatos puníveis, que deve ser um apoio e um auxílio para a consciência normativa social, ou seja, deve ser a asseguarção e afirmação das normas fundamentais. A pena, nesse sentido, possui a função de reafirmar as normas violadas e, dessa maneira, reforçar a confiança geral da sociedade nessas normas. A função da pena é, em resumo, a prevenção geral por meio de um exercício de reconhecimento da norma. O Direito Penal, nessa perspectiva, cumpre, juntamente a outros ordenamentos normativos, uma finalidade reparadora do equilíbrio de um sistema social desequilibrado e perturbado pelo delito (BACIGALUPO, 2005).

Na concepção de Jakobs (1989, p. 273), a função da pena se resume na ideia de manutenção ou reestabelecimento da confiança da sociedade na vigência da norma diante dos outros efeitos de caráter psicológico-social ou psicológico-individual que o exercício da atividade punitiva do Estado pode também produzir. Dessa forma, a pena não se direciona somente a coagir os potenciais autores de futuras infrações, tendo como destinatários todos os membros da sociedade, como potenciais vítimas de tais infrações, para assegurá-los da vigência da norma infringida (apud GONZÁLEZ, MELIÁ, RAMOS, 2003, p. 4-5).

Conforme Jakobs (2003), a pena não deve ser adaptação ou intimidação, mas a afirmação pública e o asseguramento das normas fundamentais da sociedade. Sendo o Direito Penal uma forma de controle social, deve ser caracterizado pela possibilidade de formalização. A pena seria uma ação aplicada em razão da lesão à norma e possui um fim específico: a estabilização da norma. A sanção seria uma parte desse sistema que busca afirmar e assegurar as normas fundamentais, e teria o objetivo de desenvolver a confiança dos cidadãos nas mesmas, construindo, assim, uma consciência normativa.

a violação de uma norma não tem significado para o Direito Penal por suas consequências externas, pois não pode remediar tais consequências quando já se produziram, nem é necessário tampouco que estas se produzam para que uma violação normativa tenha lugar, como viria a confirmá-lo o fato de que muitas dessas violações se completam antes que se produza qualquer dano externo. [...] A pena, como *respuesta* à violação da norma, situa-se no mesmo contexto de significado que esta, e simboliza, por sua vez, a contradição dessa violação o ou, dito em termos positivos, que a norma infringida continua sendo, apesar de sua violação, a regra de comportamento em que se pode continuar confiando. [...] Sua missão (da pena) é bem mais a confirmação da vigência da norma. (GONZÁLEZ, MELIÁ, RAMOS, 2003, p.8-9).

Diversas críticas foram feitas à teoria da prevenção geral positiva, contudo, é possível destacar a crítica de Baratta (2011), o qual afirma que a prevenção geral positiva é uma concepção conservadora, tecnocrática e autoritária, e que promove uma reprodução ideológica material das relações sociais existentes. Ademais, a teoria de integração, segundo Baratta (2011), oferece uma resposta meramente repressiva ou sintomatológica aos conflitos em que se manifestam, em vez de analisar e compreender como esses conflitos se reproduzem, desprezando, dessa forma, possíveis alternativas radicais ao sistema penal.

As doutrinas da prevenção geral positiva ou integradora teriam, assim, como característica comum, “o predomínio de elementos éticos-sociais” projetando a missão do Direito Penal “sobre o foro interno dos cidadãos” para tratar de neles gerar uma atitude de “convencimento”, de “fidelidade ao Direito”, de um modo mais intervencionista, em suma, que a prevenção geral negativa, que trataria simplesmente de apartá-los, mediante a intimidação da realização de condutas contrárias ao ordenamento (GONZÁLEZ, MELIÁ, RAMOS, 2003, p. 45).

Outra crítica à teoria da prevenção geral positiva consiste na reprovação de que nela não se respeitaria a autonomia moral dos indivíduos, ao tentar conformar sua consciência ética, impondo-lhes, com o mecanismo da pena, além do respeito e obediência às normas jurídicas,

uma atitude interna de adesão aos valores que estas incorporam (GONZÁLEZ, MELIÁ, RAMOS, 2003).

### **2.2.3 O positivismo e a teoria da prevenção especial negativa e positiva**

A prevenção especial possui duas finalidades, consoante Ferrajoli (2002), a positiva, que diz respeito à reeducação e ressocialização do infrator; e a negativa, que é favorável à eliminação ou neutralização do réu. Essas finalidades não se excluem entre si, mas concorrem, cumulativamente, para a definição do objetivo da pena enquanto fim diversificado e dependente da personalidade, corrigível ou incorrigível, dos condenados.

Tanto a prevenção especial positiva quanto a negativa não estão relacionadas ao crime ou aos fatos, mas sim aos criminosos ou autores do delito, diferenciados segundo as suas características pessoais e não por suas ações delitivas. Ademais, apresentam uma concepção comum de utilizar o Direito Penal não apenas para prevenir delitos, mas também para transformar personalidades desviantes por meio de projetos autoritários de homologação ou, alternativamente, de neutralização das mesmas mediante técnicas de amputação e melhoria social (FERRAJOLI, 2002).

A prevenção especial tem sido defendida em diversos momentos da história do Direito Penal. Seu fundamento está relacionado com a tese de que a prática de um delito revela em seu autor uma ameaça de futuras lesões ao ordenamento jurídico e, portanto, a pena deve servir para se evitar esses futuros delitos, uma vez que não se pode eliminar aquele que já se cometeu. Essa ideia foi modificada quando o positivismo adotou essa tese como sua teoria da pena, e, dessa forma, a prevenção especial converteu-se, no século XX, no ponto de partida do Direito Penal moderno. Essa transformação caracterizou-se pelo deslocamento do centro do Direito Penal do fato delituoso praticado ao seu autor (BACIGALUPO, 2005).

Em conformidade com Carvalho (2008), o positivismo, representado principalmente pelas obras de Lombroso, propicia uma fundamentação medicalizada (psiquiatrizada) do discurso sobre o crime e o criminoso, e, por consequência, da pena, que excluirá qualquer influência humanística. A doutrina positivista enxerga uma sociedade maniqueísta, dividida entre da maioria sadia (aqueles que obedecem às leis) e uma minoria desviante disfuncional

que necessita de tratamento. O instrumento idôneo para recuperar e civilizar os anômalos seria a pena.

Diferentemente dos modelos retributivistas e preventivos gerais, direcionados ao fato passado ou à coação social, a prevenção especial possui enfoque no indivíduo, “pois se o novo objeto de investigação e intervenção da ciência criminal é o delinquente, o instrumento de resposta ao desvio punível deve ser nele operado” (CARVALHO, 2008, p. 129).

O Direito Penal, a partir do surgimento dessa teoria centrada no delinquente, passou a ser influenciado por uma série de profissionais alheios ao mundo jurídico, como médicos, psiquiatras, anatomistas, biólogos, sociólogos, antropólogos, dentre outros, que começaram a descaracterizar a especialidade penal. Dessa forma, o modelo da prevenção especial propiciou ainda mais a centralização e enclausuramento dos locais de controle (como a prisão) e, como consequência, a perda de visibilidade das instituições (CARVALHO, 2008).

A doutrina positivista entende a ação desviante como patológica e contrária à ordem, necessitando de uma reação penal voltada ao tratamento do enfermo. Esta política criminal correcionalista pressuporá uma atividade neutral do criminólogo, considerando o delito comum (de massas) o mais grave e acreditando nas funções da pena para a correção do delinquente. A pena passa a ter uma função redentora e despersonalizadora, como uma medida de higienização social, identificando e eliminando as anomalias da sociedade. O criminoso passa a ser compreendido como um organismo disfuncional em uma sociedade sã, unívoca e consensual, e, por isso, a resposta do Estado ao desvio deve ter uma fundamentação terapêutica (CARVALHO, 2008).

A partir da técnica do positivismo criminológico, critérios de identificação de criminosos passaram a ser elaborados segundo três aspectos: a maior ou menor propensão ao delito, as características físicas e psíquicas do delinquente e o tipo de crime cometido. A criação dessas tipologias delinquenciais permitiria reduzir os criminosos em categorias específicas, possibilitando, dessa forma, uma melhor apreciação de seu grau de periculosidade e, conseqüentemente, um acerto maior em seu suposto tratamento, através da cominação da sanção mais adequada (CARVALHO, 2008).

As tipologias, classificação dos criminosos em várias espécies, facilitariam o trabalho do juiz no momento de decidir a pena, especialmente pelo fato de a ele corresponderem os estudos da personalidade no momento da individualização judicial. Por conseguinte, ocorreria uma mudança na individualização legal dos delitos e das penas. Além da individualização

judicial, aconteceria uma individualização na esfera administrativa, baseada no juízo de periculosidade ensaiado pelo magistrado. O tratamento do delinquente, precedido por um diagnóstico clínico da personalidade, deveria ser realizado no momento postulatório da pena, ou seja, antes da sentença, para orientar o juiz no momento de impor a penalidade (CARVALHO, 2008).

A periculosidade, encoberta na aplicação judicial pelos termos personalidade e conduta social, representa um juízo futuro e incerto sobre as condutas de impossível determinação probabilística aplicadas ao delinquente. As avaliações de periculosidade, as avaliações da personalidade do réu na dosimetria da pena, a classificação dos condenados segundo suas características pessoais e os prognósticos clínicos de tratamento penitenciário, são institutos que constituem um sistema de elaboração, aplicação e execução da pena orientado pela noção profilática (CARVALHO, 2008).

### 2.3 O MODELO GARANTISTA

O estudo sobre as mais diversas bases doutrinárias que originaram inúmeras teorias da pena propiciou a construção de um modelo garantista, uma vez que as várias formulações jurídicas relativas a esse tema foram consideradas insuficientes. O modelo garantista questiona a necessidade de uma teoria penalógica.

Zaffaroni (1991) questiona a necessidade teórica e prática de um modelo explicativo e justificador da pena. Primeiramente, indaga se é possível o juiz, operador do direito, tomar decisões sem um modelo justificador, e, após, responde que é possível, já que suas decisões podem se basear em princípios penais liberais e constitucionais republicanos.

As teorias da pena, apresentadas como disciplinas dogmáticas, ao tentarem justificar o poder de punir, realizam uma tarefa que não é sua, segundo Zaffaroni (1991), pois a legitimação produzida pela dogmática é direcionada ao poder do juiz e não à punição. O autor afirma que o poder de punir não é exercido no interior do Judiciário, mas pelos aparatos da burocracia administrativa que condicionam a criminalização e a punição. Percebendo a seletividade, a desigualdade e a barbárie produzidas pelos aparelhos estatais que possuem função repressora, Zaffaroni entende como totalmente dispensável uma teoria da pena,

afirmando ser necessária a construção de um Direito Penal que reduza a violência do exercício do poder.

Assim, não haveria nenhuma necessidade de uma teoria justificadora da pena, o enfoque do Direito Penal deveria ser na redução das desigualdades, da dor e sofrimento que a violência opressora do poder estatal é capaz de causar, e, principalmente, na redução do poder punitivo do Estado. Para conseguir reduzir o poder de punir, seria necessário um pensamento liberal (garantista) e o Direito Penal deveria deixar de lado as teorias justificadoras. Ademais, como o sistema penal seria um mero fato de poder, a pena não poderia pretender nenhuma racionalidade, ou seja, não poderia ser explicada a não ser como manifestação de poder (ZAFFARONI, 1991).

Conforme Carvalho (2008), as doutrinas garantistas têm como a principal finalidade retornar aos ideais iluministas, compreendendo que a pena seria uma manifestação fática, em essência política, isenta de qualquer fundamentação jurídica racional. A pena é caracterizada como um meio cruel e extremo, isento de justificativa jurídica.

O garantismo julga como desnecessária uma teoria justificadora do direito de punir, prezando por uma teoria normativa sobre os limites e condições de legitimidade da pena, fundada em finalidades específicas: diminuição da dor e sofrimento causados pela pena, reconhecimento da pena na esfera política, e tutela do lado mais fraco da relação contra qualquer tipo de vingança emotiva e desproporcional, seja pública ou privada (CARVALHO, 2008).

A redução do sofrimento (redução de danos) gerado pela pena (violência estatal) e a negação da violência privada ilegítima decorrente da sua inexistência, possibilitariam uma nova compreensão da pena como instrumento de poder, e, conseqüentemente, uma gradual negativa dos modelos teóricos justificadores. Dessa forma, a estratégia adotada pelo modelo garantista passa a ser o deslocamento do problema da pena da esfera jurídica para a política, visto que a mesma é uma demonstração do exercício do poder estatal (poder político) e não um direito inventado pelos doutrinários e legislativos (CARVALHO, 2008).

Ferrajoli (2002) afirma que a crítica garantista em relação à função da pena – preventiva, reeducativa ou retributiva - não é direcionada ao defeito dessa função, mas ao meio que essa função deveria assegurar. Os sistemas punitivos modernos, segundo o autor, se encaminham para uma transformação em sistemas de controle mais informais e menos penais,

de tal modo que a crise do Direito Penal é o verdadeiro problema do Direito Penal da modernidade.

O problema se encontra principalmente em suas garantias penais e processuais, nas técnicas normativas mais idôneas para minimizar a violência punitiva estatal e priorizar a tutela dos direitos individuais. Ferrajoli (2002) sustenta que o sistema penal somente é justificado se reduz a violência arbitrária na sociedade, sendo tal objetivo atingido à medida que satisfaz as garantias penais e processuais do Direito Penal mínimo. Essas garantias se configuram como outras condições de justificação, no sentido que somente a atuação destas vale para satisfazer-lhes os objetivos justificantes.

Para se atingir tais objetivos, meios violentos alternativos ao Direito Penal e às suas garantias não podem ser defendidos, assim como não é possível afirmar que o Direito Penal é o único meio, e nem mesmo o mais importante, para prevenir os delitos e reduzir a violência arbitrária. Segundo Ferrajoli (2002), nessa perspectiva, seria possível a abolição de uma pena específica, considerada por ele inutilmente aflitiva e até mesmo criminógena: a reclusão carcerária. Para que isso ocorra, é necessário uma redução significativa da intervenção penal e a instauração de garantias jurídicos-sociais de vida e sobrevivência, buscando a eliminação dos fenômenos de desagregação e marginalização social dos quais se alimentam as subculturas criminais.

O modelo garantista, com sua negação às teorias da pena, estabelece critérios de limitação ao Direito Penal (CARVALHO, 2008). No entanto, a limitação do Direito Penal somente é justificável se for relacionada à intervenção punitiva em si, e não à sua forma jurídica. Enquanto existirem tratamentos punitivos e técnicas institucionais de prevenção que incidam sobre direitos e liberdades dos cidadãos, sua justificação residirá no sistema de garantias penais e processuais (FERRAJOLI, 2002).

O projeto político do garantismo pretende construir um modelo de mitigação das penas que possibilita uma releitura máxima utilitarista, configurando o que Ferrajoli (2002) denomina de “utilitarismo reformado”, centrado na redução da dor e sofrimento àqueles que violam as leis, aos destinatários das penas. Assim, é estruturada a finalidade do modelo utilitarista do garantismo, “através da máxima felicidade possível para a maioria não desviante e mínimo sofrimento necessário para a minoria desviante” (CARVALHO, 2008, p. 146).

O garantismo, ao propor uma redução das penas, rompe com a tradição penal de direcionar todo o escopo da sanção à prevenção de novos delitos, seja pela via individual (prevenção especial positiva) ou pela coletiva (prevenção geral negativa). Visa recuperar a funcionalidade do direito na restrição e imposição de limites ao arbítrio sancionatório judicial e administrativo (CARVALHO, 2008).

Pela visão de Ferrajoli (2002), as teorias da pena não seriam, de fato, teorias sobre a pena, mas sim meros discursos normativos sobre seu escopo ou teorias descritivas de suas funções ou motivações. Nesse sentido, seriam incompatíveis e diafônicas entre si, uma vez que confundem esquemas explicativos com modelos justificativos. No entanto, apesar dos problemas dessas teorias, o autor entende ser possível construir um modelo penalógico minimamente redutor de danos, que cause o menor sofrimento possível ao desviante.

O primeiro requisito para a construção desse novo modelo penalógico proposto por Ferrajoli (2002) é a rígida separação entre direito e moral, de forma que nem o crime seja considerado como um mal, e nem a pena seja considerada uma retribuição do mal. O segundo requisito fundamenta-se na possibilidade da pena atingir seu fim, ou seja, de existir uma relação simétrica entre os meios e fins penais.

Esse modelo garantista, ou utilitarismo reformado, propõe que seja aplicada ao infrator uma pena mínima necessária, sendo a finalidade da pena não apenas uma prevenção aos delitos, mas principalmente um esquema normativo de prevenção da reação informal, selvagem, espontânea e arbitrária que a ausência das penas pode causar. A pena tem a finalidade de assegurar o direito do infrator em não ser punido senão (razoavelmente) pelo Estado, redirecionando a função do Direito Penal não mais à tutela social, mas à proteção da pessoa que se encontra em situação de violência privada e/ou pública. Impedir o mal da vingança privada, assim como o excesso punitivo do Estado, seria o objetivo desse novo modelo (FERRAJOLI, 2002).

O garantismo, portanto, representa a tutela dos valores ou direitos fundamentais cuja satisfação, ainda que contra os interesses da maioria, é o fim justificante do Direito Penal. Nessa perspectiva, a pena é o instrumento político de negação da vingança privada e arbitrária e um limite ao poder punitivo estatal (FERRAJOLI, 2002).

Ademais, Ferrajoli (2002), entende que o modelo garantista satisfaz os requisitos para uma adequada justificação da pena, pois elimina a relação entre direito e moral presente nas teorias retribucionistas e de prevenção positiva; ao impor um duplo fim da pena – a máxima

felicidade à maioria não desviante e o mínimo sofrimento necessário para a minoria desviante – responde às questões de “por que proibir” e “por que castigar”; reconhece o caráter aflitivo e coercitivo da pena, visando reduzi-lo; propicia o modelo de legitimação e deslegitimação da atuação do sistema penal; e, finalmente, justifica por que o esquema apresentado diminui os custos do Direito Penal frente à possível anarquia punitiva no caso de sua ausência.

A fundamentação garantista da pena não visa destruir o Direito Penal construído na modernidade, pelo contrário, seu objetivo é reconstruir o modelo penalógico abalado pelo seu direcionamento à tutela social. Esse sistema é estruturado na tolerância, na tutela do polo mais fraco e na garantia de direitos fundamentais à minoria desviante (CARVALHO, 2008).

## 2.4 O ABOLICIONISMO PENAL

O abolicionismo, em um sentido mais restrito, refere-se à abolição de um aspecto específico do sistema penal: a abolição da pena ou da punibilidade. Em um sentido mais amplo, o objetivo da corrente abolicionista seria a abolição de todo o sistema penal, e não somente de uma parte específica. A ideia de abolição de todo o sistema penal foi fortemente defendida por Louk Hulsman (1989), que foi convencido de que a melhor solução era abolir o sistema penal em sua totalidade, pois este não seria capaz de atender as necessidades da sociedade, e havia se afastado de seus objetivos, que seriam a ressocialização do infrator e a prevenção do delito, passando a ser um sistema que priorizava apenas a punição. Hulsman afirmava que a abolição do sistema penal não era uma utopia, mas sim uma necessidade lógica, realista e uma demanda por justiça.

O abolicionismo penal pretende, segundo Hulsman (1989), uma revolução no pensamento da criminologia, substituindo as práticas repressivas aplicadas pelo Estado por uma política criminal desreguladora ou até mesmo uma antipolítica criminal, para libertar o ser humano da dor e do sofrimento causado pelos métodos punitivos. Para a teoria abolicionista, o sistema penal tem o papel de punir determinadas condutas, em um contexto de controle social mais amplo, a fim de disciplinar o comportamento humano na sociedade. Ademais, considera o sistema penal problemático, pois causa um sofrimento desnecessário ao aplicar as penas.

O sistema penal é especificamente concebido para fazer mal. Como o sistema militar, tem por característica essencial o fato de ser extremamente perigoso, talvez mais ainda, pois este, pelo menos, permanece uma boa parte do tempo desativado. [...] O sistema penal não tem esse lado dramático, mas igualmente produz violência. Talvez mais violência, na medida em que, independente da vontade das pessoas que o acionaram, ele é **estigmatizante**, ou seja, gera uma **perda de dignidade**. É isso a estigmatização... E o sistema penal funciona o tempo todo! (HULSMAN, 1993, p.88)

Hulsman (1993) sustenta a completa abolição do sistema penal. Para ele, o sistema penal é um método ultrapassado e inefetivo para a solução de conflitos sociais, que não protege os indivíduos ou a sociedade, não previne a criminalidade, não possui fundamento e racionalidade, e que, através de seus métodos irracionais e violentos, apenas suscita mais conflitos sociais, por meio da exclusão, estigmatização e dominação de classe.

**É preciso abolir o sistema penal.** Isto significa romper os laços que, de maneira incontrolada e irresponsável, em detrimento das pessoas diretamente envolvidas, sob uma ideologia de outra era e se apoiando em um falso consenso, nem os órgãos de uma máquina cega cujo objetivo mesmo é a produção de um sofrimento estéril. Um sistema desta natureza é um **mal social**. Os problemas que ele pretende resolver – e que, de forma alguma, resolve, pois nunca faz o que pretende – deverão ser enfrentados de outra maneira. [...] Na minha mente, abolir o sistema penal significa **dar vida às comunidades, às instituições e aos homens** (HULSMAN, 1993, p. 91-92).

Outrossim, enxerga o Direito Penal como uma organização estatal detentora do poder de produzir um mal sem que sejam ouvidas as pessoas interessadas, sustentando que a pena, concebida e aplicada por ele, também deve ser abolida. No entanto, afirma que questionar o direito de punir do Estado não significa rejeitar qualquer medida coercitiva ou suprir totalmente a noção de responsabilidade pessoal (HULSMAN, 1993).

É preciso pesquisar em que condições determinados constrangimentos – como a internação, a residência obrigatória, a obrigação de reparar e restituir, etc... - têm alguma possibilidade de desempenhar um papel de reativação pacífica do tecido social, fora do que constituem uma intolerável violência na vida das pessoas (HULSMAN, 1993, p. 86-87).

Hulsman (1989) defende que o problema do sistema criminal é ontológico, propondo uma radical e absoluta transformação das estruturas de controle social, com o abandono do sistema carcerário e de todos os outros sistemas formais. De acordo com o autor, o modelo de justiça penal é incontrolável, desigual e expropriador dos direitos dos cidadãos. É a favor da

flexibilização da justiça penal, de modo a evitar punições e possibilitar negociações entre réus e vítimas, da descriminalização e da descarcerização.

Também apresenta uma crítica severa à política de encarceramento, considerando que essa prática somente causa a degradação das capacidades humanas, não apenas para o encarcerado, mas também para aqueles que o submetem a tal situação. Afirma que a aceitação do sistema carcerário é consequência de uma sociedade movida pelos sentimentos de vingança e culpa, profundamente enraizados na consciência social. O teórico abolicionista, dessa forma, propõe alternativas e inovações racionais, evoluídas, democráticas e mais humanas, visando uma nova forma de se encarar determinados transtornos das sociedades modernas (HULSMAN, 1989).

Ferrajoli (2002) afirma que a controvérsia da justificação da pena, ou seja, da violência e coerção estatal exercida sobre certos indivíduos como forma de punição, é o problema clássico da filosofia do direito.

Em que se baseia este poder não poucas vezes chamado de “pretensão punitiva” ou de “direito de punir?” Existem, e se existem, quais são as razões que tornam “justo”, ou “justificável”, ou “aceitável moralmente e/ou politicamente” que à violência ilegal representada pelo delito se agregue aquela segunda violência legal que é a pena? (FERRAJOLI, 2002, p. 199-200)

As doutrinas abolicionistas, de acordo com o autor, não reconhecem justificação alguma ao Direito Penal e almejam sua eliminação, incluindo a extinção da pena. Essas doutrinas consideram o Direito Penal ilegítimo, ou porque moralmente não admitem nenhum tipo de objetivo que justifique a violência imposta pelo mesmo, ou porque consideram vantajosa a abolição da forma jurídico-penal da sanção punitiva e a sua substituição por meios pedagógicos ou por instrumentos de controle do tipo informais e sociais (FERRAJOLI, 2002).

O abolicionismo penal constitui um conjunto diversificado de doutrinas, teorias e posturas ético-culturais, que possuem como característica em comum a negação de qualquer justificação ou legitimidade externa à intervenção punitiva do Estado sobre a sociedade. As doutrinas abolicionistas mais radicais são aquelas que não apenas repudiam as penas, mas também as proibições em si e os julgamentos penais, ou seja, que deslegitimam qualquer tipo de constrição ou coerção, penal ou social. As correntes mais radicais buscam desvalorizar e negar qualquer ordem ou regra, seja ela jurídica ou moral. O principal representante do

abolicionismo mais radical, Max Stirner, valoriza a transgressão e a rebelião como livres e autênticas manifestações, considerando injusta sua punição (FERRAJOLI, 2002).

No entanto, as doutrinas abolicionistas mais difundidas e aceitas são aquelas que buscam a abolição do Direito Penal e a eliminação da pena enquanto medida jurídica aflitiva e coercitiva, mas não prezam pela abolição de toda e qualquer forma de controle social. Tais doutrinas, conforme Ferrajoli (2002), são visivelmente moralistas e claramente influenciadas pelo jusnaturalismo, desvalorizando a transgressão enquanto expressão normal e fisiológica do homem. Além disso, apreciam formas de controle não jurídicas, mas sim morais e sociais.

Também são características desse abolicionismo o moralismo utopista e uma nostalgia por modelos arcaicos e tradicionais de comunidades sem direito.

Abolicionistas como Louk Hulsman, Henry Bianchi e Nils Christie repropõem as mesmas teses do abolicionismo anárquico do século XIX, oscilando – na configuração das alternativas ao direito penal, por si só constitui uma técnica de regulamentação e de delimitação da violência punitiva – entre improváveis projetos de microcosmos sociais fundados na solidariedade e na irmandade, [...] (FERRAJOLI, 2002, p. 202).

Consoante Ferrajoli (2002), os modelos de sociedade almejados pelo abolicionismo penal são aqueles poucos atraentes de uma sociedade selvagem, sem qualquer ordem e abandonada à lei natural do mais forte, ou, alternativamente, de uma sociedade disciplinar, pacificada, onde os conflitos seriam resolvidos e prevenidos por meio de mecanismos ético-pedagógicos de interiorização da ordem. Os valores abolicionistas buscam por um Estado natural, uma sociedade sem regras e primitiva ainda não contaminada por conflitos intersubjetivos.

Além disso, as doutrinas abolicionistas evitam as questões da justificação e deslegitimação do Direito Penal, desvalorizando toda e qualquer orientação garantista e não oferecendo nenhuma contribuição à solução dos problemas relacionados à limitação e ao controle do poder punitivo. Todavia, ainda que na configuração de sociedade dessas doutrinas persista uma confusão entre direito e moral, na crítica à sociedade atual orientam-se a uma radical separação de justiça e direito positivo. Essa visão manifesta-se na deslegitimação dos ordenamentos existentes e na justificação dos delitos, dos quais as referidas doutrinas evidenciam as causas sociais ou psicológicas, ou, ainda, as suas legítimas motivações políticas, assim como a ilegitimidade moral dos interesses por eles lesados (FERRAJOLI, 2002).

O ponto de vista abolicionista é externo às instituições penais vigentes, uma vez que se coloca ao lado de quem sofre com a pena e não do poder punitivo. Ainda, favoreceu a autonomia da criminologia crítica, através dos estudos sobre a origem cultural e social do desvio e sobre a relatividade histórica e política dos interesses penalmente protegidos. Por fim, o abolicionismo teve o importante mérito de deslegitimar o Direito Penal, denunciando-lhe a arbitrariedade, bem como os custos e o sofrimento resultantes dele (FERRAJOLI, 2002).

Para o abolicionismo, o sistema penal cumpre a função de selecionar pessoas socialmente humildes, criminalizando-as, para indicar aos demais os limites do espaço social. O Direito Penal opera de modo seletivo em face dos interesses específicos das classes que se encontram no topo da pirâmide social, reprimindo e marginalizando os grupos sociais subalternos como meio de manutenção do poder. Além de rejeitar o sistema penal como inibidor da criminalidade, os abolicionistas entendem que, por apresentar uma resposta violenta e pública, ele acaba por estimular a própria violência em outros campos, principalmente nos presídios, considerado por muitos como uma verdadeira “escola do crime”.

Para Scheerer (1993), importante teórico abolicionista, o abolicionismo penal está intimamente relacionado com o desgaste do sistema carcerário. A eliminação do cárcere como método punitivo é uma das propostas dessa corrente, pois, ao encarcerar um indivíduo, encarcera-se também a sua capacidade de renovação e mutação, inibe-se sua chance de ressocialização. O afastamento do indivíduo da sociedade, sua rejeição e exclusão da comunidade são consequências vistas como negativas do encarceramento. Para o abolicionismo, é preciso ressocializar o indivíduo, inseri-lo novamente na sociedade, já que sua conduta é resultado dos problemas sociais. O sistema carcerário, nesse sentido, é ineficaz, não é capaz de atender as propostas abolicionistas, uma vez que, em vez de tentar reinserir os presos novamente na esfera social e atender suas necessidades, exclui estes indivíduos.

Mathiesen (1989) acredita que o sistema carcerário possui um caráter desumano, que as prisões são formas institucionais e sociais desumanas ao retirarem a autonomia do condenado. Afirma que há violência e degradação dos valores culturais com o encarceramento, e que as instituições do Estado possuem a função de ocultar a irracionalidade do sistema, distorcendo a realidade prisional e impedindo a visibilidade do barbarismo da instituição carcerária.

Ademais, é um fato que a abolição do sistema carcerário não é algo simples ou fácil, requer mudanças em toda estrutura social, uma análise e um debate sobre os valores sociais,

constitucionais e sobre os direitos humanos. O sistema carcerário é parte de um aparato estatal para a repressão política. Os movimentos sociais são fundamentais para a possibilidade de abolição do sistema prisional, relacionados com um processo de aprendizagem e evolução do pensamento social e humano.

### 3 O SISTEMA CARCERÁRIO

Questiona-se a validade e a eficácia da pena de prisão no campo da teoria, dos princípios, dos fins ideais ou abstratos da privação da liberdade e se tem esquecido, num plano muito inferior, o aspecto principal da pena privativa de liberdade, sua execução. Igualmente tem sido debatido no campo da interpretação das diretrizes legais, do dever ser, da teoria, porém não se tem dado devida importância ao tema do cumprimento da pena institucional. A questão da privação da liberdade deve ser abordada em função da pena tal e como atualmente ela é cumprida e executada, com os estabelecimentos penitenciários existentes, com a infraestrutura disponível, nas circunstâncias e na sociedade atual (BITENCOURT, 1993).

As instituições de controle do crime e da justiça criminal têm condições de existência definidas, formam parte da rede de ordenação governamental social que, nas sociedades modernas, inclui a instância judicial, o mercado de trabalho e as instituições do Estado de bem-estar. São sustentadas por outras instituições sociais e mecanismos de controle social, assim como são assentadas sobre uma configuração específica de ação cultural, política e econômica. Dessa forma, é possível concluir que campo de controle do crime possui certa autonomia e uma capacidade de incorporar desenvolvimento e mudanças (GARLAND, 2008).

Uma reconfiguração no campo do controle do crime significa mais do que apenas uma mudança na resposta da sociedade ao crime, importa, também, em novas práticas relacionadas ao controle de comportamento e à forma de fazer justiça, assim como em conceitos relacionados à ordem social e de controle, em maneiras alteradas de se manter a coesão social e de lidar com as relações entre os grupos da sociedade. A remodelação de um campo institucional estabelecido, a emergência de objetivos e prioridades diferentes e o surgimento de novas ideias sobre a natureza do crime e dos criminosos também sugerem mudanças nas bases culturais dessas instituições. Dessa forma, por trás dessas novas respostas ao crime, encontra-se um novo parâmetro de mentalidades, interesses e sensibilidades que alteram o modo como a sociedade pensa e sente em relação ao problema da criminalidade (GARLAND, 2008). Todas essas transformações contribuíram para o desenvolvimento de uma forma de punição que teve uma maior aceitação social se comparada aos outros modelos punitivos, uma

penalidade considerada pelos indivíduos mais civilizada e humana, se comparada aos antigos castigos corporais e à pena de morte: o encarceramento.

### 3.1 O SISTEMA CARCERÁRIO SOB PONTO DE VISTA HISTÓRICO

A prisão, historicamente, surgiu como uma forma de substituição dos castigos corporais e da pena de morte. O cárcere foi desenvolvido para corresponder à natural reação vindicativa da sociedade e para dar segurança à mesma. Ao lado da função punitiva, era proclamada uma função recuperativa, justificativa do Estado para o encarceramento, através da qual se procura atribuir à pena um sentido mais humano. O preso estava, assim, num estado de completa sujeição ao poder arbitrário da administração carcerária.

Foucault (1987) afirma que a prisão

se constituiu fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo, e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza (FOUCAULT, 1987, p. 260).

A intenção do Estado de tornar os indivíduos doces e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como pena por excelência. No final do século XVIII e início do século XIX, há o desenvolvimento da penalidade de detenção, abertura da pena a mecanismos de coerção já elaborados em outros lugares. A prisão marca um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à “humanidade”. Essa forma de punição passou a ser vista como a “pena das sociedades civilizadas” (FOUCAULT, 1987).

A pena privativa de liberdade passou a ser a pena por excelência numa sociedade na qual a liberdade é um direito fundamental e que pertence a todos da mesma maneira e ao qual cada indivíduo está ligado por um sentimento universal e constante. A perda desse direito, portanto, teria o mesmo preço para todos, seria um “castigo igualitário” (FOUCAULT, 1987).

Desde o início, a prisão foi uma detenção legal, legitimada pelo poder estatal, encarregada de um suplemento corretivo, uma função técnica de correção, ou, ainda, “uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação de liberdade permite fazer funcionar

no sistema legal” (FOUCAULT, 1987, p. 262). Dessa forma, o encarceramento penal originou, ao mesmo tempo, a privação de liberdade e a transformação técnica dos indivíduos.

Na penitenciária, o governo podia dispor da liberdade e do tempo do detento, a disciplina e correção estavam inseridas de diversas maneiras ao longo do dia e da rotina do detento: no tempo de atividade laborativa e de repouso, no número e na duração das refeições, na qualidade dos alimentos, no tempo de oração, e, por assim dizer, até mesmo no pensamento, uma educação que regula os movimentos do corpo (FOUCAULT, 1987).

A prisão deve ser um aparelho disciplinar exaustivo. Em vários sentidos: deve tomar a seu cargo todos os aspectos do indivíduo, seu treinamento físico, sua aptidão para o trabalho, seu comportamento cotidiano, sua atitude moral, suas disposições; a prisão, muito mais que a escola, a oficina ou o exército, que implicam sempre numa certa especialização, é “onidisciplinar”. Além disso a prisão é sem exterior nem lacuna; não se interrompe, a não ser depois de terminada totalmente sua tarefa; sua ação sobre o indivíduo deve ser ininterrupta: disciplina incessante. Além disso a prisão é sem exterior nem lacuna; não se interrompe, a não ser depois de terminada totalmente sua tarefa; sua ação sobre o indivíduo deve ser ininterrupta: disciplina incessante. Enfim, ela dá um poder quase total sobre os detentos; tem seus mecanismos internos de repressão e de castigo: disciplina despótica. Leva à mais forte intensidade todos os processos que encontramos nos outros dispositivos de disciplina. Ela tem que ser a maquinaria mais potente para impor uma nova forma ao indivíduo pervertido; seu modo de ação é a coação de uma educação total (FOUCAULT, 1987, p. 264-265).

A pena de prisão também deveria ser, além de individual, individualizante, característica que era demonstrada através do isolamento dos presos em relação ao mundo exterior e do isolamento entre os detentos, para impedir que se formassem cumplicidades ou complôs que causassem possíveis revoltas ou rebeliões internas. A solidão deveria ser um instrumento positivo de reforma, uma vez que poderia gerar reflexão e pelo remorso por parte do condenado. Ademais, a solidão realizaria uma espécie de autorregulação da pena, permitindo uma individualização espontânea do castigo. Nesse sentido, o entendimento era que quanto mais o condenado fosse capaz de refletir, maior sua culpabilidade em relação ao cometimento do crime, porém, o remorso, nesse caso, seria mais intenso, à medida que a solidão fosse dolorosa. A dor da solidão, segundo essa perspectiva, só diminuiria quando o preso estivesse profundamente arrependido. A condição era a primeira condição de submissão total do indivíduo ao cárcere (FOUCAULT, 1987).

Sozinho em sua cela o detento está entregue a si mesmo; no silêncio de suas paixões e do mundo que o cerca, ele desce à sua consciência, interroga-a e

sente despertar em si o sentimento moral que nunca perece inteiramente no coração do homem (FOUCAULT, 1987, p. 267).

Junto com o isolamento, o trabalho dos presos foi significativo para o desenvolvimento do sistema carcerário. O trabalho penal era compreendido como uma forma de transformar o prisioneiro violento, agitado e revoltado, em uma peça que desempenharia seu papel com perfeita regularidade (FOUCAULT, 1987).

O trabalho é a providência dos povos modernos; serve-lhes como moral, preenche o vazio das crenças e passa por ser o princípio de todo bem. O trabalho devia ser a religião das prisões. A uma sociedade-máquina, seriam necessárias meios de reforma puramente mecânicas (FOUCAULT, 1987, p. 271).

A utilidade do trabalho penal estava na sua capacidade de construir uma relação de poder de um esquema de submissão individual e se seu ajustamento a um aparelho de produção. O trabalho da prisão teria um efeito econômico, produzindo indivíduos mecanizados segundo as normas gerais de uma sociedade industrial e capitalista (FOUCAULT, 1987).

Conforme Foucault (1987), a prisão, em sua realidade e efeitos visíveis, acabou por ser o grande fracasso da justiça penal, pois não foi capaz de diminuir a taxa de criminalidade, mas sim aumentá-las, modificá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e criminosos permanecia estável ou aumentava. Uma das causas desse aumento da criminalidade estaria no fato de que o encarceramento provocava a reincidência, ou seja, depois de sair da prisão, se tinha mais chance que antes de voltar a ela; os condenados eram, em proporção considerável, antigos detentos.

O cárcere mostrou-se uma “fábrica de delinquentes”, uma vez que estabelecia o tipo de existência que os detentos deveriam seguir: isolamento nas celas ou imposição de algum trabalho inútil, para que estes não tivessem pensamentos relacionados ao crime. A prisão também fabrica os delinquentes através da imposição de limitações violentas, ela se destina a aplicar leis, e a ensinar o respeito por elas; todo seu funcionamento ocorre no sentido do abuso de poder (FOUCAULT, 1987).

O sentimento de injustiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter. Quando se vê assim exposto a sofrimentos que a lei não ordenou nem mesmo previu, ele entra num estado habitual de cólera contra tudo o que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade: não pensa mais ter sido culpado; acusa a própria justiça (FOUCAULT, 1987, p. 294).

A pena privativa de liberdade deveria ter por função essencial a transformação do comportamento do indivíduo, a recuperação e a reclassificação social do condenado. As penas deveriam ser aplicadas respeitando a individualidade dos detentos, os resultados obtidos, os progressos e as recaídas. Ademais, o trabalho penal deveria ser fundamental para a transformação e socialização progressiva dos presos, e não deveria ser visto como complemento ou agravamento da pena, mas sim como um a suavização cuja privação seria totalmente possível, permitindo que o detento aprenda ou pratique um ofício, dando recursos para o mesmo e para sua família (FOUCAULT, 1987).

A educação do preso deveria ser indispensável e uma obrigação por parte do poder público. A educação deveria ser o principal instrumento penitenciário. O encarceramento deveria também ser acompanhado por medidas, além de educativas, de controle e de assistência até readaptação definitiva do antigo detento, seria necessário vigiá-lo e auxiliá-lo mesmo após sua saída da prisão (FOUCAULT, 1987).

O sistema carcerário reúne, numa mesma figura, discursos e arquitetos, regulamentos coercitivos e proposições científicas, efeitos sociais reais e utopias, programas para corrigir a delinquência e mecanismos que solidificam a mesma. Se a instituição-prisão resistiu tanto tempo, se o princípio da detenção penal nunca foi seriamente questionado, é porque esse sistema carcerário se enraizava em profundidade e exercia funções precisas (FOUCAULT, 1987).

A prisão, na justiça penal, era capaz de transformar o processo punitivo em técnica penitenciária, transportando a técnica da instituição penal para o corpo social. O encarceramento, com seus mecanismos e vigilância e punição, funciona segundo um princípio de relativa continuidade. Continuidade das próprias instituições que existem junto à prisão:

dos órgãos de assistência para o orfanato, para a casa de correção, para a penitenciária, para o batalhão disciplinar, para a prisão; da escola para o patronato, para a oficina, para o refúgio, para o convento penitenciário; da cidade operária para o hospital, a prisão (FOUCAULT, 1987, p. 325).

O cárcere, com suas formas múltiplas, difusas e compactas, suas instituições de controle e coação, de vigilância discreta e coerção, assegura a comunicação qualitativa e quantitativa dos castigos. Talvez seu efeito mais importante seja sua capacidade de tornar natural e legítimo o poder de punir, baixando o limite de tolerância à penalidade. A grande continuidade do sistema carcerário dá legitimidade aos mecanismos disciplinares, às decisões e às sanções

que estes utilizam. Dessa forma, naturaliza o poder punitivo, da mesma maneira que legaliza o poder técnico disciplinar, homogeneizando-os e apagando o que possa haver de violento em um e de arbitrário no outro, atenuando os efeitos de revolta que ambos possam causar (FOUCAULT, 1987).

A generalidade carcerária, funcionando em toda amplitude do corpo social e misturando a função de corrigir com o direito de punir, baixou o nível a partir do qual se tornar natural e aceitável o indivíduo ser punido pelo Estado. O sistema carcerário, relacionado com o poder da disciplina e da lei, se estende até a grande detenção penal. Esse sistema deu origem a uma nova forma de lei: um misto de legalidade e natureza, de prescrição e constituição, a norma. Portanto, o problema da prisão está centrado no grande avanço desses dispositivos de normalização e em toda a extensão dos efeitos de poder que eles trazem (FOUCAULT, 1987).

Garland (2008) afirma que, nas últimas décadas, a prisão foi reinventada como um instrumento de contenção neutralizante, destinado a criminosos violentos e perigosos, mas também abrangendo grupos de delinquentes condenados a pequenas penas. As funções de controle e monitoramento de riscos passaram a ser priorizadas, em detrimento do livramento condicional e da liberdade vigiada. Sentenças com penas mais elevadas passaram a ser mais comuns e até mesmo obrigatórias.

Durante um longo período pós Segunda Guerra, as taxas de encarceramento nos EUA e na Grã-Bretanha diminuíram em comparação com o número de crimes registrados e de pessoas condenadas. No sistema de bem-estar pós guerra, o cárcere passou a ser visto como uma instituição problemática, necessária como último recurso, desorientadas em relação aos objetivos disciplinares e correccionais. Houve um grande esforço do Estado para se criar alternativas ao encarceramento, originando, dessa forma, um movimento secular de distanciamento da prisão, no sentido da aplicação de penas pecuniárias, do livramento condicional e de outras formas de supervisão comunitária. No entanto, nas últimas décadas, esta tendência se inverteu, tanto nos EUA como na Grã-Betanha (GARLAND, 2008).

A inversão desta tendência nos EUA foi seguida do maior e mais consistente aumento das taxas de encarceramento observado desde o nascimento da prisão moderna, no século XIX. No período de 1973 a 1997, o número de pessoas presas nos EUA subiu mais de 500%. Igualmente marcante foi o aumento do número de condenações a penas privativas de liberdade (em oposição a penas alternativas) e da duração média das penas privativas de liberdade aplicadas – aumento este que persistiu por muito tempo, mesmo depois que as taxas oficiais de criminalidade assumiram tendência de baixa (GARLAND, 2008, p. 59).

As ideias criminológicas que moldaram a política durante esse período eram uma mistura eclética de psicologia da anormalidade e teorias sociológicas, como a anomia, a privação relativa, teoria das subculturas e rotulacionismo. A criminalidade era vista como um problema de indivíduos e de famílias desajustadas, ou como um sintoma de necessidade, da injustiça social e do conflito de normas culturais em uma sociedade plural e hierarquizada. Existia a ideia de que os indivíduos se tornavam delinquentes porque eram privados de uma educação adequada, de socialização familiar, da oportunidade de empregos, ou até mesmo de um tratamento adequado para sua condição psicológica anormal. Consequentemente, a solução para o crime, nessa perspectiva, residia no tratamento correccional individualizado, no apoio e supervisão das famílias e na adoção de medidas de reforma social que aumentassem o bem-estar, relacionado à educação e à criação de empregos (GARLAND, 2008).

O pensamento criminológico desse período, da era do Estado de bem-estar, via o crime como sinal de um processo de socialização deficiente, enfatizando que o Estado deveria assistir aqueles que carecessem das provisões econômicas, sociais e psicológicas necessárias para a integração social adequada e para que respeitassem o ordenamento jurídico vigente. Essas teorias de controle partiam de uma visão obscura e complexa da condição humana. Consideravam que os indivíduos são fortemente propensos assumir condutas egoístas, antissociais e criminosas a menos que sejam inibidos de fazê-lo por formas de controle eficazes. Essa nova criminologia insistia em intensificar o controle e reforçar a disciplina (GARLAND, 2008).

A opinião dominante passou a ser a de que “a prisão funciona”, mas não como um mecanismo de reforma ou reabilitação, mas sim como um instrumento de neutralização e retribuição que satisfaz as exigências políticas populares por segurança pública e por punições severas. A instituição carcerária foi reduzida ao terreno da neutralização e da punição retributiva. No entanto, mais recentemente, a prisão novamente se transformou, deixando de ser uma instituição correccional decadente e desacreditada, tornando-se um indispensável pilar da ordem social contemporânea (GARLAND, 2008).

O pensamento criminológico contemporâneo percebe o crime como um aspecto normal, rotineiro, um lugar-comum na sociedade moderna, sendo estes crimes praticados por indivíduos normais, com seus desejos e propósitos. No ambiente penal, esse pensamento tem ensejado o agravamento de políticas de retribuição e de intimidação, na medida em que afirma

que os criminosos são sujeitos racionais, refratários aos mecanismos de inibição e totalmente responsáveis por seus atos criminosos (GARLAND, 2008).

O crime, nesse sentido, é considerado um conjunto de eventos que não requer qualquer motivação ou disposição especial da parte do indivíduo, nenhuma patologia ou anormalidade, e que está inserido nas rotinas da vida social e econômica contemporânea. Assim, as novas criminologias veem o crime como continuidade da interação social normal, explicável através de referência aos padrões motivacionais normais, e não mais como um desvio da conduta normal, civilizada, explicável em termos de patologia individual, socialização deficiente ou disfunção social (GARLAND, 2008).

Wacquant (2003) aborda sobre o papel histórico da prisão, especialmente nos EUA, como um recurso organizacional para a exclusão e controle de uma população considerada desprezível e dispensável na era do Estado de bem-estar social: a população negra. A história dos EUA revelou que o país recorreu a várias “instituições peculiares” para definir, confinar e controlar os afro-americanos. A primeira delas foi a escravidão, enquanto a base da economia era a plantação; a segunda foi o sistema de Jim Crow, regime legal de discriminação e segregação, no qual estava sustentada a sociedade predominantemente agrária do Sul. O terceiro dispositivo especial, responsável por conter os descendentes dos escravos nas metrópoles do Norte industrializado, foi o gueto, produto do cruzamento da urbanização e da proletarização dos afro-americanos.

Por fim, a quarta “instituição peculiar” seria o novo complexo institucional formado pelos remanescentes do gueto negro e pelo aparelho carcerário, ao qual o gueto veio a se ligar. Dessa forma, a gritante desproporcionalidade que aflige a população negra em matéria de encarceramento há décadas pode ter interpretada como resultado das funções “extra-penais” que o sistema prisional veio a assumir em seguida à crise do gueto, substituindo-o, a partir de meados de 1970. Segundo Wacquant (2003), o principal motivo da expansão do Estado penal estadunidense e a razão de sua política carcerária em relação aos afro-americanos não foi a criminalidade, mas sim a necessidade de reforçar uma clivagem de casta que vinha se desgastando.

Wacquant (2003) realiza uma comparação histórico-analítica entre o gueto e a prisão, concluindo que ambos pertencem a um mesmo tipo de organização, a das instituições de confinamento forçado: “o gueto é uma forma de prisão social, ao passo que a prisão funciona como um gueto judiciário (WACQUANT, 2003, p. 335)”. Ambos têm a finalidade de confinar

uma população estigmatizada de modo a neutralizar a ameaça material e simbólica que ela faz sobre a sociedade mais ampla, da qual era foi extirpada. Por essa razão, o gueto e a prisão desenvolveram padrões relacionais e formas culturais que apresentam semelhanças e paralelismos.

Para compreender a profunda relação entre gueto e prisão, é necessário caracterizar corretamente o gueto. No entanto, Wacquant (2003) traz a questão de que as ciências sociais não conseguiram desenvolver um conceito analítico sólido e eficiente do gueto, pelo contrário, elas se contentaram em tomar emprestado o conceito folclórico e fantasioso corrente no discurso político e popular. Esse conceito equivocado causou uma grande confusão, que fez com que o gueto passasse a ser considerado como uma área segregada, um bairro étnico, um território deteriorado e de extrema pobreza.

Na realidade, o gueto é uma relação de controle e de fechamento étno-racial, composta por quatro elementos: estigma, coação, confinamento territorial e segregação institucional. A formação daí resultante constitui um espaço distinto, composto por uma população etnicamente homogênea, que se vê obrigada a se desenvolver dentro dele, um conjunto de instituições interligadas, que fornece ao “grupo banido” socialmente uma estrutura para a construção de um “estilo de vida” e de suas estratégias sociais específicas. Em resumo, o gueto opera como se fosse uma prisão etno-racial: encarcera uma categoria de sujeitos desprovida de honra e reduz severamente as oportunidades de vida de seus membros (WACQUANT, 2003).

A prisão, considerada um gueto judicial, consiste em um espaço reservado que serve para confinar, à força, uma população legalmente e socialmente estigmatizada, no interior da qual essa população desenvolve instituições, uma cultura e uma identidade desonrada que lhe são específicas. A prisão, dessa forma, é composta pelos mesmos quatro elementos fundamentais que formam o gueto – estigma, coação, confinamento territorial e segregação institucional – e isso ocorre por propósitos similares. Assim, do mesmo modo que o gueto protege os habitantes da cidade do contato com os indivíduos corrompidos, mas indispensáveis, de um grupo pária, a prisão limpa o corpo social da infâmia temporária que lhe infligem aqueles, entre seus membros, que cometeram crimes, ou seja, os sujeitos que violaram a integridade moral da coletividade (WACQUANT, 2003).

Com essas mudanças, a composição étnica da população carcerária nos EUA era predominantemente formada por negros. A prevalência do encarceramento entre os negros das

classes subalternas ocasionou uma série de desordens familiares, profissionais e jurídicas, entre as quais a amputação das prerrogativas sociais e dos direitos civis, como a perda temporária ou permanente do direito de voto (WACQUANT, 2003).

Nas prisões, os detentos desenvolviam seus próprios papéis, sistemas de trocas e padrões normativos, como uma resposta de adaptação ao sofrimento causado pelo encarceramento ou por meio da importação seletiva, do meio externo, de valores do ambiente criminal ou das classes populares, da mesma maneira que os habitantes do gueto elaboraram uma subcultura própria. A prisão e o gueto são, ambos, estruturas de autoridade cuja legitimidade é duvidosa ou problemática, e cuja manutenção é assegurada pelo recurso intermitente à violência física (WACQUANT, 2003).

No final de 1970, segundo Wacquant (2003), quando a reação racial e de classe contra os avanços democráticos conquistados pelos movimentos sociais ganhou força, a prisão voltou a se destacar na sociedade estadunidense, passando a ser vista como uma solução, ao mesmo tempo simples e universal, a todos os problemas sociais. Enquanto os guetos eram enfraquecidos, o cárcere se fortalecia, reforçando o que o autor denomina de “confinamento da diferenciação” (WACQUANT, 2003, p. 347), visando manter um grupo social e racial à parte. Em pouco tempo, o gueto, composto pela população negra, foi ligado ao sistema carcerário por uma tripla relação de equivalência funcional, homologia estrutural e sincretismo cultural, de tal modo que atualmente, o cárcere é formado por uma população de maioria de jovens negros, que circulam em circuito fechado entre seus dois polos, num ciclo autoperpetuado de marginalidade social e legal, com graves consequências sociais e pessoais. Ademais, a intercessão racial no sistema carcerário nos EUA não desempenha nenhuma missão econômica positiva de recrutamento e disciplinamento de uma mão de obra ativa, pelo contrário, serve para armazenar as frações precarizadas e desproletarizadas da classe operária negra (WACQUANT, 2003).

A presença maciça e crescente dos negros em todos os patamares do aparelho penal demonstra perfeitamente a função assumida pelo sistema carcerário no novo governo da miséria nos EUA: substituir o gueto como instrumento de encerramento de uma população considerada desviante, perigosa e supérflua no plano econômico, assim como no político. Nesse aspecto, a prisão é uma manifestação paroxística da lógica de exclusão da qual o gueto é o instrumento e o produto desde sua origem histórica. O gueto desempenhava o papel de uma prisão social, no sentido de manter excluída a população afro-americana. Desde a crise

do gueto, simbolizada pelas rebeliões urbanas da década de 1960, é a prisão substitui o gueto, excluindo as frações do subproletariado negro marginalizadas. As duas instituições se complementam e se acoplam, cada uma serve, à sua maneira, para assegurar a segregação racial de uma categoria indesejável, percebida como provocadora de uma dupla ameaça, a física e a moral (WACQUANT, 2011).

Conforme Wacquant (2011), “à atrofia deliberada do Estado social corresponde a hipertrofia distópica do Estado penal: a miséria e a extinção de um têm como contrapartida direta e necessária a grandeza e a prosperidade insolente do outro (WACQUANT, 2011, p. 88)”. O crescimento do número de presos, especialmente negros, na década de 70 pode ser explicado pelo encarceramento dos pequenos delinquentes. As prisões estadunidenses, segundo o autor, não estavam lotadas de criminosos perigosos e violentos, mas de condenados pelo direito comum por negócio com drogas, furto, roubo, ou simples atentados à ordem pública, em geral, oriundos da classe trabalhadora e, principalmente, das famílias dos subproletariados negros das cidades atingidas diretamente pela transformação conjunta do trabalho assalariado e da proteção social (WACQUANT, 2011).

Em 1998, a quantidade de condenados por contenciosos não violentos reclusos nas casas de detenção e nos estabelecimentos penais dos EUA rompeu sozinho a cifra do milhão. Nas prisões, seis em cada dez condenados eram negros ou latinos, menos da metade tinha emprego em tempo integral no momento da condenação e dois terços vinham de famílias dispendo de uma renda inferior à metade do limite de pobreza. Além disso, houve uma grande mudança de objetivo e resultado em relação ao sistema carcerário: o abandono do ideal de reabilitação, da ideia de prevenção do crime de tratamento dos delinquentes almejando o seu eventual retorno à sociedade uma vez sua pena cumprida, visando, dessa forma, isolar grupos considerados perigosos e neutralizar seus membros mediante uma série padronizada de comportamentos e uma gestão aleatória dos riscos (WACQUANT, 2011).

De acordo com Wacquant (2011), a ascensão do Estado penal estadunidense deve-se à implementação de uma política de criminalização da miséria que é um complemento indispensável da imposição do trabalho assalariado precário e sub-remunerado como obrigação civil, assim como o desdobramento de programas sociais num sentido restritivo e punitivo. A reclusão deveria ser, antes de tudo, um método de controle das populações desviantes dependentes.

Atualmente, o aparelho carcerário dos EUA desempenha um papel análogo com respeito aos grupos que se tornaram supérfluos ou incongruentes pela dupla reestruturação da relação social e da caridade do Estado: a decadente classe operária e os negros pobres das cidades. Dessa forma, o cárcere assume uma posição central no sistema dos instrumentos de governo da miséria, no mercado de trabalho desqualificado, dos guetos urbanos e de serviços sociais reformados com a finalidade de apoiar a disciplina do trabalho assalariado dessocializado. O sistema penal contribuiu diretamente para regular os segmentos inferiores do mercado de trabalho, de maneira muito mais coercitiva do que todas as restrições sociais e regulamentos administrativos (WACQUANT, 2011).

Importante destacar como o racismo teve influência no desenvolvimento do sistema prisional estadunidense, tornando-o extremamente seletivo e estigmatizante. A questão racial, ainda delicada no cenário atual, pode ser considerada um marco no crescimento da população carcerária, contribuindo para uma superlotação, onde o objetivo concreto já não era mais a reinserção social ou o tratamento do condenado, mas sim sua segregação de uma sociedade excludente por si só.

### 3.2 O SISTEMA CARCERÁRIO NAS SOCIEDADES CAPITALISTAS CONTEMPORÂNEAS

Conforme Baratta (2011), há décadas a literatura baseada sobre a observação empírica tem estudado e analisado a realidade carcerária nos seus aspectos psicológicos, sociológicos e organizativos. A comunidade carcerária e a subcultura dos institutos modernos de detenção se apresentam nesses estudos como dominadas por fatores os quais têm tornado vã toda tentativa de realizar funções de socialização e reinserção através destas instituições. A introdução de modernas técnicas psicoterapêuticas e educativas e transformações parciais na estrutura do cárcere não mudaram, de modo decisivo, a natureza e as funções do mesmo na sociedade.

Os institutos de detenção constituem o momento culminante e decisivo daquele mecanismo de marginalização que origina a população criminosa e a administra em nível institucional, de modo a torná-la inconfundível e adaptá-la a funções próprias as quais qualificam essa particular zona de marginalização. As inovações introduzidas na legislação

penal não parecem ser destinadas a modificar a natureza das instituições carcerárias (BARATTA, 2011).

A comunidade carcerária tem, nas sociedades capitalistas contemporâneas, características constantes, predominantes em relação às diferenças nacionais, que permitiram a construção de um modelo próprio. As particularidades desse modelo podem ser resumidas no fato de que as instituições carcerárias produzem efeitos visivelmente contrários à reeducação e à reinserção do condenado, mas sim favoráveis à sua estável inserção na população criminosa. O cárcere é o oposto a todo modelo ideal educativo, porque este promove a individualidade, o autorrespeito do indivíduo. As cerimônias de degradação no início da pena privativa de liberdade, com as quais o encarcerado é despojado dos símbolos exteriores de sua própria autonomia, como vestuários e objetos pessoais, são o oposto das qualidades do modelo educativo. A educação busca promover um sentimento de liberdade e espontaneidade no indivíduo, já o cárcere, como universo disciplinar, possui um caráter repressivo e uniformizante (BARATTA, 2011).

O processo de ressocialização proposto pelo sistema carcerário acaba por ser negativo, ineficaz e infundado, o qual nenhuma técnica psicoterapêutica e pedagógica consegue equilibrar. Este processo deve ser examinado sob um duplo ponto de vista: primeiro, pela “desculturação”, ou seja, a desadaptação do preso às condições necessárias para a vida em liberdade, como a diminuição da força de vontade e a perda do senso de autorresponsabilidade do ponto de vista econômico e social; a redução do senso de realidade do mundo externo e a formação de uma imagem ilusória do mesmo, o distanciamento progressivo dos valores e dos modelos de comportamento próprios da sociedade externa à prisão. O segundo ponto de vista, oposto, embora complementar, é o da “prisionalização”, a aceitação de atitudes, de modelos de comportamento, valores característicos da subcultura carcerária. Estes aspectos da cultura carcerária, cuja interiorização é inversamente proporcional às chances de reinserção do condenado na sociedade, têm sido analisados sob o aspecto das relações sociais e de poder, das normas, dos valores, das atitudes que presidem estas relações, como também sob a perspectiva das relações entre os detentos e o *staff* da instituição penal (BARATTA, 2011).

Assim, o efeito negativo da “prisionalização”, em face de qualquer tipo de reinserção do condenado, tem sido reconduzido a dois processos característicos: a educação para ser criminoso e a educação para ser bom preso. Em relação ao primeiro processo, influi, particularmente, o fato de que a hierarquia e a organização informal da comunidade é

dominada por uma restrita minoria de criminosos com forte orientação antissocial, que, devido ao seu poder na instituição carcerária, assumem a função de modelo para os outros presos, sendo, ao mesmo tempo, uma autoridade com quem o *staff* da instituição é constrangido a mediar o próprio poder normativo de fato. A maneira pela qual são reguladas as relações de poder e de distribuição de recursos entre os condenados favorece a formação de hábitos mentais inspirados no cinismo, no culto e no respeito à violência ilegal (BARATTA, 2011).

A educação para ser bom preso ocorre também no âmbito da comunidade dos detidos, dado que a aceitação de um certo grau de ordem, da qual os chefes dos detentos impõe sua autoridade frente ao *staff*, em troca de privilégio. Esta educação ocorre através do consentimento em relação às normas formais da instituição, e das informais colocadas em ação pelo *staff*. A adaptação a essas normas tende a interiorizar modelos exteriores de comportamentos, que são úteis ao desenvolvimento da vida na instituição carcerária, tornando-se, dessa forma, a principal função do cárcere. A função propriamente educativa acaba sendo excluída do processo de interiorização das normas, o que favorece atitudes e comportamentos de passivo conformismo e oportunismo. A relação com os representantes dos órgãos institucionais é marcada, ao mesmo tempo, pela hostilidade, pela desconfiança e por uma submissão sem consentimento (BARATTA, 2011).

Baratta (2011) afirma que a relação geral entre cárcere e sociedade é uma relação entre quem exclui (sociedade) e quem é excluído (presos). Assim, a técnica pedagógica de reinserção do condenado, o que seria, em teoria, o objetivo do cárcere, acaba por se chocar contra a natureza desta relação de exclusão, uma vez que não se pode, ao mesmo tempo, excluir e incluir. Ademais, o cárcere reflete, especialmente no que diz respeito às características negativas, a sociedade. As relações sociais e de poder da subcultura carcerária são distintas da sociedade externa e dependem da função do universo carcerário. No entanto, essas relações, na sua estrutura mais elementar, podem ser vistas como uma ampliação das características típicas da sociedade capitalista: são relações sociais baseadas no egoísmo e na violência ilegal, no interior das quais os indivíduos são submetidos a papéis de submissão e exploração.

É necessário, antes de falar em educação e reinserção, fazer uma análise do sistema de valores e dos modelos de comportamento presentes na sociedade em que se quer reinserir o preso. Antes de querer modificar e afastar os infratores, é preciso modificar a sociedade

excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão. Portanto, a verdadeira função do sistema carcerário acaba por ser aperfeiçoar e tornar pacífica a exclusão dos presos, integrando a própria relação de exclusão na ideologia legitimante do Estado social (BARATTA, 2011).

Conforme Bitencourt (1991), quando a prisão converteu-se na solução penalógica principal, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que a mesma era um meio eficiente e adequado para se conseguir a reforma do delinquente. No século XX, esse objetivo reformista foi denominado de reabilitação ou ressocialização do condenado. Durante muitos anos, prenominava a firme convicção de que a prisão poderia ser um meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de determinadas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial já não existe mais e, atualmente, há a predominância de um pensamento pessimista no que diz respeito ao cárcere, uma vez que os resultados não foram os esperados. Bitencourt (1991) afirma que a crítica ao sistema prisional foi tanta que é possível dizer que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas ao sistema carcerário referem-se à impossibilidade de obter algum efeito positivo sobre o preso.

O ambiente carcerário, em razão de sua antítese com a sociedade livre, acabou por converter-se em um meio artificial, antinatural, que não permite realizar nenhum trabalho reabilitador sobre o recluso. Os condenados, taxados pelo sistema como antissociais, ao mesmo tempo que são dissociados e afastados da sociedade externa, são obrigados a se associar e relacionar com outros antissociais, favorecendo sua exclusão e isolamento (BITENCOURT, 1991).

[...] a pena não ressocializa, mas estigmatiza, que não limpa, mas macula, como tantas vezes se tem lembrado aos “espiacionistas”; que é mais difícil ressocializar a uma pessoa que sofreu uma pena do que outra que não teve essa amarga experiência; que a sociedade não pergunta porque uma pessoa esteve no estabelecimento penitenciário, mas tão somente se lá esteve ou não (MOLINA, 1988, p.41 apud BITENCOURT, 1991, p.242).

Ademais, segundo Bitencourt (1991), na maior parte das prisões do mundo existem condições materiais e humanas que tornam inalcançável o objetivo reabilitador. Não se trata de uma objeção originada na natureza ou na essência da pena de prisão, mas fundamentada no exame das condições reais nas quais se desenvolve a execução da pena privativa de liberdade.

A literatura tem apresentado relatos da crueldade e da desumanização que existe no ambiente carcerário. Inclusive, relatos de pessoas que tiveram a experiência de cumprir a pena de prisão em condições desumanas e indignas. As graves deficiências das prisões não se limitam a momentos ocasionais e pontuais, existem centros penitenciários em que a ofensa à dignidade humana é frequente e rotineira, tanto em países desenvolvidos quanto em subdesenvolvidos (BITENCOURT, 1991).

As mazelas prisionais presentes em diversas obras, antigas e atuais, apresentam muitas características semelhantes: maus tratos verbais, como insultos e grosserias, e maus tratos de fato, como castigos sádicos, crueldades injustificadas e métodos sutis de fazer o recluso sofrer sem incorrer em evidente violação do ordenamento; superpopulação carcerária o que leva a uma redução do gozo de diversas atividades que o centro penal deve proporcionar; falta de higiene; condições precárias de trabalho, o que pode ocasionar uma inaceitável exploração dos condenados ou o ócio completo; insuficiência dos serviços médicos, que pode chegar à sua absoluta inexistência; assistência psiquiátrica deficiente ou abusiva, inclusive sendo a psiquiatria utilizada como um pretexto científico para impor determinadas ordens ou para convertê-la em um castigo civilizado; regime alimentar insatisfatório; elevado índice de consumo de drogas; reiterados abusos sexuais; ambiente propício à violência, no qual predomina a utilização de meios brutais, onde sempre se impõe o mais forte (BITENCOURT, 1991).

A clara deficiência das condições prisionais existentes na maior parte dos países faz pensar que a prisão encontra-se efetivamente em crise, que deve-se à falta de atenção que a sociedade e principalmente os governantes têm em relação ao problema carcerário. Os problemas da prisão, as causas que originam ou evidenciam sua crise, podem ser analisados em diversos aspectos, como pelas perturbações psicológicas que o cárcere produz, pela subcultura carcerária, pelos efeitos negativos sobre a pessoa do condenado (BITENCOURT, 1991).

A preocupação com os efeitos psicológicos da prisão começou no início do século XIX, quando observações literárias passaram a estabelecer uma relação de causa e efeito entre prisão e psicose. Em 1837, médicos estadunidenses já advertiram que na prisão era possível observar numerosas psicoses. Também na França, nessa mesma época, estudiosos da medicina afirmaram que o cárcere era prejudicial à saúde mental dos reclusos. O principal motivo

encontrado que poderia causar esses distúrbios de ordem psicológica foi a condição de isolamento a que os presos eram submetidos (BITENCOURT, 1991).

O ambiente carcerário exerce uma influência tão negativa nos indivíduos, que a ineficácia dos mecanismos de compensação psíquica propicia o surgimento de desequilíbrios que podem ir desde uma simples reação psicopática momentânea até um intenso e permanente quadro psicótico, segundo a capacidade de adaptação que o sujeito tenha. Há diversos tipos de reações carcerárias, sendo muitas delas passageiras, como é o caso da reação explosiva em relação à prisão, na qual se observa um estado de irritação que pode chegar a momentos de delírio. Os presos também podem apresentar reações psicopáticas à prisão, que se expressam em estados de angústia com alucinações e paranoias. Os reclusos podem desenvolver um quadro depressivo clássico de indiferença, inibição, desinteresse, perda de memória ou incapacidade para usá-la, perda de apetite, assim como uma ideia autodestrutiva que pode chegar ao suicídio. Quando um indivíduo é colocado em condições de isolamento, deixa de ler, deixa se sentir fome e comer, desinteressa-se por tudo, deve ser vigiado com extremo cuidado, uma vez que há o risco da tentativa de suicídio (BITENCOURT, 1991).

O suicídio é relativamente frequente entre os condenados a longas penas, uma clara contradição existente entre o propósito reabilitador que se atribui à pena privativa de liberdade e a imposição de penas muito longas. A elevada taxa de suicídio nas prisões é um problema universal e comprovado por estatísticas de vários países, o que demonstra os graves prejuízos psíquicos que a prisão ocasiona e evidencia ainda mais o questionamento sobre a possibilidade de obtenção de algum resultado positivo em relação ao efeito ressocializador (BITENCOURT, 1991).

O sistema carcerário se afasta cada vez mais do objetivo ressocializador, uma vez que adota um regime fechado, um meio de isolamento crônico, com total desvinculação da sociedade externa, produzindo graves perturbações psíquicas aos condenados, que não são capazes de se adaptar a esse isolamento desumano. A pena privativa de liberdade se mostra extremamente contraditória, na medida em que contribui para o distanciamento dos reclusos da sociedade, contrariando a ideia de ressocialização. A prisão violenta o estado emocional do indivíduo, e pode-se afirmar que todos aqueles que entram no sistema prisional encontram-se propensos a desenvolver algum tipo de reação carcerária (BITENCOURT, 1991). Todos os transtornos psicológicos, também chamados por Bitencourt (1991) de reações carcerárias,

causados pela prisão são inevitáveis. Se a pena prisional produz essas perturbações, é paradoxal falar em reabilitação do delinquente em um meio tão traumático como o cárcere.

Ademais, um dos efeitos negativos ocasionados pela pena de prisão é o da reincidência, apesar da presunção de que durante a reclusão os detentos são submetidos a um tratamento reabilitador. É inquestionável que o cárcere exerce alguma influência no fracasso do tratamento do recluso. É necessário levar em consideração as modificações que ocorrem nos indivíduos sobre os quais a pena opera ou produz sua ameaça. Embora a pena permaneça a mesma, é possível que a sensibilidade a respeito dela possa variar, conduzindo, dessa forma, a produção de efeitos distintos aos que são almejados. Bloqueios cerebrais dos encarcerados podem debilitar a efetividade da ameaça penal e podem até mesmo fazê-la desaparecer. As elevadas taxas de reincidência podem não só indicar a ineficiência da prisão, como também podem refletir as transformações dos valores produzidos na sociedade (BITENCOURT, 1991).

O encarceramento também é capaz de produzir um efeito negativo sobre o conceito que a pessoa tem de si mesma. Os efeitos negativos que a prisão produz na autoimagem do indivíduo podem ser atribuídos a muitas causas, sendo uma das principais o fato de que numa instituição total é produzido um sentimento de esterilidade absoluta, originada da desconexão social resultante da reclusão, bem como a impotência para poder adquirir, dentro da instituição, benefícios que posteriormente sejam transferíveis à vida na sociedade externa, como ganhos financeiros e relações matrimoniais. Também contribui ao fortalecimento dessa sensação de esterilidade o fato de que nas instituições totais existe uma tendência de converter o internado em um mero sujeito de necessidades, anulando toda sua capacidade de iniciativa e submetendo-o a uma estrita classificação e ordem disciplinar (BITENCOURT, 1991).

Segundo Bitencourt (1991), a prisão possui efeito criminógeno, pois, em vez de frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em um instrumento que oportuniza qualquer tipo de desumanidade. O cárcere não é capaz de trazer nenhum benefício ao apenado, pelo contrário, possibilita ao mesmo adquirir vícios e degradações. Portanto, a maioria dos fatores presentes na vida carcerária fazem com que esta tenha um caráter criminógeno. Esses fatores podem ser classificados em materiais, psicológicos e sociais.

Nas prisões clássicas existem condições que podem exercer efeitos negativos sobre a saúde dos detentos, as deficiências de alojamento e de alimentação facilitam o desenvolvimento de doenças como a tuberculose. As más condições de higiene, originadas

pela falta de ar, umidade e odores, contribuem igualmente para deteriorar a saúde dos internos. Mesmo nas prisões mais modernas dos países desenvolvidos, onde as instalações são melhores e não são produzidos graves riscos à saúde dos detentos, podem ser causados danos à condição física dos presos, uma vez que normalmente não há uma distribuição adequada do tempo dedicado ao lazer, ao trabalho e ao exercício físico (BITENCOURT, 1991).

A prisão, com sua disciplina, cria uma delinquência capaz de desenvolver nos reclusos suas tendências criminais. Sob o ponto de vista social, a vida em uma instituição total facilita o surgimento de uma consciência coletiva, que, no caso do sistema prisional, põe a estruturação definitiva do amadurecimento criminoso. A aprendizagem do crime e a formação de associações delitivas são consequências do ambiente penitenciário (BITENCOURT, 1991).

Além do mais, a segregação de um indivíduo de seu meio social ocasiona uma desadaptação tão intensa que dificulta sua reinserção social, principalmente nos casos de uma pena superior a dois anos. A segregação sofrida pode ser um fator decisivo na definitiva incorporação do sujeito ao mundo do crime. Com o ritmo que se desenvolve a vida na modernidade, em que as transformações se produzem com uma incrível rapidez, é muito provável que a prisão se torne cada vez mais criminógena (BITENCOURT, 1991).

Um homem, p. ex., que no início do século fosse condenado a cinco anos de prisão, talvez, diante das condições da época, pudesse ser mais facilmente incorporado ao trabalho e à vida social; porém, na atualidade, cinco anos podem significar uma segregação muito prolongada, que provavelmente impedirá a ressocialização do delinquente. [...] na sociedade moderna a imposição de uma pena de cinco anos a uma pessoa pode ter efeitos tão negativos em termos ressocializadores quanto os que existiam quando se impunha uma pena de 20 anos, na primeira metade do século (BITENCOURT, 1991, p. 249).

O cárcere, em sua natureza fundamental, é uma instituição total. Toda instituição absorve parte do tempo e do interesse de seus membros, proporcionando, de certa forma, um mundo particular, com tendência absorvente. Quando esta é exacerbada, se originam as chamadas instituições totais, como é o caso da prisão. Essa tendência totalizadora é representada pelos obstáculos que se opõem à interação social com o mundo exterior e ao êxodo de seus membros que, geralmente, adquirem forma material, através, por exemplo, portas fechadas e muros aramados (BITENCOURT, 1991).

A prisão se configura como uma espécie de instituição total organizada para proteger a sociedade contra aqueles que representam intencionalmente um perigo para a mesma, e não apresenta, como finalidade imediata, o bem-estar dos internos. O fato de que as prisões têm

como finalidade principal a proteção da sociedade sugere profundas contradições em relação ao objetivo ressocializador que é atribuído à pena privativa de liberdade. Esse tipo de instituição total possui características específicas: todos os aspectos da vida se desenvolvem no mesmo local e sob o comando de uma única autoridade; todas as atividades diárias são realizadas na companhia imediata de outras pessoas, tratadas igualmente; todas as atividades cotidianas são estritamente programadas, impondo uma sequência rotineira das mesmas através de normas formais explícitas e de um corpo de funcionários; as diversas tarefas obrigatórias encontram-se integradas em um só plano racional, cujos propósitos são conseguir as próprias finalidades da instituição (BITENCOURT, 1991).

Na instituição total, o interno é transformado em um sujeito completamente passivo, todas as suas necessidades pessoais dependem da instituição. O detento pode adaptar-se a essa passividade, encontrando equilíbrio ou gratificação psicológica em seu exercício. A passividade do interno, convertida em pautas normais de comportamento, é o resultado natural que a instituição produz. Mais uma razão que demonstra a impossibilidade da ressocialização do delinquente. A prisão produz o detento uma série de depressões, degradações, humilhações e profanações do ego. A barreira construída pelo cárcere entre o interno e a sociedade exterior representa a segregação e exclusão do preso. Desde o momento em que o sujeito é separado da sociedade, está também despojada a função que nela cumpria. Posteriormente o detento é submetido aos procedimentos de admissão, onde é manuseado, classificado e estigmatizado, é classificado como um objeto para ser introduzido na burocracia administrativa da instituição prisional. Esse procedimento leva a uma despersonalização e depreciação do ego (BITENCOURT, 1991).

A prisão viola e anula totalmente a intimidade do indivíduo, invade o universo íntimo do recluso, seja de caráter psíquico, pessoal ou de qualquer natureza, desde que possa significar algum descrédito. A intimidade é anulada pela falta de privacidade com que se desenvolve a vida no cárcere, o interno nunca está só, tem que se manter obrigatoriamente na companhia de pessoas que nem sempre possui uma boa relação. A obrigatoriedade de estar permanentemente com outras pessoas pode ser tão frustrante e angustiante quanto o isolamento permanente. Esse desrespeito à intimidade do sujeito é visto até mesmo em locais reservados às satisfações fisiológicas, como dormitórios coletivos e latrinas abertas (BITENCOURT, 1991).

O sistema carcerário torna praticamente impossível a ressocialização do condenado, visto que o recluso é submetido a um processo de desculturalização, ou seja, a perda da capacidade para adquirir hábitos exigidos na sociedade externa (BITENCOURT, 1991). Todos os aspectos negativos apontados em relação à instituição prisional demonstram que esta é um instrumento inadequado para a obtenção de algum efeito positivo sobre o recluso, reforçando a ideia de que a prisão, como resposta penalógica, encontra-se efetivamente em crise.

### 3.3 O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: BREVE RESUMO HISTÓRICO

As instituições penais no Brasil colonial existiam para punir, vigiar e isolar. Após a chegada da família real portuguesa, em 1808, e a subsequente independência, reformas trouxeram ideias liberais sobre o processo penal legal e o império da lei para o sistema de justiça criminal do país, procurando abolir certos tipos de punições consideradas bárbaras e retrógradas. Foi criado um novo código criminal, e a legislação acabou por limitar o poder arbitrário da polícia, em uma tentativa de implementação de uma nova concepção de punição estatal que tinha por objetivo final a reintegração do detento recuperado à sociedade (MAIA, 2006).

A justiça criminal, a partir de 1830, passou a reger-se conforme o disposto no Código Criminal do Império (primeiro código adotado pelo Brasil). No entanto, a adoção deste código não implicou o imediato abandono às penas corporais, uma vez que tal diploma não fazia referência à totalidade da população brasileira, mas sim a uma parte dela, pois excluía de seu âmbito os escravos. Como parte desta tentativa pós-colonial de modernizar o sistema de Justiça criminal, o governo mandou construir a Casa de Correção na capital do Império, no Rio de Janeiro, em 1834. A Casa de Correção do Rio de Janeiro foi inspirada nos estabelecimentos carcerários dos EUA e baseada nos modelos e recomendações publicados na Inglaterra, e é considerada o primeiro verdadeiro complexo penitenciário da América Latina. Refletindo a mudança doutrinal de um modelo prisional estritamente punitivo que visava a regeneração por meio do trabalho árduo, a Casa de Correção foi concebida para acomodar detentos sentenciados à prisão com trabalho (MAIA, 2006).

Em 1856, a Casa de Detenção, com capacidade para 160 detentos, foi construída a partir de uma parte do andar térreo da Casa de Correção. Uma lei de 1888 afirmava que a Casa de

Detenção deveria abrigar somente criminosos que estivessem cumprindo sentenças de prisão simples, em contraste com a Casa de Correção, que continha exclusivamente aqueles condenados à servidão penal ou prisão com trabalho. Os nomes destas duas instituições resumem seus respectivos propósitos: uma desejava corrigir e a outra simplesmente deter. A Casa de Detenção, além de misturar prisioneiros acusados de uma enorme variedade de crimes, reunia escravos e homens livres, o que a transformava em uma instituição penal peculiar (MAIA, 2006).

Uma preocupação emergente com pequenos crimes, marcou a transição do Império para a República. Apenas alguns meses após a queda da monarquia, os poderes executivo e judiciário do novo governo republicano já discutiam a divisão das infrações da Lei Penal em crimes e contravenções no campo da teoria jurídica e no da prática policial. Diferentemente do Código Criminal de 1830, o Código Penal de 1890 continha um grupo de infrações descritas explicitamente como contravenções. A Casa de Detenção era um monumento vivo dessa imprecisão jurídica em relação aos pequenos crimes. Os dados estatísticos da época mostravam que a prisão abrigava mais indivíduos condenados por contravenções, como embriaguez, vadiagem e comportamento desordeiro, do que por qualquer infração mais séria (MAIA, 2006).

A Casa de Detenção nunca foi oficialmente destinada a intervir de forma terapêutica no tratamento da criminalidade. Funcionava, antes de tudo, como uma solução de caráter pragmático e logístico. Na realidade, desempenhava um papel negativo: a instituição devia evitar que os detentos se aprofundassem ainda mais no crime. De acordo com o pensamento da época, era fundamental para o cumprimento desta função que se diferenciavam os criminosos, a fim de atenuar os perigos que o contato entre várias classes de prisioneiros acarretava (MAIA, 2006).

A experiência de internamento e as interações com outros presos, diz-se com frequência, educam um detento para a inconformidade com a lei e novos tipos de comportamento antissocial. A comparação entre uma instituição de punição e outra de educação apresenta uma grande ironia e constitui uma alegoria da falência espetacular de uma instituição nascida de um otimista, até mesmo inocente e imprevidente (ou, como muitos alegam, nefasto), momento reformista do século XIX (MAIA, 2006, p. 15)

A retórica oficial do fim do século XIX e início do século XX, no Brasil, reproduzia a ideia de que as patologias sociais resultavam da falta de educação e que as prisões ensinavam

comportamentos criminosos. A mistura de pessoas detidas por diferentes razões na Casa de Detenção reproduzia criminalidade. O detento novato que entrava em contato com um criminoso reincidente era considerado como degenerado pelo vício. Os governantes e cidadãos acreditavam que esta instituição era necessária, mas aparentemente impossível de ser gerenciada, e que havia assumido o papel de formar novos criminosos, papel que, com efeito, contrariava o impulso reformador do século XIX que visava à reeducação e à reinserção social. Oficiais de justiça acreditavam que esta instituição necessária, mas aparentemente impossível de ser gerenciada, havia assumido o papel de “formar novos criminosos”, um papel que, com efeito, contrariava o impulso reformador do século XIX que visava à reeducação dos criminosos (MAIA, 2006).

As penitenciárias no Brasil, durante a segunda metade do século XIX, eram encontradas em pequena escala e serviam ao mero propósito de alocar suspeitos e condenados. Por causa do reduzido número de prisões existentes à época, bem como a precariedade das instalações penitenciárias, afigurou-se a necessidade de realocar parte do contingente prisional, o qual passou a integrar o Exército nacional. O Exército passou a funcionar como uma instituição penal, convertendo-se no principal instrumento punitivo para delinquentes no Brasil durante a segunda metade do século XIX (MAIA, 2006).

Em relação às condições de vida nos estabelecimentos prisionais, existia uma diferença entre as prisões destinadas a homens e aquelas que abrigavam mulheres: na primeira, questões como a superlotação, a alimentação deficiente, as instalações lúgubres e a violência eram fortemente presentes; na segunda, tais aspectos (especialmente, os maus tratos e abusos físicos) eram igualmente experimentados, mas de forma mais branda (MAIA, 2006).

A educação dos presos, de uma maneira geral, ao mesmo tempo que era vista pelas autoridades competentes como uma forma de recuperar e reabilitar o indivíduo, não tinha um adequado incentivo do governo, que, diante dos gastos a serem efetuados, abandonava o projeto. Essa ausência de incentivo por parte do governo era resultado da indecisão a respeito do que deveria ser a Casa de Detenção, se apenas mais um depósito de criminosos ou uma casa correcional (MAIA, 2006).

Em 1890, após a Proclamação da Independência e a abolição da escravidão, foi criado um novo Código Penal. O novo Código trazia outras medidas privativas de liberdade individual, embora de aplicação mais restrita: reclusão, para crimes políticos, em fortalezas, praças de guerra ou presídios militares; prisão disciplinar, para menores delinquentes de até

21 anos, em estabelecimentos industriais; e prisão com trabalho, para vadios e capoeiras, bailarinos da rasteira e do berimbau, em penitenciárias agrícolas. O conjunto de sanções também abrangia o banimento, a interdição, a suspensão, a perda do emprego público e multa, sendo abolidas formalmente as penas de morte e prisão perpétua (DOTTI, 1998).

Em 1940, entrou em vigor um novo Código Penal, por meio do Decreto-lei nº. 2.848, de 7 de dezembro, que efetivamente incorporou um direito punitivo democrático e liberal, considerando a pena privativa de liberdade como pena principal, figurando as penas de reclusão e detenção para os crimes, a prisão simples para as contravenções penais, e as medidas de segurança para os incapazes (TELES, 2004).

Na década de 1980, ocorreram inúmeros problemas no sistema penitenciário, decorrentes de uma superpopulação carcerária resultante da grande quantidade de mandatos de prisão, sendo que muitos nem puderam ser cumpridos pela impossibilidade de formar um novo contingente carcerário. Devido a essas circunstâncias, em 1984 a parte geral do Código Penal, que trata sobre princípios, foi reformada, consolidando um novo sistema de cumprimento de penas, como a possibilidade de regressão e progressão de regimes e de penas alternativas como a prestação de serviço à comunidade. No mesmo ano, foi editada a Lei nº. 7.210/84, a Lei das Execuções Penais, que reformulou amplamente a execução penal (TELES, 2004).

Atualmente, o sistema carcerário brasileiro ainda não é capaz de cumprir a função ressocializadora e reeducadora inicialmente proposta, pelo contrário, a violação de direitos dos presos e as condições precárias e degradantes a que são submetidos se fazem cada vez mais presentes na realidade prisional brasileira. As prisões no Brasil não atenderam as exigências mínimas da Lei das Execuções Penais, violando até mesmo garantias constitucionais.

#### 4 VIOLAÇÃO DE DIREITOS DOS PRESOS

É antiga a ideia de que os presos não têm nenhum direito, aquele que é condenado é visto pela comunidade como merecedor de todo sofrimento que a pena causa, é objeto da máxima reprovação da coletividade, que exclui o apenado de toda a proteção do ordenamento jurídico que o mesmo violou. A mentalidade da maior parte da sociedade é a de que aquele que comete um crime, que desrespeita as normas existentes, deve, além de ser punido de acordo com a lei, sofrer com essa punição, o que é demonstrado através da rasa preocupação dos cidadãos com o cenário atual do sistema carcerário brasileiro.

O cárcere surgiu como instrumento de controle da pessoa do preso, permitindo vigilância absoluta e exigindo completa disciplina. Com a afirmação de seus fins humanitários e ressocializadores, supõe-se que seja possível, através dele, castigar o delinquente, neutralizando-o através de um sistema de segurança, e, ao mesmo tempo, reeducá-lo e reabilitá-lo, através de um tratamento (FOUCAULT, 1987). A experiência de dois séculos da existência da pena de prisão certamente não foi animadora ou precursora.

Conforme Bitencourt (2017), a pena privativa de liberdade atingiu seu apogeu na segunda metade do século XIX, mas começou a enfrentar sua decadência antes do término do mesmo século. Iniciou-se um grande questionamento em relação a esse tipo de penalidade, que não atingia suas finalidades declaradas, pois em vez de recuperar o delinquente, estimulava sua reincidência. No Brasil, como em outros países, a prisão corrompe, desmoraliza, denigre, violenta, embrutece, estigmatiza, segrega e separa o sujeito condenado.

Existe a suposição que por meio do tratamento penitenciário, entendido teoricamente como um conjunto de atividades dirigidas à educação e à reinserção social dos apenados, o preso se tornará uma pessoa respeitadora do ordenamento jurídico vigente. Para Bitencourt (2004), a reabilitação no estabelecimento prisional deveria ser progressiva e planejada, pois, o encarceramento puro e meramente punitivo, sem atenção ao efeito da degradação psicológica do indivíduo, não é capaz de atender ao interesse social ou respeitar os direitos individuais dos detentos.

O sistema carcerário é capaz de causar efeitos negativos na personalidade humana, visto que a prisão possui um sistema próprio de interação social e de poder, constituindo uma subcultura deformada. O preso, quando perde a liberdade, perde também seu status formal, ou

seja, sua identidade social, assim como as possibilidades de escolha entre alternativas de comportamento, a propriedade privada de certos bens, a possibilidade de ter relações sexuais adequadas, e uma série de outras características presentes no comportamento habitual do ser humano. Não se trata somente da perda da liberdade, mas de uma sujeição completa a uma estrutura de controle autoritária, que reduz por completo a capacidade de autodeterminação do sujeito (FRAGOSO, 1980).

O sujeito, ao passar a viver dentro de uma instituição total, perde muito mais que sua liberdade. O encarceramento obriga o detento a se sujeitar ao controle e às regras disciplinantes estabelecidas, o que prejudica sua autonomia, sua capacidade de autodeterminação, sua individualidade, sua integridade física e psíquica, e até mesmo o desenvolvimento de sua personalidade. Dessa forma, a perda da liberdade passa a ser coadjuvante no processo do encarceramento, diante de todas as demais violações de direitos.

#### 4.1 O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

Segundo Bitencourt (2017), ideias alternativas à prisão surgiram nos chamados Congressos Penitenciários Europeus, realizados ainda no século XIX. Já no início do século XX, essas ideias progressistas se espalharam pelo continente europeu. Uma das primeiras alternativas ao cárcere surgiu na Rússia, 1926, na qual a pena de privativa de liberdade poderia ser substituída pela prestação de serviços à comunidade. No final do século XX, em 1972, a Inglaterra adotou essa penalidade, que é, até hoje, a mais bem sucedida alternativa à pena de prisão.

Essa progressista orientação político-criminal, entretanto, não incentivou o legislador penal brasileiro de 1940, já que nosso primeiro Código Penal não previa nenhuma alternativa à pena privativa de liberdade, a despeito da importância desse movimento que se estendeu por toda a Europa democrática. A justificativa para essa opção político-criminal, do legislador brasileiro, deve-se ao fato de que o nosso Código Penal de 1940 inspirou-se no italiano intitulado Rocco, de 1930, de caráter nitidamente fascista (BITENCOURT, 2017).

Segundo Tavares (2015), desde o Código Penal de 1940, o Brasil optou pela adoção de uma teoria mista da pena, ora seguindo o viés retribucionista, ora os preceitos da prevenção,

enunciados pelo positivismo. O legislador que alterou a Parte Geral do código, em 1984, também estava orientado por essa postura, ao afirmar, no artigo 59, que a pena deveria ser individualizada, conforme fosse necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do delito. Entretanto, apesar de o artigo expressar essa antiga tendência, uma visão geral e completa da Parte Geral e do ordenamento jurídico indica a adoção de uma teoria dialético-unificadora da pena, ou seja, no momento da cominação (ameaça), predomina um caráter preventivo-geral; no momento da aplicação (individualização), surge o caráter preventivo especial positivo e negativo; no momento da execução da pena, destaca-se a função preventiva especial positiva.

Essa conclusão é reforçada pela análise do diploma inspirador do Código Penal Brasileiro, a norma do artigo 59 tem seus antecedentes no Projeto Alternativo Alemão, de 1966, que expressava que “a pena deveria ser aplicada de modo a servir para a proteção de bem jurídico e para a reinserção do autor na comunidade jurídica (TAVARES, 2015, p. 10)”. Para o projeto alemão, a finalidade da pena era utilitária, apta à proteção do bem jurídico e de conduzir o condenado a uma condição que o permita conviver na comunidade jurídica. No entanto, de acordo com o projeto, a pena não poderia, em qualquer caso, superar os limites da culpabilidade. Isso significa que o Estado não pode atuar desmedidamente, em relação à definição de condutas e à cominação de sanções ou aos projetos de ressocialização, no controle do crime e em sua prevenção, seja ela geral ou especial. Existe, portanto, um limite para a ressocialização, que é imposto pela escala da culpabilidade (TAVARES, 2015).

O artigo 59 do Código Penal Brasileiro pode ser interpretado conforme a Constituição, já que, ao afirmar, em termos de gradação, que a pena deve ser aplicada considerando a culpabilidade do sujeito, já indica o caminho para sua própria limitação: a pena não pode ultrapassar os limites da culpabilidade. A Constituição, em seu artigo 3º, inciso IV, estabelece como objetivo da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Essa finalidade visa alcançar não somente os indivíduos não condenados pelo sistema penal, mas também aos que respondem processos penais, aos que foram condenados e aos que estiverem cumprindo pena. Nesse sentido, a perda ou restrição da liberdade do sujeito não pode resultar na sua eliminação como pessoa de direitos, que deve receber a proteção do Estado como todos os demais indivíduos (TAVARES, 2015).

A pena, a fim de compatibilizar os termos do artigo 59 do Código Penal com os preceitos constitucionais, deve ser orientada em função do critério de proporcionalidade, e

não de uma retribuição moral. Por isso, é importante reconstruir o próprio modelo de culpabilidade e se sua relação com a medida da pena. Na concepção da teoria do delito, a culpabilidade não pode estar desvinculada do fato injusto, sendo essa vinculação uma consequência do princípio da legalidade. O juiz, ao aplicar a pena, não pode criar por conta própria as condições e o conteúdo da culpabilidade, que extrai seu conteúdo do que a lei expressamente estabeleça (TAVARES, 2015).

Norteia-se, assim, inicialmente, pela exclusão da imputabilidade (art. 26, CP) ou do conhecimento do ilícito (arts. 20, § 1º, e 21, CP), pelos motivos de exculpação legalmente previstos (coação irresistível e obediência hierárquica) ou decorrentes da ordem jurídica (excesso escusável de legítima defesa, estado de necessidade exculpante, colisão exculpante de deveres e inexigibilidade de outra conduta) e se delimita pelo conteúdo do injusto. [...] O juiz não pode criar parâmetros de medida da culpabilidade sem atender ao conteúdo do injusto, que, por sua vez, está amparado na respectiva definição do delito e seus elementos (TAVARES, 2015, 12).

Dessa forma, se a culpabilidade constitui o limite máximo da pena, os demais elementos referidos no artigo 59 não podem aumentar a pena além desse limite, exceto nos casos expressos em lei. Os propósitos preventivos, portanto, não podem levar em consideração, por exemplo, a conduta do réu para causar um aumento da sanção, uma vez que extrapolaria os limites do injusto, impostos pelo princípio da legalidade; violaria os termos do artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, pois, avaliando o sujeito pelas suas condições de existência, representaria uma discriminação (TAVARES, 2015).

Essas garantias do condenado correspondem à proteção do direito das pessoas privadas de liberdade, tutelado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que entrou em vigor em julho de 1978 e atualmente vincula os Estados membros da Organização dos Estados Americanos, a OEA, da qual o Brasil faz parte (TAVARES, 2015). A Convenção busca consolidar no continente americano, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos essenciais, reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana necessitam de uma proteção internacional, além da que o direito interno dos Estados americanos oferece. Esses princípios foram consagrados na Carta das Organizações dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos dos Homens, e ainda foram reafirmados e desenvolvidos

em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional (MAZZUOLI, 2007).

Além do Pacto de São José da Costa Rica, o Brasil assinou, em 1984, a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que considera, de acordo com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, que o reconhecimento de direitos iguais e inalienáveis de todos os seres humanos é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Ademais, esta Convenção afirma que esses direitos emanam da dignidade inerente à pessoa humana, e que é obrigação dos Estados promover o respeito universal e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. O Brasil também faz parte da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985, a qual reafirma que todo ato de tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes constituem uma ofensa à dignidade humana e uma negação dos princípios expressos na Carta da Organização dos Estados Americanos e na Carta das Nações Unidas, e são violatórios dos direitos humanos e das liberdades fundamentais proclamadas na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem (MAZZUOLI, 2007).

O item 5.6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos destaca que a reforma e a readaptação dos condenados, como finalidade essencial das penas privativas de liberdade, são garantias da segurança dos cidadãos e direitos dos presos. Assim, pelo menos normativamente, a prevenção especial positiva deve ser o ponto de partida para a avaliação do sistema carcerário brasileiro, conforme Tavares (2015). O Subcomitê para a Prevenção da Tortura e Outros Tratos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da Organização das Nações Unidas afirmou que “é objetivo da execução penal propiciar as condições (sejam elas educativas, religiosas, materiais, sociais) mínimas para que os condenados se reintegrem harmoniosamente à sociedade, de forma a se evitar a reiteração da prática criminosa (TAVARES, 2015, p. 14)”.

O cárcere, como já apontado anteriormente, é uma instituição total, estabelecimento no qual existe o controle sobre a maior parte da vida das pessoas que lá se encontram. Esse domínio representa, segundo os princípios constitucionais de proteção à pessoa e das diretrizes internacionais de reforma e ressocialização dos apenados, a obrigação do Estado cuidar a integridade física, moral e psíquica dos detentos, bem como de seus visitantes. Isso significa que existe o reconhecimento de que as pessoas encarceradas se encontram em uma

posição de total vulnerabilidade, e, por isso, devem receber zelo e atenção do estatal, para confrontar a norma incriminadora com os preceitos de garantia individual.

Considerando os direitos sociais da educação, da saúde, da alimentação, do trabalho, da moradia, do lazer, presentes no artigo 6<sup>a</sup> da Constituição Federal; os direitos individuais e coletivos, como o direito à intimidade e à honra expressos no artigo 5<sup>a</sup>, inciso X, da Constituição; o atendimento inexorável à dignidade da pessoa humana, exposto no artigo 1<sup>a</sup>, inciso II, da Constituição; e as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e do Subcomitê para a Prevenção da Tortura e de outros Tratos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU, é necessário concluir que um pressuposto fundamental para a efetivação dos objetivos ressocializadores da pena reside na configuração de um ambiente carcerário que não viole os direitos humanos e fundamentais dos detentos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos constatou que as principais situações de risco para a vida dos encarcerados consistem na violência entre os internos. Segundo um documento de autoria ONU denominado Informe sobre la visita al Brasil del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (2012), o Subcomitê para a Prevenção da Tortura e de Outros Tratos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU registrou a ocorrência de inúmeros casos de maus-tratos, humilhações, insultos, sanções arbitrárias, espancamentos e privações de água e comida em diversos estabelecimentos penitenciários, que aconteciam como forma de castigo ou punição. O Subcomitê, inclusive, ressaltou aceitação e tolerância da magistratura brasileira em relação às práticas de tortura e maus-tratos nas prisões do país. Remendou, ainda, que os juízes passem a notificar imediatamente o Ministério Público para que este possa abrir investigações sobre os casos de tortura nos estabelecimentos prisionais (TAVARES, 2015).

A magistratura brasileira não é simples coadjuvante no processo de sistemática violação aos direitos fundamentais dos presos, senão seu elemento propulsor à medida que contribui ativamente para um projeto de ampla encarcerização – acionando voluntariamente a ordem jurídica vigente para estender, por via interpretativa, a aplicação de penas privativas de liberdade e de prisões cautelares –, ao mesmo tempo em que consente, ainda que por omissão, a ofensa, por parte do Estado, aos direitos mais básicos dos presos. Cabe ao órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, exigir da magistratura o cumprimento das recomendações do Subcomitê da ONU, de modo a eliminar a constante violação dos direitos fundamentais da população carcerária, aí incluídos também os presos provisórios (TAVARES, 2015, p.19)

É evidente que existe um certo consentimento por parte da população e até mesmo dos órgãos do Poder Judiciário em relação à situação degradante à qual os presos são submetidos em grande parte dos presídios existentes, aceitação que é resultado de uma mentalidade impregnada nos indivíduos de que o apenado é merecedor de todo esse sofrimento, por causa da sua violação ao ordenamento jurídico. Ademais, segundo Bitencourt (2017), o Poder Público, incluindo o Supremo Tribunal Federal, faz um discurso reformador e humanizador do sistema carcerário, mas, na prática, adota uma política inversa, restringindo e dificultando o uso de *habeas corpus*, ampliando a utilização da prisão provisória (antes do trânsito em julgado), aumentando o encarceramento de pessoas que não necessitam da prisão, o que contribui diretamente para o agravamento da crise do sistema penitenciário brasileiro.

Nosso sistema carcerário em um histórico trágico por si só, com condutas desumanas em relação aos presos, presos em excesso nas celas, apenados dormindo amarrados na parede por causa da falta de espaço físico para se deitarem, encarceramento de mulheres com homens. Esse caos piorou com a determinação do Supremo Tribunal Federal de que todos os condenados em segundo grau devem ser direcionados à prisão, independentemente de ser avaliada sua necessidade (BITENCOURT, 2017).

Essas políticas têm como consequência a presença de mais de cinquenta por cento presos provisórios, ou seja, indivíduos sem condenação definitiva, e mais de noventa e cinco por cento dessa população carcerária é clientela das Defensorias Públicas, representando, portanto, uma classe mais humilde. É esse mesmo percentual, principalmente formado por pobres e negros, que chega aos tribunais superiores (BITENCOURT, 2017).

Tavares (2015) afirma que a maior parte dos estabelecimentos penitenciários brasileiros, de acordo com inspeções realizadas pelo Ministério Público, não possui condições adequadas para tratar a saúde dos detentos. Segundo dados coletados pelo Ministério Público, 55% dos presídios não apresentam farmácias ou enfermeiras à disposição dos presos, 76% dos estabelecimentos não possuem procedimentos específicos para troca de roupas de cama e banho e uniforme em razão de doenças dos presidiários. Ademais, 66% assumiram não prestar assistência médica adequada às presas gestantes.

A pena de prisão, obviamente, implica na retirada de determinados direitos correlatos à privação da liberdade, como o direito de morar em sua casa própria. No entanto, isso não pode fazer com que os presos vivam em péssimas condições habitacionais, prejudicando seu desenvolvimento pessoal, como a inobservância de condições mínimas de sobrevivência

digna, como a higiene, ventilação, iluminação e temperatura adequada (TAVARES,2015). A ONU afirmou serem as condições sanitárias dos cárceres brasileiros inspecionados profundamente deficientes. Segundo o Informe sobre la visita al Brasil del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (2012), o Subcomité para a Prevenção de Tortura e Outros Tratos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU constatou que os internos do Centro Ary Franco, no Rio de Janeiro, costumavam passar até três semanas encerrados em celas pouco iluminadas, sujas e mal ventiladas, durante o dia todo, sem a necessária hora diária no pátio para a prática de atividades físicas.

No sistema carcerário brasileiro, existe uma superlotação e as separações entre os internos é praticamente inexistente. Conforme afirmado pela ONU, no mesmo documento, deve ser respeitada uma metragem por metro quadrado mínima para cada detento, o que, segundo pesquisas realizadas pelo Subcomité, não foi observado em diversos estabelecimentos. O Subcomité considerou que as condições sob as quais os detentos estão submetidos representam uma forma de maus tratos, e que o Estado deve tomar medidas que evitem essas situações. Ressalta a ONU que o problema da superlotação está associado à falta de privacidade dos internos, ao realizarem tarefas básicas de higiene, e às péssimas condições de salubridade das celas (TAVARES, 2015).

Como já mencionado, o Código Penal Brasileiro adotou um misto de duas teorias, a teoria da prevenção especial negativa e a positiva. Em relação à primeira delas, é possível chegar a duas conclusões: em relação ao ambiente carcerário, a pena privativa de liberdade tem sua eficácia neutralizadora relativizada, visto que a reiterada ocorrência de delitos violentos dentro da prisão demonstra a ineficiência do projeto preventivo especial. Em relação ao ambiente externo ao estabelecimento prisional, convém observar que os efeitos do encarceramento não podem ser levados em conta apenas no que toca à estrita conduta do indivíduo encarcerado. O encarceramento produz consequências no âmbito social, os quais podem corresponder à prática de outros delitos pelo próprio detendo ou por pessoas próximas a ele, ainda que fora da prisão (TAVARES, 2015).

O problema do tráfico de drogas, para o consumo dos presos, por exemplo, demonstra a ineficácia da finalidade preventiva atribuída à pena, na medida em que os familiares do condenado frequentemente são utilizados como mecanismo para a introdução de drogas e outros objetos ilícitos à prisão. Nessa perspectiva, é importante destacar que o aumento de

mulheres condenadas por tráfico de drogas no Brasil está diretamente relacionado a esse mecanismo do consumo por parte daqueles que já estão presos (TAVARES, 2015).

Segundo uma matéria da Carta Capital, escrita em dezembro de 2017, o encarceramento de mulheres, no Brasil, vem crescendo em torno de 10,7% ao mês, as brasileiras compõem a quarta maior população feminina encarcerada do mundo. O crime cometido por 62% delas é o tráfico de drogas, mas exercendo, em sua maioria, atividades menores, como o transporte de drogas. Somente 7% das unidades prisionais do país são destinadas à mulheres. As demandas das mulheres privadas de liberdade são específicas, a maternidade, a perda financeira, o uso de drogas, a violência e o abandono familiar agravam ainda mais a situação das mesmas. O envolvimento com o crime e a forma com que estabelecem vínculos familiares são, em geral, muito diferentes da realidade dos homens privados de liberdade. De maneira geral, as mulheres presas hoje no Brasil faziam transporte ou comerciavam pequenas quantidades de drogas, na maioria das vezes para os seus parceiros já encarcerados.

Quanto à teoria de prevenção especial positiva, é possível concluir que o sistema prisional brasileiro não apresenta as condições mínimas para atingir o objetivo de ressocialização, reeducação ou reinserção social do condenado. A Corte constitucional italiana afirmou que um tratamento penal inspirado em critérios de humanidade é um pressuposto essencial para uma ação reeducativa do condenado. Ainda, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos considerou a existência de sérias deficiências estruturais nas prisões que afetam gravemente os direitos humanos, como o direito à vida e à integridade dos reclusos. Essas violações aos direitos dos presos impedem que as penas privativas de liberdade cumpram com a finalidade essencial que a Convenção Americana estabelece: a reforma e a readaptação social dos condenados (TAVARES, 2015).

No Informe sobre la visita al Brasil del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (2012), o subcomité para Prevenção da Tortura e de Outros Tratos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU concluiu que as garantias fundamentais estabelecidas em um nível jurídico e normativo não são respeitadas ou aplicadas nos centros prisionais brasileiros. O Subcomité constatou que o ordenamento jurídico do país é amplamente adequado para prevenir a tortura, no entanto, isso não é demonstrado na prática, sendo a proteção aos direitos fundamentais e humanos dos presos totalmente insatisfatória e ineficiente.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos possui um entendimento de que a pena de prisão, quando respeita um mínimo de civilidade e humanidade, pode, eventualmente, ser capaz de reinserir o condenado na sociedade e orientar o mesmo como deve se comportar e conviver com os outros indivíduos. O Tribunal de Apelação italiano afirmou que a pena executada em condição desumana e degradante não pode cumprir sua finalidade reeducativa e ressocializadora, já que a restrição em espaços mínimos é capaz de invalidar o indivíduo (TAVARES, 2015).

Em relação à finalidade de readaptação social atribuída à pena de prisão, esta deve ter natureza humanitária, que a Constituição Federal exige por meio da vedação de tratamentos desumanos ou degradantes em seu artigo 5º, inciso III. Essa cláusula deve valer em todos os momentos do monopólio da força pelo Estado, em sede cautelar e em sede de execução penal. A relação de causalidade entre a pena humanitária e o cumprimento de sua finalidade de reinserção social do detento não é comprovada empiricamente, no entanto, é evidente que, o respeito à dignidade e à integridade do condenado requer a existência das condições básicas de privacidade, higiene, integridade física e segurança (TAVARES, 2015).

É necessário mencionar também o impacto do cumprimento da pena na questão da segurança pública. Na realidade, não existe uma criminalidade, como entidade ontológica, como resultado quantitativo e qualitativo de infrações penais cometidas na sociedade. A criminalidade é um dado fictício, que serve para justificar a imposição das penas privativas de liberdade. A segurança da sociedade, nessa perspectiva, não depende da atribuição da responsabilidade penal a determinados indivíduos, mas sim da atuação estatal, na seleção de condutas criminosas e no enfrentamento do aumento desmedido do encarceramento por força da ampliação do processo criminalizador. Quanto mais o Estado aumenta o número de fatos que devem ser submetidos à esfera penal, mais a segurança pública é debilitada, pela sua incapacidade de conter as infrações. Portanto, não é possível afirmar que a prisão aumente a segurança pública, pois, com o crescente encarceramento, o cárcere acaba por se tornar um depósito de presos, sem qualquer perspectiva de reintegração social (TAVARES, 2015).

O sistema carcerário, além de não apresentar as condições mínimas para a concretização de seu objetivo ressocializador previsto nas normas nacionais e internacionais, apresenta uma atuação reformadora e estigmatizante no condenado, que, na maioria das vezes, sai da cadeia com um comportamento ainda mais violento do que quando entrou, o que não contribui para a questão da segurança pública. O cárcere, quando não recebe a devida atenção e os recursos

necessários, se converte em um meio criminógeno e de comportamentos violentos e antissociais, propiciando a reincidência em vez da reabilitação.

É preciso compreender a situação de total incivilidade jurídica e desumanidade do sistema carcerário brasileiro, e que a ideia de reeducar os condenados através da pena privativa de liberdade é completamente ilusória no Brasil. O preso, ao ser submetido às condições degradantes do cárcere, acaba por se tornar ainda mais violento. Dessa forma, é possível concluir que o encarceramento no Brasil, considerando sua configuração, contribui para o aumento da prática delitiva e, conseqüentemente, impacta de forma negativa na segurança pública.

#### 4.2 A LUTA DOS DIREITOS DOS PRESOS SOB PONTO DE VISTA INTERNACIONAL E NACIONAL

Segundo Fragoso (1980), no plano internacional, a luta em prol dos direitos dos presos remonta ao período entre as duas grandes guerras. A Comissão Internacional Penal e Penitenciária elaborou em 1929 um conjunto de regras para o tratamento dos detentos. Essas regras foram aprovadas pela Liga das Nações, em 1934. A ONU, em seu primeiro congresso sobre prevenção do crime e tratamento do delinquente, celebrado em Genebra, no ano de 1955, aprovou uma nova versão sobre essas regras mínimas sobre tratamento dos presidiários. Desde então, a ONU tem trabalhado para o aperfeiçoamento e implementação dessas normas, preocupando-se principalmente com os aspectos relacionados aos direitos humanos. A ONU também decidiu que os Estados deveriam implementar regras mínimas para a administração das instituições penais e correcionais.

Essas regras mínimas, apesar de suas insuficiências e delimitações, foram importantes porque através das mesmas procurava-se preservar a dignidade do preso, protegendo-se, dessa forma, seus direitos humanos. Ademais, visavam impedir que o preso fosse submetido a um tratamento degradante e que lhe fossem impostas restrições e sofrimentos que não fossem inerentes à perda da liberdade advinda da pena de prisão. Tais regras não possuíam caráter convencional, não podendo ser invocadas senão quando incorporadas ao direito interno. Portanto, é evidente sua força moral como expressão de padrões universalmente reconhecidos e proclamados (FRAGOSO, 1980).

Em 1973, foi aprovado pelo Comitê de Ministros, no Conselho da Europa, uma nova versão para as regras mínimas para o tratamento de presos, que alterava, em vários pontos, o texto original, para facilitar o contato com o mundo exterior, tornar mais flexíveis os critérios de seleção de presos, desenvolver e encorajar a participação dos presos, em sua reabilitação e proteger as relações com a família (FRAGOSO, 1980).

A luta em prol do direito dos presos ocorreu em dois planos: em determinados países, os tribunais foram provocados com base em direitos e garantias de ordem geral, previstas na Constituição; em outros, começaram a surgir leis de execuções, que definiam claramente a situação do preso, delimitando as restrições de direitos às quais ele podia ter submetido. No EUA, por exemplo, os tribunais adotaram uma política de não interferência na administração penitenciária, situando-a fora do controle judicial. Os tribunais logo começaram a receber demandas sobre superlotação carcerária, regulamentos arbitrários, condições desumanas de vida na prisão, falta de assistência médica e educacional para os detentos. A partir da década de 1970 essa política de não interferência judicial foi abandonada, pois passou-se a entender que a mesma era possível em casos de comportamento claramente arbitrário ou abusivo no estabelecimento prisional (FRAGOSO, 1980).

Algumas decisões da Corte Suprema dos EUA foram especialmente importantes para fixar os limites de direitos. Em um caso de 1974, no qual se questionava o sistema de censura à correspondência, a Corte decidiu que as restrições previstas nos regulamentos só são válidas se promovem um dos interesses substanciais do governo quanto à segurança, à ordem e à reabilitação. No caso concreto, a Corte entendeu que a censura era mais ampla do que os legítimos interesses da administração penal exigiam, e, portanto, inválida (FRAGOSO, 1980).

Nos EUA, apesar dos importantes progressos, a luta pelos direitos dos presos situa-se em bases inseguras, levando em consideração os avanços e os recuos das decisões dos tribunais. Entre os direitos mais reclamados estavam o de receber salário mínimo, o de exercer atividade política, o de receber e enviar cartas sem censura, e o de não ser punido severamente sem as garantias do devido processo legal. Uma análise da lista de reivindicações permite constatar a que ponto chegavam as restrições de direitos (FRAGOSO, 1980).

O princípio fundamental estabelecido pela Corte Suprema dos EUA deveria ser o seguinte:

Se os presos devem ter todos os direitos dos demais cidadãos, exceto os que forem especificamente retirados por uma ordem judicial. De modo geral, isto significa que

os presos devem manter todos os direitos, exceto o da liberdade da pessoa. Isto inclui o direito de ser adequadamente recompensado pelo trabalho realizado, o direito de receber e enviar cartas livremente, o direito de ter e expressar opinião política, o direito de praticar uma religião ou de ter nenhuma, e o direito de ser protegido contra a punição sumária infligida por agentes do poder público. Quando libertado da prisão, os presos não devem ser sobrecarregados com inabilitações legais que os impedem de exercer os direitos de homens livres (FRAGOSO, 1980, p. 17).

Na Europa, a defesa dos direitos dos presos surgiu através de organizações criadas na Escandinávia, na década de 1960, que foram bastante limitadas. Na mesma época, apareceram na Suécia, na Noruega, na Dinamarca e na Finlândia, associações para defesa de uma política criminal mais humana, procurando interessar a sociedade em geral nos problemas dos presos. Em vários países foram promulgados códigos de execuções criminais, os quais proclamaram e disciplinaram os direitos dos presos (FRAGOSO, 1980).

A contribuição alemã ao V Congresso da ONU, em 1975, afirmou que só uma lei das execuções poderia proporcionar uma base clara para os direitos e deveres dos presos e da administração. O Tribunal Constitucional alemão, em uma decisão importante de 1972, enfatizou que os direitos fundamentais dos presos só poderiam ser restringidos através da lei. Antes a lei das execuções, os tribunais alemães proclamavam que as limitações de direitos fundamentais dos presos só poderiam ser admitidas na medida em que fossem indispensáveis para manter a segurança e a ordem (FRAGOSO, 1980).

O princípio do Estado social, que a Constituição alemã incorpora expressamente, foi aplicado à administração e aos presos, tendo efeitos imediatos sobre a execução. Esse princípio inspirou decisões do Tribunal constitucional, nas quais se buscava para o preso o direito à ressocialização como derivado do princípio constitucional. A regra geral que deve prevalecer após a promulgação da lei das execuções é a de que ao preso só podem ser impostas as limitações previstas em lei. O preso conserva, dessa forma, todos os seus direitos civis, devendo a execução, tanto quanto possível, assemelhar-se às relações da vida normal. As limitações do direito de liberdade dos presos são aquelas previstas em lei e, no silêncio desta, só podem ser impostas as que forem indispensáveis para manter a segurança e a ordem (FRAGOSO, 1980).

No contexto europeu, é possível mencionar ainda uma lei italiana, de 26 de janeiro de 1975, que seu artigo 4º se refere expressamente ao exercício de direitos dos presos. Essa lei estabelece uma regra de que os direitos dos detentos só podem ser restringidos através do ordenamento jurídico. Na América Latina, leis de execuções modernas e progressistas

também foram desenvolvidas em diversos países. Surgiram propostas significativas para a introdução nas execuções do princípio da legalidade, passando a ser prerrogativa fundamental inerente ao sujeito condenado conservar durante a execução da pena todos os direitos que não tenha perdido ou que não lhe tenham sido suspensos, por força de lei ou de sentença (FRAGOSO, 1980).

Nas prisões estavam os pobres e desfavorecidos, a clientela do sistema penal não incluía aqueles que tinham condições para pleitear por seus direitos. Tem sido fundamental, na luta pelos direitos dos presos, o surgimento de organizações combativas, capazes de conseguir advogados para iniciar batalhas judiciais. Nos EUA, cabe destacar a American Civil Liberties Union, seguramente a mais destacada de todas as organizações que, em muitos países, trabalham pelos direitos dos presos (FRAGOSO, 1980).

A importância dessas organizações é considerável, uma vez que proporcionam meios de conscientizar a sociedade sobre a péssima situação das prisões, promovendo os direitos dos presos. A atuação dos chamados mediadores também foi importante para incentivar a melhoria da situação carcerária, já que os tribunais sempre evitaram interferir na organização das prisões. Alguns estudiosos defendem que não deve haver influência do Poder Judiciário nas condições carcerárias, entendendo que poderia se desenvolver a ponto de criar um sistema de direitos e obrigações que acabe por tornar o sistema correcional como algo impraticável. Os estudiosos, em geral, manifestam-se a favor do trabalho dos mediadores nas prisões, afirmando que a simples presença dessas pessoas serviria para desencorajar práticas ilegais, incorretas ou desumanas (FRAGOSO, 1980).

Outrossim, nos EUA, na década de 1970, a maioria dos estados implementaram mecanismos realmente eficazes para reclamações e pedidos dos internos. Através desses mecanismos, procurava-se dar aos presos a oportunidade de se manifestar, visando a reduzir os conflitos internos das prisões. Buscava-se, além disso, identificar os problemas institucionais, promover a justiça, reconhecendo os direitos e reduzindo o sofrimento dos presos. No entanto, os presos não se mostraram satisfeitos com o funcionamento desses órgãos (FRAGOSO, 1980).

No âmbito europeu, foi criada outra possibilidade de luta pelos direitos dos presos: o recurso à Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso de países que admitiram o recurso de indivíduos. Em um caso específico, contado por Hall Williams, um preso teve a perna amputada na prisão, e solicitou permissão para processar a instituição, que foi recusada. O

detento, então, se dirigiu à Comissão Europeia de Direitos Humanos, que aceitou seu pedido. Depois de um processo longo e demorado, o caso terminou em acordo. No âmbito mundial, não se exclui o recurso ao Comitê dos Direitos Humanos da ONU, para aqueles países que ratificaram o Pacto dos Direitos Civis e Políticos de 1966, com o seu protocolo facultativo. O mesmo vale para os países latino-americanos os quais ratificaram a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, da OEA (FRAGOSO, 1980).

A Corte Europeia de Direitos Humanos constatou que

as medidas privativas de liberdade se acompanham inevitavelmente de sofrimento e de humilhação. Se se trata de um estado de fato indeclinável que, de per se, não se traduz em uma violação do artigo 3, que impõe, não obstante, ao Estado garantir que todo prisioneiro seja detido em condições compatíveis com o respeito à dignidade humana, que a modalidade de execução da pena não insira o interessado em uma situação de desconforto ou a um grau de intensidade tal que exceda o nível inevitável de sofrimento inerente à detenção e que, em consideração das exigências práticas da reclusão, a saúde e o bem-estar do detido sejam garantidos de maneira adequada; de outro modo, as medidas tomadas no âmbito da detenção devem ser necessárias ao cumprimento dos fins legítimos perseguidos (TAVARES, 2015, p. 15).

É evidente que o Estado, ao privar o indivíduo de sua liberdade, se coloca em uma posição de garante em relação à vida e à integridade física do sujeito. O Estado coloca o detento em uma instituição total, como se caracteriza a prisão, na qual os diversos aspectos de sua vida serão constantemente regulados e controlados, produzindo uma deterioração, de certa forma, de sua personalidade, através de um controle absoluto, da perda de sua intimidade, da limitação de seu espaço para viver, e, principalmente, uma radical diminuição da possibilidade de autoproteção. Tudo isso faz com que o ato de reclusão implique em um compromisso específico e material de proteger a dignidade humana, a vida, a saúde, a integridade pessoal, dentre outros direitos (TAVARES, 2015).

Conforme Tavares (2015), no contexto brasileiro, há uma situação de grave superpopulação carcerária, que, por si só, representa uma violação dos direitos dos presos a um tratamento digno. Dessa forma, não é possível buscar por uma solução interna do próprio sistema penitenciário, saturado e incapaz de estabelecer a legalidade e humanidade do encarceramento. A situação generalizada de manutenção de pessoas presas além da capacidade do sistema impõe a adoção de soluções compensativas, pelas quais os detentos possam obter uma reparação pela violação de seus direitos fundamentais. Além disso, é preciso adotar soluções preventivas, pois, como já afirmado pela Corte Europeia de Direitos

Humanos, a melhor forma de reparação é a cessação rápida e eficiente da violação do direito a não ser submetido a tratamento desumano ou degradante.

No Brasil, já foram identificados critérios objetivos de avaliação da legalidade da pena: o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, através da Resolução número 09/2011, fixou as Diretrizes Básicas para a Arquitetura Penal, nas quais estão definidos os parâmetros físicos de um estabelecimento prisional que garanta as condições mínimas para a dignidade do preso, respeitando o direito à saúde e ao trabalho. Existe, portanto, um contexto normativo apto para reproduzir no Brasil a mesma jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, com vistas à superação do quadro de sistemática violação dos direitos dos presos (TAVARES, 2015).

O problema da superlotação carcerária é um fato notório, uma situação de grave deficiência estrutural e sistemática do sistema carcerário que não pode mais existir. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinou regras mínimas para o tratamento de prisioneiros, demonstrando que a intervenção judicial é necessária para cessar o grave estado de sistemática violação aos direitos fundamentais dos presos brasileiros. Essas regras mínimas, infelizmente não respeitadas na maioria das prisões, estabelecem que as celas ou quartos destinados ao isolamento noturno não deverão ser ocupadas por mais de um preso. Ademais, foi decidido que todos os locais destinados aos presos devem apresentar condições satisfatórias de higiene, levando-se em conta o clima, volume do ar, espaço mínimo, iluminação, aquecimento e ventilação (TAVARES, 2015).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também afirmou que não se justifica a violação do direito de um indivíduo, pela simples coexistência da violação do mesmo direito de outro indivíduo; o desrespeito à dignidade humana, à integridade física e moral de um preso, deve gerar uma reação do Poder Judiciário, que não está autorizado a se omitir na sua função de apreciar qualquer lesão ou ameaça de direito aos detentos. Ainda que concorra ao Poder Executivo a administração penitenciária, a garantia do cumprimento das disposições legais não pode ser afastada do controle judiciário. A custódia dos presos deve ser realizada de acordo com os princípios constitucionais, com as regras de tratados internacionais que o Brasil ratifica e com suas próprias normas legais. A custódia que viole os direitos fundamentais dos condenados corresponde a um descumprimento da obrigação assumida pelo próprio Estado (TAVARES, 2015).

A pena privativa de liberdade não pode causar ao detento um sofrimento maior do que a própria privação de liberdade representa. É preciso compreender que, no sistema carcerário brasileiro, isso não acontece, a pena aplicada em concreto não se lesiona, exclusiva e simplesmente, a liberdade do sentenciado, causa um sofrimento muito maior, lesionando seus direitos fundamentais e humanos como sua saúde e sua integridade física e moral. Dessa forma, é necessário reconhecer a existência de um outro conceito de punição, ou seja, a pena real. Esse conceito deve assimilar realisticamente as condições locais do cumprimento da pena de prisão, tais como a superlotação, as deficiências infraestruturais, a escassez de recursos, a falta de pessoal especializado, dentre outras. Esse reconhecimento implica um redimensionamento do valor nominal da pena, isto é, uma redução proporcional desse valor, de forma a se equiparar a aflição ficta à aflição real do condenado (TAVARES, 2015).

No entanto, esse valor fictício ou nominal da pena não pode ser inferior ao valor real da punição. O primeiro possui um sentido normativo ideal, compreendido nas determinações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: a pena, cominada em abstrato ou fixada em concreto, supõe, ficticiamente, condições plenas e adequadas de cumprimento da pena privativa de liberdade, a lesão única e exclusiva à liberdade do sentenciado. O segundo requer o reconhecimento das precárias condições de cumprimento dessa pena e, dessa forma, deve resultar na redução do valor nominal da pena. Em resumo, é possível afirmar que caso o sistema carcerário atendesse a todas as diretrizes normativas nacionais, assim como aos princípios de proteção à pessoa e aos direitos fundamentais, os valores nominal e real seriam equivalentes. Para se atingir a igualdade entre esses valores, deveria existir uma identidade entre as condições ideais e as condições reais de cumprimento da pena (TAVARES, 2015).

A finalidade inicial de criação e execução das penas privativas de liberdade era retirar a liberdade do sujeito e colocá-lo dentro de uma instituição total de controle, para que nela, além de ser punido, recebesse um tratamento adequado com viés reeducativo e ressocializador, para que este mesmo sujeito pudesse retornar à sociedade com valores e princípios diferentes dos que tinha ao ingressar na instituição, para que, dessa forma, não voltasse a violar o ordenamento jurídico. Para isto, era de se imaginar que o ambiente no qual a pena privativa de liberdade fosse cumprida representasse um meio decente, civilizado e humano, que refletisse as normas e valores da sociedade, para que o indivíduo, ao retornar à sociedade externa, se identificasse e se adaptasse às normas de conduta e de convívio social. No entanto, o cárcere mostrou-se um ambiente totalmente oposto ao que deveria ser,

perpetuando a violência, a crueldade e o desrespeito aos direitos humanos, o que dificulta, se não torna impossível, a ressocialização do detento e seu retorno à sociedade.

#### 4.3 ALGUMAS DAS POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O PROBLEMA DA SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL

É inegável a situação degradante e desumana a que os presos estão submetidos dentro do sistema carcerário brasileiro. Assim, é fundamental que medidas alternativas sejam implementadas, como a adoção de estratégias de descarcerização por parte do juiz de execução penal. Segundo Tavares (2015), a substituição do cárcere pela prisão domiciliar, fora das hipóteses atualmente autorizadas pela lei e execução penal, como medida adequada e necessária à interrupção da aplicação pelo Estado da pena degradante e desumana, parece ser uma alternativa propícia e eficiente. Desse modo, evita-se a execução de uma pena em um momento muito posterior ao cometimento do fato delituoso. Ademais, tal solução não comporta, como a suspensão do cumprimento da pena, a liberdade incondicionada do detento, mas permite garantir a executoriedade da sentença condenatória

No contexto brasileiro, as propostas do Supremo Tribunal Federal podem passar, isolada ou cumulativamente, pelas seguintes estratégias: substituição do cárcere pela prisão domiciliar, antecipação dos momentos de progressão de regime e livramento condicional, e imediata substituição da medida cautelar de prisão por outras medidas cautelares. Essas estratégias estão de acordo com as recomendações da ONU, que pediu que cada Estado reconsiderasse suas políticas de segurança pública e adotasse medidas apropriadas a longo prazo para reduzir o encarceramento (TAVARES, 2015).

As propostas concretas de superação do problema da superlotação carcerária, agravado pela sistemática violação dos direitos fundamentais e humanos, passam necessariamente pela adoção de um princípio geral de flexibilidade da pena. O Estado não garante aos detentos seus direitos fundamentais, assim, é necessário amenizar o rigor das exigências legais para o deferimento de benefícios da execução da pena. Dessa maneira, será possível interromper o atual quadro de violação dos direitos fundamentais dos presos (TAVARES, 2015).

A noção de punição com base nos conceitos de pena ficta e pena real implica em uma nova perspectiva em relação ao sentido da pena privativa de liberdade. Corresponde a um

novo olhar sobre o tempo de encarceramento e sobre o valor real dessa medida. Dessa forma, os incidentes de execução penal, como o livramento condicional e a progressão de regime, assim como o período de prisão, devem passar por uma avaliação cronológica e contextualizada (TAVARES, 2015).

É necessário considerar que a assunção de um valor real e de um valor fictício de punição gera a necessidade de uma análise dinâmica, enquanto o valor nominal da pena não se altera com as mudanças ocorridas no ambiente carcerário, o mesmo não corresponde com a pena real. Assim, para se livrar do teor metafísico, simbólico e ilegítimo do discurso jurídico-penal, é preciso considerar, além da cominação abstrata da pena e de seu valor máximo possível - relacionado à autonomia do sujeito e à extensão da lesão ao bem jurídico - , o sentido real que este valor fictício representa em concreto no cárcere, assim como o valor dinâmico que assume com o passar do tempo e com as mudanças no ambiente carcerário. Em razão das condições precárias de sobrevivência no sistema prisional, deve haver uma relativização dos requisitos objetivos para a progressão de regime, livramento condicional, indulto ou comutação de penas ou saídas temporárias (TAVARES, 2015).

Em relação às medidas cautelares, especialmente à prisão provisória, não existe um discurso penal manifesto, uma vez que os argumentos que justificam essas medidas não devem ser confundidos com um eventual adiantamento da condenação, os mesmos têm por objetivo apenas evitar a continuidade da lesão ou impedir um conflito ainda maior. No entanto, a prisão provisória, assim como as demais medidas cautelares, podem ter conteúdo eventualmente penal, conforme sua utilização pelas agências punitivas (TAVARES, 2015).

As medidas cautelares penais devem ser expurgadas de todo teor punitivo, de forma a subsistirem excepcionalmente como contenção emergencial da conflituosidade social e prevenção de maiores lesões a bens jurídicos. Ademais, seria importante que essas medidas tivessem um conteúdo ressocializador ou reformar, uma vez que não possuem teor penal manifesto (TAVARES, 2015).

Considerando que o sistema prisional brasileiro não apresenta, de forma geral, a separação exigida entre condenados e presos provisórios, e que as normas nacionais visam proteger a pessoa humana em face do poder punitivo, as condições concretas de funcionamento do sistema prisional em relação à imposição de medidas cautelares deveriam ser de extrema relevância, especialmente no que tange à possibilidade de sua não aplicação ou revogação em face do caráter aflitivo da pena privativa de liberdade. Dessa forma, uma vez

verificado o funcionamento do sistema carcerário e entendendo os conceitos de pena real e pena ficta, seria possível a não imposição ou a redução das medidas cautelares privativas de liberdade, em razão da necessidade de libertá-las do teor penal que lhe concedem as agências punitivas (TAVARES, 2015).

Em relação ao encarceramento de mulheres, o Judiciário vem sendo criticado por priorizar a pena privativa de liberdade sem considerar a assimetria de gênero, colocado em risco as presas, que sofrem constantes violações, especialmente sexuais. Uma mudança na realidade prisional das mulheres é necessária, especialmente quando o país já possui a quarta maior população feminina encarcerada do mundo. Milhares de brasileiras lotam às prisões, seja à espera de julgamento ou condenadas, enfrentando situações diárias de violações de direitos. A forma com quem se encarcera no Brasil reafirma o descaso histórico com os direitos humanos e a desvalorização de uma assimetria de gênero. Por isso, é preciso discutir até que ponto a pena privativa de liberdade é justa e eficaz em relação às mulheres, e priorizar outras medidas judiciais, como a prisão domiciliar, pouco aplicada pelos tribunais, mas extremamente importante, uma vez que a condenada, principalmente se for mãe, precisará afastar-se de sua casa e de seus filhos.

O sistema carcerário, seja no âmbito nacional ou internacional, está em crise, e os problemas que apresenta não parecem ser uma solução simples ou fácil. É preciso, dessa forma, recorrer a medidas alternativas a cárcere, sanções diversas, transformando a prisão em última *ratio* do sistema, uma medida excepcional. O Estado deve fazer todo esforço para reduzir a população carcerária, ampliando a possibilidade de libertação dos presos não perigosos ou não violentos, daqueles que não cometeram graves delitos. As penas privativas de liberdade devem ter seu tempo reduzido e, se possível, substituí-las por uma pena patrimonial alternativa (FRAGOSO, 1980).

É fundamental que ocorra a humanização do sistema punitivo, pois a prisão, durante toda a sua existência, mostrou-se inútil para a vítima e para a sociedade, sendo ilusória a sensação de proteção que proporciona, sem qualquer efeito na solução ou reparação do conflito originado pelo crime. É um fato que o problema da criminalidade não será resolvido com o direito penal, o crime é um fenômeno sociopolítico que deriva dos problemas estruturais da sociedade, principalmente da desigualdade social. A prisão, como solução punitiva, também reflete esses problemas, concedendo força, real e simbolicamente, a esta

desigualdade. A prisão pode favorecer a criminalidade, favorecimento que aumenta conforme quanto mais grave for a pena (FRAGOSO, 1980).

A realidade prisional conduz à perplexidade, estabelece um sistema de poder conflitivo e arbitrário, que não se ajusta ao esquema de direitos e deveres dos presos. O verdadeiro problema se encontra na própria natureza da prisão e no papel que lhe é atribuído pelo sistema penal, são questões que refletem as condições estruturais da sociedade que mantém o cárcere como uma realidade violenta e totalizante com o real objetivo de segregar determinados indivíduos já selecionados pelo sistema. A prisão cumpre um papel ideológico importante, como expressão de castigo e sofrimento, no sentido retributivo da pena, servindo, na realidade, ao controle e exclusão de uma classe dominada, formando fictamente a imagem do criminoso. Uma solução para esse problema requer profundas transformações nos valores da sociedade, para acabar com a visão geral de que os presos, desde que contidos, não necessitam de tratamento adequado, condições dignas, reeducação e ressocialização, um pensamento que representa uma espécie de vingança privada pelos delitos que cometeram. É preciso modificar a sociedade internamente a partir de um processo de aprendizagem e evolução do pensamento social e humano, para compreender que o sofrimento e a violação de direitos resultante do encarceramento não é a solução para a criminalidade.

## 5 CONCLUSÃO

O Direito Penal tem a função de resolver o problema da criminalidade e tornar efetivas formas de controle social para evitar a violação ao ordenamento jurídico. A solução histórica encontrada para enfrentar a criminalidade é a pena, considerada uma reação ou resposta do Estado ao delito. Dentre as diversas penalidades que surgiram, desde as mais leves como a multa pecuniária até as mais severas, como a pena de morte, a prisão surge como uma alternativa mais humana e civilizada, se comparada aos castigos corporais e à pena de morte, para punir o desrespeito às normas jurídicas. Inicialmente, o cárcere surgiu com a proposta de reeducar e reintegrar o criminoso à sociedade, em um processo de ressocialização. No entanto, não cumpriu seu objetivo principal, mostrando-se um meio violento, degradante e desumano.

Existem diversas teorias da pena, que tentam justificar sua imposição: as teorias absolutas ou retributivistas, que consideram o método punitivo como uma retribuição ou reação ao delito; e as teorias relativas, as quais propõe uma finalidade preventiva para a pena, divididas em prevenção geral positiva e negativa, e prevenção especial positiva e negativa. Segundo Tavares (2017), no momento da execução da pena, o Código Penal brasileiro adotou a teoria da prevenção especial positiva, com o enfoque no indivíduo, o que propiciou ainda mais a centralização e enclausuramento dos locais de controle, como a prisão. Além das teorias justificadoras da pena, é fundamental destacar a importância do modelo abolicionista, crítico extremo do direito penal e do sistema carcerário, que, em sua versão mais estrita, propõe uma abolição da pena, abominando qualquer método punitivo, incluindo a prisão.

Para o abolicionismo, o sistema penal cumpre a função de selecionar pessoas socialmente humildes, criminalizando-as, para indicar aos demais os limites do espaço social. O direito penal opera de modo seletivo em face dos interesses específicos das classes que se encontram no topo da pirâmide social, reprimindo e marginalizando os grupos sociais subalternos como meio de manutenção do poder. O abolicionismo penal está profundamente relacionado com a falência do sistema carcerário, propondo sua eliminação, pois, ao encarcerar um indivíduo, encarcera-se também a sua capacidade de renovação e mutação, inibe-se sua chance de ressocialização. No entanto, é evidente que a abolição do sistema

carcerário não é algo simples ou fácil, requer mudanças em toda estrutura social, uma análise e um debate sobre os valores sociais, constitucionais e sobre os direitos humanos.

Os aspectos negativos apontados em relação à instituição prisional demonstram que esta é um instrumento inadequado para a obtenção de algum efeito positivo sobre o recluso, reforçando a ideia de que a prisão, como resposta penalógica, encontra-se efetivamente em crise. Na realidade, desde o seu surgimento, o cárcere nunca demonstrou ser eficaz para cumprir seus objetivos teóricos, a ressocialização e a reeducação dos detentos, tornando-se um ambiente que procurava mais excluir e segregar os presos, do que reinseri-los à sociedade. Uma manifesta comprovação do aspecto excludente do cárcere está no encarceramento da população negra nos EUA, na década de 1970, um marco para a superlotação do sistema carcerário estadunidense, onde a real finalidade era a segregação motivada pela questão racial.

O aspecto racial influencia também no encarceramento no Brasil, onde negros, em sua maioria pobres e moradores da periferia, são selecionados pelo sistema penal. Atualmente, o sistema carcerário brasileiro não é capaz de cumprir a função ressocializadora e reeducadora, pelo contrário, a violação de direitos dos presos e as condições precárias e degradantes a que são submetidos se fazem cada vez mais presentes na realidade prisional brasileira.

O encarceramento obriga o detento a se sujeitar ao controle e às regras disciplinantes estabelecidas, o que prejudica sua autonomia, sua capacidade de autodeterminação, sua individualidade, sua integridade física e psíquica, e até mesmo o desenvolvimento de sua personalidade. É preciso compreender a ineficiência do cárcere na sociedade atual e seu caráter violento e desumano, onde o que menos se perde é a liberdade; além de entender o sentimento internalizado socialmente de que os presos merecem o sofrimento e as violações de direito causadas pelo cárcere, a ideia de que os condenados não tem nenhum direito em razão dos crimes que cometeram.

A ideia de que o indivíduo é preso para ser recuperado ou ressocializado é totalmente fictícia, não havendo condições adequadas no ambiente carcerário para propiciar essa mudança. E, para aqueles que vierem a sobreviver depois de anos no sistema prisional, a sociedade não demonstra que quer esse sujeito novamente inserido nela. O ex detento não obtém apoio de ninguém ao sair da prisão, nem mesmo do próprio Estado, que o condenou com a promessa de ressocializá-lo.

O cárcere mostrou-se um ambiente totalmente oposto ao que deveria ser, perpetuando a violência, a crueldade e o desrespeito aos direitos humanos, o que dificulta, se não torna

impossível, a ressocialização do detento e seu retorno à sociedade. É preciso considerar a pena privativa de liberdade como última *ratio*, última solução, devendo a mesma ser reservada para crimes mais graves e violentos. Não trata-se propriamente de um abolicionismo penal, mas de reconhecer que a prisão não é a melhor solução, devendo ser reservada para as hipóteses em que for absolutamente necessária.

É preciso perseguir a humanização do sistema prisional, pois este, nas condições atuais, é inútil para o criminoso, para a vítima e para a sociedade, sendo ilusória a sensação de proteção que proporciona, não produzindo qualquer resultado na reparação do conflito criado pela ação delituosa. O problema da criminalidade não será solucionado com o direito penal. O crime é um fenômeno social que é originado de problemas estruturais na sociedade, e a prisão, como método punitivo, reflete esses problemas.

Além disso, a situação do sistema carcerário é de conhecimento das autoridades brasileiras, que não têm iniciativa de implementar mudanças em busca de melhorias na situação prisional, o que reflete o pensamento de grande parte da população de que quanto pior o cenário da prisão, melhor, visto que há uma crença coletiva de que o criminoso merece o sofrimento causado pela pena, que vai muito além da privação de liberdade. Esse pensamento de diversos indivíduos de que a violação ao ordenamento jurídico deve anular qualquer direito, como se o condenado se tornasse um pária para a sociedade, que não merece ter seus direitos fundamentais e humanos protegidos, é resultado desinformação da realidade social e de uma carência de valores éticos e morais.

A mudança na situação carcerária nacional e internacional requer, além de transformações jurídicas, priorizando penas alternativas à privação da liberdade, uma evolução no pensamento social e humano. É evidente que grande parte da sociedade possui a concepção de que os detentos merecem o sofrimento que lhes é imposto, beirando a uma espécie de vingança privada, retornando à visão das teorias retributivistas da pena, de que o mal causado pelo criminoso (o delito) deve ser combatido com outro mal (a pena). O pensamento de que o preso não deve ter mais direitos, como se a violação ao ordenamento jurídico anulasse qualquer direito seu, inclusive os fundamentais, não deve persistir. É necessário uma compreensão de que o crime não é um mal criado pela vontade do indivíduo, mas sim uma consequência dos graves problemas sociais, tais como a desigualdade social, a cultura machista, a homofobia, o racismo, dentre outros. Antes de tudo, é preciso de uma

conscientização geral, uma mudança na mentalidade da sociedade, para entender que o fato gerador da criminalidade não é o criminoso, mas sim a injusta realidade social.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal – Parte Geral**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Rio de Janeiro: Ediouro S.A, sem data definida.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão – causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Nas prisões brasileiras, o mínimo que se perde é liberdade**. Consultor Jurídico, 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jan-06/cezar-bitencourt-massacre-manaus-foi-tragedia-anunciada>

CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. 3ª ed., revista e atualizada, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas**. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64. 31 diciembre 2011. Disponível em: [www.cidh.org](http://www.cidh.org)

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3ª ed., revista, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 27ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Perda da Liberdade (o direito dos presos)**. Rio de Janeiro: Forense, 1980

GARLAND, David. **A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2008.

GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio; RAMOS, Enrique Peñaranda. **Um Novo Sistema do Direito Pena: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs**. 1ª ed. brasileira, São Paulo: Editora Manole, 2003.

HULSMAN, Louk; SCHEERER, Sebastian; CHRISTIE, Nils; STEINERT, Heinz; MATHIESEN, Thomas; DE FOLTER. **Abolicionismo Penal**. Buenos Aires, Argentina: Sociedad Anonima Editora Comercial, Industrial y Financiera, 1989.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. **Penas Perdidas: o sistema penal em questão**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Luam Editora, 1993.

JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Cancio Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

MAIA, Carolina Nunes (organização). **História das prisões no Brasil, volume 1**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2006.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Coletânea de Direito Interacional: Constituição Federal**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TAVARES, Juarez. **Parecer Sistema Carcerário**. 2015. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/267050676/Parecer-Sistema-Carcera-rio-Versao-Final>

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2004.

VIANI, Silvano. **Técnica de Aplicação da Pena**. 1ª ed., São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.

WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da Miséria**. 2ª Ed. ampl., Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio. **Em Busca das Penas Perdidas**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991.

\_\_\_\_\_. **Informe sobre la visita al Brasil del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes**, de autoria da Organização das Nações Unidas , 2012.

\_\_\_\_\_. Carta Capital. **Com 42 mil presas, Brasil tem a 4ª maior população carcerária feminina**. Publicado em 08/12/2017. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/com-42-mil-presas-brasil-tem-a-4-maior-populacao-carceraria-feminina>