

ENCARCERAMENTO NO BRASIL: A (IN)APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO E AS ALTERNATIVAS PENAIS EXISTENTES

ARTHUR NELSON MARTINS

E-mail: arthurnelsonmartins@gmail.com

Envio em: Novembro de 2017

Aceite em: Janeiro de 2018

Resumo

O presente artigo apresenta um breve histórico acerca da pena privativa de liberdade, os ideais das escolas penais, teorias aplicadas sobre a pena, narra a evolução do direito penal no Brasil, as principais modificações trazidas pela legislação ao longo do tempo, com a introdução das penas de encarceramento, análise de sua funcionalidade, passando pela verificação da existência e aplicabilidade dos direitos fundamentais dos presos e como a dignidade destes é assegurada. Busca-se averiguar se o encarceramento no Brasil produz os efeitos desejados, atingindo suas finalidades principais. O trabalho abrange, ainda, um estudo acerca das penas alternativas existentes no Brasil, as principais vantagens e resultados alcançados por esta, como são aplicadas, os principais exemplos no direito comparado, que podem ser aplicados em nosso sistema penal. Baseado, especialmente em estatísticas oficiais, o estudo em tela, aponta os principais problemas existentes no sistema penitenciário e como estes influem na ressocialização dos apenados.

PALAVRAS-CHAVE: Encarceramento. Direitos fundamentais. Penas Alternativas.

INCARCERATION IN BRAZIL: THE (UN)APPLICABILITY OF PRISONERS FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE EXISTING ALTERNATIVE PENALTIES

Abstract

This article presents a brief history of the deprivation of liberty, the ideals of the penal schools, the theories applied on punishment, the evolution of criminal law in Brazil, the main changes brought about by legislation over time, the introduction of Sentences of imprisonment, analysis of their functionality, verification of the existence and applicability of the fundamental rights of prisoners and how their dignity is ensured. It is sought to determine if the incarceration in Brazil produces the desired effects, reaching its main purposes. The study also covers a study of alternative penalties in Brazil, the main advantages and results achieved by it, as applied, the main examples in comparative law, that can be applied in our criminal justice system. Based on official statistics, the study shows the main problems in the penitentiary system and how they influence the resocialization of the prisoners.

KEY WORDS: Incarceration. Fundamental Rights. Alternative Penalties.

1 INTRODUÇÃO

O sistema prisional brasileiro é sempre alvo de indagações, sendo foco de problemas a todo tempo.

A pena privativa de liberdade ainda é a punição mais utilizada no Brasil e as chamadas prisões provisórias ou cautelares são utilizadas em larga escala em detrimento a outras medidas previstas na legislação penal.

Busca-se com o presente trabalho averiguar se esta forma de sanção atinge suas finalidades principais e se quais as penas alternativas que trariam benefícios sociais e econômicos maiores à sociedade ao serem aplicadas, a depender do crime praticado.

O estudo abarca, portanto, fato de relevante valor social, jurídico e econômico, que interessa a todo e qualquer cidadão.

Este trabalho é fundamentado nos principais objetivos: avaliar a efetividade da pena privativa de liberdade aplicada no Brasil; a aplicabilidade e compatibilização do encarceramento com os Direitos Fundamentais; alternativas penais existentes.

A pesquisa é alicerçada no método hipotético dedutivo e a bibliografia baseada em livros e estudos já publicados sobre o assunto.

A técnica de coleta será concentrada em documentação indireta com pesquisa em documentos variados, tais como leis e pareceres, disponíveis em sites da internet e pesquisa bibliográfica, através da leitura de livros, artigos e outros meios de informação em periódicos (revistas, boletins, jornais, etc...).

O presente projeto inicia-se com um breve histórico acerca das penas, em especial a pena privativa de liberdade, sua origem, aplicabilidade ao longo da história no mundo e o surgimento desta com a evolução do Direito penal Brasil, as principais finalidades, seus efeitos e sua funcionalidade.

Passa-se então ao estudo dos direitos fundamentais do preso, de como estes são preservados e aplicados na realidade, traduzindo na análise de sua eficácia, considerando a realidade do sistema prisional brasileiro e seus reflexos no comportamento e ressocialização dos condenados.

O trabalho deságua em uma busca por ideias e alternativas penais já existentes no Brasil e em outros países, analisando a forma que estas são ou possam vir a ser aplicadas.

2 HISTÓRICO DAS PENAS E SUAS FINALIDADES

Até o final do século XVIII, as penas aplicadas a quem praticava um crime eram voltadas em sua maioria

ao corpo do criminoso. Eram as chamadas penas de suplício.

Alguns relatos da época (e também atuais), o desaparecimento do suplício tem a ver com a tomada de consciência dos contemporâneos em prol de uma humanização das penas. Mas a mudança talvez se deva mais ao fato de que o assassino e o juiz trocavam de papéis no momento do suplício, o que gerava revolta e fomentava a violência social. Era como se a execução pública fosse uma fornalha em que se acende a violência (FOCAULT, 1999, p. 13).

Nucci (2008, p. 63), concordando com Cezar Roberto Bitencourt, diz que até o século XIX “utilizava-se a prisão como meio de guardar os réus, preservando-os fisicamente até que houvesse o julgamento”.

Desde então a “pena de prisão”, imprimindo o isolamento do indivíduo infrator, sua autorregulação, reflexão e o trabalho forçado, tem o fim precípuo de transformar o apenado de sujeito pervertido a pessoa de possível convivência em sociedade, o que chamamos hoje de ressocialização.

As principais finalidades da pena privativa de liberdade defendidas por diferentes autores e estudiosos do direito criminal são: função retributiva, na qual o Estado retribui proporcionalmente com uma sanção penal o delito cometido pelo infrator; função preventiva, que manda uma mensagem à todos os indivíduos que fazem parte de uma sociedade, deixando claro que uma determinada conduta ilícita será punida e por derradeiro e, de forma geral, mas não menos importante, a função de ressocialização, em que o Estado, ao aplicar a pena a determinado indivíduo infrator, utilizaria deste “castigo” para tornar o criminoso uma “pessoa melhor”, que pudesse ser reinserida na sociedade, sendo capaz de seguir suas normas.

A partir do momento em que indivíduos se agrupam e passam a viver em algum tipo de sociedade, abrem mão de parte de sua liberdade para sujeitar-se a comandos e normas da coletividade.

De acordo com Rousseau, “O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que o tenta e que ele pode alcançar; o que ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui” (ROSSEAU, 2013, p. 31).

Nos primórdios das civilizações, as penas recaíam sobre o corpo dos infratores, com o uso acerbadado da tortura e a depender do delito se aplicava a pena de morte.

Durante muito tempo utilizou-se o que alguns autores chamam de “vingança privada”, em que a punição

não vinha determinada por um juiz ou pelo soberano, mas através da própria vítima, de sua família ou de determinado clã.

Outra fase das chamadas época das vinganças passa pela “vingança divina”, em que uma pessoa era punida por determinado comportamento ou conduta inaceitável, pelo seu próprio grupo social, para reparação da ofensa à divindade.

Nas sociedades primitivas, a percepção do mundo pelos homens era muito mitigada, carregada de misticismos e crenças em seres sobrenaturais. Não se tinha conhecimento de que ventos, chuvas trovões, raios, secas etc. decorriam de leis da natureza, levando pessoas a acreditar que esses fenômenos eram provocados por divindades que os premiavam ou castigavam pelos seus comportamentos. Essas divindades com poderes infinitos e capazes de influenciar diretamente na vida das pessoas eram os Totens, sendo essas sociedades chamadas Totêmicas. Quando membro do grupo social descumpria regras, ofendendo os “totens”, era punido pelo próprio grupo, que temia ser retaliado pela divindade. Pautando-se na satisfação divina, a pena era cruel, desumana e degradante (SANCHES, 2013, P. 41).

As penas de vingança derivavam da chamada “Lei de Talião”, expressa pela conhecida frase “olho por olho, dente por dente”. Por essa máxima defendia-se a aplicação da pena a um indivíduo na mesma proporção da lesão causada, ou seja, se determinado indivíduo matasse outro, deveria ser condenado à morte.

Talião origina-se do latim talionis, que significa “como tal”, “idêntico”.

O Código de Hamurabi de 1.780, a.c., conhecido por ser o “ordenamento penal” mais antigo, traz na maioria de seus duzentos e oitenta e dois artigos, sanções taliônicas, ou seja, que se baseiam na reciprocidade ao aplicar a pena.

Completando a fase das vinganças, existiu a “vingança pública”, em que a crueldade permanecia, porém não mais aplicada para vingança de determinada pessoa, família ou clã (vingança privada), nem tampouco por temor ou respeito aos deuses (vingança divina), mas sim como um controle do soberano às condutas dos indivíduos de determinada sociedade.

De acordo com Fillipe Azevedo Rodrigues, a vingança pública traz “uma gradual distanciação da jurisdição penal com relação à religião. Surgem as ideias de culpabilidade e do caráter coercitivo da pena em prol da defesa social” (RODRIGUES, 2014, p. 118).

A vingança pública era aplicada como repressão es-

tatal a crimes que afetavam a coletividade e as atividades do soberano, coexistindo a vingança privada para os casos lesivos a interesses diretos de outros indivíduos.

Evidente que o termo vingança, comum a todos os períodos antes mencionados, é utilizado em razão da construção do Direito Penal com o fim exclusivo da repressão. A pena, nesses tempos, não guardava qualquer caráter pedagógico ou de reinserção do indivíduo na sociedade, haja visto que o delito era caminho sem volta rumo à absoluta exclusão social (RODRIGUES, 2014, p. 119).

Os reflexos do movimento iluminista, em especial a Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e ainda, a “Bill of Rights”, com a Declaração de Independência das 13 ex-colônias da Inglaterra na América do Norte, fizeram com que o mundo se voltasse à defesa dos direitos fundamentais a todos os indivíduos, mesmo os condenados pela prática de algum delito.

A partir do despertar da razão e das mudanças provocadas nessa época, especialmente pelo homocentrismo e ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, inaugura-se o período humanitário e a escola penal clássica.

Um dos expoentes desta fase, Beccaria, aponta na conclusão de sua obra *Dos delitos e das penas*, a proporcionalidade / razoabilidade que deve reinar ao se aplicar uma pena a um delito, o que influenciou os mais variáveis ordenamentos jurídico em todo o mundo, a exemplo do código penal brasileiro e a própria constituição federal. No texto abaixo, podemos visualizar os princípios da publicidade, anterioridade, proporcionalidade e legalidade:

É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei (BECCARIA, 2003, p. 107).

Contrapondo as ideias da Escola clássica, surge a escola positivista, entre o final do século XIX e o início do século XX. Enquanto que a escola clássica nasceu como forma de combater e desestimular o absolutismo estatal através do direito penal, a escola positiva passou a priorizar o interesse social frente ao indivíduo e surge quando o foco dos estudos voltou para o criminoso e a descobrir qual seria o motivo que o levaria a praticar determinado delito.

Para a escola positivista o indivíduo torna-se criminosos por influência de fatores sociais, físicos ou biológicos.

Diversas teorias e correntes surgiram ao longo do tempo, buscando esclarecer e estruturar o social e o jurídico em torno das penas. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli é uma delas.

O termo garantismo envolve, especialmente, duas acepções. A primeira nos leva a um modelo de direito, estruturado no princípio da legalidade como forma de reduzir o grau de violência, soerguer a ideia de liberdade e limitar o poder de punição do Estado.

A segunda acepção do garantismo busca resolver os problemas da validade e da efetividade, visando aproximar tais elementos.

O direito penal fundado no garantismo jurídico traz pontos interessantes, como a abolição de vários tipos penais, tendo como critério a subsidiariedade e a despenalização, com a criação de medidas alternativas a solução de conflitos penais.

O jurista argentino Eugênio Raúl Zaffaroni, capitaneando a chamada “Teoria agnóstica da pena”, já vê a pena como “uma coerção que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes (ZAFFARONI, 2013, p.99)”.

Nessa leitura, vê-se que a teoria agnóstica dispõe que a pena nada mais é que exercício de poder. Na teoria agnóstica não se acredita no poder da pena de conseguir atingir todas as finalidades atribuídas a ela. Para os defensores dessa teoria, a pena apenas cumpre um papel de neutralização, já que está “cientificamente comprovada” a impossibilidade de ressocialização do indivíduo criminoso. Por esta linha de pensamento, a ressocialização deve ser revista e estruturada de uma maneira diferente, advertindo que a reintegração social do infrator não deve ser perseguida através da pena e sim apesar dela, vez que para efeitos de ressocialização o melhor criminoso é o que não existe.

Vai de encontro às teorias positivistas, por defender que estas últimas são falsas ou não generalizáveis, focando em um objetivo de se ter uma maior segurança jurídica para todos os indivíduos da sociedade, mediante aumento do estado de direito em detrimento ao estado de polícia. A teoria agnóstica da pena busca justamente um equilíbrio entre as duas concepções de estado.

3 A EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL NO BRASIL

No Brasil, a pena privativa de liberdade surge, com a constituição de 1824, onde se trazia garantias à liberdade pública e a direitos individuais, mas se configura,

especialmente, com o código penal de 1830.

O novo código reduziu os delitos que eram apenados com morte, bem como, promoveu a extinção das penas infamantes. A pena de privação de liberdade substituiria as penas corporais. A prisão passou a ter uma função de emenda e reforma moral para o condenado.

Em 1889, o Brasil se tornaria uma república. Alguns avanços sociais surgiram, como a lei Áurea e o já antigo código criminal do império, necessitava ser urgentemente substituído.

O Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, convolveu o projeto no “Código Penal dos Estados Unidos do Brasil”. Este novo Código possuía penas mais brandas, e com caráter de correção. Um ano depois a Constituição foi promulgada, abolindo algumas penas impostas.

Em 1934, houve a promulgação da Constituição da República. A nova carta extinguiu as penas de banimento, morte, confisco de bens e as de caráter perpétuo, com exceção em caso de guerra declarada a pena capital. Em 1937 com a entrada do Estado Novo, as mudanças na área política influenciaram a lei penal. A Constituição Federal é outorgada pelo presidente Getúlio Vargas, sob o prisma do poder autoritário e militar. O congresso é fechado, criam-se crimes políticos e a figura da pena de morte reaparece.

Dando continuidade aos trabalhos capitaneados pelo Desembargador Vicente de Pirangibe, da Consolidação das Leis Penais, comissão instituída para este fim, sob a presidência do ministro Francisco Campos apresentou ao governo em 4 de novembro de 1940, vindo a ser sancionado como Código Penal pelo Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro do mesmo ano, porém só entrando em vigor no dia 1º de janeiro de 1942.

O Código de 1940 não traduziu literalmente as ideologias de qualquer das escolas ou correntes existentes. Fez, sim, uma verdadeira conciliação entre o que apontavam as escolas clássica e positiva, sendo influenciado por várias legislações de orientação liberal, em especial os códigos italiano e Suíço.

Na aplicação da pena, o Código dá ao juiz um grande poder de apreciação, não só em relação ao quantum da pena, mas em determinados casos, o Código lhe confere a escolha entre as penas alternativamente cominadas.

O Código Penal de 1940 resultou em uma obra equilibrada, concisa, e que harmonizou as principais teorias e legislações penais existentes à época.

Quase que conjuntamente, se instituiu o Decreto Lei 3.689, de 3 de outubro de 1.941, sendo o atual código de processo penal vigente, que surge em total sintonia e harmonia com o CP/1940.

O Código Penal passou por várias alterações, espe-

cialmente em sua parte geral, através da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, dando origem a uma Lei de execuções penais – LEP. Recentemente o CP sofreu modificações

concernentes às penas restritivas de direito, sendo incluídas no ordenamento a prestação pecuniária e a perda de bens e valores.

A partir deste ponto passam o Direito penal e processual penal, a valorizarem as chamadas penas restritivas de direitos, com o preenchimento de requisitos mínimos por parte do infrator, como não reincidência e boa conduta social.

Verifica-se um afastamento da pena privativa de liberdade como regra, obrigando o juiz a privilegiar as outras medidas cautelares previstas no código de processo penal, em seu art. 319 em detrimento daquela.

4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A pena é privação de direitos, em especial, o da liberdade. Não tem como punir um indivíduo, sem lhe retirar direitos, porém existem previsões constitucionais no rol de direitos fundamentais, que não de ser observados como forma de se manter a observância do princípio máximo previsto na constituição de 1988, que é o da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da república, isto é, um de seus pilares, juntamente com a soberania, cidadania, pluralismo político e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

A dignidade da pessoa humana deve ser vista como o principal limitador à força do Estado frente aos seus cidadãos. Não é à toa que se encontra no mesmo patamar da soberania na carta magna, portanto, mesmo que se trate de um infrator às normas da coletividade, uma pessoa fora do eixo, passível de sofrer a mais dura das punições; essa punição não pode passar por cima da dignidade desse indivíduo.

Conceituar a dignidade da pessoa humana não é das tarefas mais fáceis. De acordo com o filósofo alemão Immanuel Kant (1724-1804), a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, que não é passível de ser substituído por um equivalente.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos

traz em seu artigo 11, a previsão da proteção da honra e da dignidade, prevendo o direito de todos ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade, vedando as ingerências arbitrárias na vida privada dos cidadãos.

Já a LEP – Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84), prevê em seus artigos 10 e 11, o caráter ressocializador da pena e os deveres de assistência que devem ser prestadas pelo Estado ao preso, tais como assistência material, à saúde, jurídica e educacional, dentre outras.

A Constituição Federal de 1988 traz dezenas de direitos aos cidadãos que devem ser assegurados. Vê-se primeiramente a definição dos chamados direitos civis, de 1ª geração, baseados na vida, propriedade e liberdade, previstos no artigo 5º, que impõe ao Estado uma prestação negativa frente aos indivíduos, isto é, a limitação ao poder deste Estado de intervir na vida dos cidadãos.

Em segundo lugar, em especial, nos artigos 6º e 7º, verifica-se a presença dos direitos sociais inseridos no contexto dos chamados direitos de 2ª geração, fundamentados na igualdade e que exigem uma atuação positiva do Estado frente aos cidadãos, devendo aquele agir de forma a assegurar um mínimo digno de educação, trabalho, moradia, alimentação, dentre outros.

Ao longo da Carta Magna ainda se revelam vários outros direitos que de acordo com uma doutrina e outra, se encaixariam dentro da 1ª ou 2ª geração, ou, ainda, em uma terceira ou até quarta geração, como direitos coletivos sobre o meio ambiente, comunicação, desenvolvimento e informação.

4.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO

Em leitura ao artigo 5º da CF/1988, podemos colecionar vários direitos que são voltados aos que se encontram privados de sua liberdade, tais como a individualização da pena, observância de penas alternativas, vedação de penas de morte, cruéis, assegurando-se a integridade física e moral dos presos, a obediência ao devido processo legal, presunção de inocência e a obrigatoriedade de aplicação da liberdade provisória, se obedecidos os requisitos legais.

Uma análise superficial aos direitos positivados na carta magna, já nos traz a realidade acerca da aplicação destes. Na grande maioria dos casos, o Estado não con-

segue viabilizar que os direitos sejam observados, seja durante a investigação, com a decretação das prisões cautelares ou após a condenação, quando há o cumprimento da pena.

De acordo com levantamento realizado pelo Ministério da Justiça (Infopen/2014), estão presos no Brasil, mais de 622.000 pessoas, sendo que aproximadamente 40% desse número refere-se a presos provisórios, ou seja, que aguardam pela conclusão de procedimentos investigatórios ou por decisão judicial de apuração do crime.

Nos últimos 14 anos, aponta o estudo do Ministério da Justiça, a população carcerária no Brasil cresceu, assustadoramente, 167,32%, aumento este guiado, especialmente, pelos crimes de tráfico de drogas.

Vê-se um contínuo aumento do número de vagas prisionais, porém, este não consegue acompanhar a mesma velocidade do crescimento da população prisional, criando cada vez mais um inchaço nos estabelecimentos carcerários, que traduz em direto descumprimento dos direitos fundamentais dos presos.

O próprio estudo já inicia sua apresentação, no primeiro parágrafo trazendo a triste realidade do sistema prisional e sua relação com os direitos fundamentais:

Nosso sistema punitivo, forjado sob o signo das matrizes do patrimonialismo, da escravidão e da exclusão, consagrou um padrão organizacional e estrutural de estabelecimentos penais que são o retrato da violação de direitos das pessoas privadas de liberdade (INFOPEN/MJ, p. 6)

Em seis estados brasileiros encontram-se mais de duas pessoas presas por vaga em regime fechado, sendo as piores situações encontradas nos estados da Bahia, Pernambuco e Amazonas.

O estudo traz índices altíssimos de doenças nos presídios, puro reflexo das condições degradantes em que os presos vivem. A cada 100 pessoas presas em dezembro de 2014, 1,3 viviam com HIV, 0,5% da população prisional vivia com sífilis, 0,6% com hepatite, 0,9% com tuberculose e 0,5% com outras doenças.

Outra questão trazida à tona pelo estudo Infopen, é a condição das pessoas deficientes encarceradas. Em nada menos que 12 estados brasileiros, nenhuma pessoa presa com deficiência física está alocada em uma vaga compatível com sua condição.

5 ALTERNATIVAS PENAIS

O Brasil possui um ordenamento jurídico dos mais

complexos do mundo. Após a Constituição de 1988, passou a ocorrer o que a doutrina chama de constitucionalização do Direito. Em resumo, passa-se a instituir, modificar, interpretar e aplicar as Leis, nos mais diferentes ramos do Direito, orientando-se de acordo com as premissas constitucionais. Deve-se verificar a compatibilidade vertical imposta pelo Constituição, buscando-se uma correta interpretação e justa aplicação das normas.

Ocorre que o problema não se encontra na existência ou validade das normas jurídicas, mas sim em sua aplicabilidade e eficácia.

Como análise inicial vale debruçarmos sobre o princípio da individualização da pena, prevista no inciso XLVI do artigo 5º, da CF/88, que prevê “XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.”

Isto é, devem ser observadas as características de cada indivíduo ao se estabelecer o quantum e a forma de cumprimento da pena, já que individualmente existe um histórico pessoal diferente, independente da prática de mesma conduta. Na maioria dos casos, tal disposição, diga-se de passagem, um direito fundamental, não é observada. Como já citado, nada menos que 40% dos presos são provisórios, muitos identificados, com endereço fixo, que não cometeram crimes violentos, cumprindo assim os requisitos legais para aguardarem em liberdade o processo criminal.

O inciso XLVIII já dispõe que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”. O descumprimento deste direito gera um efeito devastador ao apenado e a toda sociedade, já que, na prática, o que vemos são condenados por furto ou pequenos roubos, cumprindo pena juntamente com homicidas, criminosos pertencentes a facções criminosas, o que faz com que ao invés de ser ressocializado, o indivíduo passe a se tornar um criminoso de maior periculosidade, pois este passa a obedecer as normas e regras das organizações criminosas que dominam os presídios no Brasil.

Aliás, este é outro ponto que se combatido externamente, em sua fonte, ajudaria a diminuir o crescimento da população prisional, já que pela total falta de estrutura do Estado, corrupção de seus agentes públicos e pelo poderio econômico das organizações criminosas, o que

se vê é uma inversão de valores, com uma submissão estatal à “soberania” das grandes facções.

Os criminosos de tráfico de drogas são a maioria no sistema prisional e como já sabido, através deste tipo de crime, as grandes organizações geram a maior parte de seus lucros, formando grandes exércitos e dominando, não só presídios, mas bairros imensos da periferia das cidades.

Uma mudança no combate desse tipo de crime já geraria por si só uma diminuição substancial nos índices atuais. Maior fiscalização nas fronteiras, combate à corrupção e atuações conjuntas com países onde as drogas são mais produzidas, como por exemplo, a Colômbia, traria benefícios diretos.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) permitem a aplicação do regime aberto em caso de tráfico de drogas, mas o entendimento nem sempre é observado pelas instâncias inferiores.

Instrumento ainda novo no Brasil, as audiências de custódia surgiram com a promessa de coibir abusos por parte dos policiais quando da prisão e na diminuição do índice de presos provisórios. Desde que começaram a ser implementadas, as audiências de custódia permitiram que mais de 40% dos presos em flagrante respondessem em liberdade. O dado é do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

As audiências de custódia nasceram em 2015 de uma parceria do CNJ com o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP). A prática garante que pessoas presas em flagrante sejam levadas a um juiz em até 24 horas após a prisão.

No tribunal são ouvidos, além do próprio preso, o Ministério Público (MP) e o advogado ou defensor público da pessoa detida. Caberá ao juiz decidir se o preso responderá por seu delito em liberdade ou encaminhado a algum presídio. O magistrado pode determinar também o cumprimento de medidas alternativas, como a proibição de frequentar determinados lugares ou de aproximação de determinadas pessoas.

Apesar do crescente aumento na aplicação de medidas restritivas de direito, essas, em sua maioria são voltadas às infrações de menor potencial ofensivo ou a crimes com pena mínima inferior a um ano.

O CP/1940 prevê, no art. 43, que são penas restritivas de direito: a prestação pecuniária; a perda de bens e valores; a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana. Já o art. 44 do mesmo diploma legal dispõe sobre os requisitos a serem obedecidos para a aplicação das penas restritivas de direito em substituição à privativa de liberdade, não podendo o réu ser reincidente em crime doloso, o crime não ter

sido cometido com violência ou grave ameaça e aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos ou, independente da pena, para os crimes culposos, e ainda, a análise do histórico do infrator e a relação com o delito cometido (culpabilidade, antecedentes, conduta social, etc...).

As penas restritivas de direito são aplicadas em larga escala nos crimes de menor potencial ofensivo, nos juizados especiais criminais, de acordo com a Lei 9.099/95, porém fora dos juizados, ficam condicionadas à vontade do magistrado, apesar da doutrina divergir se a aplicação destas seria um direito subjetivo do condenado ou uma faculdade do magistrado.

Em pesquisa do IPEA divulgada em Março/2015, mostrou que em 1.394 processos concluídos com condenação a penas privativas de liberdade ou a penas alternativas, apenas 20,7% receberam essa última punição, sendo que nos demais foram aplicadas condenações a prisão, em regime aberto ou semiaberto.

Já em alguns países europeus, a proporção é inversa. Na Inglaterra e no País de Gales, 19% dos condenados cumpriram penas privativas de liberdade em 2014, segundo dados do Governo do Reino Unido. Em 70% dos casos se aplicou multa e em 9%, prestação de serviços comunitários.

Na Alemanha, dados de 2010 coletados pela ONG Americana “Instituto Vera”, mostram que 79% dos infratores daquele país foram condenados a pagamento de multa aos cofres públicos, enquanto que 21% foram condenados a penas privativas de liberdade.

Informação do Instituto Terra Trabalho e Cidadania indica que, aproximadamente, ¼ da população prisional no Brasil poderia ter sido punida com pena restritiva de direitos, ao invés de privativa de liberdade. Estamos diante de um número de 150.000 pessoas que, inicialmente, atendem os requisitos legais para a aplicação das penas alternativas e que custam cerca de R\$ 300.000.000,00 (Trezentos milhões de reais) aos cofres públicos todos os meses.

Outro ponto importante sobre as penas restritivas de direito é a fiscalização e monitoramento direito do seu cumprimento, o que em alguns Estados ainda não foi sequer implantado um central de acompanhamento. E, mesmo nos Estados onde foi implantada, verifica-se uma centralização nas capitais e regiões metropolitanas, deixando os municípios do interior sem nenhum ou precário acompanhamento.

Alternativa de comprovado sucesso existente no Brasil é a chamada “prisão aberta”, onde a função de reclusão não é pautada pela busca de isolamento absoluto entre presos e sociedade. O papel de administração dos

estabelecimentos penais é exercido por meio de entidades locais sem fins lucrativos, fiscalizados pelo Estado.

O isolamento dos presos é afastado, dando-se espaço a um cotidiano marcado por procedimentos mais flexíveis e receptivos.

O modelo de prisão aberta no Brasil é aplicado nas APAC's (associações para a proteção e assistência aos condenados). Criada em 1.974, em São José dos Campos, a primeira APAC surgiu implantando uma participação comunitária inovadora, onde voluntários trabalham ao lado dos presos na operação e manutenção do estabelecimento prisional.

A participação dos internos é imensa, desde a limpeza dos cômodos, controle e distribuição do vestuário e alimentação, passando até mesmo pela vigilância das galerias e portarias, em alguns casos. Os presos são autorizados a portar consigo as chaves do estabelecimento, inclusive as de suas celas.

A APAC de Santa Luzia/MG completou 10 (dez) anos de funcionamento em 2016, com taxa de reincidência criminal de 28%, bem menor que a média nacional do sistema penitenciário brasileiro, que supera os 70%. Nunca teve um motim ou rebelião e hoje todos os 158 presos trabalham e 100 deles estudam.

Em Minas Gerais, atualmente, existem 38 APAC's, com aproximadamente 3.000 vagas. Em 2015, o governo do Estado, através da Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDS), efetuou repasses na ordem de trinta e dois milhões de reais, o que resulta em menos de R\$ 1.000,00 por preso/mês, bem inferior à média de gastos dos Estados, divulgada através de estudo recente do GECAP – Grupo de Estudos Carcerários Aplicados, da USP, na ordem de R\$ 1.500,00, valor que pode triplicar em caso de preso inserido num presídio federal.

Como exemplo externo, vale citar os casos da Holanda e da Suécia: A Suécia passou por tamanha queda no número de prisioneiros recebidos por suas penitenciárias, que as autoridades da Justiça do país decidiram fechar quatro prisões e um centro de detenção em 2012.

O número de presidiários na Suécia, que vinha caindo em cerca de 1% ao ano desde 2004, caiu em 6% de 2011 para 2012, de acordo com dados divulgados pelo próprio governo.

Hanns Von Hofer, professor de criminologia na Universidade de Estocolmo, em entrevista ao Jornal Guardian e republicação do Instituto Avante Brasil, revelou que boa parte da queda no número de detentos pode ser atribuída a uma recente mudança de política que favorece regimes de liberdade vigiada de preferência a sentenças de prisão em caso de pequenos roubos, delitos relacionados a drogas e crimes violentos.

Outro forte ponto trabalhado naquele país foi a reabilitação dos condenados, com uma mudança na forma de abordagem nos presídios, passando a operar de forma mais liberal com os apenados encarcerados.

Em 2012, o Ministério da Justiça holandês divulgou que estava fechando oito prisões e demitindo mais de 1200 funcionários. O motivo foi a queda no número de presos, que vinha ocorrendo nos últimos anos, deixando muitas celas vazias.

Nos últimos anos, juízes holandeses vêm aplicando, cada vez mais, as penas alternativas, como trabalhos comunitários, monitoramento eletrônico e multas. Junto-se esta preferência às penas alternativas em detrimento da privação da liberdade, o fato de que o sistema penitenciário holandês passou a trabalhar uma maior individualização da pena, com programas de reabilitação voltados a tratar especificamente o motivo pelo qual levou o indivíduo a cometer crimes.

De acordo com Jan Roelof van der Spoel, vice-diretor da prisão de segurança máxima de Norgerhaven, no norte da Holanda, que tem capacidade para 243 detentos, grande parte da redução dos índices se deve à forma de se buscar a reabilitação. Disse ele à BBC Internacional: "Aqui na Holanda, nós olhamos para o indivíduo. Se alguém tem um problema com drogas, tratamos o vício. Se é agressivo, providenciamos gestão da raiva. Se tem dívidas, oferecemos consultoria de finanças. Tentamos remover o que realmente causou seu crime. É claro que o detento ou a detenta precisam querer mudar, mas nosso método tem sido bastante eficaz". O resultado é um índice de reincidência inferior a 10%.

6 CONCLUSÃO

O encarceramento no Brasil não consegue atingir suas finalidades. Com um altíssimo índice de reincidência, o sistema penitenciário brasileiro devolve à sociedade, na maioria das vezes, indivíduos com periculosidade maior do que quando foram condenados.

Os direitos fundamentais dos presos, na maioria das vezes, não são assegurados pelo Estado. Convivemos com estabelecimentos prisionais lotados, com número de presos bem superior à capacidade, resultando em condições degradantes, alto índice de rebeliões, doenças contagiosas e mortes.

A não observância à individualização da pena, somada ao domínio dos presídios pelas organizações criminosas faz com que um indivíduo que tenha cometido um crime considerado "não violento" seja encarcerado juntamente com sujeitos de mais alta periculosidade e que fazem parte de facções criminosas brutais. Nesse

caso, ou o criminoso de menor periculosidade se alia a determinado grupo ou estará fardado a sofrer das maiores humilhações e degradações enquanto estiver preso, ou até mesmo vir a ser morto dentro da prisão.

O alto custo pago pelo Estado para manter as prisões vem cada vez mais aumentando, para conseguir acompanhar a demanda imposta pelas condenações e prisões provisórias determinadas pelo judiciário.

Alternativas penais já existem no nosso sistema penal, porém são timidamente exploradas. Falta uma uniformização de interpretação legal e de jurisprudência, para que se privilegie de uma forma mais abundante as chamadas penas restritivas de direito.

Um cuidado maior na aplicação de medidas cautelares diferentes da prisão, devidamente fiscalizadas, também ajudaria a diminuir o alto índice de prisões provisórias.

Uma aplicação mais uniforme e a ampliação do instituto da audiência de custódia pelo território nacional devem ser defendidas, porém, esbarra-se na falta de juízes e na falta de estrutura de outras instituições, como as polícias e a assistência social.

A mudança na forma de tratar o indivíduo preso, com um foco diferente a ser aplicado na sua reabilitação, também é necessária para alterar o panorama atual. Diversos estudos e levantamentos realizados apontam que manter os presos trabalhando e/ou estudando faz

com que os índices de reincidência no cometimento de crimes sofram redução significativa.

Deve-se, também, procurar aumentar o índice de apenados que trabalham ou aprendem determinado ofício dentro dos estabelecimentos prisionais.

A maior participação da própria sociedade, através de voluntários e dos próprios presos no cotidiano das prisões também já se mostrou positiva, como praticado nas prisões abertas, a exemplo das APAC's, porém esse tipo de estabelecimento prisional não engloba 5% dos presos, atualmente.

Ao final de 2014, apenas seis estados tinham unidades geridas por organizações sem fins lucrativos e apenas Minas Gerais possuía parcerias público-privadas.

A assistência ao preso, seja ela médica ou judiciária, é totalmente precária.

Por derradeiro, mas não menos importante, no Brasil, deveria imperar a "ultima ratio" do Direito penal, ou seja, este só deveria ser aplicado quando fosse o último recurso ao Estado para punir determinada conduta.

Vários crimes com penas cominadas no código penal tais como delitos contra a honra, família, liberdade individual, fé pública, e até mesmo alguns crimes contra o patrimônio, poderiam ser regulados por outros ramos do direito, com aplicações de penas que trariam resultados mais eficazes e justos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Reinaldo Pereira de. A escola positiva na criminologia tradicional. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 10 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-escola-positiva-na-criminologia-tradicional,41671.html>>. Acesso em: 19 mai. 2017.

BBC. **Holanda enfrenta 'crise penitenciária'**: sobram celas, faltam condenados. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-37966875>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Coleção "A obra prima de cada autor". São Paulo, SP: Martin Claret, 2003.

BLANCO, Vinícius; CARDOSO, Tatiana; SCHROEDER, Betina: Sistema prisional e direitos humanos: a (in)suficiente responsabilização internacional do estado brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Internacional do CEDIN**, maio.2014. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Artigo-Tatiana-Betina-Vin%C3%ADcius.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 mai. 2017.

_____. **Código de Processo Penal, Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 11 mai. 2017.

_____. **Código Penal, Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 mai. 2017.

_____. **Lei de Execuções Penais, Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 11 mai. 2017.

_____. Ministério da Justiça, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen**, Dezembro.2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicapenal/infopen_dez14.pdf/@@download/file>. Acesso em: 29 de fev. 2017.

CLIVATTI, Guilherme, artigo de 06/11/2008. **Teoria das penas (Discurso Crítico).** Disponível pra consulta em:
<<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1807>>. Acesso em: 15 mai. de 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Pacto de San José de Costa Rica**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 11 mai. 2017.

DUARTE, Márcio Falcão. **Evolução do Direito Penal.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/932/evolucao-historica-do-direito-penal/2>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria Del Garantismo Penal.** Trad. de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FONSECA, Kariny Gonçalves et al. **O garantismo jurídico.** Uma alternativa ao sistema penal brasileiro. Divinópolis/MG: Vanguarda Acadêmica 2001.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão.** 20.ed. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

GECAP-USP. **Custos da prisionalização - 7 informações básicas sobre encarceramento.** Disponível em:
<www.gecap.direito.usp.br/index.php/noticias/44-custos-da-prisonizacao-7-informacoes-basicas-sobre-encarceramento>. Acesso em 11 mai. 2017.

INSTITUTO AVANTE BRASIL. **Suécia e Holanda fecham prisões. Brasil fecha escolas e abre presídios.** Disponível em: <www.institutoavantebrasil.com.br/suecia-e-holanda-fecham-prisoos-brasil-fecha-escolas-e-abre-presidios>. Acesso em 22 mai. 2017.

MINAS GERAIS. **Em dez anos, reincidência criminal da Apac de Santa Luzia é 50% menor do que a média brasileira.** Disponível em:
<<http://www.seds.mg.gov.br/transparencia/story/2987-em-dez-anos-reincidencia-criminal-da-apac-de-santa-luzia-e-50-menor-do-que-a-media-brasileira>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

MIRANDA, Oannes de Oliveira; FERNANDES, Leônidas Marques. Função da pena privativa de liberdade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3764, 21 out. 2013. Disponível em:
<<https://jus.com.br/artigos/25556>>. Acesso em: 27 de mar. 2017.

NUCCI, Guilherme. **Prisão não é vingança: Prisão é necessidade ou pena.** Disponível em:
<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/prisao-nao-e-vinganca-prisao-e-necessidade-ou-pena>. Acesso em: 27 mar. 2017.

OLIVEIRA FILHO, Gabriel Barbosa Gomes de. A origem e história das penas: o surgimento da pena privativa de liber-

dade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em:
<http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14030>. Acesso em: mar 2017.

REDE JUSTIÇA CRIMINAL. **Audiências de Custódia podem reverter o caos carcerário?** Artigo disponível em:
<<http://redejusticacriminal.org/pt/audiencias-de-custodia-podem-reverter-o-caos-carcerario/>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

RODRIGUES, Filipe Azevedo. **Análise econômica da expansão do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social** [tradução Ana Resende]. São Paulo: Martin Claret, 2013 – (Coleção a obra prima de cada autor;46).

SANCHES, Rogério. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Juspodium, 2013.

SANTIAGO, Emerson. **Código de Hamurabi**. Info Escola. Disponível em: <http://www.infoescola.com/historia/codigo-de-hamurabi>. Acesso em: 28 mar. 2017.

TAKADA, Mário Yudi. **Evolução histórica da pena no Brasil**. Disponível em: <[http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view File/2428/1952](http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/File/2428/1952)>. Acesso em: 15 mai. 2017.

UNIVERSO JURÍDICO. **História do Direito Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/884/historia_do_direito_penal_brasileiro>. Acesso em: 15 mai. 2017.

UOL. **No Brasil, 20% recebem pena alternativa; na Europa, proporção é inversa...** – Disponível em:
<<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/12/02/cerca-de-20-sao-condenados-a-penas-alternativas-diz-pesquisa-do-ipea.htm>>. Acesso em 22 mai. 2017.

ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N. et al. **Direito Penal Brasileiro - I**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.