

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS

Marilda Tregues de Souza SABBATINE⁵⁹

RESUMO

O direito de punir deve cumprir com sua finalidade, o seu desvio é condenável. O Estado Democrático de Direito não permite prosseguir sem atenção aos princípios da dignidade humana e as garantias fundamentais. O modelo prisional brasileiro não consegue cumprir com o seu papel, não consegue trazer o apenado de volta ao convívio social. O objetivo aqui proposto é o de estudar alternativas viáveis para substituição do modelo prisional atualmente existente, fazendo uma reflexão sobre a realidade deste sistema. A pena privativa de liberdade foi deixada à sua própria sorte por falta de efetiva administração político-criminal. É urgente a necessidade de reforma do modelo penal existente no Brasil. Para tal haverá necessidade de uma ampla revisão do Direito Penal. O alcance social da pena e suas finalidades deverão ser repensados visando à obtenção da dignidade humana, extraindo o tratamento uniforme, e individualizando a pena. É dever de toda sociedade pensar em soluções alternativas para a supressão da prisão como único meio de justiça social. A doutrina moderna, baseada na teoria da intervenção mínima, prega a descriminalização, a descaracterização e despenalização, como meio de efetiva solução do problema. Assim, haverá a diminuição dos tipos penais e ainda a diminuição das penas em abstrato, fazendo com que aconteça a diminuição da penas privativas de liberdade. Para persecução destes objetivos, atendendo à pertinência do assunto, foram consultados bibliografias, do acervo das Faculdades Integradas de Ourinhos- FIO, bem como acervo pessoal e ainda alguns volumes cedidos por professores. As bibliografias utilizadas abrangeram tanto a área jurídica, bem como as áreas sociológicas e ainda psicológicas, no intuito de tecer comparação entre as ciências, visando uma conclusão acerca do alcance dos efeitos da pena privativa de liberdade na sociedade.

ABSTRACT

The rule of law does not allow Democratic continue without attention to the principles of human dignity and fundamental guarantees. The Brazilian model prison arrested can not bring back the social coexistence. Thinking viable alternatives to replace the currently existing model prison in Brazil making a reflection on the reality of this system. The implementation custodial sentence lacks effective political and judicial administration. The scope of social punishment and should rethink its

⁵⁹ Advogada. Professora das Faculdades Integradas de Ourinhos – SP
Artigo Submetido em 02/02/2008. Aprovado em 05/03/2009.

purposes, drawing the uniform treatment, and individualizing the penalty. It is the duty of society think about alternatives to imprisonment as removing only means of justice. Based on the theory of minimal intervention, new institutions such as decriminalization, the adulteration and decriminalization, should be used. The decline of the types of sentences in criminal and abstract result in the use of imprisonment as a last resort. The goal is to measure the extent of the effects of deprivation of freedom in society.

PALAVRAS-CHAVE

Dignidade da pessoa humana; direito de punir; penas alternativas; política- criminal; reforma prisional.

KEY-WORDS

Human dignity, right to punish, alternative sanctions, political-criminal, prison reform.

INTRODUÇÃO

Analisando a história, nota-se, uma grande tendência, por parte do homem, de se utilizar do poder de forma descomedida. Enquanto vivia isolado, e livre, não tinha necessidade de concorrência.

No entanto, ao perceber que outros também começam a habitar e dividir o espaço que até então era só seu, começa a viver a incerteza.

Esse ser, cansado de incerteza, vê a necessidade de abdicar de parte do que é seu. Depositando nas mãos de outro que conduzirá fortemente a vida de todos.

Desta forma, o homem que recebe dos outros todo o poder, precisa mantê-lo. Como ser despótico que é; parte em busca de um meio de preservar o poder. E este meio foi à criação de regras. Todavia, as regras são quebradas, como evitar?

Neste cenário surgem as penas. Logo se percebe que o direito de punir, nada mais é que a reunião de todas as pequenas parcelas de poder que foi atribuído a um só homem, no intuito de que em posse de um grande poder, trabalhasse para a certeza dos demais.

O desvio da finalidade do poder constituiu injustiça, uma usurpação.

Toda punição que for resultado do uso deste poder arbitrário, será injusta, excessiva, pois vai além do permitido. A punição neste caso está eivada de sentimento particular.

Depreende-se do que aqui foi exposto, que as penas só poderão ser criadas por leis, e com um propósito certo, e por óbvio por alguém detentor de poder para tal.

Assim, o encarregado de aplicar a pena ao desregrado, não poderá jamais criar ou majorar o castigo deste, nem mesmo sob o pretexto de estar agindo em prol do bem comum.

O excesso no poder de punir é odioso, cruel e inútil; ainda que não fosse totalmente contrário à dignidade do homem, e ao seu propósito, seria repudiado por não ter outro resultado se não o de segregar ainda mais aqueles que já se encontram marginalizados.

Com a evolução trazida pelo desenvolvimento das cidades, o controle da manutenção do poder tornou-se impraticável, exigindo do “déspota” maiores soluções, que são realizadas por meio da opressão, segregação e penas. O descaso se materializou por meio da intervenção mínima, que é o dever que tem o Estado para com os indivíduos.

Porém, este dever se traduziu em falta de administração político-criminal e agora a pena de prisão no Brasil, após sofrer um inretornável colapso, “morreu”. A pena de prisão se encontra incapaz de realizar sua função principal de devolver o infrator, ao convívio social, plenamente recuperado.

A aplicação de pena prisão é sinônimo de indignidade, maus tratos, supressão de direitos fundamentais.

Neste cenário surge a necessidade de abolir o modelo de pena prisão existente no Brasil, firmando-se a manutenção da dignidade humana.

O presente estudo pretende demonstrar a ineficiência da pena de prisão no Brasil, sua cada vez mais incapacidade de cumprir com seu propósito, que é trazer o delinqüente de volta ao convívio social.

É dever de toda sociedade pensar em soluções alternativas para a total supressão da prisão como pena, firmando-se de vez com a dignidade do ser humano, que se encontra diretamente sujeito ao estado de degradação que são as penitenciárias e casas de custódia no Brasil.

Após a promulgação da Constituição brasileira em 1988, e a implantação do Estado Democrático de Direito, não há como prosseguir sem atenção aos princípios da dignidade humana e as garantias fundamentais.

A Lei de execução penal brasileira permite várias maneiras de aplicação da pena privativa de liberdade de maneira digna, porém, não para realidade do país. A realidade brasileira não permite a execução dos dispositivos constantes daquele texto legal, um dos motivos pelo qual a pena de prisão se encontra ineficaz.

Por meio deste estudo, pretende-se tecer críticas e sugestões de âmbito teórico, ao modelo prisional adotado no Brasil. A pena de prisão foi deixada a sua própria sorte por falta de efetiva administração político-criminal, porém, precisa ser revista, para conseguir cumprir o seu papel, qual seja, de conferir segurança à sociedade.

Os tão famosos crimes hediondos, crimes organizados, e crimes de especial gravidade, simbolizam mais que um Direito Penal funcional, simbolizam um Direito Penal do terror. Essa preocupação sem limites, que mais parece “bandeira” de campanha política, faz com que a criminalidade cresça, e assim, suscitando um discurso legitimador do abandono progressivo das garantias fundamentais.

Diante da assustadora realidade, mais uma vez, a participação da sociedade deve ser invocada, como forma de solução para problema.

A doutrina moderna, baseada na teoria da intervenção mínima, prega a descriminalização, a descaracterização e despenalização, como meio de efetiva solução do problema. Assim, haverá uma diminuição dos tipos penais, e ainda a diminuição das penas em abstrato, fazendo com que aconteça a redução das penas privativas de liberdade.

Tendo como base estudos já realizados na área, bem como a realidade presente, esta pesquisa realizará comparações teóricas, tendo em vistas possíveis considerações, como forma de colaboração para a efetiva solução deste problema que se tornou característico do Brasil.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA PENA DE PRISÃO

Por óbvio não há como contar a história da prisão, sem passar pela origem da pena, já que a primeira é gênero da segunda. A pena, na história da humanidade, tem sua origem ligada à vingança, porém, não tem como precisar uma data como sendo de seu surgimento, podendo-se incorrer em inverdade.

Os historiadores costumam situar as penas segundo as fases da história; nesse segmento, tem-se a pena como vingança privada; a pena como resposta dos deuses; a fase da vingança pública em forma de pena e a fase da pena como resposta humanitária.

De início, o uso da prisão era reservado aos casos de custódia, ou seja, o delinqüente era guardado, até a hora de receber sua verdadeira pena, que em regra era a morte.

A prisão como pena tirou de cena os suplícios, isso se deu por volta do século XVII, mas a prisão na forma em que hoje nos apresenta, segue inspiração da igreja, por este motivo: penitenciária; que era o local onde se passava por penitência, como meio de expiar os pecados.

Após algum tempo, com o movimento reformador, a prisão é lida de uma nova maneira. Devido o desenvolvimento crescente das cidades, apreço também a criminalidade, antagonicamente ao “progresso”. Desta forma, sem alternativa, (porque as autoridades penais, não poderiam exterminar a toda uma população, por ser ela delinqüente), adotou-se a prisão como forma de substituição à pena de morte.

Nesse contexto surgem as primeiras tentativas de recuperação de criminosos. Porém, o sistema de “prisão” era baseado na clausura, serviços pesados e muito sacrifício; todos estes excessos eram entendidos como tentativa de disciplinar o infrator.

Merece destaque a chamada pena das “galés”, na qual, os criminosos eram forçados ao trabalho. Aprisionados em navios a velas, os delinqüentes eram forçados a remar sob tortura e castigos físicos.

Os primeiros sistemas prisionais foram implantados nos Estados Unidos, contava com meios que no entendimento da época, regeneravam o infrator, este era acompanhado por um Quaker, que lhe aplicava exercícios, com capacidade purificadora. Este sistema exigia o isolamento do condenado, não podia se comunicar

com ninguém.

O sistema foi amplamente criticado pelos representantes do movimento reformador, que almejavam uma nova leitura para os sistemas punitivos; pois ao inadmitir a comunicação do condenado, retirava deste o direito de interagir com outras pessoas, transformando-o em um ser sem iniciativa.

Mas o paradigma foi realmente quebrado com os sistemas prisionais da Inglaterra e Irlanda, que traziam uma nova proposta ressocializadora. Este novo conceito punitivo pretendeu a ressocialização do condenado paulatinamente, facultando-lhes tarefas aplicadas por agentes do estabelecimento, que levavam em conta cada indivíduo particularmente.

Não só aos criminosos se aplicava a prisão como pena. No século XVIII, com o surgimento do contratualismo, aquele que quebrava o contrato social, era privado de sua liberdade. Privar o indivíduo inadimplente de liberdade era uma constante na sociedade daquela época, pois, a maioria das pessoas não dispunha de riquezas, para garantir os contratos, o único bem valioso que contavam, era a própria liberdade.

Um comentário bastante pertinente que merece relevância, devido à capacidade de bem ilustrar aquela época da história.

(...) Quando um cidadão não paga uma indenização devida como resultado da violação de um contrato é forçado a fazê-lo (dele é expropriado algo de valor), mas os homens dessa massa criminalizada nada possuíam. O que deles se expropriava? A única coisa que podiam oferecer no mercado: sua capacidade de trabalho, sua liberdade. (PIERANGELI; ZAFFARONI 2002, p. 263).

Neste contexto há de ser considerado que o capitalismo não passava despercebido, e teve reflexo em todas as épocas. Conclusão Interessante resulta da análise das origens do sistema penitenciário; pois à prisão-pena, certamente, era atribuído motivos menos reformadores e mais capitalista.

Para uma época em que não se admitia o desperdício de mão de obra, as prisões celulares, nas quais se impunham trabalhos forçados, tornaram-se uma ótima proposta de via punitiva. (MELOSSI; PAVARINI 2006, p.21).

A prisão demorou a assumir característica de pena aqui no Brasil; só assume tais características, após a proclamação da independência, até então, era usada exclusivamente para manter criminosos que aguardavam julgamento, ou a execução.

Durante as Ordenações Afonsinas, Manuelinas, e Filipinas, a prisão servia para guardar o delinqüente, para que fosse torturado, até o dia do julgamento. Era um costume comum, já que estas ordenações tinham como base um “Direito” Penal fundamentado na brutalidade das sanções corporais e na violação dos direitos do acusado.

Com o Código Criminal do Império, em 1830 foram introduzidas idéias de justiça e humanidade, os jovens que estudavam na Europa, vinham cheios de novas e revolucionárias soluções. O movimento liberal tomava conta de toda Europa, e dos Estados Unidos, trazia consigo um novo conceito de Direito Penal. Assim, escolas voltadas para o sentimento humanista começavam a surgir.

Maiores mudanças vieram com a libertação dos escravos, no século XIX, outros tipos de penas surgiram, no entanto, a prisão como pena, tornou-se ainda mais usual, porém, naquela época, já se apresentava em colapso. A superlotação e a promiscuidade já se faziam presentes, como característica predominante da prisão no Brasil.

O atual Código Penal brasileiro foi publicado em 1.940, por um Decreto-lei, e já continha vários princípios, que para época, constituíam grandes inovações. Eram princípios com nuances humanistas, inclinados ao reconhecimento da dignidade do indivíduo.

Já havia a previsão do uso moderado do poder punitivo por parte do Estado, no entanto, esta moderação também se apresentou em forma de descaso. A solução dos problemas, por parte do Poder Público, não acontecia.

As prisões eram tão somente um “depósito de humanos” à margem de uma sociedade. A falta de respeito aos princípios de relacionamento humano e a falta de aconselhamento e orientação do preso como forma de regeneração, não existiam.

Realmente, a prisão como pena, era uma maneira rápida de se livrar do problema, que veio junto com o progresso.

Apresentando-se como forma prática de deixar o problema à margem, a prisão foi ganhando cada vez mais uso, vindo a ser usada, não só como pena, mas também como meio de impedir que o delinqüente antes de julgado evadisse. Neste contexto, surge a chamada custódia preventiva, onde o infrator era guardado, até que se concluíssem as investigações necessárias. Para tal, era preciso que o juiz concedesse ordem expressa.

Por conta desta nova modalidade de prisão, maiores arbitrariedades eram cometidas. Bastava que fosse do interesse de algum dos governantes, para que se efetuasse o recolhimento do indivíduo à prisão, sob alegação de se tratar de um meio preventivo.

Assim, se manteve a custódia preventiva até que o Código de Processo Penal de 03 de outubro de 1941, respaldado no Código de Processo Penal italiano de 1930, veio sistematizar, com rigor dogmático, a prisão preventiva no processo penal brasileiro.

2 PODERE E SABER PENAL, O DIREITO DE PUNIR E SUAS LIGAÇÕES COM O SISTEMA CAPITALISTA.

A relação de poder e saber penal deve ser focada sob a hipótese de que a transformação sofrida ao longo dos tempos pelo sistema punitivo, não é resultado de uma consciência tomada pelo sentimento humanitário, mas sim uma estratégia do direito de punir exigida pela mudança de objeto e objetivo.

O “saber penal iluminista” deixar transparecer uma idéia lírica e necessária de que os castigos físicos devam ser banidos e odiados, no entanto, considera o homem médio, como objeto declarado deste processo, todavia, o objeto latente a ser considerado, nada mais é que o resultado de um momento histórico; onde o capitalismo dita as regras.

A mudança sofrida no grau de violência empregado nas ações delituosas traz também mudanças no grau de desumanidade das penas. Á partir do século XVIII, a tendência criminosa volta-se consideravelmente para as propriedades, deixando de lado os crimes de sangue, que tinha como alvo a própria vida.

Desta feita, o exercício criminoso segue transformações exigindo maior estratégia, e não somente a violência crua dos crimes de sangue. Toda esta mudança ocasiona inclusive transformações internas na organização criminosa.

Surge assim, mesmo que de forma camuflada o movimento que desautoriza os castigos físicos e repagina o direito de punir, direcionando-o para o caminho da “humanização”.

(...) com as novas formas de acumulação de capital, de relações de produção e de estatuto jurídico da propriedade, todas as práticas populares que se classificavam, seja numa forma silenciosa, cotidiana, tolerada, seja numa forma violenta, na ilegalidade dos direitos, são desviadas a força para a ilegalidade dos bens. O roubo tende a se tornar a primeira das grandes escapatórias à legalidade, nesse movimento que vai de uma sociedade da apropriação jurídico-política a uma sociedade de apropriação dos meios e produtos do trabalho. (FOUCAULT, apud ANDRADE, 1997 p. 238,).

A acumulação de capital, o desenvolvimento da produção e toda mudança econômica, e por óbvio mais todas as demais resultantes destes processos, tais como multiplicação de riquezas e desenvolvimento demográfico, deram resultado a necessária passagem da criminalidade cruenta para uma criminalidade sagaz, totalmente fraudulenta.

Todavia, todos estes acontecimentos deflagraram uma constante perseguição pela segurança jurídica, que ocasionou uma significativa elevação da severidade punitiva. A visão da sociedade capitalista volta-se para proteção da propriedade, desta forma, houve uma reestruturação, jurídica, visando maior rigor punitivo.

A “ilegalidade dos direitos” que era basicamente delito reservado às classes de menor poder aquisitivo é separada da “ilegalidade dos bens”.

Neste momento, os papéis se alteram a “ilegalidade dos bens” passa a ser praticada com freqüência pelos menos abastados, já que não possuíam nenhum tipo de propriedade; assim, à classe burguesa reserva-se a prática das “ilegalidades dos direitos”, proprietários que são praticavam crimes cruentos a pretexto de preservação da propriedade.

A partir desta separação surge também uma vigilância incessante por parte

dos detentores das propriedades que se vêm precisados de proteção para manutenção de suas posses. É, portanto, necessário uma codificação a fim de assegurar a aplicação de formas cada vez mais severas de punir.

(...) desfazer a antiga economia do poder de punir que tinha como princípios a multiplicidade confusa e lacunosa das instâncias, uma repartição e uma concentração de poder correlatas com uma inércia de fato e uma inevitável tolerância, castigo ostensivos em suas manifestações e incertos em sua aplicação. Afirma-se a necessidade de definir uma estratégia e técnicas de punição em que uma economia da continuidade e da permanência substituirá a da despesa e do excesso (FOUCAULT apud ANDRADE, 1997, p. 239).

Enfim, é forçoso concluir que o chamado sentimento humanitário às penas, surge basicamente da repulsa em relação ao poder soberano e também do infra-poder conquistado sob a ilegalidade.

Na verdade a relação de poder e saber penal é resultado da mudança radical da sociedade em relação aos delitos; que agora além de excluir, necessita observar.

Assim, é uma exigência do capitalismo, que produz em escalas e precisa dos excluídos e marginalizados para se manter. É uma espécie de instituição que massifica, prende e modela o indivíduo. Na verdade todo este sistema é formado por instituições iguais, todas retiram parte do indivíduo.

A prisão emite dois discursos. Ela diz: “Eis o que é a sociedade; vocês não podem me criticar na medida em que eu faço unicamente aquilo lhes fazem diariamente na fábrica, na escola, etc. Eu sou, pois, inocente; eu sou apenas a expressão de um consenso social”. É isso que se encontra na teoria da penalidade ou da criminologia; a prisão não é uma ruptura com o que se passa todos os dias. Mas ao mesmo tempo a prisão emite um outro (sic) discurso: “A melhor prova de que vocês não estão na prisão é que eu existo como instituição particular, separada das outras, destinada apenas àqueles que cometeram uma falta contra a lei”.

Assim, a prisão ao mesmo tempo se inocenta de ser prisão pelo fato de se assemelhar a todo o resto, e inocenta todas as outras instituições de serem prisões, já que ela se apresenta como sendo válida unicamente para aqueles que cometeram uma falta. (FOUCAULT, p. 123, 2005).

Há uma infinita necessidade de demonstração por parte de todas as instituições, de que seu único escopo é efetuar o exercício do indivíduo para sua verdadeira vocação, que é o trabalho. Todavia, a essência do homem, apesar de assim Marx considerar (1982), não pode ser o trabalho. Simplesmente, porque o homem é conduta, não é instinto. Antes de estar no exercício do trabalho, é preciso que tenha havido toda uma preparação, para o recebimento do indivíduo como ser sociável e passível de escolhas.

3 CRÍTICA AO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

A sociedade moderna elegeu a prisão como meio mais eficaz no combate à criminalidade. Não há como falar em sistema de repressão e prevenção da violência sem passar pela questão prisional.

A liberdade é um direito natural do ser humano, a prisão por essencial que possa ser para manutenção da ordem social, deve constituir a exceção. Por ter este caráter excepcional, para ser legítima, tem que atender aos princípios da dignidade humana.

(...) a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida. À expiação sucede a retribuição, a razão Divina é substituída pela razão de Estado, a lei divina pela lei dos homens. (RAMIREZ e MALARÉE, 1982. p. 120).

Modernamente o Estado é a expressão de um povo, já não tem como considerar a pena com o arcaico fundamento do Estado como divino; o Estado é o povo.

Assim que o monopólio da chamada “violência legítima” passou a ser exercido pelo Estado, a pena não tem mais caráter de vingança, é conceituada apenas como punição. Todavia para aqueles que acreditam que o Estado é o resultado de um contrato entre os indivíduos, a pena pode e deve se necessário ser ilimitada, haja vista que resulta da necessidade de punir e retribuir ao indivíduo que andou em sentido contrário às regras.

Aos “proprietários” é assegurada uma espontaneidade quase natural (menos Estado, mais liberdade, para os excludentes = menos Estado menos liberdade, para os excluído: a lógica neoliberal). (AYDOS, 1992, p. 31).

É um resultado quase que matemático, pois o monopólio da violência regido pelo Estado atua em defesa das classes privilegiada, assim, o resultado é por óbvio desfavorável à minoria desprovida. Se a tranquilidade é oferecida pelo Estado, e existem aqueles que desrespeitam esta ordem, é justo que as eles seja aplicada a lei; e aplicar a lei é proteger os excludentes, assim, a pena entra em ação, em se tratando de sistema punitivo no Brasil, tem-se a prisão como eliminação do desrespeito à tranquilidade.

A Constituição brasileira prima pela liberdade, direitos e garantias fundamentais, sendo a prisão exceção à supressão desta liberdade. Assim, jamais poderá haver prisão que resulte em degradação do ser.

Todavia, no que tange às pesquisas e os ditos “progressos” científicos penais, os resultados não traduzem o verdadeiro significado dos valores da sociedade. Toda qualificação dos atos ilícitos, ou comportamento desvirtuado do ser humano, não conseguiu atingir o verdadeiro propósito da pena de prisão, que

é ressocializar punindo exemplificativamente, enquanto propicia a ressocialização.

Tem-se a nítida impressão de que a pena como prisão nada mais é senão a tentativa de reproduzir o grande duelo entre o bem e o mal. Nada mais que uma resposta, em muitas vezes exagerada e desnecessária, ao pedido de justiça daqueles que se vêem lesados.

Mas quem pode dizer o que é o bem e o que é o mal? Temos uma sociedade de condições discrepantes, os indivíduos que engrossam as classes desprovidas (que é a maioria dos apenados) não têm total domínio de sua conduta, não podem ser considerados ativos dentro deste “contrato social”.

As ações do delinqüente são sempre repudiadas, visto que são considerados indignos, no entanto, muitas vezes tudo não passa do resultado do meio que este indivíduo se encontra.

É comum a ação violenta do marginal (aqui como conceito do indivíduo que vive à margem) ser considerada como crime.

Se um indivíduo desfere a outro uma lesão corporal que provoca a morte da pessoa atacada, falamos de homicídio sem premeditação, por outra parte, se o atacante sabe de antemão que o golpe será fatal, falamos de assassinato. Também se tem cometido assassinato se a sociedade coloca centenas de operários numa situação tal que inevitavelmente os faça chegar a um fim prematuro e antinatural. Sua morte é tão violenta quanto se os tivesse apunhalado ou tiroteado (...) (AYDOS, apud ENGELS, 1992, p. 37).

No que tange humanidade e dignidade, existe justiça em fazer alguém (ou muitos) se sujeitar à permanência em uma cela imunda e sem infra-estrutura, se as oportunidades são desiguais?

Não estaria também o Estado cometendo crime ao reduzir o tempo natural de vida do indivíduo que é esquecido nas prisões?

A prisão é meio de justiça? É mesmo o único meio possível de se prevenir o mal?

Com o pensamento centrado nas revoluções que trouxeram à luz as questões sobre a preservação da dignidade do homem, a prisão representa mais o conceito de um momento histórico.

Toda história do Brasil aponta para a certeza de que em desconformidade com as penas de morte, banimento, suplícios, e outras tantas formas abomináveis de execução de castigos, a sociedade elegeu a prisão como forma de redenção.

Desta forma, a prisão não deve ser lida como o único e imutável meio de se combater a criminalidade, pelo contrário, há muito não consegue cumprir esta expectativa.

O sistema punitivo brasileiro tem bases, nos modelos europeus, no que tange o combate aos delitos, elegeu a pena privativa de liberdade como meio mais eficaz.

O Brasil, como os outros países da América Latina, sofreu a influência do

pensamento fascista italiano (1910), no entanto, atualmente, tem-se pensado a respeito da eficácia das sanções penais resultantes de tal pensamento, o que vem ocasionando o rompimento com a oposição existente entre o Direito Penal e as outras ciências humanísticas.

Até então, havia um dogma imutável, envolvendo o Direito Penal e a criminologia. O estudo aprofundado dos institutos penais, em relação à execução da pena privativa de liberdade restou abalado, tudo que se acreditava acerca da evolução de seus métodos e meios.

A pena de prisão não é tradução de modernidade. Diariamente, até mesmo em relação às medidas, que levam em conta o interesse do infrator, a prisão consegue demonstrar seu declínio.

A propósito um comentário que sem dúvida consegue expor eficazmente este entendimento.

Infelizmente o nosso sistema de medida de segurança não passou ainda (...) de legislação de fachada. À parte dos superlotados manicômios judiciários, na sua maioria, instalados no tempo do código anterior, inexistem qualquer dos estabelecimentos reclamados pela nova diretriz de prevenção contra a delinqüência. (HUNGRIA, p. 117e118, 1958).

Grande parte da população carcerária se encontra em locais impróprios, não se vislumbra a preocupação com a separação dos condenados. Presos de alta periculosidade confinados juntamente com presos que não ostentam esta característica é uma das muitas certezas da não aceitabilidade da prisão como pena.

Isto sem falar nos presos provisórios, que aguardam julgamento, nas mesmas condições infectas, firmando de vez a quebra com o princípio da inocência presumida, pois já se encontram cumprindo pena tal quais aqueles que já foram condenados.

Penas desautorizadas pela Constituição brasileira são comumente aplicadas de maneira colateral. Até mesmo a pena de morte pode ser considerada, se levado em conta a falta de infra-estrutura, e condições de higiene como um todo, já que tal realidade dissemina facilmente doenças como AIDS, hepatite e outras tantas que condena o criminoso a pena capital.

(...) Hoje em dia, aparentemente, continua sendo esta privação da liberdade, a única pena que se impõe aos delinqüentes, mas de fato não é assim. Ao enviá-los às nossas prisões, na realidade se lhes está submetendo a penas corporais tão duras e adjetas como as medievais. (GOMES, 2000, p. 488).

O indivíduo condenado à pena de prisão, não obstante em cumpri-la; paralelamente cumpri também outras formas de pena; pois dentro de uma penitenciária brasileira, é exposto a tanta violência e degeneração física, que equivale a uma pena paralela. Ainda tem o agravante, que involuntariamente, se não é um

viciado em substâncias tóxicas, fatalmente aprenderá a ser.

Por toda parte a ociosidade desenha um cenário, que obriga uma cumplicidade, ensejando assim o aprendizado e aperfeiçoamento do saber criminoso. Em meados da década de 70 o Deputado Ibraim Abi - Ackel sabiamente definiu o sistema prisional brasileiro, quando o qualificou como “sementeiras da reincidência”.

Não há o planejamento almejando o retorno do delinqüente à sociedade, aliás, não há planejamento algum; os condenados são lançados à sua própria sorte em estabelecimentos sem o mínimo de condições de infra-estrutura, caracterizando a falta de cumprimento do mínimo exigido para manutenção da dignidade do indivíduo.

As prisões e as demais medidas cujo efeito é separar o delinqüente do mundo exterior são aflitivas pelo fato de que despojam o indivíduo do direito de dispor de sua pessoa, ao privá-lo de sua liberdade. Portanto, salvo em referência às medidas de separação, justificadas, ou à preservação da disciplina, não deve o sistema penitenciário agravar os sofrimentos inerentes à situação do preso.

Tal texto é constante da segunda parte do item 57 das Regras Mínimas da ONU para Tratamento dos Presos, todavia, como se conclui esta regra também não é levada em conta.

Trata-se de um engodo toda previsão de preservação da dignidade do apenado, salvaguardando assim, a individualidade de cada um, conforme previsão constitucional.

Há uma incrível discrepância entre a previsão jurídica e a realidade prisional brasileira. No entanto, a partir do momento em que o apenado é entregue ao Estado, sua segurança e bem estar passam a ser de sua inteira responsabilidade; sendo que a quebra desse dever, é verdadeira omissão; gerando responsabilidade administrativa, cível e criminal; e disto não se pode olvidar, já que o resultado acarretará grande perda para toda sociedade.

4 ROTINA PRISIONAL NO BRASIL

É de se esperar que em um aglomerado de pessoas, os problemas se multipliquem.

Não poderia ser diferente em uma prisão. Uma prisão com super lotação, além de todos os problemas próprios de um local de grande aglomeração, guarda também aqueles, que resultam da insatisfação dos presos que ali se encontram de maneira imposta.

Cada vez mais os problemas vão aumentando, à medida que a capacidade do local é excedida chegando à super lotação. Este cenário é fácil de ser notado, em penitenciárias de grande porte; porque quanto maior a capacidade do local, maiores seus problemas.

Tanto mais difícil é a situação, porque a população de um estabelecimento prisional é flutuante. Quando se trata de prisões de grande porte e capacidade, diariamente ou quase, estão saindo presos (...) (MIOTO, 1992, p. 53).

Toda situação se agrava, já que a população carcerária não é fixa, ou seja, entram presos, saem presos. Essa movimentação permanente liquida a possível previsão de disciplinar a rotina interna, de qualquer instituição.

São várias pessoas convivendo juntas, num mesmo espaço; sendo que de comum, só a situação de encarceradas. Cada um com os seus problemas, cada um com suas particularidades.

Somado a isso existem os problemas de infra-estrutura, higiene, alimentação, e outros próprios de local super populado.

Uma das dificuldades está em administrar a situação, sem condenar o preso a um tratamento generalizado. Trata-se de um indivíduo ímpar, com necessidades próprias.

Profissionais mal remunerados, e muitas vezes também mal treinados, sem motivação, sujeitos a qualquer tipo de corrupção, e ainda todas as dificuldades já mencionadas linhas acima fazem com que a situação saia do controle, incorrendo em fugas, motins, revoltas, e todas as formas de violência possíveis.

Neste cenário não há como conseguir a ressocialização do preso, que vive uma tensão diária, que só faz aumentar sua revolta e sede de vingança.

Aqueles que conseguem se identificar, e se entender, se juntam, formando grupos, que são chamados pelos sociólogos de “cliques”. Todavia, este agrupamento só faz piorar a situação, pois em grupos, novas formas de violência se revelam, colocando cada vez mais distante a possível ressocialização.

Podemos encontrar também, a “clique”, entre os adolescentes, que se identificam e se agrupam, ou mesmo entre amigos de um clube, ou outros. Nem sempre o fato de se juntarem em grupos diferentes, significa que estão em lados opostos, que são inimigos, mas nas prisões, as “cliques” sempre são rivais, têm interesses diferentes, e disputam o poder.

O fenômeno da “clique”, nas prisões, tem outras bases, que nunca é uma verdadeira amizade, é tão somente uma camaradagem, que guarda desconfianças e receios.

Cada preso vê seu crime como um verdadeiro engano, assim, todos os outros que ali se encontram são vorazes carnívoros, passíveis de devorar o indefeso “cordeiro”.

No entanto existe uma associação e inexplicavelmente existe uma “ética”, capaz das maiores cumplicidades.

A prisão torna possível, ou melhor, favorece a organização de um meio delinquentes, solidários entre si, hierarquizados. Prontos para todas as cumplicidades futuras”. (Foucault, 2007, p. 222).

Esta associação é um meio de sobrevivência. Cada “clique” tem um chefe, que quase sempre conquista este posto, por se destacar, devido algum atributo físico, ou mesmo intelectual.

Este chefe é obedecido e temido, ninguém questiona suas ordens. Se em uma mesma “clique”, surgir mais de um preso com capacidade para liderança, o resultado poderá ser fatal, porque o poder não se divide.

As disputas entre os grupos são verdadeiras guerras, resultam em violências individuais ou coletivas.

Por vezes as “cliques” se juntam, unindo forças contra a administração do estabelecimento prisional. Não há receio por parte dos presos, já que sabem da evidência que os direitos humanos conquistaram nos últimos anos, se sentem perfeitamente protegidos.

Todavia, não há como simplesmente fechar os olhos para esta verdade. É necessário uma atitude capaz de reprimir as revoltas, sem que dela resulte um mal maior. Todas estas atitudes e atividades das “cliques” constituem um grande desafio para os administradores e colaboradores das penitenciárias, mesmo que sejam bem preparados.

Se a forma de combate não for milimetricamente pensada, pode resultar em ações indesejáveis, capazes de detonar violência maior ainda.

Depois da revolta instalada, a forma de contê-la não conseguirá seguir aos preceitos legais, visto que, os indivíduos que ali se encontram, não recuarão, enquanto não chegarem a um fim, necessitando de medida de urgência. Esta medida urgente, certamente, não dará tempo para ponderações, e se manifestará por meios não admitidos jurídica e moralmente.

Isto porque, os responsáveis pela segurança precisam dar uma resposta à sociedade. E esta resposta, dependerá da maneira em que tudo foi administrado.

O que constitui o caráter moderno de uma prisão não é o edifício nem o equipamento ou o cronograma bem riscado, mas a qualidade do pessoal que o administra. Podemos afirmar sem hesitação que, dos quatro elementos de um programa de renovação carcerária, ou seja, filosofia, disposições legais, estabelecimento adequado e pessoal, é este último que vai decidir do sucesso das novas medidas a implantar. (LEAL, 2001, p. 99).

Se a segurança pública puder contar com profissionais bem preparados, certamente conseguirão executar o “poder”, caso contrário, a sociedade não terá a resposta que precisa, ou seja, a forma de repressão poderá ser baseada em “barganhas”, ou então em meios não considerados pelos defensores do direito humano.

4.1 Sistema prisional brasileiro: retribuição ou reforma do criminoso.

A realidade sobre a execução da pena privativa de liberdade tem se mostrado cada vez mais desanimadora. A todo o momento surgem novos fatos, denúncias e arbitrariedades, que fazem acreditar que a aplicação da pena de prisão, não é medida eficaz, não consegue cumprir seu papel, qual seja o de trazer o delinqüente ao convívio social.

Desta forma, conceito interessante capaz de ilustrar precisamente, tal exposição:

(...) a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida. À expiação sucede a retribuição, a razão Divina é substituída pela razão de Estado, a lei divina pela lei dos homens. (RAMIREZ e MALARÉE, 1982. p. 120).

O sistema prisional brasileiro guarda em si características cada vez mais capazes de aperfeiçoar a capacidade de delinquir. É um sistema ultrapassado, que mais parece uma escola de aperfeiçoamento de criminosos.

Na verdade este sistema, não prima pela ressocialização. A opção é a segregação. No entanto, há uma tentativa inócua, já que a segregação é baseada na repressão; que não consegue educar, ressocializar, assim, na primeira oportunidade, acontecem as evasões, ou mesmo os tão comuns comandos¹⁴ que são elaborados dentro da própria prisão.

A superlotação é a realidade no Brasil. Deste cenário surgem as revoltas, o desrespeito aos direitos humanos, e ações violentas de todo tipo.

Não obstante, o Estado tenta resolver os problemas econômicos, políticos, éticos, sociais e morais, erroneamente, por meio do direito penal, nesta tentativa ainda cria outro. Sim, porque a maioria da população carcerária é carente econômica e socialmente falando.

Ao retirar da sociedade o indivíduo que cometeu um ilícito, e segregá-lo em uma prisão, sem nem mesmo avaliar se este extremo é a única saída, o Estado está contribuindo cada vez mais com o aumento da exclusão social.

Porque fatalmente, este indivíduo que já sofria os efeitos de fazer parte de uma minoria desprovida social e economicamente, terá chances menores ainda de se, inserir na sociedade.

Disto tudo, há de se concluir que o Estado por meio da pena de prisão consegue institucionalizar um estigma social.

Pois o apenado, quando volta a viver em sociedade, não tem condições de reinserção, já que enquanto esteve preso, não foi ressocializado, tudo que o Estado fez, foi segregá-lo como forma paliativa de resolver os problemas sociais do país.

A resposta a esta “solução” atenuante, será fatalmente a reincidência, porque o preso egresso, não tem alternativa. Ao voltar à sociedade, mesmo que não pretenda, estará sujeito à delinquência, outra vez; pois carrega consigo um estigma social. Este estigma institucionalizado pelo Estado se encarregará de lhe propiciar o caminho da reincidência.

Num sentido mais profundo, contudo, a crítica indica que a prisão não pode “reduzir” precisamente porque sua função real é “fabricar” a criminalidade e condicionar a reincidência. Daí se explica o fracasso das permanentes reformas ressocializadoras. As funções reais da prisão aparecem, assim, em uma dupla reprodução: reprodução da criminalidade (recortando formas de criminalidade das classes dominadas e excluindo a

criminalidade das classes dominantes) e reprodução das relações sociais de dominação. (FOUCALT, apud, SANTOS, 1981, p.56).

Quando esta situação vem à tona, não é só o preso que sente seus reflexos; toda sociedade é afetada. A reincidência é a prova de que o sistema prisional brasileiro é inócuo, e faz sentir cada vez mais a insegurança.

Todavia, esta realidade não é eterna, a solução para todo este desgaste, pode estar dentro dele mesmo, ou seja, é o próprio problema trazendo a sua solução.

A partir da Constituição de 1988, o Estado Democrático de Direito tornou-se o pálio de toda sociedade. No entanto, por muitas vezes, talvez por questões históricas, o indivíduo tende a agir com resignação, permitindo que seu direito, por mais fundamental, seja, postergado.

A todo tempo, o Estado “olvida” do princípio da intervenção mínima, invadindo a esfera particular do indivíduo. Neste contexto, toda a problemática acerca da pena privativa de liberdade, e os abusos em relação aos direitos fundamentais, tais como a não preservação da dignidade humana, a inobservância da individualidade de cada ser, ou preservação da honra, têm servido para chamar atenção de todos, para os direitos que a toda hora são, imotivadamente deixados em segundo plano.

Desta forma, a solução para os problemas carcerários do Brasil, tornou-se a solução para os direitos humanos que simplesmente, não vinham sendo preservados.

Precisou acontecer uma tragédia, para que o homem voltasse a ser o objetivo do Estado.

Agora, as soluções fazem parte de um compromisso, que o Estado tem com a sociedade. E para livrar-se desse compromisso, somente honrando-o.

Toda base desta obrigação está na Constituição Federal, não há como prosseguir sem observar os seus ditames, ou seja, não há como prosseguir sem o pálio do Estado Democrático de Direito.

O Direito Penal que é que uma forma de garantir a intervenção mínima do Estado vem sendo usado de maneira simbólica. Os denominados crimes hediondos, crimes organizados, e crimes de especial gravidade, simbolizam mais que um Direito Penal funcional; simbolizam um Direito Penal do terror. O limite do poder de punir se encontra na real interpretação e uso do direito penal.

Além do dever de intervenção mínima em relação ao indivíduo o Estado, também tem o dever de segurança, que é exclusivo seu. Todavia, para realização deste dever (segurança), não está autorizado a suprimir direitos fundamentais do homem.

O Estado de direito deve combater o delito seguindo regras morais escrupulosas, sob pena de igualar-se aos delinquentes e de perder toda a autoridade e credibilidade. E as garantias que a Constituição assegura ao acusado não são simplesmente postas como tutela de seus direitos

individuais, mas são, antes de mais nada, (SIC) garantias do justo processo, assegurando o interesse geral à regularidade do procedimento e à justiça das decisões.(GRINOVER, 1985, p. 48).

Durante o tempo que está cumprindo sua pena, o homem, tem alguns de seus direitos fundamentais suspensos, (direito de ir e vir, sufrágio), mas o maior dos direitos fundamentais, não se encontra suspenso, que é a vida digna.

Não há como falar em segurança pública negando os direitos fundamentais do indivíduo, pois se assim o for, a segurança estará sendo voltada somente para alguns, e não à sociedade.

Um dos pontos mais fortes dos direitos fundamentais é a inclusão das minorias, e o preso é minoria. Portanto, pode e necessita ser sujeito de um programa social.

Apesar da necessidade de revisão, ou de interpretação de acordo com a Constituição brasileira, por ser anterior a esta, a Lei de Execução Penal, traz a previsão de que tanto o apenado, como sua família deve ser alvo de um programa, que consiga propiciar-lhe vivência digna, tanto enquanto estiver recluso, ou quando egresso.

O direito de punir não é somente dosar e aplicar a pena, este direito deve permanecer durante a execução desta, que precisa obedecer aos critérios constitucionais pátrios.

Além do direito de punir o Estado também tem o dever de ressocializar, porque a verdadeira função da pena é ressocializar, trazer o delinqüente de volta ao convívio social.

Neste momento, mister se faz diferenciar convívio social de simplesmente estar de volta à sociedade.

O homem, como ser racional que é não poderá apenas ser inserto na sociedade, já que não é apenas comportamento, mas sim conduta. Cada indivíduo é dono de seu pensamento e de seu agir. Um é distinto do outro.

O ser humano não tem apenas um comportamento extintivo, deve e necessita ser identificado em um contexto, logo, procura identificação, mesmo que inconscientemente.

Assim, é este aspecto que faz a diferença, esta necessidade de dar e receber, de ter direitos e deveres, de ser um cidadão. É isso, portanto, que diferencia o simples retorno à sociedade do convívio social.

O trabalho de reinserção do indivíduo de volta à sociedade deve ter por base a preservação da dignidade da pessoa humana. Todos os recursos devem se direcionar, de maneira a preservar a individualidade do ser, não se permitindo a busca por mudanças na esfera moral.

O trabalho de ressocialização deverá evitar que ao voltar à sociedade o infrator depare novamente com as causas que deram origem ao delito por ele praticado. O escopo aqui é evitar a reincidência.

Assim, a execução penal se estende aos familiares do condenado, fazendo

com que estes sejam amparados socialmente, para que ao fim do cumprimento da pena, retornando ao lar, o detento encontre condições que lhe permitam um recomeço que não inclua o delito novamente.

A pena não pode ter caráter repressivo, trata-se de um meio de se criar oportunidade ao condenado. Enquanto este fica recolhido à prisão, o Estado deverá propiciar formas para que sua reinserção ao convívio social se dê de maneira segura.

É como se o tempo em que o condenado se encontrar na prisão, um novo cenário estará sendo preparado pelo Estado visando ao seu retorno.

Desta forma, o apenado estará sendo reconhecido como produto final da sociedade moderna, é o resultado da sociedade capitalista e cada vez mais individualista.

Assim, nada mais justo que todos trabalhem para a transformação deste “efeito colateral” em resultado positivo.

O apenado deverá ter participação ativa, no desenvolvimento das atividades ressocializadoras, sua participação tem que ser voluntária.

Em uma esfera mais restrita, a participação do condenado deve ser entendida como reflexiva, ou seja, o condenado irá se ressocializar, e não ser ressocializado. O que menos importa é a capacidade de arrependimento do delinqüente, não se pretende reformas ideológicas, mas sim afastar a reincidência, propiciando meios sociais para isso.

O tempo da pena não é visto como um tempo de segregação, mas sim como um tempo de reabilitação, oferecido ao preso egresso.

5 A PRISÃO COMO MEIO DE JUSTIÇA SOCIAL

Notadamente a crise em que se encontram sociedade e Estado é resultado de todo um processo histórico, onde a má distribuição das oportunidades é uma realidade incontestável.

A discussão acerca da má distribuição de riquezas e oportunidades chega ao último degrau, e não consegue progredir. Assim, sem meios de mexer na proporção desta distribuição, (porque aqueles que formam a maioria, não aceitam a redistribuição) os excluídos reagem da única maneira que conseguem: revoltando-se!

Incapazes de responder às cobranças dos insatisfeitos, os donos do poder mudam o foco da discussão. Neste momento vêm à tona outros motivos, mas não os que realmente alimentaram a revolta destes que formam a minoria (não minoria numérica, mas sim de oportunidades, além de riquezas).

Ignorando as razões das revoltas e reações violentas, os detentores do poder manipulam a situação, mostrando outra face, que não aquela resultante da última instância da desigualdade social, onde os injustiçados, ao contrário de vítima que são, viram monstros e sinônimo do mal.

Desta feita, as atenções se voltam para necessidade de se combater o mal. E a única via capaz de desestimular condutas “subversivas”, é a retribuição.

Medidas repressivas cada vez mais severas são adotadas, capitaneadas por aqueles que se vêm ameaçados com os debates pela redistribuição social e econômica, que resultou na exclusão de muitos em benefício de poucos.

Os tão famosos crimes hediondos, crimes organizados, e crimes de especial gravidade, simbolizam mais que um Direito Penal funcional. É um Direito Penal do terror.

Essa preocupação sem limites, em criar novos tipos penais, aterrorizantes, que parecem terem sido feitos realmente para as classes excluídas, faz com que a criminalidade cresça, e assim, suscitando um discurso legitimador do abandono progressivo de garantias fundamentais.

A necessidade de punir com violência visível é cada vez mais latente e vem invadindo até mesmo o sistema disciplinar encarregado de normatizar menores infratores.

Exemplo melhor a ilustrar tal assertiva é a histeria que envolve a pretensão de diminuir a idade penal.

Assim, o adolescente infrator não é punido pela força coercitiva da lei, cuja violência é visível e se expressa na privação de liberdade e nas violências das prisões. (...) é por isso que carrega sobre si a pecha de que a “justiça de menores não faz nada”. Esta forma de coerção invisível está por trás das campanhas para diminuir a idade penal. Tem-se a impressão de que a punição só se realiza quando permeada pela violência física (SALIBA, 2006, p. 128).

A estratégia de normatização do menor infrator pretendida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente é baseada na reeducação, todavia, sem demonstrar meios mais repressivos e severos, cai no descrédito da sociedade, que atua alinhavando a ineficácia de seus resultados; como se o sistema penal fosse a única alternativa para o menor infrator, que já está fadado a irrecuperação.

Não há preocupação com política criminal, em muitas vezes é somente uma forma de segregar, de levar o problema para um lugar distante, mas agora o sistema penal brasileiro, após sofrer o gigantesco colapso “morreu”. A pena de prisão se encontra falida, incapaz de realizar sua função principal de devolver o infrator, ao convívio social, plenamente recuperado.

Com isso, a crise que divide sociedade e Estado toma um novo rumo; a pauta da discussão versa sobre repressão e não prevenção.

A inobservância da ineficácia do sistema prisional brasileiro é solução eficaz em um momento em que a crise se mostra de maneira intensa. A necessidade de reforma deste sistema, e a reavaliação dos arcaicos meios de execução penal, são por muitas vezes rejeitados, e seus oponentes qualificam seus defensores como “defensores de marginais”.

Qual a razão de se pretender um tratamento humanitário às pessoas que optaram por estar às margens da sociedade? Por que erguer bandeiras em defesa

da dignidade de homens que são desprezíveis, o que há de digno em pessoas que tiram a vida de outras?

Porém, estes mesmos que condenam estas vidas indignas, olvidam que colaboraram para instalação desta indignidade.

O cárcere torna-se, assim, o horto botânico, o jardim zoológico bem organizado de todas as “espécies criminosas”. A “peregrinação” neste santuário da realidade burguesa - isto é, neste lugar em que é possível uma observação privilegiada da monstruosidade social – torna-se, por sua vez, uma necessidade “científica” da nova política do controle social. (MELOSSI, PAVARINI, 2006. p. 213).

No entanto, para realizar o controle social (segundo sua opinião) elege-se dois caminhos, que em certa altura se entrelaçam. Num primeiro momento, pode-se visualizar um escudo que toma conta do avanço do indesejado, por meio da segregação, e da exclusão; aquele que for um criminoso em potencial, que seja, é sumariamente excluído. Ao seu turno, existe a opção que faz uso da observação, efetivando o controle social por meio do estudo do indivíduo, desta forma, nada mais razoável que o cárcere, que ao mesmo tempo em que segrega, permite observar, e o indivíduo se torna eternamente segregado e observado. E a política criminal?

Todavia, aceitar pacificamente esta forma hegemônica e fundamentalista como solução para crise social, trazida pela má distribuição das vantagens econômicas, que resultou nos mais variados meios delitivos, não parece ser próprio do ser humano, que diferentemente do animal pensa e reflete.

Definitivamente o indivíduo sujeito a este destino não aceitará resignadamente ter sua vida reduzida a nada, como se tudo não passasse apenas de um destino fatal. A aceitação deste destino de ser “matável”, só poderá ser acolhida até certo ponto; e o que determinará esta rejeição será o modo de vida que este indivíduo tem com a sociedade onde vive.

Na busca cega por um direito que nem ele próprio sabe qual é; este indivíduo que é tão somente um número a engrossar as equações dos índices estatísticos do Estado empenha-se em ações não aceitas pela sociedade, não defesas no ordenamento jurídico. Desta forma, sua “caça” é autorizada.

Daqui para frente, a aniquilação de sua vida se torna na definição daqueles que detêm o poder dado pela riqueza e oportunidade, uma forma de defesa social.

Mas a quem pertence esta defesa? Quem ataca e quem se defende? Quem são estes “ilustres defensores”? Quem são estes “ignóbeis agressores”?

Partindo da premissa de que o homem não pode ser reduzido a objeto, pode-se concluir que este realmente não é o caminho viável.

Desta forma, mais uma vez tem-se a nítida impressão que o grito que ecoa é somente a voz daqueles que trazem dentro da nomenclatura “defesa social” o ideal de manutenção da divisão das riquezas e oportunidades que aí se encontra, ou seja, a manutenção da exclusão de muitos em razão de poucos.

Em busca da manutenção desta sociedade, chegam a ser utópicos, já que pretendem “limpar” de vez o mundo dos crimes e da violência, entendendo que para isso podem até mesmo matar; mesmo que esta morte seja representada pelo cárcere de hoje.

Há no intuito da preservação do estado das coisas um ideal de segurança representado por uma constante necessidade de distanciamento físico, que é traduzido pela preocupação em manter-se o direito de punir cada vez mais intenso.

Segurança vira sinônimo de exclusão, de distância, de status. A segurança não é tanto uma função da ausência de crime, quanto à distância social. E distância social significa manutenção de privilégios e de uma ordem excludente (...) O interessante nisso tudo é que o Estado parece estar sendo deixado relativamente de fora desse processo. Pede-se que seja duro, mas por via das dúvidas vai se criando uma ordem paralela, pelo menos para a vida cotidiana. Levado ao limite, esse mecanismo deixará a polícia e a segurança pública tendo os pobres como clientela “exclusiva”. (CALDEIRA apud. AYDOS, 1992, p. 25).

O ideal de segurança não é representado por uma política preventiva voltada para o controle e prevenção da criminalidade, mas sim em uma necessidade cada vez maior de distância.

6 ROMPIMENTO NECESSÁRIO COMO PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A Declaração dos Direitos Humanos do Homem e do Cidadão de 1.789, que foi a base geradora da Constituição revolucionária de 1.791 (França), naquela época já reconhecia a condição de liberdade e igualdade de todos os indivíduos desde seu nascimento e assim devem permanecer. Não partindo dos administradores públicos ações que comprometam esta condição; pelo contrário, estes agentes têm o dever de proteger propiciando situações que efetivem esses direitos.

É um panorama que se justifica, passando pela luta de Beccaria contra a pena capital, e tantas reformas consideradas como avanço na justa humanização. Mesmo quando Foucault (2005) vem e define a opção pela prisão como pena sendo resultado do mundo capitalista, que muda os valores e os bens jurídicos a serem defendidos, existe uma manifesta luta contra sanções que não respeitam os princípios humanitários.

O rompimento com a pena privativa de liberdade em alternância com outras formas de defesa social implica em uma reforma considerável, que só se sustentará com a efetiva atuação do Estado.

A Constituição de 1.988 declarou o Estado Democrático de Direito, que apesar de manter a Lei como instrumento regulador de toda sociedade, trouxe o direito de petição, e as garantias fundamentais que são cláusulas pétreas, ou seja, o Estado está presente, mas não é onipotente, reserva ao indivíduo garantias de preservação de seu bem estar. Bem estar este que em hipótese alguma deve ser lido

como paternalismo, mas sim realização democrática.

Disso, é necessário concluir que o repúdio a ações tirânicas e também liberais ao extremo não são bem vindas.

Há a necessidade de políticas que preservem ou façam aflorar estes direitos já programados na Constituição brasileira; reforçando seu valor, harmonizando a segurança jurídica com a segurança social.

Se a leitura que se pode fazer do sistema penal brasileiro é de que a pena tem caráter duplo, qual seja, a retribuição e a prevenção, mas mantendo a dignidade do indivíduo; também a leitura do Estado Democrático deve ser a mesma, no entanto a sua duplicidade se caracteriza pelo direito de punir e o dever de preservar a dignidade do indivíduo. Claro que o Estado efetivamente democrático, com a participação de toda sociedade, para o desenvolvimento dos Direitos Humanos.

A participação da sociedade é essencial, mas não deve ser limitada apenas à sociedade puramente. A concepção da palavra sociedade deve ser entendida como um grande grupo organizado, contando com as empresas; os produtores rurais; as entidades religiosas. Enfim todas as entidades civis, configurando a efetiva realização do Estado Democrático de Direito.

Para todo crime há um direito, seja qual for ele, o mais horrendo e inédito, ou o mais simples e rotineiro. Partindo desta premissa a pena deve exercer a sua função respeitando os direitos individuais dos indivíduos, baseando-se nos Direitos Fundamentais.

Há uma intercessão entre os elementos do Estado Liberal e o Estado Social praticando o Estado Social e Democrático de Direito, onde a aplicação da pena deve repudiar o abuso e arbitrariedade desnecessária à prevenção criminal.

Não se pode aceitar que a pretexto de desenvolver políticas repressivas, a aplicação da pena se traduza em arma de terror do Estado. Além da prevenção, a aplicação da pena privativa de liberdade deve oferecer a intenção pedagógica e ressocializadora, trazendo o indivíduo ao convívio social.

Tais orientações é a tradução literária do Estado Democrático de Direito, que é bem oportuno lembrar, fazem parte da Carta Política de Portugal (1976).

O Estado de direito Democrático resulta da confluência do Estado de Direito e da democracia política, econômica, social e cultural. Envolve supremacia da Constituição, assente não apenas na legalidade, mas, sobretudo na legitimidade democrática; exige respeito aos direitos, liberdades e garantias do cidadão e dos trabalhadores; traduz empenho em agir sobre a vida econômica; determina exercício democrático do poder e a autoridade da lei formada e executada democraticamente, embora recuse a absolutização da vontade popular. (MIRANDA, apud DOTTI. 1998 p. 137).

Entender a pena como retribuição não significa dizer que ela esgote em si suas possibilidades. A pena deve preservar um conjunto ativo de meios e fins. Segundo a doutrina de Santiago Mir. Puig a função social da pena consiste na

criação de possibilidades de participação nos sistemas sociais, oferecendo alternativas ao comportamento criminal. (1982. p. 70)

Estes meios e fins devem ser traduzidos em políticas administrativas focando formas de evitar a reincidência promovendo o retorno do apenado ao convívio social, ou seja, é a intenção pedagógica e ressocializadora da prisão como pena.

Ademais a pena deve refletir a culpabilidade do ator, assim, a culpa é o fundamento para o tipo e quantidade de pena. Desta leitura, mais uma vez fica claro que é impossível aceitar que o autor de um crime de pouco potencial lesivo possa ser submetido ao mesmo tipo de pena e ainda o mesmo local de cumprimento de um criminoso de alta periculosidade.

Está aí o princípio da individualização da pena que é correlato ao princípio da personalidade guardado constitucionalmente. O respeito à individualização da pena reflete não só a promoção da defesa social, bem como a garantia de que o apenado não sofra punição maior que aquela capaz de lhe retribuir o mal executado por ele.

Seguindo ainda a mesma linha, tem-se que o princípio da individualização, nada mais é que o respeito ao princípio da legalidade; que deverá estar presente desde o início, inclusive durante o processo da execução penal.

Os indivíduos não podem sofrer restrições ou retribuições maiores que aquelas previstas na sentença criminal. Desta forma, a execução da pena é um direito do apenado que deve ser entendido como dever objetivo do Estado.

Para que se elimine de vez a disfunção existente no sistema prisional brasileiro, bem como no sistema penal como um todo, (Ou talvez melhor fosse dizer, que a disfunção do sistema penal resulta na disfunção do sistema prisional?) é imperioso que haja além de atuação conjunta, também atuação harmônica entre os momentos da pena, o processo; a cominação; a quantificação, e a execução em si.

7 A APLICAÇÃO DAS ALTERNATIVAS PENAIS

O Estado brasileiro gasta mensalmente a média de 5,5 salários mínimos com a manutenção de cada preso sob sua custódia. Disto resulta a oneração excessiva do contribuinte, que não vê e nem sente nenhum retorno. Somado a isto, há ainda o fato de que o desvio de verbas, que se destinariam a outros setores para suprir estes gastos é constante.

A falta de retorno é evidente, já que o colapso do sistema prisional brasileiro tornou-se um problema de grandes dimensões. As superlotações, o tratamento desumano, a violência, as fugas, os comandos internos, e a inevitável reincidência é o resultado do sistema em colapso.

Na maioria das vezes, não há a individualização da pena a ser aplicada. Comumente, tem-se a nítida impressão que a quantificação da pena não é resultado do trabalho de um ser humano; notadamente, este ato melhor se assemelha ao enquadramento da legislação penal objetivamente. Identifica-se melhor a um trabalho mecânico, uma máquina a realizar o trabalho do homem.

Por óbvio, a necessidade de reforma no sistema prisional brasileiro, não é uma maneira de acabar com a pena de prisão, trata-se apenas de cuidar do direito do indivíduo que está sujeito a esta pena.

Definitivamente, se houvesse a análise de cada delito em concreto, não resultaria neste absurdo de sentenças condenatórias com aplicação de pena privativa de liberdade.

A maioria dos delitos do código penal brasileiro permite um alternativo penal, que mesmo horizontalmente analisado, leva a conclusão de sua eficácia. São as “penas restritivas de direito”, ou simplesmente “os alternativos penais”.

É um meio de execução penal muito eficiente que além de promover a recuperação do indivíduo pela responsabilidade, propiciando a reparação do dano causado por ele, (prestação de serviços à comunidade) não o levará à prisão, que já não tem mais lugar para receber tantos condenados, tendo reconhecida sua falência como via capaz de trazer o apenado ao convívio social.

Ademais, levando-se em consideração que a maioria dos crimes mais comumente praticados, é aqueles de pequeno potencial ofensivo, desta forma, passíveis de aplicação de alternativos penais, o que justifica a justa opção por este tipo de pena.

Tecnicamente, os alternativos penais, gozam de reconhecimento no mundo jurídico, todavia, a não previsão de um órgão fiscalizador na legislação penal brasileira, dá o injusto descrédito aos alternativos penais.

Por impossibilidade de poder contar com a execução segura da pena alternativa, muitos magistrados preferem a privação da liberdade do indivíduo, por ter esta um órgão institucional seguro.

Porém, este órgão seguro e institucional chegou ao seu limite, e já não consegue cumprir com o seu papel. E agora, qual será a solução?

Certamente, as penas alternativas poderão resolver este impasse. Não obstante o injusto descrédito, por uma falta solucionável de fiscalização segura, os alternativos penais poderão substituir as penas restritivas de liberdade, no que a lei permitir.

O dispositivo legal previsto no artigo 80 da Lei de execução penal permite a formação dos chamados “Conselhos da Comunidade”.

Art. 80 - Haverá, em cada comarca, um Conselho da Comunidade, composto, no mínimo, por um representante de associação comercial ou industrial, um advogado indicado pela seção da Ordem dos Advogados do Brasil e um assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais.

Parágrafo único - Na falta da representação prevista neste artigo, ficará a critério do juiz da execução a escolha dos integrantes do Conselho.

Assim, a fiscalização poderá ser realizada pelo Conselho da Comunidade, e com isso uma grande parte dos fatos que colaboram com a falência do sistema

prisional brasileiro estará sendo resolvida (superlotação).

O não envio para prisão de indivíduos totalmente passíveis de recuperação, por meio de penas alternativas, evita o crescimento da população carcerária, e ainda a reincidência; porque a convivência dentro de uma prisão brasileira, hoje, como já foi exposto no capítulo anterior é uma “escola do crime”, que só faz aperfeiçoar a “bandagem”, e após cumprir a pena o condenado estará, se já não o era, apto para novas práticas ilícitas, e desta vez crimes de maiores gravidades.

A maioria esmagadora da população carcerária é formada por pessoas que se encontram em situação de miséria, são excluídos econômica e socialmente; vivem à margem da sociedade mesmo antes de terem contra eles uma sentença condenatória.

Logo, é fácil concluir que estas pessoas não contam também com nenhum nível educacional. Não têm nem mesmo como ver suas necessidades por mais básicas atendidas, o que dizer de inserção em instituições educacionais.

Apesar da previsão na Lei de execução penal de que ao apenado devam ser oferecidas oportunidades de estudo durante sua estadia no sistema prisional, não se pode dizer que isso aconteça.

Há a necessidade de trazer à baila o fato de que o Brasil é membro de um tratado internacional cujo tema versa sobre prevenção de crimes, que conta com a previsão de o mínimo de dignidade no tratamento do preso, onde a este obrigatoriamente serão oferecidos cursos técnicos profissionais.

No entanto, da mesma forma que o apenado entra na prisão, sai sem poder contar com nenhuma alteração no seu estado de ignorância. Todavia, após ter sido submetido ao cumprimento de sua pena em uma prisão brasileira, terá passado por várias experiências, que o modificará para sempre, implantando nele todo o mal e horror no qual foi exposto.

Assim, diante desta lamentável realidade, de um indivíduo que é aprisionado em um sistema ineficaz, desumano, arcaico, ou talvez somente “político”; é que consiste o tratamento dedicado ao delinqüente, que logo após dar “quitação” à sua pena ao Estado voltará à sociedade.

Disto surge um questionamento inevitável: Quais serão as condições que este indivíduo encontrará ao ser despejado para fora da prisão? Por óbvio que seu único caminho será a reincidência.

No que tange ao trabalho, que também está previsto como atividade do preso pela Lei de execução penal, visando não deixá-lo na ociosidade, pretendendo uma futura colocação no mercado, como forma de inserção no convívio social, não tem atingido este intuito. Até então a atividade laboral do apenado, só tem sido a limpeza de sua cela, ou dos pátios. Este tipo de atividade está longe daquele previsto na Lei de Execução Penal, pois seu único feito é humilhar o preso.

O ideal seriam atividades programadas de maneira pedagógica que alcançassem o intuito da Lei, ou seja, evitar a ociosidade, preparando para a futura inserção no mercado de trabalho, possibilitando assim, o convívio social.

E mais ainda, muitas vezes o apenado que se encontra na prisão, nunca

teve oportunidade de inserção profissional, ou mesmo social; talvez o trabalho na prisão fosse sua única chance.

É o que a Lei prevê, no entanto, não é o que os governantes propiciam aos apenados. O certo é que não é exagero dizer que o sistema prisional no Brasil patrocina a chamada “vitimação” do preso.

Não bastassem os presos se tornarem vítimas o que para muitos é irrelevante já que eles mesmos se colocaram ali, por quebrarem o “contrato social”, também a sociedade traz para si parte desta vitimação, pois patrocina uma instituição que não cumpre com o seu papel, que é trazer o apenado de volta ao convívio social. Ao contrário disso, providencia para que depois de cumprir a pena o seu retorno seja marcado por maior “necessidade” de delinquir, pois volta maculado com um rótulo dado pela prisão: Ex-presidiário, logo não confiável!

Certamente o que a sociedade menos quer ouvir dos governantes, é que os apontamentos das falhas do sistema prisional, nada mais são que um meio de tentar fazer esquecer toda violência patrocinada por aqueles que se encontram na prisão. Não se pretende deixar a violência lisa e lesa, reinando na sociedade, como se fosse a única forma de alcançar o que se almeja. Muito pelo contrário, o que se deseja é a efetivação do direito de punir, mas para tanto por vias legais.

Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior no cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou autores de crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa de liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo mundo. O que por hora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade. (LEAL, p. 120, 2001).

Por efetivação, pode se entender a necessidade de política administrativa séria e eficaz, capaz de patrocinar meios outros senão a prisão da forma que se apresenta; para trazer o infrator de volta ao convívio social. Por outro lado essa eficácia não será certamente, alcançada por intermédio de produção de leis mais severas, ou ainda construções de mais locais com fins prisionais.

Um resultado é possível se visualizar, se o espaço estiver vazio, certamente será preenchido, ou seja, não adianta construir mais presídios, sem uma política criminal capaz de evitar a “necessidade” de delinquir, ou mesmo a reincidência, porque a existência de locais prisionais não tem o condão de evitar a criminalidade. É necessário tomar conta tanto daquele que já se iniciou na criminalidade, como daquele que possivelmente iniciará.

8DESCRIMINALIZAÇÃO

A revisão do rol das infrações é sem dúvida, hoje, uma das maiores e necessárias atitudes às alternativas à substituição da pena privativa de liberdade no Brasil.

O repertório dos ilícitos penais estabelecido pelo código de 1.940 e as leis posteriores - notadamente na década de 60 - não mais reflete adequadamente todos os interesses e os anseios da comunidade. Abstração feita aos crimes fundamentais (contra a pessoa, o patrimônio, os costumes, a família, a incolumidade e a paz pública, a fé pública e a administração) previstos pelo código penal e leis especiais (definindo ilícitos eleitorais, econômicos, tributários, políticos etc.), existe uma vasta gama de infrações meramente formais. Há necessidade de promover um processo de descriminalização, isto é, abandonar a incriminação de certas condutas ou fazer com que uma infração perca o seu caráter criminal. (HULSMAN apud DOTTI, 1998, p. 246).

Os penalistas modernos vêm pregando a revisão dos tipos penais do código pátrio. As propostas de revisão se concentravam na parte geral.

Idéias renovadoras acerca de princípios de aplicação da lei penal, a relação de causalidade, a tentativa, a culpabilidade, o concurso de infrações, contribuíram para o enriquecimento da doutrina nacional.

O termo descriminalização é tido como um neologismo, no entanto, há anotações, datadas de 1736, dando conta de que o verbete já teria sido usado em defesa das lendárias bruxas na França.

A expressão é um neologismo para idiomas como o espanhol, o francês, o italiano e o português. Em sentido mais freqüente, descriminalizar significa abandonar a incriminação de certos fatos ou fazer com que uma infração perca o seu caráter criminal (CANESTRI, apud DOTTI, 1998, p. 251).

A descriminalização consiste em negar o caráter penal de algumas condutas, fazendo assim, com que não sejam mais passíveis de penas.

Tem-se então que a descriminalização de uma conduta pode se dar de fato ou de direito, ou seja, se a conduta for simplesmente abandonada pelo Direito Penal, que passa a não considerá-la, apesar de ainda constar no rol das infrações penais, será descriminalizada de fato. No entanto se o legislador expressamente a retirar do rol dos delitos, a descriminalização será de direito.

Atualmente atendendo às vicissitudes sociais, não há como manter tantos tipos penais, que não condizem com a realidade social do país.

A realidade em relação a esta forma sugerida vem se demonstrado contraditória, já que formalmente não se vislumbra a atitude descriminalizante, todavia, de maneira fática, o legislador a tem tolerado.

A descriminalização fática é resultado da falta de reação da sociedade, diante da não punição de algumas condutas, ou ainda das mudanças constantes na nova forma de execução penal, que vem tratando de maneira branda algumas condutas, por considerá-las de pequeno potencial ofensivo.

Não causa nenhum espanto, e nem se exige maiores entendimentos, o fato de que as condutas que tratam de lesões à honra, normas sociais, infidelidade, não terem mais status de ilícito penal, não guardam tanta importância no mundo atual.

Algumas dificuldades de caráter político e social têm se demonstrado um grande empecilho para o processo de descriminalização, são estes as reações de alguns seguimentos, que relutam em aceitar as vicissitudes da modernidade.

A preocupação com a segurança é muito grande, no entanto, o endurecimento dos tipos penais e a inflação de normas e ainda a sua manutenção no Código Penal, não constrói solução a este problema, que mais ostenta nuances sociais que penais.

Programas puramente repressivo já demonstraram não dar conta da pretensão do Estado, que almeja solucionar com o Direito Penal robusto, todos os problemas sociais. O endurecimento dos tipos penais e, por conseguinte o mesmo atributo a sua execução, só acarreta a maculação do indivíduo, que em muitas das vezes não carece de represália, mas sim de integração social.

Tanto o Direito Penal comum, como o especial deve ser alvo do processo de descriminalização. A legislação extravagante merece uma atenção maior ainda, ao passo que seu avanço tem demonstrado uma marcha de rápidos passos; atualmente esta ostenta um rol numeroso, quase que incontrolável, por esta razão deve ser alvo do processo de descriminalização.

O crime custa caro para o Estado, e a desburocratização deste setor, não terá avanço, se o Direito Penal não for usado conforme seu propósito primordial, qual seja a última alternativa.

A descriminalização deve ocupar o seu lugar merecido, ou seja, a única via capaz de solucionar os muitos problemas do sistema punitivo, que elegeu a pena privativa de liberdade a “viga mestra” desta construção chamada sistema prisional brasileiro.

O uso da prisão deverá abster-se a casos extremos, e a descriminalização deve ser o impulso neste processo, que conforme o entendimento, de DOTTI, é preciso “a eliminação dos ramos mortos para que o tronco possa ficar são e recobrar a sua capacidade em todo vigor” (1998, p. 255).

Por óbvio, a tentativa em se considerar o fenômeno da descriminalização capaz de sanar o problema em voga, não traduz a irresponsabilidade incipiente do imaturo, mas distante disto persegue a consciente conclusão de que a prisão como pena não deve refletir a única via a solucionar problemas, pois quase todos estes são resultado de uma sociedade capitalista estruturada sob o pálio do individualismo

Com efeito, “uma dialética complexa e sutil se estabelece entre a lei, a justiça e a opinião, entre aqueles que fazem a lei, aqueles que a aplicam e aqueles a quem é dirigida” (DOTTI, 1998, p. 265).

Não tem como admitir condutas meramente morais tendo tratamento penal, e merecendo atenção especial do Estado, que poderia cumprir com o dever de reprimi-las e neutralizá-las, por outros meios senão o penal.

8.1 Destipificação

Em razão de toda problemática que tomou conta dos assuntos concernentes ao exercício do poder punitivo, e a necessária reforma de seu modo aplicativo, meios alternativos à aplicação da pena privativa da liberdade se justificam e também possibilidades de redução da inflação legislativa.

Apesar de o Código Penal ser de 1940, várias reformas, e também legislações esparsas dão conta da chamada inflação legislativa, que só fazem engrossar o elenco de tipos penais sem efeito concreto para a sociedade.

Somado ao processo de descriminalização, também se faz necessário um meio eficaz de tornar além de formal, também real a desconsideração da ilicitude de algumas condutas sem efeito para a justiça criminal.

Desta forma, ao lado da descriminalização a doutrina moderna prega a destipificação. Tal instituto é a síntese do Direito Penal à sua essência, ou seja, é o uso deste direito na forma indicada constitucionalmente: Em última razão.

Realmente a banalização do mal resultou nesta inflação legislativa penal, que pretende pela justiça criminal varrer todos os problemas sociais do mundo.

Todavia, longe desta pretensão, e próximo ao caos, tal caminho só terminou por banalizar a essência do Direito Criminal.

Esquecendo de princípios como o da insignificância; da subsidiariedade; da adequação típica; da necessidade da pena, foi o legislador inovando e criando vários novos tipos penais, que hoje não correspondem mais a realidade social do Brasil.

Agora em processo inverso, a destipificação vem resolver, pelo menos em parte os problemas do uso excessivo da pena privativa de liberdade.

A justiça criminal não pode carregar tipos que a rigor não se justificam. A inibição de condutas ofensivas a bens jurídicos individuais, ou particulares de intimidade, não reproduzem tarefa do Direito Penal.

Deste modo, atendendo à mudança da sociedade, que já não traz consigo tanto a exigência em relação a várias condutas tidas anteriormente como lesivas.

A destipificação, tomando como base a lição de DOTTI, “consiste a destipificação no processo legislativo pelo qual se declaram lícitas certas condutas que anteriormente eram proibidas pelo Direito Penal” (1998, p. 266).

Portanto, destipificação é concluir que uma conduta não ostenta mais caráter criminal, sua existência não encontra previsão no tipo penal abstrato, é uma hipótese de “abolitio criminis”.

8.2 Despenalização

Atendendo às mudanças sociais características da sociedade moderna, muitas condutas tipificadas no Código Penal brasileiro, e até mesmo em legislações

esparsas, deixaram de ter relevância, não justificando assim, continuarem passíveis de penalização.

Ainda visando às soluções dos problemas carcerários atualmente tão evidentes, o fenômeno da despenalização, apresenta-se como alternativa a algumas destas questões.

Despenalizar é fazer com que certa conduta deixe de ser penalizável, todavia, sem deixar de merecer atenção do direito. O Direito não sai de cena, no entanto, a necessidade de penalizar a conduta não se verifica como essencial.

Ao tipificar uma conduta, a Lei passa a exercer sobre ela uma espécie de controle, mas nem sempre terá que exercer punição, e nem por isso deixa de tutelar o bem lesado com a referida conduta.

Na explicação de DOTTI despenalizar “é excluir ou reduzir a incidência das penas privativas de liberdade” (1998, p. 266).

Na verdade a despenalização já vem ocorrendo no direito pátrio, o que pode ser percebido em relação ao artigo 44 CP, que traz em seu texto a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito. O que se pode chamar de despenalização substitutiva.

O condenado que faz jus ao direito da suspensão condicional da pena, também é beneficiado pela despenalização, já que invés de ser recolhido à prisão tem a chance de ver suspenso a execução de sua pena; assim, é um exemplo de despenalização condicionada ao cumprimento de alguns pressupostos, qual seja aqueles previamente exigidos no artigo 77 CP.

Existe também o caso de despenalização de que trata o artigo 89 da Lei 9099/95, ou seja, a suspensão condicional do processo, que pode ser entendida como um “presente” ao infrator de pouca capacidade ofensiva, configurando outro exemplo de despenalização.

Modernamente tem-se uma forma de despenalização estampada no artigo 28 da nova Lei de drogas, a 11.343/06, que só permite uma conduta ao juiz, que deverá aplicar ao infrator alguma medida de caráter educativo.

Desta maneira, há a despenalização se manifestando em exigência educativa por parte do magistrado, que não poderá levar o infrator à prisão, mas sim alternativamente lhe impor medida educativa.

Todas estas tendências, que vêm sendo amplamente, adotadas configuram mais que renovação; evidenciam a manutenção do princípio da intervenção mínima. Ao Direito Penal deve ser restrito, matérias que não tem solução por via de outros direitos.

A limitação ao poder punitivo do Estado é medida que se faz necessário, pois este poder tende a expansão. O excesso do poder punitivo sempre foi combatido, pois sempre foi tendente a ultrapassar limites, e a suplantar direitos e garantias fundamentais, com a pretensa desculpa de manutenção da ordem social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante as pesquisas que permitiram o desenvolvimento deste trabalho,

pode-se verificar que a pena privativa de liberdade desde a origem, foi criada para além de segregar, também dominar aqueles que não fazem parte dos que gozam de direitos básicos e vitais. Direitos estes, que são distribuídos por aqueles que detêm o poder, e dele não querem se desvincular sob qualquer hipótese, e pretensamente se julgam donos permanentes de todas as espécies de direitos, por conseguinte das oportunidades também.

Muito se discute acerca da função da pena privativa de liberdade, no entanto, qualquer que seja o resultado, dentro do Estado Democrático de Direito, não tem como manter nenhuma das que têm se apresentado até então.

A pena de prisão, como é chamada a pena privativa de liberdade é em regra, resultado do uso do Direito Penal, como expressão do “jus puniendi” 25, todavia, este poder deve ser encarado como última opção no exercício do Estado Democrático de Direito, que não deve ser transformar em Estado de horror, exercido por uma segurança representativa e simbólica.

A todo tempo a única face da violência que é mostrada é a face do crime, no entanto, a maior das violências passa despercebida, (ou pelo menos, ocultada pelo brilho excessivo que o Estado dá à criminalidade), que é a violência legal, ou seja, as prisões, a falta de política administrativa em vários setores da máquina pública, como a saúde, a segurança, a educação, resultando no caos em que se encontra o sistema prisional brasileiro, por ser considerado a única instituição capaz de conter todos os problemas da sociedade moderna.

A dinâmica é clara e se demonstra cada vez mais rotineira: Toda violência estruturada por via do poder público tira as poucas oportunidades de muitos, que tem seus Direitos Fundamentais postergados, ou melhor, ainda, aniquilados; desta forma, distantes da sociedade e marginalizados, quebram o suposto contrato, surgindo assim o direito de punir do Estado.

Ao contrário de resolver os problemas causados pela falta de estruturação dos setores públicos, o Estado, com o aval da sociedade, condena os marginalizados aos efeitos de um Direito Penal representativo, aquém de sua verdadeira forma manifesta. A única resposta do Estado é a repressão em sua forma extrema: a exasperação do direito de punir, que retira de vez a possibilidade de reintegração social do indivíduo, desestimulando o exercício da cidadania.

Mesmo que de maneira isolada, ou ainda tímida, a discussão a respeito dos temas aqui tratados, serviram como caminho para despertar o interesse de outros possíveis pesquisadores, no intuito de ver senão solucionado, ao menos amenizados os vários problemas existentes no sistema prisional brasileiro.

Por óbvio, que muito ainda precisa ser estudado, visando à efetiva solução do problema, no entanto, leia-se aqui o alinhavo de idéias que servirão de amparo ao costuramento em definitivo desta proposta.

Em hipótese alguma, o tema alvo deste trabalho poderá ser considerado gasto, exaurido. Ao contrário, por ter ligação direta com o ser humano, tal assertiva não poderá ser permitida. A prioridade do Estado deve ser a pessoa humana, já que este é o seu cerne.

Sendo a prisão um meio de recuperação do indivíduo que caiu em erro, todos os esforços nesse sentido deverão ser estimulados, mesmo que se tornem repetitivos. Assim, o desenvolvimento deste trabalho serviu para não permitir que os problemas prisionais, por serem rotineiros sejam vistos como mero efeito da modernidade, plenamente aceitáveis.

A pena de prisão foi dada como “falida” e incapaz de atingir a função que lhe foi atribuída, no entanto, se mais uma vez analisado o seu contexto histórico, a única conclusão possível, é a de que realmente a prisão consegue sim cumprir com o seu papel, qual seja desde o início o de segregar e deixar sob observação aqueles que são desinteressantes, de estarem no convívio social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Saraiva, 2004.

ANDRADE, Vera Regina Pereira, A ilusão da segurança jurídica - Do controle da violência à violência do controle. Porto Alegre: livraria do advogado, 1997.

AYDOS, Marco Aurélio Dutra. Ilustres assassinos, ensaios contra a pena de morte (e outros). São Paulo: Acadêmica, 1992.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

BITENCOURT, César Roberto. Falência da Pena de Prisão - Causas e Alternativas. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARVALHO, Salo de. Pena e Garantias: uma leitura de Luigi Ferajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. O Processo Penal em face a Constituição. Rio de Janeiro: forense, 1998.

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

FERNANDES, Newton; Fernandes, Valter. Criminologia Integrada. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: história da violência nas prisões. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

_____, _____. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau, 2005.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. Direito Penal e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GIACOIA Junior, Osvaldo. Nietzsche como Psicólogo. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

GOMES, Luiz Flávio; Antonio Garcia Plabos de Molina. Criminologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini . O Processo Constitucional em Marcha. São Paulo: Max Limonad, 1985.

HASSEMER, Winfried. Três Temas de Direito Penal. Porto Alegre: Revista de Estudos, 1993.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

HERKENHOFF, João Batista. Como Aplicar o Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JESUS, Damásio Evangelista de. Regras de Tóquio. São Paulo: Paloma, 1998.

LEAL, César Barros. Prisão: crepúsculo de uma era. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LYRA, Roberto. Comentários ao código penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MAIA NETO, Cândido Furtado. Direitos humanos do preso: lei de execução penal. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MARX, Karl. DO Capital. Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. São Paulo: Revista dos tribunais, 1987.

MELOSSI, Dario; Pavarini, Massimo. Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MIOTO, Armida Bergamini. Temas Penitenciários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MIR PUIG, Santiago. Funcion de la pena y teoria del delito en el estado social y democratico de derecho. Barcelona: Bosch, 1982.

NORONHA, Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1991.

PIERANGELI, José Henrique; Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RAMIREZ, Juan Bustos. Manual de Derecho Penal. Barcelona : Ariel, 1982.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A criminologia radical. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SALIBA, Maurício Gonçalves. O olho do poder-Análise crítica da proposta educativa do Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Unesp, 2006.