

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE
FACULDADE DE DIREITO

CAMILA MARTINI

**A CRISE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO**

RIO GRANDE
2014

CAMILA MARTINI

**A CRISE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Salah Hassan Khaled Junior

RIO GRANDE

2014

CAMILA MARTINI

**A CRISE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data: ___/___/___

Nota: _____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Salah Hassan Khaled Junior (Orientador)

Professor(a)

Professor(a)

RESUMO

MARTINI, Camila. A Crise da Pena Privativa de Liberdade no Estado Democrático de Direito. 2014. Trabalho destinado à Conclusão da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande.

O presente trabalho destinado à conclusão do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande aborda algumas questões referentes à pena privativa de liberdade. Num primeiro momento a explanação dirige-se a prevenção especial positiva, teoria que, através das *ideologias re*, objetiva legitimar a pena privativa de liberdade como instrumento apto para prevenção de novos delitos. Em seguida, considerando a crise hodiernamente enfrentada pelo sistema penitenciário, o foco do trabalho se dirige a demonstração da falácia preservada pela pena de prisão, capítulo em que serão apontadas algumas críticas relacionadas ao conceito de ressocialização, sua ineficácia e incompatibilidade com o estado democrático de direito. Ao final, constatada a ideia de que a ressocialização não é alcançada e que o programa reeducador traz mais prejuízos que benefícios ao recluso, o terceiro capítulo traça linhas introdutórias com o intuito de buscar meios para minimizar os danos registrados pelo cárcere. Nesse sentido, o último capítulo versa acerca da importância pela busca de um direito penal mínimo e medidas alternativas a pena privativa de liberdade.

PALAVRAS-CHAVE: Pena Privativa de Liberdade. Ressocialização. Prevenção. Estado Democrático de Direito. Direito Penal Mínimo. Justiça Restaurativa.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 A PENA SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DA PREVENÇÃO ESPECIAL	8
2.1 Ideologias re e a busca pelo Tratamento	8
2.2 Aproximação da prevenção especial ao direito penal do autor.....	15
3 A CRISE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	20
3.1 Ressocialização e legitimidade para imposição de um valor	20
3.2 Efeito criminógeno da prisão.....	29
3.2.1 Desculturação	29
3.2.2 A Prisionalização e o aperfeiçoamento do recluso na criminalidade	35
4 EM BUSCA DE UMA NOVA PERSPECTIVA	38
4.1 Por um patamar mínimo: a busca pela não-dessocialização.....	41
4.2 Prisão como ultima ratio e modelo alternativo para solução da lide.....	45
5 CONCLUSÃO	
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

1 INTRODUÇÃO

Um dos grandes problemas enfrentados hodiernamente é o da criminalidade, em decorrência disso, a busca por instrumentos capazes de reprimir a elevada ocorrência de delitos vem ganhando relevância.

Muitos acreditam que a aplicação de penas mais “duras” pode ser capaz de mitigar o número de crimes, já que após o devido cumprimento da pena, o apenado retornará a sociedade ressocializado, incapaz de praticar novos delitos. Nesse sentido, o desejo por maior punição, por penas mais rigorosas, ganha cada vez mais espaço. Tais concepções são alimentadas pela mídia, que apresenta a pena privativa de liberdade e o direito penal como uma resposta idônea para cessar o problema da violência. A resposta ao anseio popular, a crença nas finalidades atribuídas a pena e a busca pela utópica segurança pública gera uma maior punição e muitas vezes, mais encarceramento.

Verifica-se, contudo, que tais medidas não são suficientes para conter a criminalidade, pelo contrário, a pena privativa de liberdade, faz com que o delinquente introduza-se ainda mais no ambiente do crime. Se a prisão traz algum tipo de benefício ao recluso, estes ainda não são conhecidos, o que é fácil de ser identificado é que, opostamente trata-se de um lugar reprodutor de toda a sorte de vícios e degradações. A prisão ao invés de frear a criminalidade acaba por instigá-la, transformando-se em um meio onde o apenado desenvolve ainda mais suas habilidades para o crime.

É a partir desta perspectiva, de consideração que a pena privativa de liberdade não ressocializa o apenado, mas sim, de forma oposta, o torna ainda mais marginalizando e desrespeita princípios inerentes ao estado democrático de direito, que direciona-se a abordagem do presente trabalho.

Dessa forma, a fim de entender a finalidade atribuída a pena, inicialmente será analisada a prevenção especial, teoria que legitima a utilização da pena ao acreditar que, através da submissão do apenado ao tratamento adequado, o recluso retornará ao corpo social sem cometer novos delitos.

Após, diante da evidente falácia preservada pelo discurso ressocializador, o foco direciona-se as lacunas, ineficácia e inconstitucionalidade preservada pela teoria preventiva especial e, logo, da pena privativa de liberdade.

Por fim, indaga-se acerca de alternativas capazes de substituir a pena privativa de liberdade. A partir desta perspectiva, o último capítulo busca traçar algumas linhas consideradas relevantes para afastar a utilização desenfreada da pena privativa de liberdade como resposta ao crime. Assim, para aquele que já encontra-se recluso, o objetivo contorna a não dessocialização do encarcerado. Ainda, num momento anterior a prisão, da aplicação da pena, trata-se de aplicar a pena de prisão somente em casos evidenciados como necessários, donde surge a aplicação de medidas alternativas como prestação de serviços à comunidade e de solução do litígio através da Justiça Restaurativa.

Nesse sentido, o presente trabalho busca contribuir para uma nova perspectiva da pena privativa de liberdade. Compete ressaltar que, diante das várias possibilidades de abordagem acerca do tema, não se objetiva exaurir a problemática. O que se almeja é abordar algumas questões consideradas pela autora como de maior relevância acerca da pena privativa de liberdade, através de uma visão desmistificadora, capaz de demonstrar que a pena privativa de liberdade não previne novos delitos e, da mesma forma, esta longe de ressocializar o recluso.

Acredita-se que, a partir do desvelamento da pena de prisão, será possível demonstrar que a pena privativa de liberdade não cumpre os fins para ela designados. Na mesma perspectiva restará cristalino, o reconhecimento de que a reclusão deve ser utilizada apenas para delitos mais graves e a necessidade de criação de medidas alternativas destinadas aqueles crimes de baixa danosidade social.

Dessa forma, a presente tese de conclusão de curso aborda questões capazes de contribuir, em alguma medida, para oferecer instrumentos capazes de minimizar as mazelas ocasionadas pelo cárcere, a fim de garantir a efetivação dos Direitos inerentes ao Estado Democrático de Direito.

2 A PENA SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DA PREVENÇÃO ESPECIAL

A justificativa da utilização da pena frente ao delito é objeto de diversas respostas fornecidas pelas denominadas teorias legitimadoras da pena.

É a partir da expectativa de pena como um meio ressocializador direcionada aqueles que já delinquiram que a teoria da prevenção especial busca solucionar o problema da criminalidade.

A fim de atingir esta finalidade, com base na ideologias re, a teoria busca submeter o indivíduo infrator a um tratamento que seja capaz de modificar sua conduta para que ele, após o cumprimento da pena, retorne a sociedade e não empreenda em novos crimes.

Assim, de acordo com a teoria da prevenção especial positiva, a pena apresenta-se idônea tanto para a recuperação do sujeito delinquente, já que este, após a execução da pena voltará ao convívio social “ressocializado”, bem como, para a sociedade, na medida que a não-reincidência garantirá a segurança social e diminuirá os índices de criminalidade.

2.1 Ideologias re e a busca pelo Tratamento

De acordo com Queiroz¹, diversas correntes defendiam e ainda defendem a prevenção especial. O correccionalismo espanhol (Dorado Monteiro, Concepción Arenal); o positivismo italiano (Lombroso e Ferri); a chamada moderna escola alemã, de Von Liszt, e mais recentemente, o movimento de defesa social, de Felippo Gramatica, Marc Ancel e outros.

Contribuem para legitimação do novo modelo preventivo as mudanças ocorridas na estrutura econômica e política, bem como o reconhecimento da violência meramente retribucionista defendida pelo modelo Talional. A partir daí, de acordo com Beccaria, a pena não poderia ser fundamentada na vingança.

¹ QUEIRÓZ, Funções do Direito Penal; Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 34

O sujeito que comete algum delito, nesse contexto, cumpre a pena não por uma vingança. A aplicação da pena não se ampara mais no suplício, nem na aflição, provenientes do violento castigo retribucionista, na medida que o suplício tornou-se rapidamente intolerável, momento em que foi necessário atribuir-se uma finalidade a pena.

O sentido utilitário e finalista atribuído à pena rompe com o postulado retributivista. Assim, “a necessidade da pena não é fundamentada na idéia de concretizar justiça, mas na função, de evitar o cometimento de novos delitos.”² Enquanto que nas teorias absolutas o emprego da pena é justificado na idéias de realizar justiça, nas teorias relativas, onde se enquadra a prevenção especial positiva, o objetivo é de impedir a prática de novos fatos delitivos, a pena é imposta a fim de que não se volte a delinquir.

A idéia preventiva, contudo, não significa que a pena deixa de ser reconhecida como um mal, porém “não é um fim em si mesmo, mas sim uma projeção para o futuro”, um meio para que se alcance um determinado objetivo, “um objetivo maior, a correção do apenado, e com efeito, a reincidência”.³

Nesse sentido, as teorias preventivas da pena, tanto a geral como a especial, conferem à pena uma atribuição de tentar evitar que no futuro sejam cometidos novos delitos. Conforme Bitencourt, “a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido, mas sim prevenir a sua prática”.⁴ Como instrumento político-criminal, a pena é necessária, pois dirige atenção tanto ao delinquente (especial) como para a generalidade dos cidadãos (geral), e desse modo atinge (ou atingiria) a sua finalidade primordial: a prevenção de cometimento de novos delitos. Pertinente o apontamento de Carvalho:

Diferentemente dos modelos retributivistas e preventivos gerais, direcionados ao fato passado ou à coação social, o pensamento etiológico inaugura uma perspectiva centrada no indivíduo, pois se o novo objeto de investigação e intervenção da ciência criminal é o delinqüente, o instrumento de resposta ao desvio punível deve ser nele operado.⁵

² BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 121.

³ CARVALHO, Salo. Pena e Garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 121

⁴ BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte Geral 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p.106.

⁵ CARVALHO, Salo. Pena e Garantias, p. 129.

Assim, conforme Carvalho, ao contrário da prevenção geral, que é direcionada à generalidade dos indivíduos não criminalizados, ou seja, que atua sobre os que não delinquiram, a teoria da prevenção especial procura evitar a prática do delito, mas dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que este não volte a delinquir.

Von Liszt foi um defensor de destaque da teoria preventivo-especial da pena. Von Liszt entendia que a necessidade da pena estaria baseada em juízos, “segundo os quais a aplicação da pena obedece a uma idéia de ressocialização e reeducação do delinquente, à intimidação daqueles que não necessitam ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis”⁶. Logo, nota-se que com esse pensamento a função da pena é direcionada para o delinquente, para o individuo que cometeu o crime, com a intenção de ressocializá-lo, e para os casos que não é possível a reeducação do apenado, apela-se para a inocuização, a neutralização de seus atos.

De tal modo, Queiroz refere que para Von Liszt a finalidade da pena seria de: I) advertência (função de intimidação) que seriam para os delinquentes ocasionais; II) correção (função ressocializadora) para os delinquentes que necessitassem de correção; e III) neutralização (função inocuidadora) para o delinquente incorrigível ou habitual,⁷ que seria neutralizá-lo por tempo indeterminado ou por quanto durasse a necessidade de inocuizá-lo. O apenado deve passar por um tratamento e “quando as ideologias re fracassam ou são descartadas, apela-se para a neutralização e eliminação”, destaca Zaffaroni. São duas, portanto, as finalidades da prevenção especial:

aquela positiva da reeducação do réu e aquela negativa da sua eliminação ou neutralização, as quais frise-se 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.⁸

⁶ BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas, p. 129

⁷ QUEIRÓZ, Funções do Direito Penal; Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal, p. 55.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 3 ed., 2006, p. 127.

O tratamento pena, então, seria apto para corrigir o indivíduo passível de recuperação e mesmo para aquele sujeito com uma “base física e temperamental imodificável (...) portadores de anomalias e imperfeições”⁹ haveria a possibilidade de fazer algo, o tratamento do indivíduo seria direcionado a fim de atingir a neutralização da conduta criminosa.

Para os mais extremistas, a prevenção especial busca a passagem da justiça penal para uma medicina social, cujo objetivo é o saneamento social, através da aplicação de medidas terapêuticas, visando ao tratamento do delinquente, transformando-o em um sujeito dócil ou ainda, submetendo-o a um tratamento ressocializador que neutralize as tendências criminosas¹⁰. A pena não seria assim medida capaz de conter, neutralizar ou fazer cessar a periculosidade do autor do fato. Carvalho nesse sentido, expõe:

Mais que fato social ocasional e/ou cotidiano (normal), o crime será considerado violação da lei da natureza operada por indivíduos identificados pela sua estética pré-civilizada. Da liberdade à periculosidade, da intimidação à reforma moral. Ao antecedente criminoso, a incipiente ciência do direito penal (criminologia) apresenta a promessa de uma nova vida – a um passado de periculosidade confere-se um futuro: a recuperação.¹¹

Neste contexto, o crime seria apenas um indício de inferioridade que legitimaria ao estado a necessidade de aplicar “o remédio social da pena”.¹² O delito é considerado uma patologia, “pouco importando se moral, social ou natural, e o réu como um ser doente ou anormal que precisa ser curado ou eliminado através do tratamento, a pena de prisão.”¹³ O delito era compreendido não como uma conduta manifestada pelo sujeito, mas sim como uma característica intrínseca a ele, uma enfermidade que precisava ser eliminada. Daí a referência dos defensores da teoria da prevenção especial em medidas e não em penas. Conforme Bitencourt:

⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio. História dos pensamentos criminológicos. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro, Revan, 2008, p. 237.

¹⁰ QUEIRÓZ, Funções do Direito Penal; Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal, p. 53.

¹¹ CARVALHO, Salo. Pena e Garantias. p. 129.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. p. 127.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 251 e 252.

a pena implica a liberdade ou a capacidade racional do indivíduo, partindo de um conceito geral de igualdade. Já a medida supõe que um delinquente é um sujeito perigoso ou diferente do sujeito normal, por isso, deve ser tratado de acordo com a sua periculosidade.¹⁴

A expressão “pena”, nesse sentido, não seria adequada, pois pressupõe que seus destinatários consistem em sujeitos iguais e racionais, sendo capazes de compreender a conduta reprovável (delito) a pena. Em contraponto, a medida implica a concepção de infratores como diferentes do normal, sem discernimento necessário para compreender a reprobabilidade de sua conduta, daí a utilização do termo medidas e de tratamento.

Defensor desta versão mais radical foi Pedro Dorado Montero, apud Queiróz, que alegava como missão da justiça penal o “saneamento social, uma função de higienização e profilaxia”¹⁵, pretexto pelo qual os juízes ao invés de basearem-se no caso concreto, passariam a ser novos médicos sociais, com a missão de enquadrar cada tipo de delinquente no tratamento mais apropriado.

A nova concepção etiológica além de implicar em outro sentido para a pena muda o perfil do direito penal, como bem aponta Carvalho:

A ciência ocupada exclusivamente por pensadores do direito e da política até o século XVIII e meados do século XIX é invadida por uma série de profissionais alheios ao mundo jurídico. São médicos, psiquiatras, anatomistas, biólogos, assistentes sociais, antropólogos, sociólogos e pedagogos que começam a descaracterizar a especialidade penal, já solidificada na estrutura formal das letras jurídicas.¹⁶

Os médicos então que poderiam dizer o que seria perigoso para a sociedade, “o juiz severo, adusto e temível deve desaparecer para passar o posto ao médico carinhoso e entendido.”¹⁷ A ciência médica, dessa forma, passou a interferir diretamente no tratamento do sujeito delinquente, já que conforme Anitua:

¹⁴ BITTENCOURT, César Roberto. Tratado de Direito Penal. p.111.

¹⁵ QUEIRÓZ, Funções do Direito Penal; Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal. p. 53.

¹⁶ CARVALHO, Salo. Pena e Garantias. p. 129.

¹⁷ QUEIRÓZ, Funções do Direito Penal; Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal. p. 53.

A medicina não tinha por objeto apenas estudar enfermidades, mas também e sobretudo estabelecer relações com a organização social. A medicina podia e devia ajudar o legislador a sancionar leis, ilustrar o magistrado a aplicá-las e vigiar, junto a administração, em prol da manutenção da saúde pública que era o nome dado a ordem social.”¹⁸

Acrescenta Ferrajoli que a concepção do delito como mal ou doença implica a necessidade de intervenção do “estado pedagogo, tutor ou terapeuta”¹⁹ que concebe o poder punitivo como idôneo para afastar a doença/delito. Nesse contexto, o processo penal perde espaço para administração unilateral de interesses estatais, na medida que para a concretização dessa nova conjectura faz-se necessário a exclusão de juízes, advogados, defensores públicos, promotores de justiça, e, com efeito, a eliminação de garantias do processo penal, tais como a ampla defesa, presunção de inocência, contraditório.

O estado contrapõe à transgressão da norma jurídica uma medida terapêutica, a qual aplicada corretamente ocasionará a cura do sujeito. A fim de que o tratamento se efetive, a técnica do positivismo criminológico baseia-se na proporção ao crime cometido, a probabilidade de cometer novo delito e as particularidades físicas e psíquicas do indivíduo. A classificação seria o primeiro passo para enquadrar o indivíduo no tratamento mais adequado. Para Carvalho:

A criação de tipologias delinqüenciais permitiria reduzir os criminosos em categorias específicas, impondo-lhes códigos exatos para facilitar o estudo empírico através do método experimental: devem constituir esquemas que sejam capazes de agrupar em categorias os delinqüentes, possibilitando, dessa forma, melhor apreciação de seu grau de periculosidade e, em consequência, maior acerto no tratamento, através da cominação da sanção mais adequada.²⁰

Nesse sentido, no primeiro momento, a análise é realizada pelo juiz, o qual através da ponderação de circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, tais como culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, comportamento da vítima atribui o *quantum* de pena ao condenado.

¹⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio. História dos pensamentos criminológicos. p. 239

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. p. 252.

²⁰ CARVALHO, Salo. Pena e Garantias. p. 131.

Ainda, após a individualização judicial, a análise é aprimorada pelo órgão administrativo, são os profissionais da administração penitenciária, que baseados no juízo de periculosidade proferido pelo juiz, aperfeiçoam o diagnóstico. Tal prognóstico baseia-se na realização do exame criminológico, o qual é idôneo para auferir o grau de perigo do sujeito.

O exame realizado pelos técnicos da criminologia (psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais), baseado nas características de personalidade, além de enquadrar o indivíduo, faz uma previsão de suas ações futuras, tomando feição projetiva já que, como apontado por Carvalho, “determina a sanção adequada em vista não só de uma ação já realizada, como também em vista de uma ação futura, se houver elementos suficientes para deduzi-la.”²¹

A avaliação criminológica cumpriria assim, uma função preventiva, na medida que a correta individualização da pena acarretaria no alcance de sua finalidade, a prevenção de novos delitos. Esclarece Mayrink da Costa, apud Carvalho:

esse conhecimento do homem é precisamente a tarefa que a investigação criminológica, coordenada e disciplinada através da norma adjetiva penal, cumprirá para atingir o diagnóstico sintético e completo da personalidade do delinqüente, a fim de que o juiz penal possa verdadeiramente individualizar a pena privativa da liberdade, no sentido de que a sanção atinja o seu fim científico, realizando a defesa do grupamento social e do próprio indivíduo como partícipe da sociedade. Da resposta meramente retributiva no ato sentencial, os órgãos penitenciários atuariam na imposição de instrumento eficaz ao fim ressocializador.²²

Nesse sentido, complementa Juarez Cirino dos Santos:

A função de prevenção especial da pena criminal, dominante no Direito Penal dos séculos XIX e XX, é atribuição legal dos sujeitos da aplicação e da execução penal: primeiro, o programa de prevenção especial é definida pelo juiz no momento de aplicação da pena, através da sentença criminal, individualizada conforme necessário e suficiente para prevenir o crime (art. 59, CP); segundo, o programa de prevenção especial definido na sentença criminal é realizado pelos técnicos da

²¹ CARVALHO, Salo. Pena e Garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 133.

²² *ibid*, p. 133.

execução da pena criminal, [...] com o objetivo de promover a harmônica integração social do condenado (art. 1º, LEP)²³

Nesse sentido, observa-se que a teoria da prevenção especial legitima-se em dois momentos, quando da aplicação da sentença pelo juiz e, posteriormente, na execução da pena, através da realização do exame criminológico. Assim, critérios como periculosidade, propensão para cometimento de novos delitos, são fundamentais para a determinação do *quantum* de pena e para análise de benefícios a serem alcançados pelo reclusão, tais como progressão de regime e livramento condicional.

Tais critérios, no entanto, não passam de projeções punitivistas. A utilização de critérios abstratos abre margem para discricionariedade, já que não há possibilidade qualquer de auferição quanto ao grau de perigo de um indivíduo, da mesma forma, não há como saber a probabilidade do sujeito voltar a cometer delitos.

É a partir desta perspectiva que é possível referir que a pena privativa de liberdade e o ideal ressocializador perquirido pela teoria da prevenção especial, embora em certa medida encontram amparo legal, não gera o resultado ressocializador esperado.

Nesse sentido, realizada a exposição da teoria, passa-se a análise crítica da pena privativa de liberdade no contexto dos estabelecimentos prisionais brasileiros.

2.2 Aproximação da prevenção especial ao direito penal do autor

A nova concepção intervencionista do estado baseada na ciência da ordem, disciplina e organização busca cessar a periculosidade do sujeito infrator, o que implicaria em um tratamento direcionado em modificar o ser do indivíduo. Assim, de acordo com Anitua:

²³ SANTOS, Juarez Cirino. Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial. 1ª Ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005. p.6 – 7

Dessa maneira começa-se a analisar medicamente a população como um todo, com medidas que provinham das já existentes na Idade Moderna como quando se tratava de uma cidade empestada. Agora, porém, essas medidas seriam aplicadas a todo momento não apenas nos casos de emergência como uma mostra de bom governo. Um bom governo que, além do mais, para sê-lo devia estar guiado de acordo com os novos cânones científicos. A intenção seria a de modificar o imodificável. Era absurdo, nessa época, pensar-se em mudar o clima ou a geografia, mas era possível e desejável modificar o habitat e, particularmente, as populações de um ponto de vista geral ou individual.²⁴

A finalidade da pena, neste contexto “é a reeducação e a recuperação moral do condenado, partindo do pressuposto de que o sujeito é imoral e, por isso, deve redimir-se.”²⁵ Assim, tem-se como premissa que “na sociedade há homens bons, que são normais e não são perigosos, e há homens maus, ou perigosos: É este sujeito imoral, portanto, que deve redimir-se.”²⁶

De acordo com esse entendimento fica a margem a conduta delitiva, sendo levado em consideração as características pessoais do sujeito infrator. O indivíduo que comete o delito, nesse sentido, é punido e avaliado não pelo “o que fez”, mas sim pelo “o que é”. Aquele que não viola a norma logo é “bom”, já aquele que delinque, é considerado como ser “inferior”. De acordo com Zaffaroni, “os primeiros assumem, expressa ou tacitamente, a função de divindade pessoal e, os segundos, a de divindade impessoal e mecânica.”²⁷

Conforme Fernando Vernice dos Anjos:

a ressocialização sempre parte da ideologia da diferenciação, pela qual existem pessoas de bem, que são os cidadãos respeitadores das leis, e pessoas do mal, que são os criminosos, seres perigosos e carentes de socialização.²⁸

²⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio. História dos pensamentos criminológicos. Tradução de Sérgio Lamarão. p. 239.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. p. 248

²⁶ BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. p. 131.

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. p. 131

²⁸ DOS ANJOS, Fernando Vernice. Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13042010-145345/pt-br.php>.

A verificação da personalidade baseada na conduta delitiva é, no mínimo, simplória. A premissa de que aquele que não afronta a norma é um ser considerado “bom” deixa de lado considerações fundamentais relativas a ação delitiva propriamente dita. Ainda, esta análise negligencia o caráter político e jurídico da questão:

a ideologia da diferenciação não reconhece que a diferença entre o criminoso e o não criminoso é um dado essencialmente político e jurídico, pois o criminoso é apenas alguém que, por diversos motivos, violou a ordem jurídica imposta pelo estado. Em outras palavras, não se trata de uma diferenciação entre seres humanos (cidadãos de bem e cidadãos do mal), mas sim entre condutas, criminosas ou não de acordo com o interesse político do estado em criminalizar determinadas ações ou omissões.²⁹

As orientações, nesse sentido, “fazem referencia mais acentuada ao réu, do que o próprio fato em si, diferenciando segundo as suas características pessoais antes mesmo que pelas ações delitivas”.³⁰ O foco passa ser o indivíduo delinquente que precisa de tratamento, “segundo o qual os homens que delinquem podem não apenas ser punidos, mas inclusive, ser obrigados a tornarem-se bons.”³¹

De acordo com Ferrajoli, apud Carvalho, a prevenção especial positiva toma a pena como feição eminentemente subjetiva, na medida que utiliza “critérios arbitrários de avaliação da anormalidade ou da periculosidade do réu, o que inevitavelmente frustra o conjunto das garantias processuais”³⁰.

Acrescenta Carvalho que um regime jurídico fundado na periculosidade significa “verdadeira monstruosidade jurídica porque tal juízo é um prognóstico judicial em si mesmo arbitrário, pois resoluto em decisões potestativas desvinculadas de qualquer parâmetro processual válido.”³² Pertinente o comentário de Carvalho:

²⁹ DOS ANJOS, Fernando Vernice. Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. p. 247.

³¹ *Ibid*, p. 247.

³² CARVALHO, Salo. Pena e Garantias. p. 138.

Outrossim, a função reeducativa impõe ruptura na unidade do processo penal pois, se o juiz, durante a instrução, deve atuar na reconstrução do fato pretérito, caberia, na execução, projetar o futuro do agente, determinando condições idôneas para sua melhoria interior, objetivando uma vida isenta de delitos. Ferrajoli conclui que degenera em despotismo sempre que se arroga funções pedagógicas e propagandísticas como instrumento de estigmatização e sancionamento moral. Segue, como se percebe, os passos trilhados por Carrara quando critica ser inútil e falso o uso do instrumento penalógico para emendar: seduce los ánimos la perspectiva de un mejoramiento de la humanidad, pero cuando para alcanzar este fin se emplean medios violentos, sin que lo necesite la defensa ajena, la aparente filantropía degenera en un inicuo despotismo.³³

Frisa-se que conceituar e sopesar o grau de periculosidade é um juízo de “difícil precisão”, o reconhecimento da periculosidade de um sujeito, complementa Bitencourt, “exige a realização de um juízo quase profético, que acerte sobre sua conduta futura”.³⁴ Na realidade o que passa a acontecer é a avaliação de características subjetivas de uma pessoa, “a extensão semântica de termos como periculosidade, personalidade, antecedentes e conduta social tornam o ato jurisdicional extremamente arbitrário no acertamento dos casos”³⁵ que serão utilizados de forma extra-oficial, como um segundo código, a fim de acertar o grau de perigo do sujeito, contrapondo, dessa forma, com o princípio processual da taxatividade. Nesse sentido, Zaffaroni apud Alessandro Baratta, demonstra a intenção jurídica de intervenção moral no sujeito e a subjetivação que daí decorre:

(...) encontra-se o novo direito penal do autor que, sob a forma de direito penal do risco, antecipa a tipicidade na direção de atos de tentativa e mesmo preparatórios, o que aumenta a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, pretendendo assim controlar não apenas a conduta mas também a lealdade do sujeito ao ordenamento.³⁶

Acaba-se através desse método, “punindo a pessoa pelo que ela é (*quia peccatum*) e não pelo que fez (*quia prohibitum*).”³⁷ Nesta concepção, “não se

³³ CARVALHO, Salo. Pena e Garantias. p. 138.

³⁴ BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. p. 134.

³⁵ CARVALHO, Salo. Pena e Garantias. p. 134.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. p. 133.

³⁷ CARVALHO, Salo. Pena e Garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 138.

condena tanto o furto, como o ser ladrão, não se condena tanto o homicídio como o ser homicida, o estupro, como o ser o delinquente sexual.”³⁸

Esta concepção viola, dessa forma, com o direito penal do fato, “não se proíbe o ato em si, conforme Zaffaroni e Pierangili, mas o ato como manifestação de uma forma de ser do autor”³⁹, visto substituírem a avaliação objetiva e cognoscitiva pelo substancial julgamento da interioridade da pessoa e de suas tendências. Ainda, de acordo com Zaffaroni e Pierangili:

Seja qual for a perspectiva a partir da qual se queira fundamentar o direito penal do autor (culpabilidade de autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, mas que também respeite a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o ser de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem regulamentadora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação.⁴⁰

Nesse sentido, a aplicação da pena é baseada em características pré-jurídicas e eminentemente subjetivas ao delito. São as características do indivíduo que baseiam o exame do delito e a conseqüente medida da pena. Na medida em que enfatiza a análise das características subjetivas do sujeito infrator, a teoria da prevenção especial aproxima-se ao direito penal do autor, já que a conduta em si, o delito praticado perdem espaço para juízos abstratos.

Princípios inerentes ao estado democrático de direito como a legalidade, a culpabilidade, a proporcionalidade das penas e a igualdade são mitigados. As penas tornam-se desproporcionais em contraposição ao Direito Penal do fato de um Estado de Direito, que busca a punição de um determinado fato. Ainda, o emprego do direito penal para transformar personalidades consideradas perigosas suscita confusão entre direito e moral. A pena, que a princípio deveria se nortear pela conduta delituosa, funda-se na personalidade do agente infrator, buscando modificar seu comportamento, idéia que será melhor desenvolvida no próximo capítulo.

³⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique (Coord.). Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 110.

³⁹ *ibid*, p. 110.

⁴⁰ CARVALHO, Salo. Pena e Garantias. p. 111.

3 A CRISE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Durante muito tempo predominou a ideia de que a prisão poderia ser um instrumento capaz para alcançar a reforma do criminoso. Acreditava-se, segundo Bitencourt,⁴¹ que seguindo determinados métodos o delinquente seria “ressocializado” e, após o cumprimento da pena, retornaria a sociedade sem cometer novas infrações.

O paradigma, contudo, modificou-se. Atualmente resta evidente que os resultados buscados através da utilização da pena não são alcançados. De acordo com Bitencourt é indubitável que a criminalidade não diminuiu na América Latina, “e que o sistema penitenciário não consegue reabilitar ninguém, ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva que serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado.”⁴²

Ainda, em que pese fosse alcançada a ressocialização do encarcerado, questiona-se a legitimidade do estado para imputar ao cidadão determinado valor. No mesmo sentido, indaga-se quais são as características relevadas para considerar o sujeito ressocializado e, por fim, a violação provocada pelo cárcere a princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito.

3.1 Ressocialização e legitimidade para imposição de um valor

Uma das bases empíricas que demonstra o fracasso da finalidade preventiva é a que o ideal ressocializador não se efetiva. De fato, o apenado após o cumprimento da pena retorna a sociedade e volta a cometer delitos. Acrescenta, que estudos chegam a conclusão que a probabilidade de fazer com que o sujeito anti-social transforme-se em um sujeito adaptável, mediante uma pena ampla, não chega a realizar-se e que “o instituto da pena não pode realizar sua finalidade como instituto de educação.”⁴³

⁴¹ BITTENCOURT, César Roberto. Tratado de Direito Penal.p. 120

⁴² *Ibid*,p. 125

⁴³ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 3º Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 184.

Num primeiro momento imprescindível compreender o sentido do termo “ressocialização”. Conforme Ferreira e Clovis Alberto Volpe Filho, apud Maria Alice de Miranda dos Santos, a definição de ressocializar seria “Tornar a socializar (-se), a expressão traz em seu bojo a ideia de fazer com que o ser humano se torne novamente social (ou sócio). Isto porque, deve-se ressocializar aquele que foi dessocializado.”⁴⁴ O objetivo, assim é fazer com que aquele que apresenta-se não socializado torne-se socializado. O sujeito que encontra-se fora do “eixo” alinhe-se com o que é considerado social/moral.

Desde logo, tem-se como premissa que é necessário um ponto de partida, um padrão pelo qual se objetive alcançar. Assim, considerando que a reabilitação do preso implica na caracterização de um modelo social que ele possa se enquadrar, questiona-se: qual seria este modelo? Consistiria no padrão familiar, econômico, da subcultura que ele pertence, ou senão estes, que modelo seria? “Quais seriam as normas, das múltiplas existentes, a que a ressocialização do delinquente deve referir-se?”⁴⁵

Esta questão é bem apresentada por Bitencourt, o qual relata o surgimento da prisão como um meio idôneo para o controle e manutenção do sistema capitalista:

Há um nexu histórico muito estreito entre o cárcere e a fábrica. A instituição carcerária, que nasceu junto com a sociedade capitalista tem servido como instrumento para reproduzir a desigualdade e não para obter a ressocialização do delinquente. A verdadeira função e natureza da prisão está condicionada a sua origem histórica de instrumento assegurador da desigualdade social⁴⁶

A fim de adequar os indivíduos ao modelo social capitalista de grande valia foi a associação entre prisão e mercado de trabalho, como relata Bitencourt :

Essa análise encontra-se estritamente vinculada com o materialismo histórico, predominando a ideia de que as condições econômicas, em última instancia, condicionam a natureza e o caráter da superestrutura. Dentro desta, como parte da superestrutura jurídica, encontra-se a prisão. Para Melossi e Pavarini, a prisão surge quando se estabelecem as casas de correção holandesas e inglesas, cuja origem não se explica pela existência de um propósito mais ou menos humanitário e idealista, mas pela necessidade que existia de possuir um instrumento que

⁴⁴DOS SANTOS, Maria Alice de Miranda. A Ressocialização do Preso do Brasil e suas consequências para a Sociedade, p. 18.

⁴⁵ BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. p. 137.

⁴⁶ BITTENCOURT, César Roberto. Tratado de Direito Penal. p. 135.

permitisse não tanto a reforma ou reabilitação do delinquente, mas a sua submissão ao regime dominante (capitalismo).⁴⁷

Na época, a pena de prisão além de servir como motor para ensinar aos trabalhadores a disciplina capitalista de produção, buscava principalmente que os reclusos submetessem ao sistema a fim de que ocorresse “uma introspecção da cosmovisão e da ideologia da classe dominante.”⁴⁸ O rendimento do trabalho era uma finalidade subsidiária, na medida que o escopo primordial era a aprendizagem do recluso conforme a disciplina da produção e do ideal capitalista.

A prisão, segundo a tese de Melossi e Pavarini, apud Bitencourt, não buscava a correção e tratamento do apenado, ao contrário, convinha como meio de dominação, tanto no círculo político, como no econômico e ideológico. Serviram desta forma, para “impor a hegemonia de uma classe sobre outra, eliminando toda a possibilidade de surgir uma ação que ponha em perigo a homogeneidade do bloco de dominação socioeconômica”.⁴⁹

O ideal almejado nas casas de correção e de trabalho holandesas não difere do ideal perquirido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, dispõe a Lei de Execução Penal, em seu artigo 1º: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

Da leitura do artigo retro mencionado verifica-se que o objetivo ressocializador presente na LEP, mesmo que de forma implícita, baseia-se em um padrão. Ao recluso durante o cumprimento da pena serão oferecidos meios capazes de reintegrá-lo ao convívio social. O procedimento utilizado para que se alcance a ressocialização será embasado e voltado ao modelo vigente na sociedade. As ações do recluso, neste contexto, serão direcionadas a reproduzir condutas presentes no ambiente externo ao cárcere.

Assim, tendo como base que o objetivo é que a prisão calce no apenado o protótipo vigente ao lado de fora do sistema prisional, a tendência direciona-se para reprodução de atributos próprios da sociedade. “Relações sociais baseadas

⁴⁷ BITTENCOURT, César Roberto. Tratado de Direito Penal. p. 129.

⁴⁸ *ibid*, p. 129.

⁴⁹ *ibid*, p. 130.

no egoísmo e na violência ilegal,⁵⁰ são algumas das características negativas que refletem o que acontece no meio social.

No mesmo sentido Durkheim, apud Bitencourt, afirma que a criminalidade é um elemento da sociedade e que é “a própria sociedade que a cria e a define”.⁵¹ Continua Bitencourt “aquele que ingressa também traz consigo a deformação que a sociedade produz na agressividade do homem,”⁵² significa que o encarcerado refletirá na prisão a violência vivenciada em sua vida familiar e social. Diante disso, o autor indaga “até que ponto é legítimo exigir a ressocialização do delinquente, que nada mais é do que produto dessa mesma sociedade.”⁵³ Nesse sentido, bem expõe Baratta:

As relações sociais e de poder da subcultura carcerária tem uma série de características que a distinguem da sociedade externa, e que dependem da particular função do universo carcerário, mas na sua estrutura mais elementar elas não são mais do que a ampliação, em forma menos mistificada e mais ‘pura’ das características típicas da sociedade capitalista⁵⁴

Ainda, complementa Miguel Reale Júnior, apud Fernando Vernice dos Anjos:

é necessário abandonar a idéia-mito da ressocialização, como se o único responsável pelo delito fosse o condenado, considerado um dissidente em uma sociedade perfeita e harmônica quando o delito é obra de um conjunto de circunstâncias, de uma sociedade de competição e hostilidade e de fruição com caráter criminógeno, criadora de desejos artificiais e de baixa solidariedade, na qual o que mais importa é o sucesso e a fama, alcançados com a riqueza e não com virtudes de cunho moral⁵⁵

Tendo em vista que a confiabilidade imputada a pena manifesta-se na ressocialização do apenado, e que tal, tem como alicerce características do corpo social pode se afirmar que o que precisa ser modificado são os ideais da própria

⁵⁰ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. p. 186.

⁵¹ BITENCOURT, Cesar Roberto. p. 136.

⁵² *Ibid*, p. 228.

⁵³ *Ibid*, p. 136.

⁵⁴ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. p. 186

⁵⁵ DOS ANJOS, Fernando Vernice. Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro.

sociedade. A sociedade, fonte de onde se extrai o modelo utilizado no âmbito carcerário é que carece de reformas. Antes de qualquer busca pelo tratamento do recluso é a sociedade que impescinde de mudanças. A legítima educação deveria iniciar pelo corpo social, “antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão.”⁵⁶

Outro aspecto sujeito a crítica refere-se a legitimidade do estado em estabelecer aos indivíduos o modelo social vigente. Através da mudança na “interioridade de um homem – o seu caráter, a sua moralidade, as suas inclinações psico-físicas”⁵⁷, a prevenção especial corrobora com o argumento de que a pena poderia ser utilizada para imposição de um valor moral.

Assim, de acordo com Carvalho, “as concepções penalógicas nas quais há simetria entre direito e natureza (teorias de Defesa Social) e direito e moral (teorias da emenda) são as mais antiliberais e antigarantistas teorias já concebidas”,⁵⁸ legitimando “modelos de direito penal máximo e tendencialmente ilimitado”⁵⁹ na medida que esta percepção de pena afasta o direito penal da análise do delito e da culpabilidade do autor, “aproximando-se de concepções ligadas a subjetivismos relativos a imposição de crenças ou convicções íntimas ao recluso.”⁶⁰ Pertinente o comentário de Rodrigues apud Natalia Gimenes Pinzon:

é necessário que haja o respeito pela liberdade de consciência do recluso, a realização positiva dos direitos fundamentais do recluso e a obrigação constitucional de intervenção social do estado (...) O estado contemporâneo, de natureza laica e secular, não se encontra legitimado para impor aos cidadãos códigos morais.⁶¹

⁵⁶ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. p. 186.

⁵⁷ CARVALHO, Salo. Pena e Garantias. p. 137.

⁵⁸ *ibid*, p. 139.

⁵⁹ QUEIRÓZ, Funções do Direito Penal; Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal. p. 58.

⁶⁰ PINTO, Natalia Regina. O princípio da humanidade da pena, a falência da pena de prisão e breves considerações sobre medidas alternativas, p. 295

⁶¹ PINTO, Natalia Regina. O princípio da humanidade da pena, a falência da pena de prisão e breves considerações sobre medidas alternativas, p. 296

Não se está com isso negando que o direito possua uma aspiração ética. O direito penal na medida que ambiciona evitar a prática e reprodução de condutas que afrontam os bens jurídicos tutelados demonstra um viés ético. Esta característica, frise-se é ética e não moral.

Nesse sentido cabível a explicação de Zaffaroni e Pierangeli ao distinguir dois conceitos que usualmente são concebidos como sinônimos:

ético usamos aqui em sentido vulgar, conforme o qual o 'ético' está referido ao comportamento social, isto é, às normas de condutas constituídas pela sociedade. 'A moral', ao contrário, vem assinalada pela consciência individual. 'O Moral' se refere às regras de conduta que cada um indica à sua consciência, o ético às pautas de conduta que lhe indica o grupo social⁶²

Ética e moral, portanto, são coisas distintas. O primeiro refere-se as regras pautadas no meio social pelo ordenamento jurídico, e, portanto, tem relação direta com o direito penal. Em contraponto, a moral diz respeito à consciência do indivíduo em relação a estas regras, ou seja, trata-se de uma apreciação subjetiva, já que cada indivíduo tem uma compreensão e juízo diferente sobre as normas, podendo, a partir daí, atuar de diversas formas.

Considerando, nessa perspectiva, que o direito penal não interfere na moral, mas sim, em certa medida, na ética, cuida-se de ressaltar que tal ingerência sofre restrições, já que a "aspiração ética não é um fim em si mesma, e sim que sua razão (seu porquê e seu para quê) sempre deverá ser a prevenção de futuras afetações de bens jurídicos."⁶³ Significa dizer que a ética deve estar relacionada a proteção de um bem jurídico na medida que não cabe ao direito penal tutelar um certo preceito ou uma mera reprovação ética. Em resumo, o Direito penal não pode proteger a ética quando não há violação a um bem jurídico.

⁶² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique (Coord.). Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral. p.93.

⁶³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique (Coord.). Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral. p. 94

Ainda, impor um padrão moral a ser seguido, infringiria a liberdade do cidadão em escolher suas próprias crenças ou ideologias. Compreendida assim, a ressocialização, segundo Bitencourt:

levaria a uma absurda e perigosa manipulação da consciência individual, deixando sempre sem resolver a questão de qual dos sistemas morais vigentes na sociedade deve-se tomar como referência para a adaptação do indivíduo, salvo se já se saiba a resposta de que, obviamente, a ressocialização deve estar relacionada ao sistema de valores da classe dominante.⁶⁴

Conforme Sarlet apud Natalia, “não podemos negar que o direito a vida, o direito de liberdade e de igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana”⁶⁵. Interessante a colocação de Natalia ao explicar o conceito de liberdade:

a liberdade de cada um não deve ser entendida apenas quanto ao aspecto do deslocamento, aquela de ir e vir. Falamos mormente de uma das mais nucleares liberdades do indivíduo: a liberdade de consciência. A liberdade de consciência engloba também várias facetas, dentre elas a liberdade de pensamento, a liberdade religiosa, a liberdade de expressão, e, principalmente, a liberdade de ser. Dessa forma, cria-se uma reserva de interioridade, em que a liberdade do homem é total, não sendo permitida a intromissão nem do estado nem da sociedade⁶⁶

Assim, o ideal ressocializador ao diferenciar os cidadãos entre dessocializados, dos demais indivíduos ditos “de bem”, fere o princípio constitucional da igualdade. De acordo com Salo:

a sociedade moderna niilista, dominada por valores morais decadentes, cinde a interpretação das ações a partir da dicotomia bem e mal, substancializando determinadas condutas ou pessoas. Ao estabilizar forma unívoca de valoração das ações humanas, naturaliza e hierarquiza determinada concepção moral, excluindo outras verdades ou morais possíveis, existentes. Necessária contra este processo de normalização e moralização a defesa de posições extramoriais que transportem os valores e interpretações para além da dicotomia bem e mal.⁶⁷

⁶⁴ BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. p. 137.

⁶⁵ PINTO, Natalia Regina. O princípio da humanidade da pena, a falência da pena de prisão e breves considerações sobre medidas alternativas, p. 296

⁶⁶ PINTO, Natalia Regina. O princípio da humanidade da pena, a falência da pena de prisão e breves considerações sobre medidas alternativas, p. 291

⁶⁷ CARVALHO, Salo de. Antimanual de criminologia. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 364.

A concepção do homem delituoso de “malvado” acarreta em uma distinção equivocada, taxando tal como um sujeito capaz de agir apenas através de condutas negativas, ao passo que o cidadão considerado de “bem”, em sentido contrário, somente se manifestaria com atitudes benéficas.” Tais visões ignoram o fato de que o ser humano manifesta-se através de diferentes condutas, ora benéficas, ora equivocadas. Tal concepção deve ser abandonada para aproximar-se de um conceito de homem como sujeito de virtudes e depravações, capaz de ações boas e ruins, de acordo com suas circunstâncias.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo quinto, refere de forma clara e inequívoca o direito de ser como uma das garantias fundamentais do indivíduo. Tais direitos tem como objetivo “assegurar a pessoa uma esfera livre de intervenção da autoridade política ou do estado.”⁶⁸ Nesse sentido, a imposição coativa de valores seria totalitária e infringiria o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, não se admite, conforme a autora que o estado através da pena, objetive transformar o “homem criminoso” em um “bom pai de família”, “pois estaríamos ferindo seus direitos fundamentais, tais como sua liberdade de consciência e assim, sua dignidade humana.”⁶⁹ Conclui Natalia Regina Pinto, com a seguinte exposição:

há uma esfera, então, que é a autodeterminação, em que não há a permissão de podermos sequer cogitar a possibilidade de ingerência do estado no foro íntimo da pessoa, (...) Alexy inclusive defende a esfera mais interna como âmbito último intangível da liberdade humana, que não está suscetível nem a ponderações, que deve ser visto também com algum cuidado. Com isso, repudiamos repúdio à ingerência que possa levar à coisificação e a instrumentalização de ser humano, pois as pessoas são os fins em si mesmas, inclusive os criminosos⁷⁰

No mesmo sentido, alude Fernando Vernice dos Anjos, o qual refere que o ordenamento jurídico brasileiro concebe uma sociedade pluralista, onde coexistem em constante ebulição, classes e grupos sociais, econômicos, culturais, ideológicos de diversas variações. Prossegue o autor:

⁶⁸ PINTO, Natalia Regina. O princípio da humanidade da pena, a falência da pena de prisão e breves considerações sobre medidas alternativas, p. 290

⁶⁹ *Ibid*, p. 291

⁷⁰ *ibid*, p. 295

cuida-se, portanto de uma sociedade conflitiva, de interesses contrapostos ou antinômicos. Neste contexto, o pluralismo significa não apenas o respeito à diversidade e a diferença, mas sobretudo, a busca do equilíbrio nas relações atritivas ou tensionais e no convívio entre os opostos⁷¹

Num estado democrático de direito, não é aceitável que o estado determine a personalidade que o sujeito deve ter para poder retornar ao convívio social. De acordo com Luis Chaves Camargo, apud Fernando Vernice dos Anjos, o que caracteriza o Estado Democrático de Direito “é o direito de cada um desenvolver sua personalidade de acordo com os valores que assimila no contexto social e da forma como os compreende, num agir comunicativo com o grupo social, adequado a este desenvolvimento”⁷². Acrescenta Juan Bustos Ramirez, apud artigo Fernando Vernice dos Anjos, que a ressocialização pode significar o “máximo de desumanização e de absolutismo arbitrário ao querer impor uma verdade única, descartando as posições minoritárias e divergentes”.⁷³

Por conseguinte, se observa que nenhum argumento é legítimo para a maioria do corpo social impor a minoria suas determinações e condutas. Nesse sentido, o autor concluiu sua exposição:

numa sociedade pluralista, o estado não está legitimado a corrigir quem quer que seja, tampouco por meio da pena objetivar o arrependimento. Ao contrário, as convicções de cada um hão de ser respeitadas. O Estado não tem legitimação para impor valores morais – o pluralismo exige respeito pelas diferenças e tolerância de qualquer subjetividade humana por mais perversa que seja”⁷⁴

Além do que, numa sociedade pluralista a imposição de um valor, “exclui a diversidade de interesses, a multiplicidade de ordenamentos vigentes, mantém entre si uma relação mais conflitiva que pacífica.”⁷⁵

⁷¹ DOS ANJOS, Fernando Vernice. Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro, p. 75.

⁷² *ibid*, p. 75.

⁷³ *ibid* p. 75.

⁷⁴ *ibid* p. 76.

⁷⁵ BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. p. 137.

Esse é o entendimento de Bitencourt ao analisar o problema levando em consideração a sociedade como um ambiente mutável. As normas sociais não podem impor um processo socializador. Independente do modelo social a ser buscado, este não ficará estagnado no tempo, já que as regras norteadoras da sociedade modificam-se no decorrer do tempo.

Assim seria inconcebível a adaptação do indivíduo a cada surgimento de novo padrão. Os indivíduos nem bem estariam adaptados com o padrão atual quando surgiria um novo alterando o vigente, implicando um novo ajustamento. Assim, a convivência social pacífica, a qual carece de uma relação interativa e comunicativa entre normas e indivíduos restaria conturbada diante de constantes alterações.

3.2 Efeito criminógeno da prisão

A princípio, ao se analisar a prisão como local idôneo para ressocialização, já se verifica um paradoxo. Tendo como base que o objetivo é a reintegração do apenado ao corpo social, após o cumprimento de pena, se questiona a efetividade de tal resultado diante do isolamento do recluso: como educar para a liberdade em condições de não-liberdade?

O apenado, durante o cumprimento de pena, permanece segregado do ambiente externo, sem contato com local que futuramente seguirá sua vida. Nesse sentido, o recluso é submetido a um processo duplamente negativa da “desculturação”, num primeiro momento e, concomitantemente a “aculturação”.⁷⁶

3.2.1 Desculturação

Logo ao ser preso, o recluso perde o contato com o ambiente que lhe era habitual, as relações interpessoais modificam-se, o local de trabalho desaparece, e até mesmo condições alimentares e de higiene são bruscamente alteradas. A

⁷⁶ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. p. 185.

liberdade de comportamento, expressão, locomoção que lhe eram vastamente amplas, passam a ser totalmente limitadas.

Conforme Baratta, esse processo de afastamento da sociedade é denominado “desculturação”, ideia que traduz o sentido de perda das características que norteiam a sociedade e de comportamento que o apenado apresentava antes de ser recolhido. O recluso diante do novo ambiente vai desligando-se das coisas que era acostumado, perdendo a noção da vida em liberdade, passando a apresentar determinadas características, como bem aponta Baratta:

a desaptação às condições necessárias para a vida em liberdade, diminuição da força de vontade, perda do senso de auto-responsabilidade do ponto de vista econômico e social), a redução do senso da realidade do mundo externo e a formação de uma imagem ilusória deste, o distanciamento progressivo dos valores e dos modelos de comportamento próprios da sociedade externa⁷⁷

Os presos, nas palavras de Maria Alice de Miranda dos Santos, “perdem a sua identidade, privacidade, auto-estima, permanecem isolados, improdutivos (muito tempo na ociosidade)”.⁷⁸ Este tempo em que permanecem desocupados é destrutivo, pois os presos o utilizam para pensar, articular e organizar novos crimes.

Ainda, o cárcere impõe ao preso inúmeras limitações, tais como afasta o recluso da convivência habitual com a família, “sem falar é claro da falta de liberdade, intimidade, que podem ocasionar, [...] estados de angústia com alucinações e atitudes paranóicas”⁷⁹, menciona Bitencourt apud Maria Alice de Miranda dos Santos. O isolamento do encarcerado e a conseqüente perda de contato com o ambiente externo, nesse sentido, contribuem para que estes continuem na criminalidade.

Ressalta Goffman que a mudança é ríspida. O recluso chega ao cárcere com uma concepção de si, resultante das experiências ocorridas ao longo de sua vida, das quais prontamente é despido. De acordo com o autor:

⁷⁷ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. p. 184.

⁷⁸ DOS SANTOS, Maria Alice de Miranda. A Ressocialização do Preso no Brasil e suas Conseqüências para a Sociedade, p.24

⁷⁹ *ibid*, p.25

A barreira que as instituições totais colocam entre o internado e o mundo exterior assinala a primeira mutilação do eu. Na Vida Civil, a sequência de horários dos papéis do indivíduo, tanto no Ciclo vital quanto nas repetidas rotina diárias, assegura que um papel que desempenhe não impeça sua realização e suas ligações em outro mais amplo. Nas instituições totais, ao contrário, a participação automaticamente perturba a sequência de papéis, pois a separação entre o internado e o mundo dura o tempo todo e pode continuar por vários anos. Por isso ocorre o despojamento do papel⁸⁰

Mudanças radicais acontecem em relação as “crenças que tem a seu respeito e a respeito dos outros que são significativos para ele”⁸¹. O afastamento da família, na medida que as visitas e as saídas temporárias são limitadas, a falta de prosseguimento na execução de tarefas que o apenado desenvolvia no ambiente externo auxiliam fortemente na perda de percepção do recluso.

Goffman relata que até mesmo a perda do nome pode ser sentida, na medida que ao ingressar no cárcere é taxado como “peixe” ou “calouro” e é cientificado de que “é apenas mais um internado, e, mais ainda, que tem uma posição baixa mesmo nesse grupo baixo.”⁸² Nesse sentido ressalta Goffman:

O processo de admissão pode ser caracterizado como urna despedida e um começo, e o ponto médio do processo pode ser marcado pela nudez. Evidentemente, o fato de sair exige urna perda de propriedade, o que é importante porque as pessoas atribuem sentimentos do eu aquilo que possuern. Talvez a mais significativa dessas posses não seja física, pois é no nome; qualquer que seja a maneira de ser chamado, a perda de nosso nome é urna grande mutilação do eu⁸³

Observa-se nesse sentido, que desde o ingresso no cárcere o apenado é submetido a situações degradantes. Até mesmo um direito elementar, de ser chamado pelo próprio nome, lhe é privado, fato que pode parecer irrisório, mas que inconscientemente traz sérios prejuízos ao recluso em relação a compreensão que tem de si mesmo.

⁸⁰ GOFFMAN, Erving. Manicômios, Prisões e Conventos. Brasil: Editora Perspectivas S.A, 2003, p.24

⁸¹ *ibid*, p. 24.

⁸² *ibid*, p. 27.

⁸³ *ibid*, p. 27.

Outro aspecto que prejudica na auto imagem do recluso é a consideração pela instituição carcerária dele como simples sujeito de necessidades. Conforme Bitencourt, o apenado é analisado como se fosse um elemento carecedor de necessidades, “anulando toda a sua iniciativa e submetendo-os a estrita classificação e ordem disciplinar”⁸⁴

Refere ainda Maria Alice de Miranda dos Santos⁸⁵, que o ambiente penitenciário desestrutura a condição emocional do encarcerado, o que colabora para o seu desequilíbrio mental. Segundo Cezar Roberto Bitencourt:

Outros dos efeitos negativos da prisão sob o ponto de vista psicológico é que os reclusos tendem com muita facilidade adotar uma atitude infantil e regressiva. Essa atitude é o resultado da monotonia e minuciosa regulamentação a que está submetida a vida carcerária⁸⁶

Menciona ainda que:

A prisão violenta o estado emocional, e, apesar das diferenças psicológicas entre as pessoas, pode-se afirmar que todos os que entram na prisão – em maior ou menor grau – encontram-se propensos a algum tipo de reação carcerária. A prisão impõe condições de vida tão anormais e patológicas que precisamente os que melhor se adaptam ao seu regime são, geralmente, os indivíduos que podem ser classificados dentro do tipo esquizóide.⁸⁷

Nesta medida, o afastamento de um indivíduo do seu meio social acarreta um desajustamento tão intenso que dificilmente ocorrerá a reinserção social do apenado, principalmente se a pena for superior a dois anos. Assim, de acordo com Bitencourt:

um homem, por exemplo, que no início do século XX fosse condenado a cinco anos de prisão talvez, diante das condições da época, pudesse ser 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.⁸⁸

⁸⁴ BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. p. 201.

⁸⁵ DOS SANTOS, Maria Alice de Miranda. A Ressocialização do Preso no Brasil e suas Consequências para a Sociedade.

⁸⁶ BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. p. 198.

⁸⁷ *ibid* p. 199.

⁸⁸ *ibid*, p. 159.

Interessante o apontamento de Bitencourt ao ressaltar o fator tempo sobre a ressocialização. De fato, se o período que o recluso permanecer segregado for extenso, as chances de voltar ao corpo social reintegrado são ainda menores. Nesse sentido, corrobora com o entendimento Goffman:

se a estada do internado é muito longa, pode ocorrer, caso ele volte para o mundo exterior o que já foi denominado desculturamento, isto é, 'destreino' que o torna temporariamente incapaz de enfrentar alguns aspectos de sua vida diária.⁸⁹

Quanto mais tempo permanecer separado do ambiente que vivia anteriormente, escassas as chances de sentir-se parte deste local novamente, ainda mais em tempos que as mudanças ocorrem em ritmo bastante acelerado. Perante o compasso que se desenvolve a vida moderna, “em que as transformações se produzem com espantosa rapidez, é muito provável que a prisão venha a ser cada vez mais criminógena.”⁹⁰

De acordo com Bitencourt, o cárcere apresenta-se como um ambiente adverso com a comunidade livre, sendo submetido a condições de vida anormais, “convertendo-se em meio artificial, antinatural” na medida que enquanto encontrava-se em seu meio era livre para autodeterminar-se, enquanto que na prisão seus atos são restringidos. O processo de ressocialização do apenado resta ineficaz, já que não há possibilidade de reeducá-lo, readaptá-lo à sociedade privando-o de sua liberdade.

É o que sustenta José Henrique Kaster Franco, apud Maria Alice de Miranda dos Santos, ao apontar uma incongruência que crê insuperável: “não há como preparar alguém para viver em sociedade privando-o do convívio desta mesma sociedade”.⁹¹

As penas privativas de liberdade, nesse sentido, “não só servem para prender o interno em um espaço determinado, senão também para isolá-lo

⁸⁹ GOFFMAN, Erving. Manicômios, Prisões e Conventos. Brasil: Editora Perspectivas S.A, 2003, p. 23.

⁹⁰ BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. p. 159

⁹¹ DOS SANTOS, Maria Alice de Miranda. A Ressocialização do Preso no Brasil e suas Consequências para a Sociedade. p. 22.

socialmente”⁹², o que dificulta ainda mais a ressocialização e a chance de afastar-se da criminalidade.

3.2.2 A Prisionalização e o aperfeiçoamento do recluso na criminalidade

O segundo momento, “oposto mas complementar, é o da aculturação ou prisionalização”⁹³ ou ainda conforme Goffman, apud Hassemer de “enculturação”.⁹⁴ Tal conceito traduz-se na ideia de habituação ao sistema prisional, de aproximação aos valores presentes no cárcere. Consiste, como bem exposto por Baratta, na “assunção das atitudes, dos modelos de comportamento, dos valores característicos da subcultura carcerária.”⁹⁵ Assim, conforme Hassemer:

o interno adota durante sua estada na prisão uma nova linguagem, gíria ou jargão carcerário, desenvolve novos hábitos no comer, vestir e dormir, aceita um papel secundário, ou, pelo contrário, converte-se em líderes dos demais internos, estabelece novas amizades e determinadas formas de relação (...).⁹⁶

Nesta acepção, Bitencourt refere a prisionalização como:

Prisionalização é a forma como a cultura carcerária é absorvida pelos internos. Trata-se de conceito similar ao que em sociologia se denomina assimilação. Quando uma pessoa ingressa em um grupo, ou quando dois grupos se fundem, produz-se uma assimilação. A assimilação implica um processo de aculturação de parte dos incorporados. (...) Os indivíduos que ingressam na prisão não são, evidentemente, substancialmente diferentes dos que ali já se encontram, especialmente quanto a influência culturais. (...) A prisionalização também se assemelha consideravelmente com o que em sociologia se chama processo de socialização. (...) o recluso é submetido a um processo de aprendizagem que lhe permitirá integrar-se à subcultura carcerária⁹⁷

⁹² HASSEMER, Winfried e CONDE, Francisco Munõz. Introdução à criminologia. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 186.

⁹³ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal., p. 184.

⁹⁴ HASSEMER, Winfried e CONDE, Francisco Munõz. Introdução à criminologia. p. 186.

⁹⁵ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal., p. 184.

⁹⁶ HASSEMER, Winfried e CONDE, Francisco Munõz. Introdução à criminologia. p. 187.

⁹⁷ BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. p. 185

Esta subcultura pode ser analisada sob o feitiço das relações sociais e de poder, das normas, dos valores, das atitudes que orientam estas relações, bem como sob a ótica das relações entre os apenados e o staff da instituição penal. Nessa perspectiva, o resultado negativo da prisionalização decorre de dois processos característicos: “educação para ser criminoso e educação para ser bom preso.”⁹⁸

A “educação para ser criminoso” refere-se ao cárcere como local onde os apenados apreendem ainda mais sobre a conduta delituosa. O jargão popular de que a prisão é “a escola do crime” vai ao encontro de críticas auferidas por diversos doutrinadores.

Nas palavras de Bitencourt, o cárcere é um ambiente onde características como mentira e dissimulação estão presentes, em que a prática reiterada de mentir “cria um automatismo de astúcia e de dissimulação que origina os delitos penitenciários, os quais, em sua maioria, são praticados com artimanhas (furtos, jogos, estelionatos, tráfico de drogas)”. Outrossim, corrobora o explicado por Baratta:

o fato de que a hierarquia e a organização informal da comunidade é dominada por uma restrita minoria de criminosos com forte orientação anti-social, que, pelo poder, e portanto, pelo prestígio que goza, assume a função de modelo para os outros, 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 (também relativos às necessidades sexuais) na comunidade carcerária, favorece a formação de hábitos mentais inspirados no cinismo, o culto, e no respeito à violência ilegal. Desta última é transmitido ao preso um modelo não apenas antagônico em face do poder legal, mas também caracterizado pelo compromisso com este.⁹⁹

Um bom exemplo prático do efeito criminógeno da prisão é de Hibber, apud Bitencourt, que cita casos de pessoas que eventualmente cometiam delitos, ainda de baixa danosidade social, os quais após a experiência do cárcere, voltaram a sociedade ainda mais marginalizados. “Fui enviado a uma instituição para jovens

⁹⁸ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. p. 184

⁹⁹ BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. p. 159.

com a idade de 15 anos e saí dali com 16 convertido em um bom ladrão de bolsos, confessou um criminoso comum. Como ladrão fui enviado a uma instituição total, onde adquiri todas as características de um delinquente profissional, praticando desde então todos os tipos de delitos que praticam os criminosos.”¹⁰⁰

A prisão, nesse sentido, produz uma delinquência própria para enraizar no criminoso suas disposições delituosas, de modo que a aprendizagem do crime, a formação de associações delitivas, são algumas das consequências do ambiente penitenciário. Nesse sentido, refere Fernando Vernice dos Anjos, que o processo de prisionização implica na submissão do preso a um código próprio dos internos, exercido pelos líderes deste universo isolado¹⁰¹, em que sua personalidade dificilmente se manterá íntegra diante de trocas, benefícios e condutas estigmatizantes comuns ao local.

Corroborando o acima exposto, o fato de que as principais organizações criminosas, segundo José Henrique Kaster Franco, apud Maria Alice de Miranda dos Santos, formaram-se em estabelecimentos prisionais:

As duas maiores organizações criminosas conhecidas no Brasil, Comando Vermelho e Primeiro Comando da Capital, nasceram, provavelmente, de um vácuo estatal. Supõe-se que o primeiro tenha surgido para evitar a tortura de presos. O segundo, para auxiliar as famílias dos encarcerados. Evidentemente, cooptaram muitos adeptos, que, ao deixarem as prisões, retribuem a proteção e os favores recebidos, associando-se definitivamente a uma carreira criminosa.¹⁰²

Todas essas características vivenciadas pelo preso corroboram com a ideia de que o estabelecimento prisional antes que instituto de educação, consiste em fator criminógeno, fazendo com que o indivíduo encarcerado torne-se ainda mais marginalizado. Na prisão, de acordo com Fernando Vernice dos Anjos, “o interno mais desenvolverá a tendência criminosa que trouxe de fora do que a anulará ou suavizará”¹⁰³

¹⁰⁰ BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. p. 158.

¹⁰¹ DOS ANJOS, Fernando Vernice. Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro, p. 84.

¹⁰² DOS SANTOS, Maria Alice de Miranda. A Ressocialização do Preso no Brasil e suas Consequências para a Sociedade. p. 29.

¹⁰³ DOS ANJOS, Fernando Vernice. Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro. p. 84.

Outro aspecto que demonstra a falácia conservada pela ideologia ressocializadora refere-se aos resultados das pesquisas, os quais apontam as dificuldades estruturais presentes no cárcere. No mesmo sentido, até mesmo em prisões consideradas como modelos resta evidenciado o fracasso da pena privativa de liberdade. Um dos fatores que auxilia na impossibilidade da reabilitação é a superpopulação carcerária. Conforme Baratta, o amontoado humano no cárcere é geral, cita os estabelecimentos prisionais da Espanha, um dos índices mais altos da Europa, em que o percentual de ocupação é de 130, 30 a mais que o desejado. No Brasil a situação não é diferente, as condições das prisões é caótica. De acordo com Khaled Jr.:

O país tem hoje a quarta maior população carcerária do mundo e marcha triunfalmente em direção ao terceiro posto, que é ocupado pela Rússia. O primeiro e segundo lugares pertencem aos Estados Unidos e à China, respectivamente. No entanto, a taxa de ocupação brasileira é muito superior à americana (106%) e russa (91%), atingindo mais de 184% em 2012. 28 A superlotação provoca flagrante violação aos limites estabelecidos normativamente: por lei cada preso tem direito a 6 metros quadrados de cela, mas na prática acaba tendo apenas 70 centímetros nas prisões mais superlotadas.¹⁰⁴

Devido a grande superpopulação decorrem outros problemas, como de saúde, de higiene, de falta de intimidade. Também, de acordo com Hassemer, “os índices de suicídios, autolesões e consumo de drogas”¹⁰⁵ são superiores ao da vida em liberdade. “A alimentação, as áreas de convivência, as condições climáticas da cela”¹⁰⁶ da mesma forma impedem que o recluso usufrua de condições mínimas para sobrevivência.

¹⁰⁴ KHALED JR, Salah. Os níveis de dor intencional e o holocausto nosso de cada dia: renúncia aos discursos de justificação da pena e ao mito da ressocialização, p. 10.

¹⁰⁵ HASSEMER, Winfried e CONDE, Francisco Munõz. Introdução à criminologia. p. 187.

¹⁰⁶ *Ibid*, p.188.

4 EM BUSCA DE UMA NOVA PERSPECTIVA

Considerando o exposto no presente trabalho verifica-se claramente que a função atribuída a pena privativa de liberdade não alcança sua finalidade. O ideal ressocializador não é alcançado, já que o delinquente volta a cometer delitos. Da mesma forma, se observa que o discurso perquirido pela teoria da prevenção especial ao buscar adequar o indivíduo aos padrões vigentes fere princípios substanciais do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, de acordo com Khaled Jr., “precisamos romper com a ilusão do correccionalismo projetado pela LEP e reconduzir o problema da pena ao universo constitucional”.¹⁰⁷

Diante de tais constatações indaga-se se há alguma medida que possa ser feita para minimizar os danos registrados pelo cárcere? E em caso afirmativo, que medidas podem ser tomadas para abrandar o caos encontrado no atual panorama dos estabelecimentos prisionais brasileiros?

Nesse sentido, o capítulo a seguir busca contribuir, de certa forma, para uma nova visão acerca da pena privativa de liberdade. De um lado, diante da ineficácia da ressocialização, um objetivo mais modesto, a busca por um patamar mínimo, a não dessocialização do encarcerado. De outro, um encontro à fase anterior a execução, trata-se de aprisionar apenas em casos evidenciados como necessários, da aplicação da pena como ultima ratio.

Frisa-se, que diante da complexidade e da diversidade de enfrentamentos acerca do tema, não se almeja esgotar a problemática. O que se objetiva, é traçar linhas introdutórias capazes de contribuir, em alguma medida, para oferecer instrumentos capazes de minimizar as mazelas ocasionadas pelo cárcere, a fim de garantir a efetivação dos direitos inerentes ao Estado Democrático de Direito.

¹⁰⁷ KHALED JR, Salah. Os níveis de dor intencional e o holocausto nosso de cada dia: renúncia aos discursos de justificação da pena e ao mito da ressocialização, p. 18.

4.1 Por um patamar mínimo: a busca pela não-dessocialização

Analisados os resultados criminógenos da prisão e a ineficácia da ressocialização, imprescindível que a direção seja alterada, de uma ressocialização para um objetivo mais modesto, o alcance de uma não-dessocialização, a fim de que o encarcerado durante o cumprimento da pena não se introduza ainda mais no âmbito da criminalidade e ainda que, em alguma medida, possa ter respeitados os direitos fundamentais emanados na Carta Constitucional. Nesse sentido expõe João Paulo Sanginon:

O conceito de “socialização”, neste sentido, deve comportar, incondicionalmente, a ideia da “não-dessocialização”, permitindo-se, apenas assim, nas palavras de Anabela Rodrigues, “cumprir a Constituição e dissolver o paradoxo, por tantos apontado, de se pretender preparar a reinserção social num contexto, por definição, a-social” Corroborando este posicionamento doutrinário, MIR PUIG assinala que se deve oferecer ao apenado meios que tornem mais fácil uma vida futura sem delitos. Assim, debe empezarse por ofrecer alternativas a la privación de libertad y, cuando ésta sea inevitable, una ejecución humana que respete la dignidad del recluso y dificulte la desocialización que suele producirse en el medio carcelario¹⁰⁸

No mesmo sentido, pertinente o comentário de Khaled Jr.:

Muitos podem sonhar com a extinção do direito penal e a abolição da pena, mas convenhamos que embora isso possa ser desejável, dificilmente será possível em nosso tempo. Seria inclusive temerário se isso acontecesse agora, pois é bem provável que algo ainda pior tomaria o lugar do sistema penal. O que podemos fazer é abalar as estruturas do pensamento e ver o que remanesce, o que se sustenta, o que pode contribuir para fazer com que a realidade concreta deixe de ser o lugar do insuportável, ou ao menos, fazer com que esse insuportável deixe de ser percebido como suportável, o que é imprescindível para que qualquer mudança ocorra¹⁰⁹

Trata-se de aceitar que a ressocialização não se efetiva e a partir daí, buscar instrumentos idôneos para mitigar os efeitos do cárcere no apenado. Se o encarcerado não pode ser ressocializado, que durante o cumprimento da pena,

¹⁰⁸ SANGION, João Paulo. Reflexões acerca da compreensão conceitual-teleológica do “direito” à (re)socialização do recluso, como um dos fins preventivo-especiais da pena privativa de liberdade, p. 2.

¹⁰⁹ KHALED JR, Salah. Os níveis de dor intencional e o holocausto nosso de cada dia: renúncia aos discursos de justificação da pena e ao mito da ressocialização, p. 22.

possa ao menos ter respeitado seus direitos e que perca o mínimo possível de contato com o corpo social. Trata-se, por um lado, de prestar cuidados para que o encarcerado não cometa novos crimes e, por outro, “respeitar seus direitos de livre pensamento, adoção de valores e formas de ver o mundo.”¹¹⁰

Nesse sentido, Carvalho reinterpreta a noção contratualista no estado democrático de direito, em que não apenas o corpo social, mas no mesmo grau, os encarcerados são sujeitos de direitos que devem ser respeitados, “aceitando que inevitavelmente a pena produzirá sofrimento”¹¹¹, buscar meios capazes de “minimização da dor e redução de danos”¹¹². Trata-se de levar a tona direitos “não relacionando mais à sociedade e aos homens que ‘fielmente cumprem às leis’, mas aos indivíduos que a violaram, aos destinatários da pena.”¹¹³

De acordo com Ferrajoli apud Carvalho, a noção contratualista de “dirigir todas as ações da sociedade com este único fim: todo o bem-estar possível para a maioria”¹¹⁴ deve ser reinterpretada para expressão: “máxima felicidade possível para a maioria não desviante e mínimo sofrimento necessário para a minoria desviante.”¹¹⁵

Ainda, cuida-se de considerar que “o mal da prisão é a própria prisão,”¹¹⁶ mas que sua extinção, assim como acima referido por Khaled Jr., seria muito difícil de ocorrer e que tal, poderia ser substituída por uma instituição ainda mais desrespeitadora de direitos.

Conforme Baratta, diante da impossibilidade de extinção da pena privativa de liberdade faz-se imprescindível uma reinterpretação dos conceitos tradicionais, uma reintegração não “por meio da” prisão, mas “ainda que” de sua existência.”¹¹⁷

¹¹⁰ DOS ANJOS, Fernando Vernice. Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro, p. 50.

¹¹¹ KHALED JR, Salah. Os níveis de dor intencional e o holocausto nosso de cada dia: renúncia aos discursos de justificação da pena e ao mito da ressocialização, p. 9.

¹¹² *ibid*, p. 22.

¹¹³ CARVALHO, Salo. Pena e Garantias. p. 146.

¹¹⁴ *Ibid*, p. 146.

¹¹⁵ *Ibid*, p. 146.

¹¹⁶ DA COSTA, Álvaro Mayrink. Pena Privativa de Liberdade (Passado, Presente e Futuro), p. 66.

¹¹⁷ BARATTA, Alessandro. RESSOCIALIZAÇÃO OU CONTROLE SOCIAL: Uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado, p. 3.

Nessa perspectiva, na busca de tentar conciliar a ressocialização com o Estado Democrático de Direito “surge o programa mínimo de ressocialização, com uma nova visão da execução penal, (...) com a finalidade de conciliar a liberdade do indivíduo com a ordem social.”¹¹⁸

De acordo com essa teoria, o indivíduo não é coagido, mas lhe é oferecido condições de reintegrar-se a sociedade, através de uma atuação penal que respeite a sua dignidade humana. A reincorporação à sociedade é feita pelo estado, “que deve oferecer (não impor) aos criminosos meios para voltar ao convívio social, por intermédio da conscientização.”¹¹⁹ Nesse sentido, de acordo com Queiróz, apud Fernando Vernice dos Anjos:

Embora não seja a missão do estado moralizar seus jurisdicionados, por meio da violência dos instrumentos punitivos, é dever seu proporcionar, e sem pretender alterar seus esquemas de valores, as condições necessárias à reintegração do cidadão infrator à vida social, quando disse necessite. Sendo assim, o fim da pena preventivo especial é contrutivo, em uma tentativa de reordenar o conceito valorativo do condenado¹²⁰

Trata-se, nesse sentido, de oportunizar ao apenado meios para que, ao retornar ao convívio social não cometa mais crimes¹²¹. O encarcerado não é manipulado, nem a ele é imposto o programa ressocializador do estado, “o que não impede que ele seja incentivado a tanto”¹²²

A fim de minimizar os males ocasionados pelo cárcere Baratta bem refere algumas medidas que podem ser adotadas. Um ponto destacado pelo autor é a necessidade de “promover oportunidades de reinserção “assistida” em outro meio diferente do original.”¹²³ Significa dizer que o local onde o apenado retornará seja modificado, no sentido de melhorar a qualificação profissional e ocupação dos ex-

¹¹⁸ DOS ANJOS, Fernando Vernice. Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro, p. 50.

¹¹⁹ *Ibid*, p. 51.

¹²⁰ *Ibid*, p. 51.

¹²¹ Cabe ressaltar que tal teoria não tem resultado para alguns delitos, como os crimes de “colarinho branco”, em que as condutas não estão vinculadas a fatores econômicos e sociais. Porém, ao considerar-se que a grande massa carcerária constitui-se de agentes que praticaram “obras toscas,” tais como furto e roubo, a teoria em apreço merece ser levada em consideração.

¹²² DOS ANJOS, Fernando Vernice. Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro, p. 51.

¹²³ BARATTA, Alessandro. RESSOCIALIZAÇÃO OU CONTROLE SOCIAL: Uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado, p. 4.

presos. Da mesma forma o incentivo “por meio de programas de formação e eventos culturais, debates públicos e reuniões que incluam os detentos e ex-apenados”¹²⁴ também seriam eficazes.

Outro ponto de grande relevância refere-se a “presunção de normalidade do preso.”¹²⁵ Trata-se de abandonar a concepção de preso como ser dotado de determinadas características, que o fato de ser encarcerado já leva a conclusão que possui determinadas qualidades. Tal consideração despreza o ser em sua individualidade o que implica na desconsideração de necessidades que são peculiares a ele, de “programas e benefícios oferecidos a ele devem ser planejados e implementados conforme a necessidade de cada apenado, e não de apenas um projeto para toda massa carcerária.”¹²⁶

A “averiguação do grau de ressocialização ou de periculosidade,”¹²⁷ também devem ser abandonadas. De acordo com Baratta e como já referido no primeiro capítulo, tal visão avizinha-se ao direito penal do autor, focando a análise em juízos subjetivos e abstratos que levam a conclusões arbitrários. Os critérios a ser considerados, de forma oposta, devem ser objetivos e “jurídicos” baseados na análise da conduta infratora e na culpabilidade do agente. Ainda de acordo com Carvalho, os modelos classificatórios binários em relação ao homem “nos quais a oposição entre atos corretos ou incorretos, pessoas culpadas ou inocentes, produziria a destruição de laços societários horizontais.”¹²⁸

Na mesma perspectiva de grande relevância é a continuidade da assistência ao preso mesmo após o cumprimento da pena. De acordo com Baratta:

“A continuidade estrutural dos programas nas duas etapas é, por sua vez, um fator integrante de abertura recíproca e de interação entre a prisão e a sociedade, de superação das rígidas barreiras estruturais entre as funções. No fim, ela é um momento de mediação entre as duas dimensões da reintegração social: uma dirigida aos presos e ex-detidos e a outra ao meio e estrutura social.”¹²⁹

¹²⁴ BARATTA, Alessandro. RESSOCIALIZAÇÃO OU CONTROLE SOCIAL: Uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado, p. 4.

¹²⁵ *Ibid*, p. 4.

¹²⁶ *Ibid*, p. 5.

¹²⁷ *Ibid*, p. 5.

¹²⁸ CARVALHO, Salo. Pena e Garantias. p. 251.

¹²⁹ BARATTA, Alessandro. RESSOCIALIZAÇÃO OU CONTROLE SOCIAL: Uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado, p. 6.

A “Reciprocidade e rotação das funções,”¹³⁰ é outra característica referida por Baratta, tal aferição significa uma comunicação, “de aprendizagem recíproca e, portanto, também, de alívio da perturbação e de libertação das freqüentes síndromes de frustração”¹³¹ entre todos os integrantes do estabelecimento prisional, presos, psicólogos, assistentes sociais, agentes penitenciários.

4.2 Prisão como ultima ratio e modelo alternativo para solução da lide

Ainda que possa ser alcançada, em alguma medida, a não-dessocialização do apenado, acredita-se que a principal ferramenta a ser utilizada deve ocorrer na fase anterior a execução da pena privativa de liberdade, a ideia de prender apenas quando verificada veemente necessidade e de aplicação de penas alternativas a prisão.

Uma grande questão, de acordo com Luis Flávio Gomes, refere-se à elaboração de um amplo programa de descriminalização. De acordo com o jurista, “há muitas infrações que hoje ainda ostentam a categoria de delito ou contravenção, mas que deveriam ser eliminadas do Direito penal.”¹³² Nesse sentido esclarece:

Não se pode confundir despenalização com descriminalização, visto que esta última significa proscrever (aniquilar) o caráter de crime do fato. A lei dos juizados criminais não retirou do ordenamento jurídico-penal brasileiro nenhum delito. Tudo ficou intacto (tal como estava): o que ela fez foi prever penas alternativas para as infrações de menor potencial ofensivo e isso configura, claramente, despenalização (não descriminalização)¹³³

Trata-se, segundo o autor, não de deixar a punição de lado, mas sim de punir de forma diferente, com medidas alternativas capazes de ir além de um mero retribucionismo.

¹³⁰ BARATTA, Alessandro. RESSOCIALIZAÇÃO OU CONTROLE SOCIAL: Uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado, p. 7.

¹³¹ *Ibid*, p. 7.

¹³² GOMES, Luis Flávio. Penas alternativas como regra.

¹³³ GOMES, Luis Flávio. Penas alternativas como regra.

Observa-se que mesmo após o advento da Lei dos Juizados Criminais a pena de prisão continuou a ser a principal resposta ao delito. De fato, considerando alguns delitos, esta deve ser a resposta penal. Ocorre que, nos estabelecimentos prisionais brasileiros não são estas espécies que constituem a maioria de crimes. Como é sabido, grande parte dos delitos sancionados pela pena privativa de liberdade giram em torno de obras toscas que poderiam ser repudiadas através de outra pena. Nessa perspectiva, para o Promotor de Justiça Geder Rocha Gomes, apud Luis Flávio Gomes, deve haver a “eliminação apriorística da pena de prisão naquelas infrações médias ou menores”¹³⁴

Prosegue o autor:

cuida-se, como se vê, de proposta político-criminal invertida em relação à que foi adotada em 1995. Parte-se (na nova proposta) de uma cominação direta de pena alternativa, tal como ocorreu, v.g., com o art. 28 da nova lei de drogas (penas alternativas para os usuários de drogas)¹³⁵

Nesse sentido, como bem apontado pelo autor retro mencionado, delitos de pouca danosidade social, como é o caso da posse de drogas não carecem da sanção pena de prisão. Estes crimes podem ser repreendidos através de medida repressivas alternativas como a prestação de serviços à comunidade e pena pecuniária.

A aplicação de sanções alternativas ocasionaria um resultado positivo ao condenado e também a sociedade. Na medida que a pena seria cumprida fora do estabelecimento prisional, o apenado não perderia contato com o ambiente que é habituado, da mesma forma, não se aperfeiçoaria no crime já que na comunidade lhe seriam dadas oportunidades diversas, e não o aprofundamento na criminalidade, que é o que ocorre com os reclusos.

As chances de reincidência, ao mesmo tempo, também diminuem, já que o recluso não ficará isolado na prisão, ao passo que cumpre a pena terá contato com atividades diferentes, podendo até mesmo despertar interesse por elas, como já se teve conhecimento. Daí a decorrência, de um resultado benéfico para a sociedade também, já que a não reincidência implicará na diminuição da

¹³⁴ GOMES, Luis Flávio. Penas alternativas como regra.

¹³⁵ GOMES, Luis Flávio. Penas alternativas como regra.

criminalidade. No mesmo sentido, o menor encarceramento ocasionaria um maior respeito aos direitos dos apenados, já que previsões legais como o mínimo de espaço reservado a cada preso seria seguido.

Pelo exposto, constata-se que a ampliação do leque de crimes os quais são aplicados penas alternativas a pena de prisão torna-se medida impositiva. A pena privativa de liberdade deve, portanto, ser utilizada apenas contra aqueles crimes considerados graves. Para aqueles considerados de pouca danosidade social devem ser aplicadas outras medidas, como é o caso da prestação de serviços á comunidade e prestação pecuniária.

De ser ressaltado ainda, “a construção de formas de justiça participativa e comunitária, mais próximas das relações privadas e distantes do modelo sancionatório.”¹³⁶ Este é o sentido buscado pela justiça restaurativa, se afastar da resposta meramente punitiva, baseada em atos pretéritos, para buscar a resolução do conflito a partir da reparação do dano a vítima. A partir disso, há uma redução do poder punitivo e sua substituição por medidas alternativas capazes de gerar uma convivência pacífica futura da comunidade e aproximar-se dos ideais designados no Estado Democrático de Direito.

Trata-se, com bem exposto por CHRISTIE apud Carvalho, de afastar-se dos padrões vigentes de solução de lide. A substituição da pena privativa de liberdade por acordos entre as partes, “¹³⁷ como una alternativa ao castigo, la mayoría de las cuales se basa em discusiones directas entre las partes, que com frecuencia terminan em acuerdos”

Através de um método capaz de apontar as principais falhas do modelo sancionatório vigente, a perspectiva da Justiça Restaurativa mostra-se oposta a Justiça Criminal. Uma das questões anunciadas é de que processo penal vigente dirige-se somente à questão da culpa do acusado e, uma vez auferida, “as garantias processuais e os direitos fundamentais são deixados de lado, resultando em uma menor atenção ao desfecho do processo, conforme destaca Zehr”.¹³⁸

¹³⁶CARVALHO, Salo. Pena e Garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 251

¹³⁷ *Ibid*, p. 251.

¹³⁸ CRUZ, Rafaela Alban. Justiça restaurativa: um novo modelo de justiça criminal. p.75

O que se verifica no sistema vigente é que o foco do delito baseia-se na culpa do agente causador e na violação da norma penal. Nesse sentido, a prevenção especial que, a princípio buscava uma finalidade a atribuição da pena, não difere dos modelos retributivos, já que “busca apenas retribuir o mal feito”¹³⁹, não valorizando os danos decorrentes do crime e as partes envolvidas.

A fim de modificar esta resposta punitiva, para o modelo da justiça restaurativa, a atenção punitiva deve basear-se no prejuízo ocasionado a vítima, infrator e ao corpo social, pois são estes efetivamente os prejudicados da conduta infratora e que merecem uma reparação.

Outro ponto destacado refere-se ao afastamento provocado pelo processo penal das partes envolvidas no conflito. De um lado, o depoimento do acusado refere-se basicamente a conduta delitativa, desconsiderando qualquer questionamento relativo as inclinações que o levaram a cometer o crime, e as consequências deste. De outro, as vítimas tem seu papel mitigado pelo estado, o qual toma seu lugar, deixando-o como mero espectador dos fatos.

Em contraponto, na Justiça restaurativa, de acordo com Pinto, apud Rafaela Cruz:

A vítima, o infrator e a comunidade se apropriam de significativa parte do processo decisório, na busca compartilhada de cura e transformação, mediante uma recontextualização construtiva do conflito, numa vivência restauradora. O processo atravessa a superficialidade e mergulha fundo no conflito, enfatizando as subjetividades envolvidas¹⁴⁰

Constata-se que no modelo restaurativo, as vítimas são levadas ao centro da resolução da lide. Nessa perspectiva de solução alternativa do conflito gera outro benefício, além de se dispensar todo o aparato estatal, a “reincorporação da vítima, colocando-a em igualdade de posição com o autor do fato para buscar condições de negociar a compensação pelo dano sofrido,”¹⁴¹ traz-se ao cenário do litígio o prejudicado, fazendo com que ele possa participar efetivamente na resolução. A Justiça Restaurativa nesta medida atua como meio capaz de

¹³⁹ CRUZ, Rafaela Alban. Justiça restaurativa: um novo modelo de justiça criminal. p.75

¹⁴⁰ *Ibid*, p.76.

¹⁴¹ CARVALHO, Salo. Pena e Garantias. p. 251.

oportunizar àqueles que mais são afetados pelo crime decisões que satisfaçam seus interesses.

Assim, ao levar em consideração os interesses da parte, o modelo restaurativo reconstrói a noção de crime, tratando o delito não apenas com violação de uma norma jurídica, mas também, uma ocorrência geradora de prejuízos a um sujeito determinado.

Nessa perspectiva, delitos como furto simples, de pouca danosidade social, empregado sem violência ou grave ameaça, poderiam ser resolvidos através de um acordo entre as partes. Ao que parece, muitas vítimas prefeririam resolver a lide dessa forma, já que além da restituição pecuniária mais célere, a vítima teria contato com o autor do crime.

Em consequência, o respeito e compreensão às divergências subjetivas de cada um (culturais, sociais, econômicas, por exemplo) e o predomínio da autonomia e voluntariedade contribuem para uma maior probabilidade de acordo entre as partes e dispensa de instauração de processo.

Acredita-se que, a utilização de penas alternativas para aqueles crimes de baixa danosidade social e de modelos alternativos a resolução de lides são instrumentos importantes para o afastamento gradativo da aplicação da pena privativa de liberdade. Não se esta com isso, defendendo a abolição da pena de prisão, mas sim seu emprego moderado, quando verificada necessidade.

A efetivação de acordos e aplicação de penas restritivas de direito resultaria num menor encarceramento e, por consequência, em benefício aqueles que encontram-se reclusos já que, um dos grandes problemas enfrentados, da superpopulação carcerária seria mitigado. Os reclusos assim, permaneceriam no cárcere melhor providos de espaço, higiene e alimentação.

De outro lado, aqueles condenados a pena restritiva de direitos sequer ingressariam no estabelecimento prisional. Assim, permaneceriam em contato com o ambiente habitual e não se aprofundariam no ambiente do crime.

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto através do presente trabalho restou evidenciado que a pena privativa de liberdade carece de legitimidade, donde se verifica a necessidade de medidas capazes de mitigar o emprego da prisão.

A teoria da prevenção especial, defensora da utilização da pena, por muito tempo manteve-se vigente sob o argumento de não consistir em uma perspectiva retribucionista, de mera resposta punitiva ao cometimento do delito. Apresentou-se como inovadora e idônea para superar teorias anteriores que não haviam respondido o porque da utilidade da pena privativa de liberdade, já que em seu bojo apresentava uma finalidade a pena, de prevenção de delitos e ressocialização do recluso.

Assim, para a teoria da prevenção especial positiva, a pena deve ser empregada já que alcança a recuperação do sujeito delinquente para que este não volte a cometer delitos e, na mesma medida, segurança social e diminuição dos índices de criminalidade, decorrentes da não-reincidência.

Ocorre que, da análise da teoria, comparada a realidade caótica dos estabelecimentos prisionais brasileiros foi possível constatar que os escopos atribuídos a pena não são alcançados. Se por um lado, é indubitável que o cárcere não mostra-se como ambiente capaz de ressocializar o apenado, mas de aprofundá-lo ainda mais na criminalidade, na mesma medida se constata que o estado não pode impor ao sujeito valores a serem seguidos, já que o direito tutela bens jurídicos e não lhe é função interferir em áreas como a moral.

A interferência na moral do indivíduo recuso, bem como a situações degradantes contidas no cárcere vão de encontro a normas substanciais da Constituição Federal da República de 1988, ferindo frontalmente com desígnios do Estado Democrático de Direito, como por exemplo o direito de “ser” e de liberdade do cidadão.

Nesse sentido, acredita-se que o caminho capaz de aproximar a resposta ao delito do Estado Democrático de Direito deve seguir, em um primeiro momento, a desmistificação das finalidades atribuídas a pena privativa de liberdade, e na mesma medida, da crença que penas mais severas, políticas de tolerância zero seriam capazes de diminuir a criminalidade.

Acredita-se que o desvelamento destes argumentos que contornam uma visão errônea acerca da pena e do sujeito delinquente sejam uma das mais difíceis tarefas a serem alcançadas, já que sentimento de impunidade e de estabelecimentos prisionais lotados de criminosos relativos a crimes hediondos são ideais alimentadas pela mídia de forma reiterada.

A partir daí a aplicação de medidas alternativas à pena de prisão, como a prestação pecuniária e prestação de serviços a comunidade e forma diferente de resolução de litígio seriam políticas mais facilmente implementadas. A utilização de penas alternativas para aqueles crimes de baixa danosidade social e de modelos alternativos a resolução de lides são instrumentos importantes para o afastamento gradativo da aplicação da pena privativa de liberdade

Ante o exposto, verifica-se que o desvelamento da pena de prisão é medida impositiva, a fim de que possa se alcançar, em alguma medida, a minimização das mazelas ocasionadas pelo cárcere, a fim de garantir a efetivação dos Direitos inerentes ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro, Revan, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3º Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. **Ressocialização ou Controle Social: Uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado**. Disponível em: http://www.juareztavares.com/textos/baratta_ressocializacao.pdf. Acesso em: 15 de julho de 2014.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte Geral 1**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BORGES, Carlos Augusto. **O sistema progressivo na execução da pena e a realidade carcerária**. 2008. Disponível em: www.tjrj.jus.br/institucional/vep/sistema_prog_penas.pdf. Acesso em 22 de julho de 2014.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 267 p.

_____, Salo de. **Pena e Garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 307 p.

_____, Salo de. **Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 314 p.

CRUZ, Rafaela Alban. **Justiça restaurativa: um novo modelo de justiça criminal**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo>

DOS ANJOS, Fernando Vernice. **Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro**. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13042010-145345/pt-br.php>. Acesso em 29 de junho de 2014.

DOS SANTOS, Maria Alice de Miranda. **A Ressocialização do Preso no Brasil e suas consequências para a Sociedade.** Disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/64>. Acesso em 29 de junho de 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos.** Brasil: Editora Perspectivas S.A, 2003.

GOMES, Luis Flávio. Penas alternativas como regra. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/11277/penas-alternativas-como-regra>. Acesso em: 18 de agosto de 2014.

KHALED JR., Salah Hassan. **Os níveis de dor intencional e o holocausto nosso de cada dia: renúncia aos discursos de justificação da pena e ao mito da ressocialização.** Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/Crimin.eSist.Jurid.PenaisContemp.II.pdf> Acesso em: 18 de agosto de 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** Vol. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 724 p.

MORRIS, Alisson. **Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa.** In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). *Justiça restaurativa: Coletânea de artigos.* Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/interno.php?ativo=biblioteca>. Acesso em: 21 de agosto de 2014.

PINTO, Natalia Regina. **O princípio da humanidade da pena, a falência da pena de prisão e breves considerações sobre medidas alternativas.** Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/gecap> Acesso em: 15 de julho de 2014.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **A construção da justiça restaurativa no Brasil: o impacto no sistema de justiça criminal.** Disponível em: http://www.idcb.org.br/documentos/sobre%20justrestau/construcao_dajusticarestaurativanobrasil2.pdf. Acesso em: 29 de agosto de 2014.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 143 p.

SANGION, João Paulo. **Reflexões acerca da compreensão conceitual-teleológica do “direito” à (re)socialização do recluso, como um dos fins preventivo-especiais da pena privativa de liberdade.** Disponível em:

<<http://www. http://excelsu.com.br/site/conteudo/artigo/1,0,2+Reflexoes-do-direito.html> Acesso em: 19 de julho de 2014.

SANTOS, Juarez Cirino. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. 1ª Ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. 222 p.

_____, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 847 p.

_____, Eugenio Raúl; NILO, Batista; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2006. 658 p.