

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

Victória Coelho Dutra

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO BRASIL

Porto Alegre
2018

VICTÓRIA COELHO DUTRA

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO BRASIL

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

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Vanessa Chiari Gonçalves

Porto Alegre
2018

VICTÓRIA COELHO DUTRA

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO BRASIL

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

Aprovado em: 16 de Janeiro de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves - orientadora

Professor Doutor Ângelo Roberto Ilha da Silva

Professor Doutor Sami Abder Rahim Jbara El Jundi

Porto Alegre
2018

AGRADECIMENTOS

A escrita de um trabalho científico, como última etapa de uma trajetória acadêmica, me faz lembrar os motivos pelos quais optei por trilhar tal caminho. Estes motivos estão calcados, sobretudo, em um grande apreço pelo estudo da disciplina de Criminologia, que foi um dos fatores decisivos na minha escolha pelo curso na Egrégia Faculdade de Direito da UFRGS e que não apenas marcou o início da minha graduação, mas alcançou o final dela, uma vez que o trabalho é reflexo de temática corrente na Criminologia Crítica.

Gostaria de agradecer à minha orientadora, Prof^a. Dr^a. Vanessa Chiari, que se mostrou sempre prestativa e generosa, fazendo com que meu interesse sobre o tema se aprofundasse e tomasse a forma deste trabalho. Obrigada por me auxiliar na lapidação desta pesquisa e pelos ensinamentos passados!

Meus agradecimentos se estendem à Prof^a. Dr^a. Raquel de Lima Scalcon, que, à época em que este trabalho não passava de um simples esboço, foi extremamente solícita, indicando materiais de apoio para que este trabalho viesse a ser gradualmente erigido.

Aproveito a oportunidade para fazer um agradecimento especial aos amigos que fiz na Faculdade de Direito. O convívio ao longo destes dez semestres fez com que nossa amizade se fortalecesse e que pudéssemos viver ótimos momentos juntos.

Por fim, agradeço à minha família, que foi essencial, não apenas para que esta monografia concluísse a etapa final da minha graduação, mas, sobretudo, por ter me acompanhado de perto durante estes cinco anos na Egrégia Faculdade de Direito da UFRGS. Muito obrigada pelo apoio e pelo carinho!

EPÍGRAFE

“Ainda aqui, Laertes! Corre a bordo!

O vento sopra as velas do teu barco,

E tu ficas. Recebe a minha benção!

Guarda estes poucos lemas na memória:

Sê forte. Não dês língua a toda ideia,

Nem forma ao pensamento descabido;

Sê afável, mas se, vulgaridade.

Os amigos que tens por verdadeiros,

Agarra-os a tu'alma em fios de aço;

Mas não procures distração ou festa

Com qualquer camarada sem critério.

Evita entrar em brigas; mas, se entrares,

Aguenta firme, a fim de que outros te temam.

Presta a todos ouvido, mas a poucos

A palavra: ouve a todos a censura,

Mas reserva o teu próprio julgamento.

Veste de acordo com a tua bolsa,

Porém sê rico sem ostentação,

Pois o ornamento às vezes mostra o homem,

Que em França os de mais alta sociedade

São seletos e justos neste ponto.

Não sejas usurário nem pedinte:

Emprestando há o perigo de perderes

O dinheiro e o amigo; e se o pedires,

Esquecerás as normas da poupança.

Sobretudo sê fiel e verdadeiro

Contigo mesmo; e, como a noite ao dia,

Seguir-se-à que a ninguém serás falso.”

Hamlet, Ato I, Cena III
William Shakespeare

RESUMO

O objetivo do presente trabalho consiste na apresentação de um panorama acerca da evolução do instituto das penas privativas de liberdade, com ênfase no contexto brasileiro. Este trabalho igualmente visa promover um olhar crítico acerca do processo de implementação da referida modalidade punitiva e suas repercussões no sistema penitenciário pátrio. Discorrer-se-á, brevemente, sobre a mudança de paradigma, a qual iniciou-se no século XVI e veio a consolidar-se efetivamente na primeira metade do século XIX, que ensejou a adoção de penas privativas de liberdade enquanto forma de punição principal de que se valeram os Estados. De modo complementar, tratar-se-á do cenário anterior ao advento destas penas, mostrando como se davam as sanções, em âmbito penal, desde a Antiguidade Clássica até a Modernidade. Em seguida, será demonstrada a maneira com que a legislação penal brasileira assimilou os recém surgidos princípios, culminando na implantação das penas de prisão (reclusão) e detenção como meio sancionatório dominante, a partir do Código Criminal de 1830. A despeito disto, há o intuito de colocar em cheque a ideia de que tal implantação foi definitiva, porquanto sua abrangência não se daria à totalidade da população brasileira, mas apenas àqueles considerados cidadãos brasileiros, à época – o que, necessariamente, significava que ainda era constatada a aplicação de penas corporais, apesar de haver uma Constituição Federal (de 1824) que prescrevesse a cominação destas. A transição para o Código Criminal do Império de 1890, assim como para o Código Penal de 1940, com a Reforma da Parte Geral, em 1984, também serão abordadas. Ademais, tal dissertação pretende, ao final, sugerir alternativas a serem adotadas para a edificação de um novo cenário político-criminal no país, diante da falibilidade do sistema carcerário brasileiro.

Palavras-chave: história das penas; prisões; penas privativas de liberdade; sistema prisional.

ABSTRACT

The aim of the following work consists on presenting a comprehensive view about the evolution of the institute of imprisonment, emphasizing the Brazilian context. This work equally intends to offer a critical analysis on the process of implementation of the above-mentioned penalty and its repercussions in the national penitentiary system. One will shortly cover the change of said paradigm, which began in the XVIth century and came to be consolidated effectively in the first half of the XIXth century, which provided an opportunity for the adoption of imprisonment as the main instrument of punishment used by the modern States. In a complementary way, the previous scenario to the advent of these penalties will be questioned, showing how the sanctions were given, in penal extent, from the Classical Antiquity up to the Modernity. Moreover, it will be demonstrated the manner in which the Brazilian criminal legislation internalized the illuminist principals, culminating in the introduction of the imprisonment and the detention as penalties, from the Criminal Code of 1830. In spite of this, there is the intention of putting at stake the idea that this introduction was definite, since its range would not comprehend the entire Brazilian population at the time, but only those who were thought as Brazilian citizens – which, necessarily, means that the application of physical punishment was still noted, in spite of a Criminal Code, as well as a Federal Constitution (of 1824) that were prescribing the enforcement of such violent praxis. The transition for the Criminal Code of the Empire of 1890, as well as for the Penal Code of 1940, with the Reform of its General Part, taken place in 1984, will also be examined, with the purpose of allowing a better understanding on the subject. In addition, such dissertation intends, in its end, to suggest alternatives that could be adopted for the construction of a new criminal-political scenario in the country, taking into account the fallibility of Brazil's prison system.

Key words: penalties history; prisons; imprisonment; prison system.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CIACA - Centro Integrado de Atendimento da Criança e do Adolescente

CPR - Central de Práticas Restaurativas

Depen - Departamento Penitenciário Nacional

DPN - Departamento Penitenciário Nacional

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

EUA - Estados Unidos

ICPS - International Center for Prison Studies

Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

JIN - Justiça Instantânea

LEP - Lei de Execuções Penais

PJT- Programa de Justiça Terapêutica

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE.....	13
2.1 AS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO MUNDO	13
2.2 GÊNESE DO CÁRCERE E DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO BRASIL	20
2.3 FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO.....	31
2.3.1. Sistema carcerário em cheque – dados.....	37
2.4 MODELOS ALTERNATIVOS À JUSTIÇA CRIMINAL.....	46
2.4.1 Justiça Restaurativa	46
2.4.2 Justiça Terapêutica	50
2.4.2 Justiça Instantânea.....	53
2.5 NOVAS TENDÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS.....	54
3 CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

A tese aqui apresentada almeja fornecer amparo teórico para um estudo sobre as sanções penais, mais especificamente, no que tange à origem das penas privativas de liberdade. Para tal, faz-se necessário recorrer a um panorama histórico-cultural, assim como a um quadro evolutivo, o qual demonstre como tais mecanismos sucederam-se, ao longo do tempo, seja em âmbito mundial, seja em âmbito nacional. Assim, serão explorados os contextos atinentes à Antiguidade Clássica, à Idade Média, à Idade Moderna, perpassando suas repercussões no século XIX, para, então, ser abordado o cenário do século XXI.

A relevância de estudar as penas privativas de liberdade consiste, essencialmente, em realizar uma constante análise sistemática do Direito Penal e do que o orienta, dogmática e axiologicamente. Tal exame deve ser realizado na intenção de melhor compreender o instituto das penas privativas de liberdade, à guisa de promover sua adequada aplicação, devido à importância que estas sanções têm na configuração político-criminal de qualquer sociedade.

O estudo ora em tela pretende suscitar um questionamento acerca do fenômeno do aprisionamento (*imprisonment*), indagando se, de fato, insurge enquanto a solução mais efetiva de combate à criminalidade, em oposição a outros mecanismos coativos (como penas restritivas de direitos) igualmente viáveis e, possivelmente, mais eficazes, sob uma perspectiva sócio-jurídica plural.

O estudo das penas privativas de liberdade, com ênfase em sua origem, traduz-se numa tentativa de buscar o constante aperfeiçoamento da Criminologia e do Direito Penal, bem como dos institutos a este atinentes – em especial, o do aprisionamento. Tal pesquisa traz à luz um tema não muito discutido pela doutrina (nacional e estrangeira), pois entende-se que este debate é pertinente na atual conjuntura experimentada no Brasil, a qual evidencia a falência de tais sanções penais. Destarte, urge que referido instituto seja debatido, porquanto possui importância social, despertando o interesse da comunidade, assim como do público acadêmico, além de ser um assunto corrente.

No primeiro capítulo, será apresentado um panorama, com o objetivo de fazer um resgate histórico acerca de como as penas privativas de liberdade vieram a ser

institucionalizadas. O segundo capítulo irá restringir este panorama, com enfoque nas penas privativas de liberdade no Brasil. No terceiro capítulo, será abordada a crise que levou à falência do sistema prisional pátrio, com dados estatísticos extraídos de pesquisas recentes sobre o tema. O quarto capítulo proporá uma solução alternativa às atuais mazelas enfrentadas pelo direito penal e pela política-criminal contemporânea no que diz respeito aos estabelecimentos prisionais; neste último capítulo, serão introduzidos os institutos da justiça restaurativa, terapêutica e instantânea, bem como discutida a eficácia de iniciativas, no âmbito jurídico, sobre a implementação destes mecanismos alternativos.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

2.1 AS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO MUNDO

Inicialmente, cabe pontuar que as penas privativas de liberdade, em especial, a pena de prisão, têm origem na aurora da Modernidade¹. Por muitos séculos (especialmente, antes do século XVIII e dos ideais por este aportados, como a humanização e secularização do Direito Penal), a principal forma de castigo dava-se mediante a chamada vingança privada². A pena de prisão aparece apenas no século XVI – momento em que a vingança privada é sucedida pela vingança pública, manejada pelo Estado moderno³ –, a despeito de sua aplicação ter sido exígua, em relação a outros mecanismos sancionatórios adotados.

Para a melhor compreensão acerca do instituto das penas privativas de liberdade, faz-se necessário efetuar um resgate histórico, o qual procura demonstrar o seu surgimento e sua evolução, alcançando a atualidade. Aludido resgate coaduna-se com a chamada “arqueologia criminal”, para a qual

“do estudo de todas as instituições pretéritas se chega à conclusão de que a arqueologia criminal é uma parte complementar da política criminal, especialmente daquela por nós chamada política criminal histórica, cujo conhecimento é indispensável para uma exata e cabal compreensão da política criminal propriamente dita”⁴.

Na Antiguidade, as penas privativas de liberdade não integravam as sanções penais, embora seu uso tenha sido evidenciado durante este período. Até o século XVIII (em especial, até 1760), o encarceramento destinava-se a “resguardar” o réu para o momento de seu julgamento e posterior sentenciamento. Até a primeira metade do século XIX, era abundante o emprego da pena de morte e de penas corporais (as quais envolviam castigos físicos, tais como enforcamento, decapitação, pena de roda, entre outros). A privação da liberdade era, à época, o que antecedia os suplícios do condenado.

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral, v.1**. 20ª ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 577.

² FALCONY TELLA, María José. FALCONY TELLA, Fernando. **Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?** Trad. Claudia Miranda Avena; revisão Luiz Flávio Gomes – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 115.

³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro – Parte geral. V.1**. Ed. 9ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 164.

⁴ Ibidem. p. 163.

Nesta senda, entende-se que é acertada a visão de que, “[...] durante vários séculos, a prisão serviu de depósito – contenção e custódia – da pessoa física do réu, que esperava, geralmente em condições subumanas, a celebração de sua execução”⁵.

Avançando na Antiguidade Clássica (séculos VIII a.C. ao século IV d.C), vê-se que a pena igualmente não era considerada enquanto uma forma de sanção a ser adotada exclusivamente, porquanto os principais mecanismos sancionadores consistiam nas penas de exílio, confisco de bens (do condenado e de sua família) e proibição de frequentar locais públicos⁶.

A prisão era utilizada como meio de sancionar devedores insolventes, no contexto helênico – este método, inicialmente privado, passou a ganhar ampla abrangência, vindo a ser implementado na ordem pública enquanto um mecanismo para impelir o devedor a saldar seus débitos⁷. Platão, em *As Leis* (livro IX), citava três formas de prisão, as quais teriam os fins de custódia, correção e suplício.

O direito penal romano no século V a.C., à época da Lei das XII Tábuas, já contava com a distinção entre delitos de ordem pública – averiguados por representantes estatais, no interesse do próprio Estado – e os de ordem privada – perseguido pelo particular, no interesse deste último⁸. Em seguida, os delitos privados começam a ser tutelados pelo Estado, de modo a ser imposta a eles uma pena pública.

Em Roma, o encarceramento deu-se com finalidade de custódia (pena de prisão por dívidas, de natureza civilística)⁹. Há, dentro do direito romano, que se falar no instituto denominado de *ergastulum*, local em que os escravos eram retidos antes do castigo (físico) aplicado pelo proprietário (*pater familiae*)¹⁰. A primeira prisão

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral, v.1**. 20ª ed. ver., ampl. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 578.

⁶ GASTALDI, Viviana. **Direito Penal na Grécia Antiga**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Tradução de Mônica Sol Glik. (Coleção Arqueologia Jurídica/dir. Arno Dal Ri Júnior). p. 86-87.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 15.

⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro – Parte geral**. V.1. Ed. 9ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 171.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Op. cit.** 1993. p. 16.

¹⁰ Idem.

construída em Roma foi erigida no reinado do imperador Alexandre Severo (século II d.C.)¹¹.

Assim, tanto helenos quanto romanos vivenciaram a pena de prisão apenas em sua face de custódia, enquanto um meio de assegurar que o acusado não viesse a deixar de receber a sua condenação¹². No entanto, ainda neste período histórico, não é possível falar na prisão enquanto um estabelecimento efetivamente voltado ao cumprimento da pena.

Durante a Idade Média, a lei tinha por intuito “provocar o medo coletivo”¹³. Ainda neste cenário, a privação de liberdade manifesta-se com caráter custodial. Todavia, esta época testemunha o surgimento da pena de Estado e da prisão eclesiástica.

A prisão de Estado consiste em recolher os inimigos do poder, real ou senhorial, que tivessem perpetrado delitos de traição, ou os adversários políticos dos governantes. A prisão do Estado divide-se em: prisão-custódia (local destinado à espera do réu para a aplicação do castigo) ou prisão temporal ou perpétua ou até o recebimento do perdão real. Os condenados eram alocados, em geral, em masmorras, porões ou no subsolo de palácios, os quais, no entanto, não foram construídos com o propósito de abrigar tais pessoas (exemplo disto são a Torre de Londres e a Bastilha de Paris), estando, não raro, em condições sanitárias degradantes. Os resquícios da referida estrutura, infelizmente, ainda ecoam na realidade carcerária brasileira.

A prisão eclesiástica era destinada aos clérigos rebeldes da Igreja. Os contraventores ficavam acomodados em uma parte do mosteiro, para que, através de rezas, liturgias e penitências, pudessem vir a se arrepender de seu comportamento e do eventual mal por eles causado¹⁴. Todavia, o modelo de prisão canônico era mais humanitário do que o anteriormente exposto, uma vez que, a despeito de as celas dos prisioneiros situarem-se em andares subterrâneos do mosteiro, os religiosos, devido à expiação consistir em atos religiosos, precisavam

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 17.

¹² Idem.

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral, v.1**. 20ª ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 580.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Op. Cit.** 1993. p. 22.

de iluminação suficiente para poder ler certos trechos da Bíblia. Neste sentido, é possível afirmar que a prisão canônica representa uma espécie de exceção no cenário das penas medievais. Não obstante, no século XII, foram instituídas, devido à iniciativa dos religiosos, as prisões subterrâneas, nas quais os presos ficavam dependurados em cordas.

É a partir do modelo de prisão canônica que se faz possível estabelecer um esboço – ainda precário – do que será evidenciado na moderna pena privativa de liberdade.

Ainda nesta senda, cabe destacar que o Direito Canônico permitiu a introdução de um modelo de prisão, o qual, no século XVI, culminaria na instituição da prisão moderna, em especial, no que se refere à necessidade de “emendar” o ofensor. Válido pontuar, sobre o tema, que,

“precisamente do vocábulo “penitência”, [...] surgiram as palavras “penitenciário” e “penitenciária”. Esta influência veio complementar-se com o predomínio que os conceitos teológico-morais tiveram, até o século XVIII, no Direito Penal, já que se considerava que o crime era um pecado contra as leis humanas e divinas”¹⁵.

Modernamente, tem-se que, nos séculos XVI e XVII, houve um aumento significativo da criminalidade, mormente, impulsionado pela crise do modo de produção agrícola vigente no Medieval, o que, por seu turno, foi somado a guerras, expedições militares e conflitos religiosos. E é justamente a partir do século XVI que tem início uma mudança de paradigma em relação às penas privativas de liberdade, a qual consubstanciou-se com a criação de estabelecimentos prisionais destinados ao recolhimento e correção dos delinquentes. Tais estabelecimentos visavam à emenda do condenado, a qual se daria mediante a realização de trabalhos e a manutenção de uma postura disciplinada. Estes ideais do penitenciarismo clássico igualmente objetivavam sedimentar uma prevenção especial, de forma a desestimular a prática do delito. São exemplos de estabelecimentos desta natureza as houses of correction ou bridewells e as workhouses construídas na Inglaterra. Como traços característicos destas duas últimas instituições – e, sobretudo, das workhouses – que já assinalam a implementação das penas privativas de liberdade,

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, v.1. 20ª ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 582.

no final da chamada Idade Moderna (séculos XVI-XVIII), mister apontar que elas tinham como objetivo

“[...] forçar o pobre a se oferecer a qualquer um que se dispusesse a dar-lhe trabalho, nas condições que fossem. Para isso, era necessário que a vida na casa de trabalho oferecesse, sob qualquer aspecto, a começar, obviamente pelo padrão de vida, menos do que o trabalhador livre do mais baixo estrato social pudesse obter”¹⁶.

Um dos primeiros a interessar-se sobre o estado das prisões – e, atrelado a isto, à necessidade de reforma carcerária – foi o britânico John Howard, em 1773 (p. 79), que fez diversas observações a respeito do tema, com base em viagens que empreendera entre a Inglaterra e outros países europeus. Howard propõe uma relação entre o trabalho desenvolvido no âmbito carcerário e as condições em que os apenados estavam inseridos, de modo que

“[...] as condições de vida no interior do cárcere – condições higiênicas, possibilidade de comunicação e de solidariedade entre os delinquentes, alimentação, possibilidade de dispor de uma pequena soma de dinheiro pessoal etc. – são diferentes se essas condições são organizadas em torno da hipótese de um trabalho produtivo ou não”¹⁷.

Ainda considerando esta realidade “pseudo” carcerária, seria possível inferir que o cotidiano dos sentenciados era muito “[...] inferior ao mínimo do trabalhador livre ocupado [...], mas pode ser superior ao do trabalhador desempregado e pode, paradoxalmente, significar uma “melhoria”, seja em termos de condições de vida, seja em termos de consciência”¹⁸. Nesta esteira, é válido estabelecer que

“[...] as formas modernas de castigo tiveram um papel decisivo no desenvolvimento dos regimes democrático-liberais: a penitenciária foi, paradoxalmente, um componente central dos sistemas de liberdade e democracia implementados nas sociedades ocidentais desde princípios do século XIX”¹⁹.

Sem embargo, foi a partir do Código Penal Francês de 1810 que a pena de prisão passou, expressamente, a ser a categoria de pena-base dos delitos cometidos pelos cidadãos. Assim, constam, nos artigos 7º e 9º deste diploma legal, *in verbis*, as espécies de penas privativas de liberdade:

¹⁶ MELOSSI, DARIO; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica – As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)** – Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006. (Pensamento criminológico; v. 11). p. 66.

¹⁷ *Ibidem*, p. 84.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ MAIA, Clarissa Nunes (organização). **História das Prisões no Brasil**. Volume 1. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. p. 44.

“Art. 7º. As penas aflitivas e infamantes são: [...] 5º A **reclusão**.”

Art. 9º. As penas em matéria de correção são:

1º. O **aprimoramento** em uma **casa ou estabelecimento correccional** [...]”²⁰
(os grifos são nossos)

Tal registro denota uma “nova era para a justiça penal”, pois indicava que o *ius puniendi* alterara-se, passando a contar com uma nova justificação moral ou política²¹. Houve uma preocupação cada vez maior na redação de dispositivos legais de grande abrangência, os quais tornassem as punições corporais menos intensas, além de minimizar o feroz “espetáculo punitivo” que era até então realizado – já que a coerção, neste incipiente contexto, começou a ser encarada enquanto um ato de natureza administrativa, e não mais uma cena de entretenimento. Há, portanto, um forte intuito de dissociar a justiça da violência e barbárie até então usualmente empregadas para torná-la eficaz.

Neste cenário europeu, há uma substituição: ao invés de a condenação pública ser o estigma do sentenciado, a própria punição assume este papel; portanto, o mero fato de ter uma condenação infligida a si é uma marca intolerável de ser ostentada em sociedade.

As mudanças ocorridas quanto às penalidades expressam, nesta senda, uma diferença na relação entre o corpo e o castigo. Assim, observa-se que “o castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos”²². A supracitada economia vincula-se à reforma do direito penal, a qual pretendia uma maior eficácia das penas, com a redução de seus custos econômicos²³ (a “nova economia política do poder de punir”, segundo nomenclatura foucaultiana). A justiça, antes tão próxima do corpo do condenado, distancia-se

²⁰ **CÓDIGO PENAL FRANCÊS (1810)**. Disponível em: http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1810/code_penal_1810_1.htm> Acesso em 20 dez 2017.

²¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir, História da Violência nas Prisões**. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011. p. 13.

²² *Idem*.

²³ *Ibidem*. p. 17.

progressivamente dele. Dá-se início, portanto, a uma época de “sobriedade punitiva”²⁴.

“Isto se vê com clareza na evolução das penas desde a Antiguidade até as sociedades modernas: da pena de morte como pena rainha passou-se à pena privativa de liberdade e desta às penas pecuniárias, como privações dos bens básico da vida, a liberdade e a propriedade, nas quais o sofrimento é cada vez menos físico e mais de ordem psicológica ou inclusive econômica”²⁵.

No entanto, a adoção deste novo paradigma político-criminal não se processou uniformemente; até a metade do século XIX, ainda era possível verificar que tal evolução se operava²⁶. O viés, agora, consistia na perda de um bem ou de um direito (o denominado “castigo incorporal”).

Progressivamente, outras alterações foram evidenciadas no panorama da justiça criminal, porquanto as penas aplicadas passaram a ser consideravelmente mais brandas – o que também trouxe consigo a ideia de penas mais “humanizadas” e, conseqüentemente, a necessidade de haver uma “humanização” do cárcere, considerando, em especial, o fato de que a ação punitiva do Estado lança(va) efeitos profundos no intelecto e nas disposições do indivíduo sentenciado.

Este novo paradigma também marca a modificação de uma perspectiva até então vigente, a saber, a que julgava o indivíduo não apenas pelo crime por ele perpetrado, mas que igualmente avaliava condições pessoais do sujeito, tais quais sua constituição física, origem e questões hereditárias, intenções, instintos, anomalias e eventuais doenças de que poderia padecer, como algo determinante no momento do sentenciamento (ideia esta que perpassa o direito penal do autor); com o avanço da Criminologia e da Antropologia Criminal, entretanto, processa-se um câmbio axiológico, no qual o direito penal do fato ganha mais vulto e suplanta a orientação doutrinária anterior.

A introdução das penas privativas de liberdade enquanto a sanção predominantemente aplicada tinha por intento promover a cominação de penas

²⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir, História da Violência nas Prisões**. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011. p. 19.

²⁵ FALCONYTELLA, María José. FALCONYTELLA, Fernando. **Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?** Trad. Cláudia Miranda Avena; revisão Luiz Flávio Gomes – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 33.

²⁶ VASCONCELOS, Karina Nogueira. **O modelo punitivo carcerário: entre a crise teórico-ideológica e o reafirmar-se político**. Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCrim, v. 17, n. 78, p. 350, maio/jun. 2009.

proporcionais aos delitos cometidos, em respeito à “humanidade” do acusado – uma vez que, anteriormente (em especial, durante a vigência do Estado Absolutista), aqueles que praticavam crimes eram despojados do caráter de pessoas, sendo vistos como “inimigos da sociedade”²⁷, além de serem alvo de uma intervenção penal que não respeitava os limites da equanimidade²⁸.

2.2 GÊNESE DO CÁRCERE E DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO BRASIL

Esta mudança de paradigma espalhou-se rapidamente pela Europa, influenciando o continente americano e, como será visto, o próprio Brasil, o qual acompanhou – ao menos, neste aspecto – um novo pensamento acerca dos métodos sancionatórios penais, vindo a introduzir modificações em sua legislação pátria, visando a tornar mais coerente os ideais que passaram a orientar a justiça criminal pátria.

No que se refere à história da legislação criminal (e, posteriormente, penal) brasileira, vale salientar que, anteriormente a 1830, o país não dispunha de codificações próprias (com exceção da Constituição de 1824). Assim, houve a aplicação, no Brasil, do disposto nas Ordenações Portuguesas, as quais não haviam se adequado ao mais recente ideário propagado. A justiça criminal, a partir de 1830, passou a reger-se conforme o disposto no Código Criminal do Império (o qual foi o primeiro código adotado pelo Brasil). No entanto, a adoção deste código não implicou o imediato abandono às penas corporais, uma vez que tal diploma não fazia referência à totalidade da população brasileira, mas sim a uma parte dela, pois excluía de seu âmbito de aplicação os escravos.

Paralelamente, no contexto brasileiro, a privação de liberdade era encarada, até o início do século XIX – mais precisamente até 1808, com a chegada da Família Real ao país – enquanto a mera manutenção do condenado em um estabelecimento, até o seu respectivo julgamento; tratava-se, portanto, de prisão

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 3ª edição. p. 11.

²⁸ FRANÇA, Ayres Leandro. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 35.

com finalidade custodial. Neste ínterim, tiveram vigência as Ordenações Afonsinas (1500-1521), Manuelinas (1521-1569) e Filipinas (1603-1823), as quais eram marcadas por um caráter nitidamente inquisitivo. Mas o regime jurídico-penal do Brasil-Colônia igualmente sofria a influência dos proprietários das capitanias hereditárias, os quais arbitravam a lei a ser aplicada na realidade fática. As Ordenações Filipinas, por seu turno, foram aquelas cuja aplicação deu-se por mais tempo no Brasil (aproximadamente, durante dois séculos). O Livro V destas Ordenações disciplinava a matéria atinente às penas de prisão, ocupando, portanto, o lugar destinado ao Código Penal²⁹.

Importante frisar que, em relação aos crimes elencados pelas ordenações portuguesas, não havia pena equivalente à pena de prisão “[...] no sentido de ressocialização, pois esta não era uma concepção de punição para a época em que o texto foi escrito”³⁰, de modo que, ao longo do Livro V das Ordenações (em especial, das Ordenações Filipinas), havia “[...] destaques pra o caso de escravos, impondo a estes penas diferentes de todos os demais tipos de culpados por uma mesma espécie de crime”³¹.

Uma provável justificação para esta situação híbrida vivenciada pelos escravos devia-se ao disposto no art. 6º, item 1º da Constituição Imperial, de 25 de março de 1824. Este último estipulava como cidadãos brasileiros tão somente aqueles “nascidos no Brasil quer sejam ingênuos ou libertos”, de modo que a cidadania não era estendida aos escravos, tampouco significava plenitude de direitos políticos. Contudo, de outra banda, diz-se que “[...] essa falta de princípios constitucionais norteadores gerou uma consequência direta: os escravos continuaram a ocupar até a abolição as mesmas leis, o mesmo banco de réus e, em alguns casos, as mesmas prisões dos encarcerados libertos e livres”³².

A pena de prisão encontra-se prevista na Constituição de 1824, conforme segue:

“Art. 79. IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança

²⁹ MAIA, Clarissa Nunes (organização). **História das Prisões no Brasil**. Volume 1. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. p. 183.

³⁰ *Ibidem*, p. 184.

³¹ *Ibidem*, p. 187.

³² *Idem*.

idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis meses de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto”.

No entanto, há menção expressa no Código Criminal, no sentido de que a pena de prisão não seria aplicada caso o juiz assim o arbitrasse. Tal dispositivo permitia um exagerado subjetivismo por parte do magistrado.

O Código Criminal de 1830 veio a ser elaborado devido à determinação constante na Constituição de 1824, em seu art. 179, XVIII. Ademais, o mesmo artigo, em seu inciso XXI, estabelecia “as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias, e natureza de seus crimes”. Tal código teve extrema relevância não apenas no contexto pátrio, mas igualmente no cenário americano, porquanto foi o primeiro código autônomo da América Latina.

No Código Criminal do Império, instituiu-se o primeiro registro de penas privativas de liberdade no Brasil. Vale lembrar, contudo, que a sociedade da época era escravocrata, sendo tais sanções aplicáveis apenas àqueles reconhecidos enquanto cidadãos. Portanto, aos escravos que incorressem em tais condutas não eram cominadas penas privativas de liberdade, mas sim castigos corporais (penas infamantes).

A Carta Magna de 1824 esclarece quem seriam os indivíduos considerados cidadãos brasileiros:

“Art. 6. São Cidadãos Brasileiros

I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação.

II. Os filhos de pai Brasileiro, e os illegitimos de mãe Brasileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Imperio.

III. Os filhos de pai Brasileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em sorviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicilio no Brazil.

IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brazil na época, em que se proclamou a Independencia nas Provincias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residencia.

V. Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalização”.

O supracitado diploma criminal surgiu no contexto subsequente ao da independência do Brasil enquanto colônia de Portugal, na esteira do que já vinha ocorrendo em diversos países hispano-americanos durante os anos de 1810 a 1825³³. Este cenário, a despeito de contar com nítida influência de ideais liberais, estava fortemente amparado em uma estrutura na qual

“[...] o que existia eram sociedades profundamente hierárquicas e discriminatórias. A permanência da escravidão e de outras formas de controle laboral, racial e social – a peonagem, o tributo indígena, o recrutamento militar forçado e as leis de vadiagem [...] – contradizia flagrantemente o sistema de igualdade perante a lei e a cidadania universal que a maioria das constituições da hispano-américa prometiam”³⁴.

O Código Criminal de 1830, por sua vez, sofreu influência direta do Código Penal Francês (1810), bem como do Código da Bavieira (1813) – este de autoria de Feuerbach – e pelo projeto de Livingston para a Luisiana (1825). O Código moldado por Bernardo Pereira de Vasconcellos preocupava-se com a estrutura física das prisões, o que, por seu turno, motivou a efetiva construção de estabelecimentos prisionais. No entanto, a despeito de, neste código nacional, haver a primeira previsão expressa de penas privativas de liberdade, a serem cominadas em âmbito penal, tal dispositivo normativo ainda contava com prisões cruéis e capitais.

Diante desta conjuntura, na qual um incipiente sistema carcerário estava sendo delineado, já era sentida a necessidade de operar reformas prisionais, a fim de superar as condições carcerárias coloniais, as quais envolviam, por sua vez, o emprego de formas extrajudiciais de punição, bem como aquelas previstas em lei³⁵. No entanto, “os potenciais beneficiários de tal reforma, ao final, eram vistos como seres inferiores, bárbaros e irrecuperáveis, não como futuros cidadãos com direitos civis iguais aos daqueles que pertenciam aos estratos sociais superiores”³⁶.

Devido ao fato de os Estados latino-americanos haverem recém conquistado sua independência política, a fragilidade institucional era palpável e, certamente, foi

³³ MAIA, Clarissa Nunes (organização). **História das Prisões no Brasil**. Volume 1. 1ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. p. 37.

³⁴ Idem.

³⁵ Ibidem, p. 38-39.

³⁶ Ibidem, p. 45.

um elemento que não corroborou para que iniciativas fossem tomadas no sentido de promover alterações ao sistema prisional da época. Entretanto, por volta de 1830, o Brasil passou a receber os influxos de novas visões, sobretudo, no que se refere ao fato de a penitenciária ser concebida enquanto o principal alicerce deste sistema punitivo do começo do século XIX.

Importante mencionar que o primórdio dos presídios no Brasil iniciou-se em Fernando de Noronha. Torna-se difícil precisar a época em que a ilha de Fernando de Noronha começou a abrigar um presídio, pois há registros conflitantes de condenados cumprindo pena na ilha (os mais remotos datam do século XVII, em que foram encontrados desterrados expiando suas penas). Entretanto, foi só com o advento da Lei de 3 de outubro de 1833 que a prisão de Fernando de Noronha passou a ser usada como local para cumprimento de pena de galés cometidas por moedeiros falsos³⁷, segundo dispunha o Decreto 2.375, de 5 de março de 1859.

Mister pontuar que o próprio espaço físico da ilha, delimitado pelo mar, circunscrevia os limites da prisão estabelecida no arquipélago, uma vez que a prisão não contava com uma construção dividida em celas ou galerias. O mais próximo de um sistema de confinamento era obtido pela figura de um prédio denominado Aldeia, o qual “[...] encerrava precariamente os presos tidos como incorrigíveis e abrigava outros tantos para o pernoite”³⁸. Ainda no que se refere à situação da população carcerária do presídio de Fernando de Noronha³⁹, aponta-se que, em 1865, os sentenciados eram, predominantemente (75%) homens civis, sendo 22,13% militares. Apenas 1,93% dos apenados eram mulheres civis.

Nesta primeira experiência, em que a própria ilha aprisionava os sentenciados, observou-se que os condenados buscaram constituir uma vida à parte no arquipélago. Lá, era possível que o preso construísse sua moradia, trabalhasse na aldeia e até se casasse⁴⁰.

Face à ausência de mais instituições que pudessem, de fato, abrigar os detentos, a administração portuguesa sobre a colônia do Brasil viu-se impelida a

³⁷ MAIA, Clarissa Nunes (organização). **História das Prisões no Brasil**. Volume 1. 1ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. p. 136.

³⁸ *Ibidem*, p. 139.

³⁹ *Ibidem*, p. 141.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 152.

lançar mão de estratégias diversas, dentre as quais, a de utilizar uma presiganga real. A presiganga real era o navio português Príncipe Real, originalmente empregado no transporte de membros da corte lusa para o Rio de Janeiro, e que, posteriormente, funcionou, em caráter provisório, como estabelecimento prisional no Brasil, durante os anos de 1808 a 1831. Ali,

“os presos não eram “condenados à presiganga”, mas nela depositados por condenação ou imposição ao trabalho forçado, por recrutamento forçado ou para receber castigo corporal. Portanto, esta prisão, em definitivo, não era como a prisão moderna, ou seja, um local de reclusão de indivíduos condenados à pena privativa de liberdade”⁴¹.

Todavia, o primeiro *verdadeiro* complexo penitenciário da América Latina – na acepção moderna do termo – instituído em solo brasileiro foi a Casa de Correção do Rio de Janeiro, que foi construída durante os anos de 1839 e 1850. A partir de 1844 até 1877, outras prisões tomaram forma em diversos países latinos, como Argentina, Chile e Equador. Tanto as penitenciárias brasileiras quanto àquelas surgidas em nações vizinhas foram construídas com base nos modelos celular e de Auburn. Todavia, estas penitenciárias, cuja capacidade variava de 300 a 500 presos, não se revelaram adequadas para suprir as necessidades de “[...] higiene, trato humanitário aos presos e eficácia para combater o delito, como de regeneração dos delinquentes”⁴². Nesta etapa inicial, os detentos não eram separados de acordo com sua idade, sexo e grau de periculosidade.

No entanto, os aportes trazidos pelas novas correntes doutrinárias não causaram o impacto pretendido, especificamente, no sistema carcerário brasileiro, e, de maneira genérica, no sistema latino-americano. As penitenciárias no Brasil, durante a segunda metade do século XIX, eram encontradas em pequena escala e serviam ao mero propósito de alocar suspeitos e condenados. Assim, não obstante “[...] uma série de medidas tendentes a criar um sistema judicial moderno, estas tiveram um impacto limitado em uma sociedade organizada em função de drásticas divisões sociolegais (livres x escravos) e raciais (brancos x negros)”⁴³.

Considerando-se o reduzido número de prisões existentes à época, bem como a precariedade das instalações penitenciárias, afigurou-se a necessidade de

⁴¹ MAIA, Clarissa Nunes (organização). **História das Prisões no Brasil**. Volume 1. 1ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. p. 110.

⁴² *Ibidem*, p. 42.

⁴³ *Ibidem*, p. 49.

realocar parte do contingente prisional, o qual passou a integrar o Exército nacional. Nestes termos, o Exército passou a funcionar

“[...] como uma instituição penal; de fato, este se converteu no maior instrumento punitivo para delinquentes no Brasil durante a segunda metade do século XIX. Enquanto, em seu momento de máxima capacidade, o sistema carcerário como um todo alojava cerca de 10 mil indivíduos, o Exército recrutava entre 8 mil e 12 mil homens e adolescentes considerados “delinquentes””⁴⁴.

No que tange às condições de vida nos estabelecimentos prisionais, a doutrina⁴⁵ estabelece diferenciação entre as prisões destinadas a homens e àquelas que abrigavam mulheres: na primeira, questões como a superlotação, a alimentação deficiente, as instalações lúgubres e a violência se faziam mais presentes; na segunda, tais aspectos (especialmente, os maus tratos e abusos físicos) eram igualmente experimentados, mas de maneira mais branda.

Embora a implementação do Código Criminal de 1830 tenha sido encarada enquanto um avanço, podia-se, entretanto, observar que a realidade político-criminal brasileira ainda estava em descompasso com as mudanças doutrinárias ocorridas no plano europeu. Neste sentido, não obstante a vigência do diploma legal, que deveria fazer frente à imposição de castigos corporais, estes últimos não só foram mantidos, mas ganharam ainda mais vulto. Conforme indicado pela doutrina⁴⁶, a razão para isto encontra-se na elevação do número de escravos na primeira metade do século XIX. Como reflexo disto, tem-se que

“[...] ao logo dos oitocentos, na capital [Rio de Janeiro] e nas inúmeras vilas do interior e da província de São Paulo, a infraestrutura precária disponível à polícia e à Justiça, por vezes, acorrentava, ao mesmo tronco, prisioneiros de condições jurídicas opostas. Livres, libertos e escravos: desordeiros, fugitivos, suspeitos, indiciados e até condenados pela prática de crimes dividiam as mesmas enxovias, até que sua situação fosse resolvida pela então nascente e já morosa Justiça brasileira”⁴⁷.

Outra crítica dirigida ao Código Criminal do Império foi que ele não contou, em seu corpo ou paralelamente a ele, com disposições legais específicas a respeito da

⁴⁴ MAIA, Clarissa Nunes (organização). **História das Prisões no Brasil**. Volume 1. 1ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. p. 49-50.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 60.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 179.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 181.

escravidão no país, à semelhança do que aconteceu no chamado *Code Noir* francês, decretado pelo monarca Luís XIV, em 1865. Cabe mencionar que

“[...] tanto na colônia portuguesa quanto no Império brasileiro, a legislação a respeito dos escravos e também dos libertos encontrava-se dispersa pelos códigos legais e na forma de cartas de lei, posturas municipais, alvarás, decisões, decretos, avisos, aditamentos, regulamentos e leis excepcionais”⁴⁸.

Relatos do final do século XVIII acerca do estado das prisões no Rio de Janeiro já demonstram que estes estabelecimentos não conseguiam realizar plenamente a contenção pretendida. Como a superpopulação carcerária já era um dilema posto nesta época, houve a necessidade de reorganizar o planejamento dos nascentes centros urbanos brasileiros, sobretudo, o do Rio de Janeiro, que era a capital da época. Nesta banda, os escravos que se encontravam encarcerados começaram a ser empregados nesta reorganização das cidades, tornando-se instrumento da construção de obras públicas que atendessem às necessidades da população local. A doutrina atribui a este outro viés do sistema escravista a denominação de “escravidão urbana”.

Conclui-se, portanto, que as prisões estabelecidas na corte joanina (portanto, entre 1808 a 1821) ainda não representavam a mudança de paradigma político-criminal já vista na Europa.

Deste modo, o diploma legal da Constituição de 1824, se interpretado conjuntamente com os Códigos Criminal de 1830 e o subsequente Código de Processo Criminal, passaram a determinar que as prisões tivessem novas funções, pois não mais seriam

“[...] um lugar de passagem à espera da sentença final, decretada geralmente em forma de multa, degredo, morte ou trabalhos públicos, mas adquiriram um papel importante na organização da sociedade brasileira na primeira metade do século XIX”⁴⁹.

Paralelamente, a década de 1830, no Brasil, revelou-se um período de constante desordem social, no qual um número significativo de motins, que contavam não só com parte da população hipossuficiente, mas também com os

⁴⁸ MAIA, Clarissa Nunes (organização). **História das Prisões no Brasil**. Volume 1. 1ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p. 183.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 228.

homens livres, começaram a ocorrer, ensejando, igualmente, a adoção de uma postura mais repressiva por parte do Estado.

Do século XIX, impõe-se o pensamento da escola clássica, para a qual o crime era encarado como um “desvio moral do indivíduo”, de modo que a pena deveria ser aplicada precisamente para sanar este desvio e reabilitá-lo ao convívio social. Assim,

“[...] uma instituição fechada com disciplina, trabalho e educação, já que o desvio do indivíduo era interpretado, muitas vezes, como falta de instrução e ignorância, ajudaria em sua regeneração e promoveria, conseqüentemente, o bem-estar da sociedade”⁵⁰.

No entanto, as prisões existentes no final do século XVIII não eram guarnecidas das condições necessárias para fazer os ideais liberais prosperarem no campo político-criminal brasileiro. Ademais, vários levantes e motins começaram a ocorrer, somados à vinda da corte portuguesa para o Brasil, o que, conseqüentemente, conduziu a uma reorganização das estruturas punitivas até então vigentes, o que se deu, sobretudo, com a construção das Casas de Correção, a primeira delas instalada na cidade Rio de Janeiro (construção iniciada na década de 1830, mas que somente veio a ser inaugurada em 1850), cujo modelo veio a ser posteriormente replicado em outras cidades, como Salvador e Porto Alegre. As Casas de Correção pretendiam que a pena de prisão viesse a ser implementada consoante o disposto no Código Criminal de 1830.

Posteriormente, houve a edição do Código Criminal da República, de 1890, o qual foi elaborado em cerca de três meses⁵¹, sendo fruto do projeto cunhado pelo Conselheiro Batista Ferreira⁵². Tal codificação marca o início do período republicano, tendo sofrido influxos dos eventos ocorridos em 1888, em especial, no que tange à abolição da escravidão no país. A partir deste Código, é possível falar que as penas privativas de liberdade passaram a ter abrangência integral sobre os cidadãos brasileiros.

⁵⁰ MAIA, Clarissa Nunes (organização). **História das Prisões no Brasil**. Volume 1. 1ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p. 310.

⁵¹ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 75.

⁵² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro – Parte geral**. V.1. Ed. 9ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 196.

Disciplinava o Código Criminal de 1890:

“Art. 43. As penas estabelecidas neste código são as seguintes:

- a) **prisão celular**;
- b) banimento;
- c) **reclusão**;
- d) prisão com trabalho obrigatório;
- e) prisão disciplinar;
- f) interdição;
- g) suspensão e perda do emprego público, com ou sem inhabilitação para exercer outro;
- h) multa”.

“Art. 44. **Não ha penas infamantes. As penas restrictivas da liberdade individual são temporarias** e não excederão de 30 annos”. (os grifos são nossos)

Com o passar do tempo, todavia, o mencionado diploma foi alvo de constantes reformas, motivo pelo qual a legislação extravagante ao Código Baptista Pereira começou a avolumar-se consideravelmente⁵³, vindo a ser compilada na forma de uma Consolidação das Leis Penais, a qual foi sancionada pelo Decreto 22.213 de 14 de dezembro de 1932⁵⁴.

A despeito de o intuito subjacente a esta nova estratégia político-criminal estar de acordo com os ideais dos reformadores do século XVIII – como Beccaria, Servan, Duport, Pastoret, Targert e Bergesse –, de que a prática tradicional de castigos deve opor-se ao despotismo, a implantação de tal instituto jurídico não se revelou tão benéfica quanto a evolução história fazia crer, sobretudo, à luz da atual conjuntura carcerária vivenciada no Brasil.

O ordenamento jurídico-penal, mais uma vez, acompanhou o câmbio das diretrizes políticas e constitucionais, de modo que, com o estabelecimento do regime do Estado Novo de Getúlio Vargas, foi erigida a Constituição de 1937 e, com esta, emergiu a necessidade de confeccionar outro diploma criminal, a cargo do professor

⁵³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro** – Parte geral. V.1. Ed. 9ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 197.

⁵⁴ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 76.

paulista Alcântara Machado⁵⁵. O projeto Alcântara Machado, após ser submetido à revisão de uma comissão integrada por Vieira Braga, Néelson Hungria, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra, foi promulgado em 07 de dezembro de 1940.

Posteriormente, na década de 1980, pretendia-se fazer uma reforma que abrangesse o Código de Processo Penal brasileiro. Todavia, optou-se por realizar mudança mais ampla, a qual igualmente contemplasse o Código Penal pátrio⁵⁶. Com a reforma, era previsto que a pena privativa de liberdade em regime fechado deveria “[...] ser executada de modo adequado, enquanto durar, assegurando-se ao condenado o trabalho interno remunerado, higiene, educação e outras formas de assistência”⁵⁷.

Na atualidade, o Código Penal de 1941, com a Reforma de sua Parte Geral, ocorrida em 1984, preconiza as “penas privativas de liberdade” (art. 32, I) enquanto um gênero, do qual a reclusão e a detenção (art. 33, *caput* e §2º) são espécies. Estas sanções distinguem-se por vários elementos, dentre os quais vale destacar que a reclusão se reserva aos crimes de maior gravidade, ficando os menos graves sob a égide da detenção. Ademais, o diploma legal vigente assegura os interesses básicos do apenado, em seu art. 38: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

A Reforma de 1984 permitiu que fosse erigido “[...] o primeiro diploma legal autônomo a tratar da execução da pena no País”⁵⁸, a saber, a LEP (Lei de Execuções Penais). Apesar das divergências doutrinárias quanto a real exequibilidade dos preceitos contidos nesta Lei, entendeu-se que o diploma foi adequado à realidade político-criminal da época.

⁵⁵PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 78.

⁵⁶Ibidem. p. 80.

⁵⁷Ibidem, p. 86.

⁵⁸SANTOS, Eduardo Pereira. Execução Criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 10. n. 37. Janeiro-março de 2002.

2.3 FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO

O cárcere, que fora erigido enquanto uma solução para os problemas enfrentados pela justiça criminal, passa a tornar-se o novo flagelo desta. Tal premissa se alicerça, mormente, no fato de que “[...] o cárcere não mais se coaduna aos ideais de uma pena justa ou de uma pena útil”⁵⁹, pois “sabe-se, hoje, que a prisão reforça os valores negativos do condenado. O réu tem um código de valores distinto daquele da sociedade”⁶⁰.

O sistema prisional relegou a um segundo plano a sua função “humanizadora” e priorizou uma função depuradora, na qual os indivíduos improdutivos seriam removidos da sociedade e realocados em outro espaço, a saber, as prisões. Assim, frise-se, aqueles que, em um primeiro momento, eram encarados pelo Estado enquanto merecedores de auxílio (a fim de estarem reabilitados para o convívio social) passam a ser dignos de exclusão. Precisa é a observação de que “não mais se justificam as expectativas de sanção criminal tradicional. Caminha-se, portanto, em busca de alternativas para a pena de prisão”⁶¹. O referido posicionamento é igualmente corroborado pelo aparecimento das políticas de tolerância zero, que foram delineadas na década de 1970, em âmbito estadunidense. Nesta esteira, observa-se que as taxas de encarceramento passam a elevar-se como decorrência das disparidades sociais.

A reforma penal aponta no sentido de que as respostas trazidas pelas prisões (enquanto instituições totais) não são suficientes nem eficazes para moldar uma realidade social hígida. Para melhor entender este contexto, vale acrescentar que

“Com a **estruturação do Estado moderno**, o **controle social** se caracterizou pelo **sequestro social**. Os sequestrados eram alocados em institutos de sequestro, de acordo com os motivos que originaram esta ação por parte do Estado. Tais **motivos** poderiam ser **de ordem jurídico-penal**, médico-psiquiátrica, assistencial ou higiênico-sanitária. Com base nestes motivos, as **instituições de sequestro** distribuía-se em **cárceres**,

⁵⁹ VASCONCELOS, Karina Nogueira. **O modelo punitivo carcerário: entre a crise teórico-ideológica e o reafirmar-se político**. Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCrim, v. 17, n. 78, maio/jun. 2009.p. 349.

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. Editora Revista dos Tribunais, 1993.p. 12.

⁶¹ Idem.

manicômios, hospícios, hospitais, casas de correção, orfanatos etc”⁶² (os grifos são nossos).

Nas instituições totais, há um controle, por parte de um grupo burocrático, de um grupo de indivíduos, os quais, em razão de determinadas circunstâncias, ausentar-se-ão “[...] da sociedade mais ampla por considerável período de tempo [e] levam uma vida fechada e formalmente administrada”⁶³. Ao se tornarem membros desta instituição, os apenados são tratados de forma inferior, não raro sendo censurados e humilhados pelos integrantes da equipe de supervisão da instituição total. Ademais, os internados veem-se impelidos a realizar quase que a integralidade das atividades cotidianas em conjunto, o que certamente danifica a sua individualidade.

O indivíduo experimenta uma degradação moral ao submeter-se à rotina da referida instituição, porquanto esta não o afeta apenas em um plano particular, mas também projeta efeitos nas relações domésticas e familiares, maculando-as, ao ponto de serem defini-las enquanto “[...] estufas para mudar pessoas; cada uma é um experimento natural sobre o que se pode fazer com o eu”⁶⁴. Ainda mais grave, o impacto da “doutrina” das instituições totais pode ser demasiado, ao extremo de “destreinar” o sujeito, incapacitando-o temporariamente para lidar com os elementos que compõe a vida diária. A reinserção social que deveria ser encabeçada por tais estabelecimentos revela-se, lamentavelmente, falaciosa.

As críticas ao modelo carcerário atualmente implementado ganham ainda mais vulto quando à luz da realidade prática, na qual os regimes prisionais se alicerçam

“[...] em pressupostos também insustentáveis: melhorar o isolamento, corrigir suprimindo a auto-determinação ou simplesmente castigar, mas para reduzir o potencial de reação negativa do sujeito transgressor. Estes são alguns dos motivos pelos quais a última grande ilusão sobre a função dos cárceres, ou seja, dos projetos de ressocialização, readaptação ou reabilitação social, caíram em enorme descrédito no final do século [XX]”⁶⁵.

⁶² VASCONCELOS, Karina Nogueira. **O modelo punitivo carcerário: entre a crise teórico-ideológica e o reafirmar-se político**. Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCrim, v. 17, n. 78, maio/jun. 2009, p. 357.

⁶³ GOFFMAN, Erwin. **Manicômios, prisões e conventos**. Coleção debates, 7ª edição. São Paulo: Perspectiva. 2003. p. 11.

⁶⁴ *Ibidem*. p. 22.

⁶⁵ ELBERT, Carlos Alberto. **Las cárceles de America Latina: ¿ que ofrecen para el tercer milênio?** Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCrim, v. 8, n. 29, jan/mar. 2000. p. 108. No original: “[...] mejorar em aislamiento, corregir suprimiendo la autodeterminación o simplemente castigar, pero para reducir el potencial

O tipo de controle social existente no século XXI é denominado de controle atuarial, o qual se debruça sobre o coletivo, voltando-se a

“[...] uma coletividade passível de controle a partir de uma avaliação probabilística do risco de desvio provocada por ela e sustentada pelo discurso da segurança, segundo o qual o cárcere assume mais uma vez o papel ameaçador para aqueles sob controle, abandonando definitivamente as práticas de reinserção e reabilitação social”⁶⁶.

Saliente-se, também, a natureza seletiva do cárcere, uma vez que seus integrantes advêm, em sua larga maioria, de camadas sociais hipossuficientes e socialmente vulneráveis. Assim, “as próprias características de irracionalidade e seletividade na intervenção do sistema penal já fazem com que toda manifestação do poder punitivo do Estado seja dotada de violência”⁶⁷.

Não é exagero afirmar que o sistema prisional, em especial, aquele vigente no Brasil, assume o papel de uma experiência mortificante para os apenados, o qual encontra-se absolutamente desprovido de sua função educativa. Destarte, passa a ser imprescindível valer-se de “[...] medidas como a diversidade processual, penas substitutivas e medidas alternativas”⁶⁸.

A pena privativa de liberdade, cujo intuito original era mitigar as lesões cometidas em face do corpo do acusado, agora passa ser causa de uma chaga ainda maior, pois a tão-só condição de estar no cárcere excede a proporcionalidade do crime perpetrado. Alguns doutrinadores, amparados nesta premissa, constataam que o preso, uma vez inserido na instituição total representada pelo cárcere, não mais é pessoa, “[...] pois carece de quase todos os direitos que um cidadão qualquer tem, em que pese formalmente lhe sejam concedidos alguns direitos, os quais ele raramente consegue exercer”⁶⁹.

de reacción negativa del sujeto transgresor. Estos son algunos de los motivos por los que la última gran ilusión funcional de las cárceles, o sea los proyectos de resocialización, readaptación o rehabilitación social, han caído en un descrédito enorme sobre el fin de siglo”.

⁶⁶ VASCONCELOS, Karina Nogueira. **O modelo punitivo carcerário: entre a crise teórico-ideológica e o reafirmar-se político**. Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCrim, v. 17, n. 78, maio/jun. 2009, p. 359.

⁶⁷ KARAM, Maria Lúcia. **Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCrim, v. 2, n. 6, abr/jun 1994. p. 121.

⁶⁸ Ibidem, p. 356.

⁶⁹ ELBERT, Carlos Alberto. **Las cárceles de América Latina: ¿ que ofrecen para el tercer milênio?** Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCrim, v. 8, n. 29, jan/mar. 2000. p. 109. No original: “El preso no es persona,

É possível elencar o que, sem dúvida, afigura-se enquanto uma das motivações centrais da necessidade de alteração do sistema carcerário como nós o conhecemos, quando se alega a razão utilitarista para modificação desta estratégia punitiva:

“[...] a pena privativa de liberdade – de algum modo em coincidência com o seu afirmar-se como pena dominante na primeira metade do século passado – **revela imediatamente sua falência em relação a todo critério de utilidade social: nem sempre afasta do delinquente seja quem já violou a lei penal, seja quem ainda não a violou. Frequentemente, mais que inútil, evidencia-se danosa, pois favorece a reincidência.** Quem leva adianta essa estratégia de alternância, entre o final do século e as primeiras décadas novecentescas, é o movimento correcionalista crescido na cultura positivista: se não é sempre possível contar com um processo tratamental com escopo especialmente preventivo no ambiente carcerário, pode-se, ao invés, confiar por outro lado em espaços extra-carcerários”⁷⁰ (*os grifos são nossos*).

Outra metodologia eficaz consiste na redução do tempo da pena, bem como na execução da pena em um espaço extra-carcerário.

Já eram emitidas críticas semelhantes ao sistema prisional, já que, consoante seu entendimento, o cárcere não tem a pretensão nem o interesse de educar o sujeito que se encontra nele recluso; pelo contrário, o aprisionamento leva a um efeito paradoxalmente diverso, uma vez que atua de modo a *fomentar a prática delitiva*:

“[...] a intervenção do sistema penal, especialmente as penas detentivas, antes de terem efeito reeducativo sobre o delinquente, determinam, na maioria dos casos, uma consolidação de identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa”⁷¹.

Igualmente agravam este momento de colapso do sistema de penas

“[...] a crescente ineficácia das técnicas processuais, que em todos os países evoluídos tem provocado um aumento progressivo da prisão cautelar em relação ao encarceramento sofrido na expiação da pena; a ação dos meios de comunicação, que tem conferido aos processos, sobretudo aos seguidos por delitos de particular interesse social, uma ressonância pública que às vezes tem para o réu um caráter aflitivo e punitivo bem mais temível do que as penas; a inflação do direito penal, que parece ter perdido toda separação do direito administrativo, de forma que os processos e as penas já se contam, num país como a Itália, em milhões cada ano; a mudança das formas de

porque carece de caí todos los derechos de um ciudadano cualquiera, pese a que formalmente se le conceden unos quantos que raramente puede ejercer”.

⁷⁰ VASCONCELOS, Karina Nogueira. **O modelo punitivo carcerário: entre a crise teórico-ideológica e o reafirmar-se político.** Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCrim, v. 17, n. 78, maio/jun. 2009, p. 363-364.

⁷¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: a introdução à sociologia do direito penal.** 6ª ed., outubro de 2011. Rio de Janeiro: Editora Revan. Instituto Carioca de Criminologia.

criminalidade, que se manifesta no desenvolvimento do crime organizado e, por outro lado, de uma microdelinquência difusa, ambos ligados ao mercado da droga; a diminuição, não obstante, dos delitos de sangue e o incremento sobretudo dos delitos contra o patrimônio; o progressivo desenvolvimento da civilidade, enfim, que faz intoleráveis ou menos toleráveis que no passado, para a consciências jurídica dominante, não somente as penas ferozes, senão, também, as penas privativas de liberdade demasiado extensas [...]”⁷².

Desta forma, o cárcere apenas favorece a segregação e exclusão sociais, não auxiliando na ressocialização do indivíduo nem na coibição da prática reiterada de novas figuras delitivas (reincidência). A recente pesquisa realizada pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), em 2015, sobre Reincidência Criminal no Brasil dialoga com este posicionamento, pois reforça a tese de que, na ausência de uma função ressocializadora das prisões, especialmente, à luz do fenômeno da reincidência criminal, faz com que as taxas de criminalidade se elevem sobremaneira no sistema penal pátrio⁷³. Uma decorrência desta premissa é a constatação de que, entre os anos de 1938 a 2009, o número de apenados passou de 3.866 para 321.014, o que comprova que a população carcerária brasileira aumentou 83 vezes em um lapso temporal de 71 anos⁷⁴.

Ao citar estudos relacionados à aferição da reincidência criminal, efetuados entre os anos de 1988, 1989, 1991 e 1994, o Relatório do IPEA menciona que as taxas encontradas oscilam entorno de 46, 03%, 30,7%, 29, 34% e 34,4%.

Os aspectos acima apresentados apontam, indubitavelmente, para um cenário de crise do cárcere. Tal crise se deve ao contexto histórico, político e filosófico no qual o cárcere foi concebido, e que, na atualidade, leva à sua necessária reestruturação (ou reforma). Tem-se que o cárcere “[...] não atende à finalidade reeducativa da pena, antes, mantém uma funcionalidade excludente que atua ainda como meio de refreio à ascensão das camadas menos favorecidas”⁷⁵. Ademais,

⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Prefácio da 1ª ed. italiana, Norberto Bobbio. 3ª. ed. rev. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. p. 377-378.

⁷³ **REINCIDÊNCIA CRIMINAL NO BRASIL – RELATÓRIO DE PESQUISA**. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_crimina_l.pdf. Acesso em 20 dez 2017. p.8-10.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 10.

⁷⁵ VASCONCELOS, Karina Nogueira. **O modelo punitivo carcerário: entre a crise teórico-ideológica e o reafirmar-se político**. Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCrim, v. 17, n. 78, maio/jun. 2009, p. 377.

“a decadência do paradigma ressocializador está orientando as políticas penais latino-americanas para uma nova crise, que, na realidade, é parte de uma *crise mundial do cárcere*, que ameaça piorar de acordo com a situação social vigente na América Latina”⁷⁶.

Nesta senda, a mais lúcida estratégia político-criminal a ser adotada é a que “[...] busca limitar a prisão à situação de reconhecida necessidade, como meio de impedir a sua ação criminógena, cada vez mais forte”⁷⁷. Assim sendo

“Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina uma certa atitude pessimista, já que não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão, referem-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo”⁷⁸.

Um dos motivos pelos quais a aplicação das penas privativas de liberdade encontra-se desvirtuada consiste em uma alteração de ordem teleológica quanto à gestão da pena, uma vez que o fundamento subjacente à punição deixa de ser a educação e intimidação, passando a ser a neutralização dos indivíduos, com a consequente “redução dos riscos” que estes possam produzir. Tem-se, portanto, uma distorção da finalidade ideológica do cárcere.

O real legado principiológico dos reformadores do século XVIII não consistia em punir menos, mas sim em punir *melhor*, razão pela qual “no projeto dos juristas reformadores, a punição é um processo para requalificar os indivíduos como sujeitos de direito [...]”⁷⁹. Nesta esteira, faz-se necessário desconstruir 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, castigos ostensivos em suas manifestações e incertos em sua

⁷⁶ELBERT, Carlos Alberto. **Las cárceles de America Latina: ¿ que ofrecen para el tercer milênio? Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCrim**, v. 8, n. 29, jan/mar. 2000. p. 111. No original: “La decadencia del paradigma resocializador está orientando las políticas penales latinoamericanas hacia una nueva crisis, que, em realidade, es parte de una crisis mundial de la cárcel, que amenaza conn empeorar según la situación social vigente em América Latina”.

⁷⁷BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 12.

⁷⁸ Ibidem, p. 143.

⁷⁹FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir, História da Violência nas Prisões**. 3.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011. p. 150.

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”⁸⁰.

A crise da prisão estaria fundamentada, então,

“[...] não como algo derivado estritamente de sua essência, mas como o resultado de uma deficiente atenção que a sociedade e principalmente, os governantes têm dispensado ao problema penitenciário, que nos leva a exigir uma série de reformas, mais ou menos radicais, que permitam converter a pena privativa de liberdade em um meio efetivamente reabilitador”⁸¹.

2.3.1. Sistema carcerário em cheque – dados

Frente ao exposto, a falência do sistema carcerário guarda relação não apenas com o abandono do escopo principiológico subjacente à implementação das penas privativas de liberdade, mas, sobretudo, com a execução desta, isto é, com o cumprimento da pena institucional⁸². Para desenvolver e consolidar um posicionamento crítico e firme a respeito desta realidade, mister se faz a análise dos dados disponibilizados pelo Departamento Penitenciário Nacional (2014/2015), bem como pelo Informativo Rede Justiça Criminal (2016).

O Departamento Penitenciário Nacional (Depen) propõe, no último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen – junho de 2014), que a situação carcerária brasileira se encontra em crise, motivo pelo qual faz-se premente adotar estratégias que conduzam a um melhor horizonte para a justiça criminal no país. Tais estratégias teriam quatro eixos básicos, a saber: alternativas penais e gestão de problemas relacionados ao hiperencarceramento; apoio à gestão dos serviços penais e redução do déficit carcerário; humanização das condições carcerárias e integração social; e modernização do sistema penitenciário nacional⁸³.

⁸⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir, História da Violência nas Prisões**. 3.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011. p. 108.

⁸¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 145.

⁸² *Ibidem*, p. 142.

⁸³ In *Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. INFOPEN – Junho de 2014*. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2017. p.6.

O enfrentamento dos questionamentos atinentes ao primeiro dos eixos enumerados parece ser de fundamental relevância, uma vez que o emprego de alternativas penais “[...] tão ou mais eficaz que o encarceramento é um desafio de alta complexidade que depende de estreita articulação com os órgãos do sistema de justiça criminal”⁸⁴, a exemplo do que ocorre nas audiências de custódia, que são fruto de uma parceria entre o Ministério da Justiça e o Conselho Nacional de Justiça. Nestas, há uma “[...] apresentação da pessoa presa a um juiz nos casos de prisão em flagrante”, sendo que “neste projeto, o Depen viabiliza a estruturação de centrais de alternativas penais e centrais de monitoramento eletrônico, para que o juiz possa decidir por alternativas ao encarceramento provisório”⁸⁵.

A própria Apresentação do levantamento faz referência à inadequação de o cárcere ser apreciado sob a ótica de uma instituição total, porquanto isto distancia o gestor prisional da concretização das políticas públicas de saúde, educação, trabalho e assistência social, as quais devem ser efetivadas, inclusive, no ambiente intramuros. Segundo entendimento firmado na ora mencionada apresentação, tal iniciativa revela-se um “[...] passo [...] decisivo para reconhecermos, de fato, a pessoa privada de liberdade e o egresso como sujeitos de direitos”⁸⁶.

De modo complementar, o Informativo Rede Justiça Criminal nº 8, de Janeiro de 2016, aponta para a necessidade de “[...] uma leitura mais responsável dos dados do sistema da justiça criminal no Brasil”; assim, salienta “[...] em que pese o sistema de justiça criminal constituir um dos principais focos de atuação do Estado, na prática, verifica-se que a política criminal em vigor atende mais a percepções e clamores populares, orientados pela exploração midiática de casos pontuais, do que a uma análise criteriosa das evidências empíricas”⁸⁷, firmando o entendimento de que “[...] como qualquer outra política pública, a política de justiça criminal deve embasar-se em informações qualificadas para a construção de um diagnóstico mais

⁸⁴ In *Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. INFONPEN – Junho de 2014*. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2017. p.6.

⁸⁵ *Idem*.

⁸⁶ *Ibidem*. p. 7.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 1

preciso que permita implantar soluções adaptadas aos objetivos, identificar gargalos e propor ações corretivas”⁸⁸.

À sua Introdução, o Relatório do Levantamento do Depen fornece esclarecimentos básicos, entre os quais o de que o Infopen é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro. Este sistema é atualizado pelos gestores de estabelecimentos prisionais desde 2004, sendo que sintetiza informações sobre os estabelecimentos penais e a população prisional. Em adição, o relatório aporta, logo ao começo, uma informação grave, pois expõe que, hoje, há mais de 600 mil pessoas privadas de liberdade, mais precisamente, 607.731, conforme divulgado pelo Ministério da Justiça em 2015⁸⁹.

Cabe igualmente sublinhar que, em um espaço de tempo de dez anos, “[...] o Brasil viu dobrar o número de pessoas encarceradas, alcançando assim o quarto lugar no vergonhoso ranking dos países com os maiores contingentes de pessoas privadas de liberdade”⁹⁰. Ainda, tem-se que

“Desse contingente de pessoas encarceradas, 41% sequer foram condenadas pelo sistema de justiça brasileiro. Não bastasse o uso da prisão provisória ter se tornado abusivo, mais da metade dos presos provisórios estão custodiados há mais de 90 dias. E apenas 37% das unidades prisionais foram capazes de enviar essa informação, as demais unidades não têm controle sobre o tempo de privação de liberdade desses presos”⁹¹.

Somado a este cenário pouco otimista, nota-se que “[...] a despesa anual com custeio de pessoal e execução dos estados da federação alcança a casa dos 12 milhões de reais, valor empenhado apenas pelo Departamento Penitenciário Nacional. Além disso, a cada presídio construído, em dois, três ou no máximo quatro anos gasta-se o mesmo valor em manutenção e pessoal”⁹².

⁸⁸ In *Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. INFONPEN – Junho de 2014*. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2017. p. 1.

⁸⁹ Informativo Rede Justiça Criminal, nº 8, ed. 2016. **Os Números da Justiça Criminal no Brasil**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2017. p. 1.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 1-2.

⁹¹ *Ibidem*, p. 2.

⁹² *Idem*.

Em artigo presente no Informativo Rede Justiça Criminal, foi salientado⁹³ que não apenas o número de indivíduos foi encarcerado, mas que, com a promulgação da nova lei de drogas, em 2006, foi possível averiguar que, até 2016, um em cada quatro encarcerados (25%, portanto, em comparação com os 14% registrados no ano de 2005) cometeram crime de tráfico de drogas. Os autores acrescentam, também, que entre “[...] 2002 a 2013, segundo o IBGE, a população brasileira cresceu 15% enquanto a população carcerária mais do que dobrou (um aumento de 140%)”⁹⁴.

A leitura do Informativo indica, ainda, ser

“[...] importante frisar que o crescimento no número de presos não cumpriu sua promessa de contenção da violência. **Ao contrário, a superlotação, a violação de direitos e a falta de ambientes e atividades propícias à ressocialização levam a um acirramento da violência e crescimento de facções criminosas em presídios.** O que este diagnóstico evidencia [...] é uma necessidade urgente de mudança – aliás, já iniciada em outros países, diante de desafios semelhantes”⁹⁵ (*os grifos são nossos*).

Neste sentido, cita-se a iniciativa de Barak Obama, o qual visitou uma prisão federal norte-americana, tornando-se, assim, o primeiro presidente de seu país a fazê-lo, buscando, com este gesto, aproximar-se do que ocorre na realidade carcerária dos Estados Unidos (EUA), a fim de implementar reformar e aperfeiçoar a Justiça Criminal. Obama declarou, ainda, que o sistema penitenciário norte-americano é custoso e ineficiente, além de violador de direitos e racista. Foi tomado por base este contexto e inter-relacionado com o nosso, pois defende-se a perspectiva de que se o país que mais adota a política de lei e ordem já superou esta situação, então urge impulsionar a reforma do Sistema de Justiça Criminal. Este estudo também chama a atenção para a necessidade de lançar mão, no âmbito brasileiro, de alternativas à prisão, as quais são menos dispendiosas e, não raro, obtêm maior percentual de ressocialização, sendo uma via possível para desobstruir a superlotação carcerária – na ótica dos

⁹³ LANGEANI, Bruno. RICARDO, Carolina. **Um chamado à razão.** In: Informativo Rede Justiça Criminal – Os Números da Justiça criminal no Brasil. p. 3.

⁹⁴ Ibidem. p. 4.

⁹⁵ Ibidem. p. 5-6.

supramencionados teóricos, a importância desta estratégia alternativa é tamanha que poderia ser considerada “a prioridade da política de justiça criminal brasileira”⁹⁶.

A premente reforma justifica-se, sobremaneira, à luz de certos dados gerais extraídos da realidade fática prisional brasileira, aportados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2014.

Segundo o Levantamento do Depen, a população prisional até junho de 2014 contava com 607.731 detentos, distribuídos entre o Sistema Penitenciário (579.423), Secretarias de Segurança/carceragens de delegacias (27.950) e Sistema Penitenciário Federal (358). As vagas disponíveis, à época, eram de 376.669, havendo, portanto, um déficit de vagas igual a 231.062. A taxa de ocupação nos referidos estabelecimentos é de 161%; ademais, a taxa de aprisionamento beirava a 300 (299,7).

Destes dados, tem-se que, atualmente, há, aproximadamente, 300 presos para cada cem mil habitantes no país. Isto significa, de acordo com este panorama geral da população prisional brasileira, que, “[...] em um espaço concebido para custodiar 10 pessoas, existem por volta de 16 indivíduos encarcerados”⁹⁷. O relatório emite orientação no sentido de que a realidade carcerária pátria pode ser melhor compreendida se comparada com a de outros países; para isto, elegeu os 20 países com maior população prisional do mundo.

“Em números absolutos, o Brasil tem a quarta maior população prisional, ficando atrás apenas dos EUA, da China e da Rússia. Cotejada a taxa de aprisionamento destes países, constata-se que, em termos relativos, a população prisional brasileira também é a quarta maior: somente os EUA, Rússia e a Tailândia têm o contingente prisional mais elevado”⁹⁸.

Prosseguindo na comparação com outros países do mundo, é possível observar que “a taxa de ocupação dos estabelecimentos prisionais brasileiros

⁹⁶ LANGEANI, Bruno. RICARDO, Carolina. **Um chamado à razão**. In: Informativo Rede Justiça Criminal – Os Números da Justiça criminal no Brasil. p. 6.

⁹⁷ Ibidem. p. 11.

⁹⁸ In *Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. INFONPEN – Junho de 2014*. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2017. p. 13.

(161%) é a quinta maior entre países em questão. As Filipinas (316%), o Peru (223%) e o Paquistão (177%) têm a maior taxa de ocupação prisional”⁹⁹.

Além disto, “o Brasil exhibe, entre os países comparados, a quinta maior taxa de presos sem condenação. Do total de pessoas privadas de liberdade no Brasil, aproximadamente quatro entre dez (41%) estavam presas sem ainda terem sido julgadas”¹⁰⁰, sendo que, se for feito um juízo “em números absolutos, o Brasil tem a quarta maior população de presos provisórios, com 222.190 pessoas”¹⁰¹. O relatório critica a adoção da prisão provisória enquanto medida predominante de solução para o encarceramento, uma vez que provoca, ao contrário, a superlotação nos estabelecimentos prisionais.

Segundo pesquisa divulgada em 2014 pelo *International Center for Prison Studies* (ICPS)¹⁰², com base nas informações coletadas em 50 nações ao redor do mundo, entre os anos de 1995 e 2010, o Brasil teve a segunda maior taxa de aprisionamento, registrando aumento de 136%. Considerando os quatro países com maior população prisional no mundo, a saber, EUA, China, Rússia e Brasil, apenas este último, na contramão dos demais, apresenta elevação no ritmo de encarceramento, com crescimento, entre os anos de 2008 e 2014, de 33%.

No tocante à população prisional brasileira, vale fazer uma análise mais detida. Consoante dados fornecidos pelo Ministério da Justiça, no período de tempo compreendido entre 1990 e 2014, houve um aumento de 575%, verificando-se, portanto, que o contingente de presos, até 2014, era quase 7 vezes superior ao observado há 14 anos atrás.

A taxa de aprisionamento constatada em 2000 era a de 137 presos para cada 100 mil habitantes; em 2014, a referida taxa passou a ser de 229,7 detentor para cada 100 mil habitantes. O relatório do Depen salienta que, ao dar-se seguimento a este ritmo de elevação da taxa de aprisionamento, é possível projetar uma consequência alarmante, notadamente, a de que, “[...] em 2022, **a população prisional do Brasil ultrapassará a marca de um milhão de indivíduos**. Em 2075,

⁹⁹ In *Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. INFONPEN – Junho de 2014*. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2017. p. 13.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² Idem.

uma em cada dez pessoas estará em situação de privação de liberdade¹⁰³ (os grifos são nossos). Ademais,

“Cabe destacar que, no ano 2000, 25% da população privada de liberdade encontrava-se custodiada em carceragens de delegacia ou estabelecimentos similares, administrados pelos órgãos de Segurança Pública. Em 2014, esse percentual caiu para 5%. Essa redução é de significativa importância, pois esses estabelecimentos não se mostram adequados para o cumprimento de pena nos termos da lei de execução penal”¹⁰⁴.

Segundo os dados coletados pelo Infopen até junho de 2014, a população prisional no Brasil por Unidades da Federação aponta na direção de que o Estado que abarca a maior quantidade de apenados é o de São Paulo (219.053 presos, ou seja, mais de um terço da população prisional do país), seguido de Minas Gerais (61.286), Rio de Janeiro (39.321), Pernambuco (31.510), Paraná (28.702) e Rio Grande do Sul (28.059). Os números absolutos, verificados nos 26 Estados mais o Distrito Federal, devem ser igualmente analisados levando-se em conta as diferenças demográficas entre eles.

Quanto às taxas de aprisionamento por Unidade da Federação, as maiores são registradas em Minas Gerais (568, 9 presos para cada 100 mil habitantes), São Paulo (497,4) e Distrito Federal (496,8) – o Rio Grande do Sul, neste *ranking*, fica na 14ª posição, com uma média de 250,4 presos para cada 100 mil habitantes.

Existe uma tendência crescente de encarceramento no país, pois apenas 7 Estados (Acre, Amazonas, Bahia, Maranhão, Piauí, Sergipe e Rio Grande do Norte) entre as 27 Unidades da Federação tiveram uma redução na taxa de aprisionamento durante o lapso de tempo de 2005 a 2014. Neste período, a população carcerária brasileira aumentou 66% em média, alcançando patamares ainda mais elevados em alguns Estados (como ocorreu em Minas Gerais – 163% – e Tocantins – 174% –, exemplificativamente).

Gráficos do último levantamento do Infopen relevam que cerca de 41% dos indivíduos atualmente encarcerados (250.213 pessoas, portanto) não receberam condenação; outros 41% da população prisional (250.094) foram sentenciados a

¹⁰³In *Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. INFOPEN – Junho de 2014*. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2017. p. 16.

¹⁰⁴Idem.

cumprir suas penas em regime fechado. Os condenados ao regime semi-aberto atingem os 15% (89.639). Além disto, os sentenciados a regime aberto representam 3%, ao passo que os internados para cumprimento de medida de segurança e medida de segurança ambulatorial não somam nem 1%. O Relatório oferece uma relação de proporcionalidade interessante para melhor compreender tais informações, na medida em que expõe que “para cada pessoa no regime aberto, há cerca de 14 pessoas no regime fechado; para cada pessoa no regime semiaberto, há aproximadamente três no regime fechado”¹⁰⁵.

No que se refere à porcentagem de presos sem condenação com mais de 90 dias de aprisionamento, tem-se, de acordo com o material divulgado pelos poucos estabelecimentos prisionais pátrios, que aproximadamente “[...] 60% dos presos provisórios estão custodiados há mais de noventa dias aguardando julgamento. As unidades do Ceará que responderam à questão apresentam a situação mais alarmante: quase a totalidade dos presos provisórios, 99%, está há mais de noventa dias encarcerada sem ainda ter passado por julgamento”¹⁰⁶.

Quanto às vagas disponibilizadas pelo sistema prisional, entre os anos 2000 a 2014, a despeito de o número de vagas ser três vezes maior ao que era inicialmente disponibilizado, o déficit de vagas mais que dobrou¹⁰⁷.

Atualmente, existem, no Brasil, 1.424 unidades prisionais. Destas, quatro são penitenciárias federais, sendo os restantes estabelecimentos estaduais. As penitenciárias federais têm por intuito isolar lideranças do crime organizado.

O sistema prisional brasileiro conta com 375.892 vagas, as quais são distribuídas pelas unidades prisionais. Em geral, estas unidades dispõem de 265 vagas cada; vale ressaltar, todavia, que tal indicativo é aferido através de um cálculo para obter o número médio de vagas, o qual, não raro, varia entre os Estados e por região.

Além disto, importante apontar que muitos dos detentos encontram-se alocados em locais que, inicialmente, não foram concebidos como estabelecimentos

¹⁰⁵In *Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. INFONPEN – Junho de 2014*. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2017, p. 20.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 22.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 23.

penais, tendo sido, posteriormente, adaptados para este fim. Este percentual é considerável, uma vez que abrange 36% das instituições que abrigam presos.

Também cumpre assinalar que há uma distribuição quanto ao gênero nos estabelecimentos penais, os quais são ocupados, em larga escala, exclusivamente por homens (75%), sendo que as mulheres ocupam (quando isoladamente consideradas) 7% dos estabelecimentos. Combinando esta com outras análises, é possível ver que a faixa etária da maioria dos homens encarcerados (75%) é inferior a 35 anos de idade. O Rio Grande do Sul, neste aspecto, diferencia-se das demais unidades federativas, pois surge enquanto um dos Estados com menor percentual de encarceramento de jovens (23%).

Quanto aos dados recolhidos sobre raça, cor ou etnia, tem-se que 67% da população prisional é classificada como negra, seguida de 31% como branca, 1% como amarela e menos de 1% como indígena. Comparativamente, a população brasileira é composta por 51% de negros e 48% de brancos.

A respeito da seletividade do cárcere, cabe novamente invocar a pesquisa do IPEA sobre Reincidência Criminal no Brasil, a qual fornece uma análise feita com processos válidos de 817 apenados distribuídos em cinco Estados da Federação (Alagoas, Minas Gerais, Pernambuco, Paraná e Rio de Janeiro)¹⁰⁸. Dentre estes 817, foram registrados 199 casos de reincidência. A partir destes dados, foi possível aferir a taxa de reincidência criminal como equivalente a 24%. Além disto, foi constatado que a maioria veio a delinquir à época dos seus 18 a 24 anos, sendo que, em 34,7% dos casos, os apenados vieram a reincidir quando tinham esta mesma idade. Combinando estes percentuais às informações coletadas em 2013 no Fórum Brasileiro de Segurança Pública, depreende-se que a maioria dos crimes perpetrados o foram por pessoas consideradas jovens.

Após esta breve análise, calcada, sobretudo, nos dados fornecidos pelo relatório do Depen, a conclusão parece unívoca: o cárcere é um sistema seletivo, o qual incide, majoritariamente, sobre um determinado grupo social, composto por indivíduos masculinos, negros e de baixa escolaridade.

¹⁰⁸ REINCIDÊNCIA CRIMINAL NO BRASIL – RELATÓRIO DE PESQUISA. *In*

http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf p. 24-25.

2.4 MODELOS ALTERNATIVOS À JUSTIÇA CRIMINAL

Diante deste panorama, faz-se mister pensar em soluções legais alternativas ao encarceramento, sempre atentando ao mote de que a nova diretriz punitiva deve ser a humanidade das penas, destacando a ideia de que o homem é, a um só tempo, “o limite do direito” e “a fronteira legítima do poder de punir”¹⁰⁹.

Nesta banda, passaram a ser articulados modelos alternativos à justiça criminal, entre os quais vale citar a justiça restaurativa, a justiça terapêutica e a justiça instantânea.

2.4.1 Justiça Restaurativa

A justiça restaurativa “surge [...] como alternativa à falência estrutural do modelo tradicional de sistema criminal, tendo como desafio retrabalhar os dogmas da justiça criminal, a fim de restaurar o máximo possível o *status quo* anterior ao delito”¹¹⁰. Vale invocar que os objetivos precípuos da justiça restaurativa seriam “restituir à vítima a segurança, o auto-respeito, a dignidade e, mais importante, o sendo de controle, e atribuir aos infratores a responsabilidade por seu crime e respectivas consequências; restaurar o sentimento de que eles podem corrigir aquilo que fizeram e restaurar a crença de que o processo e seus resultados foram leais e justos”¹¹¹.

A justiça restaurativa tem por objetivo redefinir o crime, uma vez que “o crime não mais é concebido como uma violação contra o estado ou como uma transgressão a uma norma jurídica, mas como um evento causador de prejuízos e consequências, focando a atenção na possível solução do problema através do

¹⁰⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir, História da Violência nas Prisões**. 3.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011, p. 95.

¹¹⁰ ANCHUTTI, Daniel. **Modelos contemporâneos de justiça criminal: justiça terapêutica, instantânea e restaurativa**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 71.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 72.

diálogo entre as partes (direta ou indiretamente envolvidas: agressor, vítima, amigos, parentes, pessoas importantes para as partes etc.)¹¹².

A justiça restaurativa orienta-se por uma lógica distinta daquela preceituada pela justiça convencional, porquanto prestigia a interação entre o ofensor e a vítima para a solução das consequências da ilicitude cometida. Além disto, envolve a concordância mútua das partes – sempre em observância aos ditames do princípio da proporcionalidade –, sendo que tal concordância comporta revogação unilateral.

Destaca-se a já conhecida conceituação de Robert B. Comier acerca das práticas restaurativas:

“A justiça restaurativa é uma aproximação de justiça centrada na correção dos erros causados pelo crime, mantendo o infrator responsável pelos seus atos, dando diretamente às partes envolvidas em um crime – vítima(s), infrator e coletividade – a oportunidade de determinar suas respectivas necessidades e então responder em seguida pelo cometimento de um crime e de juntos, encontrarem uma solução que permita a correção e a reintegração, que previna toda e qualquer posterior reincidência”¹¹³.

Tal consideração deságua na ideia de que as práticas restaurativas devem caracterizar-se “[...] pela voluntariedade na participação e pelo consenso por parte da vítima e do ofensor quanto aos fatos essenciais relativos à infração e, ainda, pela assunção da responsabilidade por parte do infrator”¹¹⁴.

Outros aspectos, por sua vez, conformam o encontro restaurativo, devendo nele estar presentes, sob pena de torná-lo ineficaz:

“a) [...] guiado por facilitadores competentes e imparciais; b) esforçar-se para ser inclusivo e colaborativo; c) conta com a participação voluntária das partes; d) fomentar um ambiente de confidencialidade; e) reconhecer convenções culturais; f) enfocar necessidades; g) demonstrar respeito autêntico por todas as partes; h) validar a experiência da vítima; i) esclarecer e confirmar as obrigações do infrator; j) visar aos resultados transformativos; k) observar as limitações de processos restaurativos”¹¹⁵.

Segundo lição da doutrina, é igualmente possível ressaltar os bons resultados provenientes da implantação das práticas restaurativas, dentre os quais destacam-

¹¹² ANCHUTTI, Daniel. **Modelos contemporâneos de justiça criminal: justiça terapêutica, instantânea e restaurativa**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 73.

¹¹³ Ibidem. p. 74.

¹¹⁴ Ibidem p. 75-76.

¹¹⁵ Ibidem, p. 6-9.

se: a extinção do procedimento criminal se o ofensor se responsabilizar pela ação cometida e pela reparação; efeito de diversão na fase pré-acusatória (diversão: do espanhol *diversion*, significa uma desjudicialização do conflito, de modo a evitar o processo penal); o resultado da mediação ser considerado na sentença e no processo de decisão; e, por fim, o “adiamento, substituição ou redução da sentença se o ofensor cumprir o acordo restaurador”¹¹⁶.

Cumprir registrar que a experiência brasileira envolvendo justiça restaurativa concentrou-se em três locais apenas: São Caetano do Sul (São Paulo), Porto Alegre (Rio Grande do Sul) e Brasília (Distrito Federal). Avaliar-se-á apenas um destes programas restaurativos, a saber, aquele que ocorre em Porto Alegre. Este desenvolve-se, a partir de 2005, na 3ª Vara Regional do Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre, a qual é responsável pela aplicação de medidas sócio-educativas; a prática restaurativa adotada é o círculo restaurativo.

Vê-se igualmente que este programa está amparado no “Projeto Justiça para o Século 21”, no sentido de direcionar a implementação de práticas restaurativas para a resolução de conflitos e redução da violência envolvendo crianças e adolescentes em Porto Alegre. As práticas restaurativas verificam-se em dois momentos: em um primeiro momento, “[...] logo ao ingressar no sistema de justiça criminal, é feita uma audiência judicial no projeto Justiça Instantânea (JIN) – que atua em conjunto com o Centro Integrado de Atendimento da Criança e do Adolescente (CIACA) –, momento em que o jovem é encaminhado para a Central de Práticas Restaurativas (CPR)”¹¹⁷ – o que, em geral, ocorre antes da aplicação de uma medida sócio-educativa. Se a prática restaurativa se revelar suficiente para a resolução do conflito, então não será necessário valer-se de uma medida sócio-educativa; em um momento posterior, “[...] ocorre durante o atendimento da medida sócio-educativa”¹¹⁸, no qual conta-se com a ação conjunta de FASE e FASC/PEMSE, as quais farão “[...] um plano de atendimento ao adolescente que cumpre medida de privação de liberdade ou em meio aberto”¹¹⁹.

¹¹⁶ PALLAMOLLA, Raffaella Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 104.

¹¹⁷ *Ibidem*. p. 122-123.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 123.

¹¹⁹ *Idem*.

O programa gaúcho destaca-se pela “aplicação da justiça restaurativa ao mesmo tempo da medida sócio-educativa”¹²⁰. Neste sentido, os próprios coordenadores deste programa admitem que o momento da execução da medida sócio-educativa não é o melhor para aplicar as práticas restaurativas. Além disso, os idealizadores igualmente constatam a relutância e a dificuldade por parte dos operadores do direito na implantação de tal programa.

Os casos – os quais, vale ressaltar, são encaminhados à Central de Práticas Restaurativas (CPR) – sobre os quais se detêm as práticas restaurativas variam, podendo abranger desde situações de furto e ameaça até alguns – raros – casos de homicídio. Circunstâncias que envolvam violência doméstica e/ou familiar não são alvo do programa e, portanto, não são nele debatidos. Após serem encaminhados à CPR, os casos são submetidos a uma análise, a qual determinará a implementação ou não do procedimento restaurativo. Este último pressupõe aderência de ambas as partes. Ressalva-se, contudo, que, em 2007, deu-se início à prática de círculos restaurativos, os quais não incluem a vítima.

Os acordos obtidos através destas práticas têm um caráter notadamente simbólico, e não tão material; eles envolvem autorresponsabilização do adolescente, fortalecimento de vínculos familiares, maior envolvimento por parte dos pais/responsáveis e uma boa participação da rede sócio-assistencial. As estatísticas demonstrarem que 90% dos acordos foram cumpridos; 95% das vítimas se disseram satisfeitas com as práticas implementadas, pois, por meio delas, foram devidamente ouvidas e puderam aproximar-se do ofensor, de modo a vê-lo enquanto pessoa; 90% dos adolescentes aprovaram estas práticas, as quais permitiram que eles fossem tratados com mais respeito e com mais justiça¹²¹.

Os dados apresentados por estas pesquisas igualmente revelam que os maiores problemas desse programa concernem tanto ao momento de aplicação das práticas restaurativas (momento em que também se aplica a medida sócio-educativa) quanto à dificuldade de que as práticas restaurativas venham a substituir o processo tradicional, especialmente se considerarmos que o programa desenvolvido por Porto Alegre não tenha constatado a resolução de uma situação

¹²⁰ PALLAMOLLA, Raffaella Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 123.

¹²¹ Ibidem. p. 126.

conflituosa apenas com a aplicação da justiça restaurativa, sem contar também com as medidas sócio-educativas.

Nesse sentido, enfatiza-se o conselho dado por Leonardo Sica, o qual alerta sobre os perigos da sobreposição entre os preceitos do sistema tradicional e o da justiça restaurativa, pois, dependendo do seu modo de aplicação, podemos incorrer numa violação do princípio do *ne bis in idem* e até provocar um processo de revitimização. Assim, é necessário considerar que a justiça restaurativa não deveria dar um novo sentido à medida sócio-educativa, na medida em que isto se traduziria em uma falha de seu fim último, que seria propor um modelo que se contraposse ao do sistema tradicional.

A justiça restaurativa deve ser posta em prática em um momento anterior ao do que ocorre no programa gaúcho, a fim de que a justiça restaurativa possa emergir como uma verdadeira solução no cenário do direito penal, e não somente como “[...] mais um instrumento a serviço do sistema criminal”¹²².

2.4.2 Justiça Terapêutica

A justiça terapêutica, atualmente, conta com iniciativa desenvolvida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, em programa destinado à redução do dano social, voltando-se ao usuário de drogas que incorre em delito¹²³. O denominado “Programa de Justiça Terapêutica” (PJT) fomenta o estudo e as práticas relacionadas, em âmbito nacional, com o tema¹²⁴ desde os anos 2000, realizando eventos como I Seminário de Capacitação para o Enfrentamento da Problemática das Drogas – Projeto RS sem Drogas, Seminário Internacional sobre Tribunais para Dependentes Químicos, e, inclusive, alcançando a criação da Associação Nacional de Justiça Terapêutica, a fim de qualificar os operadores do

¹²² PALLAMOLLA, Raffaella Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 130.

¹²³ ANCHUTTI, Daniel. **Modelos contemporâneos de justiça criminal: justiça terapêutica, instantânea e restaurativa**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 76. *Apus* MARSHALL, Chris. **Como a Justiça Restaurativa Assegura a Boa Prática: uma abordagem baseada em valores**, p. 67.

¹²⁴ In **Programa de Justiça Terapêutica (PJT) – Resultados no estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em <http://www.abjt.org.br/index.php?id=99&n=160>. Acesso em 19 de maio de 2017.

Direito, em especial, Promotores de Justiça, Juízes de Direito, Defensores Públicos e Profissionais na Área da Saúde.

No contexto mais recente, no entanto, vale destacar que a justiça terapêutica também conta com a adesão de profissionais das áreas da educação, bem-estar social, polícia civil e militar, bem como de organizações não-governamentais e de voluntários¹²⁵.

Neste sentido, a justiça terapêutica emerge enquanto “[...] conjunto de medidas que visam a oferecer atenção terapêutica aos infratores usuários e/ou infratores dependentes de drogas e, com isso, a possibilidade de modificar os comportamentos anteriores delituosos para comportamentos legais e socialmente adequados”¹²⁶. Assim, entende-se que o conceito de justiça terapêutica

“[...] reúne os principais aspectos que justificam a denominação. O conceito de Justiça abrange os aspectos legais e sociais do Direito, enquanto o termo Terapêutica, relativo à ciência médica, define atenção e/ou tratamento e reabilitação de uma situação patológica. **Assim sendo, a nomenclatura Justiça Terapêutica consagra os mais altos princípios do Direito na inter-relação do Estado e do cidadão, na busca da solução não só do conflito com a lei, mas conjugadamente aos problemas sociais de indivíduos e da coletividade, nas questões e doenças relacionadas ao consumo de drogas**” (os grifos são nossos)¹²⁷.

O Programa de Justiça Terapêutica registra uma significativa aderência dos adolescentes e familiares ao monitoramento (81, 8% comparecem nas entrevistas agendadas pelo Programa). Esta adesão aumenta em relação ao tratamento, de forma que 83, 7% dos adolescentes e familiares na rede pública fazem-se presentes nas consultas – na rede privada, este percentual se eleva ainda mais (89, 3%)¹²⁸.

O PJT nasceu em virtude de previsão expressa a respeito, constante nos arts. 98 e 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), no intuito de adotar “[...] medidas de proteção ajustadas [à] possibilidade da autoridade competente, o Juiz, no caso, de intervir para o tratamento médico ou conduzir

¹²⁵ In **Programa de Justiça Terapêutica (PJT) – Resultados no estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em <http://www.abjt.org.br/index.php?id=99&n=160>. Acesso em 19 de maio de 2017.

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ SILVA, Ricardo Oliveira. Freitas, Carmen Silvia Có. **Justiça Terapêutica: Um programa judicial de redução do dano social/Atualização Maio de 2008**. Disponível em <http://www.abjt.org.br/index.php?id=99&n=158>. Acesso em 19 de maio de 2017.

¹²⁸ **Programa de Justiça Terapêutica (PJT) – Resultados no estado do Rio Grande do Sul. Op. cit.** Acesso em 19 de maio de 2017.

crianças ou adolescentes para programas de orientação a alcoólatras e dependentes químicos”¹²⁹. O Programa passou a atender, também, aos indivíduos penalmente responsáveis com a implementação dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/1995), contemplando, portanto, os infratores maiores de 18 anos que tivessem envolvimento com uso de entorpecentes¹³⁰.

Há uma retomada estes preceitos, na medida em que pontua o fato de a justiça terapêutica ter sido “[...] pensada levando-se em consideração a falência do sistema tradicional (prisão) para lidar com os viciados em drogas, priorizando a recuperação do infrator e a reparação dos danos à vítima”¹³¹. Além disto, “é um instrumento judicial para evitar a imposição de penas privativas de liberdade ou até mesmo penas de multa - que, no caso, podem se mostrar ineficientes -, deslocando o foco da punição pura e simples para a recuperação biopsicossocial do agente”¹³².

A premência na adoção deste método alternativo à justiça criminal se justifica à luz de determinadas evidências, de acordo com as quais os relatórios trimestrais de atividades das Promotorias da Infância e Juventude apontam para o fato de que os adolescentes envolvidos com entorpecentes

“[...] que são submetidos unicamente a uma solução de medida sócio-educativa de internação na Fundação de Atendimento Sócio Educativo do Rio Grande do Sul - FASE, retornam ao sistema cerca de 3 a 6 meses após, quando não, antes. **Em torno de 85% das vezes, mantêm o uso ou abuso de substâncias psicoativas (SPA) que a internação não afastou. Sabe-se que somente a medida privativa de liberdade não os afasta do uso e do convívio com as drogas.** A partir desses dados e com base no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, os Promotores de Justiça e Juízes de Direito da Infância e Juventude começaram a encaminhar adolescentes em conflito com a lei à avaliação com profissionais da área da saúde, a fim de verificar a presença do componente droga no comportamento do infrator e verificação da necessidade ou não de tratamento, bem como a indicação de tratamento, se necessário, e a instituição adequada para fazê-lo” (os grifos são nossos) ¹³³.

¹²⁹ BARDOU, Luiz Achylles Petiz. **Justiça Terapêutica: origem, abrangência territorial e avaliação**, p.1. Disponível em <http://www.abjt.org.br/index.php?id=99&n=89>. Acesso em 19 de maio de 2017.

¹³⁰ ANCHUTTI, Daniel. **Modelos contemporâneos de justiça criminal: justiça terapêutica, instantânea e restaurativa**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 76. *Apus* MARSHALL, Chris. **Como a Justiça Restaurativa Assegura a Boa Prática: uma abordagem baseada em valores**, p. 68.

¹³¹ Idem.

¹³² In Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apresentação do Projeto de Justiça Terapêutica**. Disponível em https://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/projetos/projetos/justica_terapeutica.html?print=true. Acesso em 19 de maio de 2017.

¹³³ In **Programa de Justiça Terapêutica (PJT) – Resultados no estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em <http://www.abjt.org.br/index.php?id=99&n=160>. Acesso em 19 de maio de 2017.

Destarte, o emprego desta nova forma procedimental acarretaria, potencialmente, na redução do número de encarcerados envolvidos com drogas.

Arremata-se este posicionamento ao dizer-se que o usuário de drogas ou indivíduo com dependência química deveria ser encaminhado a uma equipe multidisciplinar (composta pelos profissionais supramencionados), a fim de realizar uma intervenção terapêutica. No entanto, segundo o autor, não resta nítida a duração temporal deste tratamento. Neste sentido, existe a proposição, por parte da doutrina, de que, quando “[...] encerrado o processo, a indicação de continuidade ou não do tratamento, seria realizado pela equipe de saúde”¹³⁴. Nota-se, ainda, que, se não respeitadas as condições estabelecidas, a consequência imediata será a reinstauração do processo penal.

2.4.2 Justiça Instantânea

A justiça instantânea foi encabeçada pela Resolução nº 171/1996 do Conselho da Magistratura do Rio Grande do Sul, o qual atenta ao previsto no art. 88, V, do ECA, para instituir o Projeto Justiça Instantânea (JIN). Tal projeto, que começou em 1996, tem sede no Centro Integrado de Atendimento à Criança e ao Adolescente, almejando “[...] dar maior rapidez aos trâmites processuais envolvendo adolescentes acusados de atos infracionais”¹³⁵.

Os três modelos supramencionados distinguem-se das soluções oferecidas pela Justiça Penal tradicional, em especial, no que toca à alternativa erigida pela Justiça Restaurativa, a qual permite “[...] à vítima e aos interessados no conflito um local de fala”¹³⁶. Nesta senda, a Justiça Terapêutica e, notadamente, a Justiça Instantânea, embora possam ser eficazes (pois reduzem a incidência de delitos cometidos, bem como reduzem as taxas de reincidência), ainda estão muito

134 SILVA, Ricardo Oliveira. FREITAS, Carmen Silvia C. **Justiça Terapêutica: Um programa judicial de redução do dano social**/Atualização Maio de 2008. Disponível em <http://www.abjt.org.br/index.php?id=99&n=158>. Acesso em 19 de maio de 2017

135 ANCHUTTI, Daniel. **Modelos contemporâneos de justiça criminal: justiça terapêutica, instantânea e restaurativa**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 76. Apus MARSHALL, Chris. **Como a Justiça Restaurativa Assegura a Boa Prática: uma abordagem baseada em valores**, p. 78.

136 Ibidem, p. 82.

vinculadas à estrutura tradicional do processo penal, motivo pelo qual devem ser prestigiadas subsidiariamente ao primeiro modelo.

Mister ser atribuído o papel de maior destaque no cenário criminal à Justiça Restaurativa, porquanto esta alia-se fortemente à proteção de direitos humanos.

2.5 NOVAS TENDÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

A jurisprudência dos tribunais superiores, ciente das necessidades de superar o problema do encarceramento em massa, bem como das demais vicissitudes a ele associadas (superlotação, cumprimento da pena em instalações inadequadas, entre outros), tomou posição de vanguarda, estabelecendo nova interpretação para uma ótica até então consolidada na prática forense brasileira.

Esta inovação consiste, precisamente, em precedentes fixando regime de cumprimento de pena privativa de liberdade inicialmente mais brando, em especial, no que tange àqueles que incorreram em crime de tráfico de drogas. Tal mudança justifica-se, sobretudo, como mais uma medida para refrear a ineficácia dos preceitos fundamentais no âmbito da execução penal, haja vista a declarada crise vivenciada pelo sistema carcerário brasileiro. Este entendimento passou a ser adotado, inclusive, pelos Tribunais de Justiça estaduais. Como julgado ilustrativo deste entendimento inovador, vale mencionar o Habeas Corpus 273293, apreciado pelo Egrégio STJ e cuja ementa segue abaixo:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Os Tribunais Superiores restringiram o uso do habeas corpus e não mais o admitem como substitutivo de recursos, e nem sequer para as revisões criminais. 2. Afastado o óbice trazido pelo art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, em razão da declaração incidental de inconstitucionalidade deste dispositivo, realizada pela E. Suprema Corte, não há que se falar em impedimento à concessão de regime inicial diverso do fechado para o delito em tela. No entanto, cabe ao Tribunal de origem sopesar as demais exigências legais para o estabelecimento do adequado regime de cumprimento de pena. 3. Habeas corpus não conhecido por ser substitutivo de especial. Ordem concedida, de ofício, para que a Corte estadual, excluídas as regras que estipulavam o regime fechado para o início do cumprimento da pena pelo crime de tráfico de entorpecentes, fixe o regime que entender adequado, observando as exigências previstas nos dispositivos respectivos do Código Penal”.

(STJ - HC: 273293 SP 2013/0215537-6, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 17/09/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/09/2013).

Nesta mesma direção, há, em nível estadual, posicionamento similar, encontrado na Apelação Criminal 10428120010627001 apreciada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Abaixo, segue um trecho do acórdão da 3ª Câmara Criminal do Tribunal supracitado, a demonstrar a mudança que estava sendo operada:

“Também, nesse mesmo sentido, a Corte Superior do nosso Tribunal de Justiça, decidiu em recente incidente de uniformização de jurisprudência que **cabe a fixação de regime mais brando nos delitos de tráfico de entorpecentes beneficiados com a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006**. O v. acórdão, ficou assim ementado:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - TRÁFICO DE DROGAS "PRIVILEGIADO" - **SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS BRANDO - POSSIBILIDADE.**
(TJMG, Corte Superior, Inc/Unif/Jurisprudência n.º 1.0145.09.558174-3/003, Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, j. 24.11.2011; pub. DJe de 23.09.2011)” (os grifos são nossos).

Nesta decisão, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais prestigia não apenas o regime inicial menos gravoso, mas, igualmente, destaca a relevância de associar este posicionamento à substituição de penas privativas por penas restritivas de direitos. Estes substitutivos penais representam “[...] uma das mais importantes inovações da reforma penal de 1984, que procurou obviar a crise da pena de prisão, a qual sabidamente não atende aos objetivos fundamentais da sanção penal, que é reeducar o apenado e reintegrá-lo socialmente”¹³⁷.

Nesta toada, o mesmo Tribunal, ao apreciar a Apelação Criminal de n.º 1.0471.14.006097-4/001, entendeu pelo cabimento de regime inicial mais brando para cumprimento de pena, pois, a despeito de não ser a medida mais usualmente empregada nos casos de delito de tráfico de drogas, ela ainda estaria de acordo com os ditames do Código Penal pátrio, restando esta fundamentação presente no acórdão:

“Em face da **atual orientação jurisprudencial, não mais subsiste obrigatoriedade do regime inicial fechado**, e nem mesmo vedação à

¹³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 264.

substituição da pena, **aos condenados pelo delito de tráfico**, sendo necessário avaliar, em cada caso, as circunstâncias judiciais e o patamar da punição privativa”.

Outros julgados colacionados na sequência mantêm a mesma linha de argumentação, como é o caso dos Habeas Corpus 309543, 273293 e 294082, todos apreciados pelo STJ.

“PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS CONTRA DECISÃO QUE INDEFERE LIMINAR. SÚMULA 691 DO STF. SUPERAÇÃO. RECEPÇÃO. PENA. REGIME INICIAL MAIS BRANDO. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar” (Súmula 691 do STF), a não ser em hipóteses excepcionais, quando demonstrada patente ilegalidade. Precedentes do STF. 3. Somente quando favoráveis as circunstâncias judiciais, admite-se a fixação de regime prisional menos gravoso ao reincidente condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos (Súmula 269 do STJ). 4. Na hipótese, embora fixado o regime fechado em face das circunstâncias judiciais desfavoráveis e da reincidência delitiva, a quantidade de pena aplicada (1 ano, 11 meses e 10 dias) e o fato de o paciente achar-se custodiado desde 16/05/2014 permitem seja avaliada a possibilidade de início do cumprimento da pena em regime mais brando, em atenção ao instituto da detração (CPP, art. 387, § 2º). 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.”
(STJ - HABEAS CORPUS: HC 309543 SP 2014/0303265-9).

No Habeas Corpus 309543, a partir de orientação firmada no âmbito do Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) elenca mais dois critérios a serem ponderados para que o regime inicialmente fixado seja menos gravoso. Tais critérios consistem, de um lado, na inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis – como a reincidência – e, de outro lado, a determinação de um tempo de cumprimento de pena inferior a quatro anos.

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Os Tribunais Superiores restringiram o uso do habeas corpus e não mais o admitem como substitutivo de recursos, e nem sequer para as revisões criminais. 2. Afastado o óbice trazido pelo art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072 /90, em razão da declaração incidental de inconstitucionalidade deste dispositivo, realizada pela E. Suprema Corte, não há que se falar em impedimento à concessão de **regime** inicial diverso do fechado para o delito em tela. No entanto, cabe ao Tribunal de origem sopesar as demais exigências legais para o estabelecimento do adequado regime de cumprimento de pena. 3. Habeas corpus não conhecido por ser substitutivo de especial. Ordem concedida, de ofício, para que a Corte

estadual, excluídas as regras que estipulavam o regime fechado para o início do cumprimento da pena pelo crime de tráfico de entorpecentes, fixe o regime que entender adequado, observando as exigências previstas nos dispositivos respectivos do Código Penal.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. FIXAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072 /1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464 /2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. 3. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal. 4. Na hipótese, tanto a fixação do regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda de 2 anos, 2 meses e 7 dias de reclusão, quanto a vedação de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ocorreram em manifesto descompasso com as decisões pretorianas. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, restabelecendo a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, na forma como definida na sentença.”
(STJ - HABEAS CORPUS HC 294082 SP 2014/0106273-7 (STJ)).

Nesta banda, cabe citar o Habeas Corpus 192792, apreciado pela Quinta Turma do Egrégio STJ, em 12 de novembro de 2013, in verbis:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PORTE DE ARMAS. DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER HEDIONDO. MANUTENÇÃO. REGIME INICIAL MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

1. As instâncias ordinárias entenderam não ser possível a desclassificação da conduta de tráfico para o delito de porte de droga para uso próprio ou a absolvição em relação ao crime de porte ilegal de arma de fogo, em razão da existência de provas suficientes para a condenação do paciente.

2. O reconhecimento da causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º, do art. 33, da Lei Antidrogas apenas altera o quantum da pena aplicada, mas não a natureza hedionda do delito praticado.

3. Afastado o óbice trazido pelo art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, em razão da declaração incidental de sua inconstitucionalidade, realizada pela E. Suprema Corte, **não há que se falar em impedimento à concessão de**

regime inicial diverso do fechado para o crime de tráfico de drogas, cabendo às instâncias ordinárias sopesar as demais exigências legais para o estabelecimento do adequado regime de cumprimento da pena.

4. O Senado Federal, por meio da Resolução n.º 5/12, retirou a vedação contida no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, permitindo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que observados os requisitos do art. 44, do Código Penal.

5. Ordem concedida, de ofício, apenas para que a Corte estadual, excluídas as regras que estipulavam o regime fechado para o início do cumprimento da pena pelo crime de tráfico de entorpecentes, fixe o regime que entender adequado, bem como verifique a possibilidade de substituição, observando as exigências previstas nos dispositivos respectivos do Código Penal". *(os grifos são nossos).*

A ementa do referido acórdão estabelece que, em, não obstante a natureza hedionda do crime, ainda seria viável aplicar a hipótese de flexibilização do regime inicial de cumprimento de pena, porquanto não haveria impedimento legal para abrandar o regime desde o seu começo.

3 CONCLUSÃO

A realidade fática, no entanto, contradiz os preceitos de proporcionalidade e equidade que guiam o Código Penal atual, indo na contramão da evolução histórica das penas privativas de liberdade, uma vez que, da maneira com que são aplicadas, tais penas mais assemelham-se aos primórdios do Direito Penal, em que, vigiam os suplícios – que acarretavam na prática de tortura – aos condenados¹³⁸.

Neste sentido, são claros os dados referentes à superpopulação carcerária (disponibilizados pelo Departamento Penitenciário Nacional - DPN), a qual, em razão de seu grande contingente, não é devidamente alocada, nem conta com as mínimas condições sanitárias e sociais para a recuperação e reinserção idealmente pensadas para o preso. Assim, de acordo com as informações mais recentemente divulgadas pelo DPN, o Brasil conta com 1.076 estabelecimentos penitenciários, os quais tem capacidade de abrigar 224.277 condenados; entretanto, a lotação atual bate a marca dos 360.380 presos. Não se ater a estes fatos seria o mesmo que incorrer no que Bauman chamou de “cegueira moral”¹³⁹.

A realidade carcerária brasileira vai ao encontro do propósito de prevenção geral positiva limitadora da pena, para o qual a prevenção geral deve ser evidenciada de modo a limitar o poder punitivo do Estado, emergindo enquanto “[...] uma afirmação razoável do direito em um Estado constitucional e democrático de Direito”¹⁴⁰.

De modo complementar, afirma-se que o desenvolvimento de um país é evidenciado nas estratégias político-criminais adotadas por ele. A implementação das penas privativas de liberdade, de modo parcial, pelo Código Criminal de 1830 e, posteriormente, de forma integral, pelo Código Penal do Império de 1890, significou uma grande mudança de paradigmas, pois sedimentou, em âmbito nacional, um ideal humanitário e igualitário a aplicação das sanções penais. No entanto, o ideário subjacente a esta penalidade sofreu influências diversas, e seu escopo original restou frustrada na realidade brasileira atual. Tal ocorre, dentre outros, em virtude de o sistema carcerário revelar-se falho em seu propósito de ressocialização do

¹³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. 3ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 12.

¹³⁹ BAUMAN, Zygmunt. Donski, Leonidas. **Cegueira moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

¹⁴⁰ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Op. cit.**, p. 160.

condenado, uma vez que, além de não oferecer subsídios para a adequação reintegração do indivíduo em sociedade e para a coibição de condutas delituosas, acaba por ensejar a delinquência e a reincidência; neste sentido, afirma-se que o sistema penitenciário pátrio é criminógeno.

Nesta senda, já alertava Beccaria, no século XVIII:

“[...] o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a ideia da força e do poder, em vez da justiça; é que se atiram, na mesma masmorra, sem distinção alguma, o inocente suspeito e o criminoso convicto; é que **a prisão, entre nós, é, antes de tudo, um suplício, e não um meio de deter um acusado [...]**” (os grifos são nossos)¹⁴¹.

À guisa de conclusões, depreende-se que as penas privativas de liberdade surgiram em um cenário de crise das sanções penais. No entanto, a crise que deu origem a elas ainda é verificada, na atualidade. É justamente em razão disto que debruçar-se sobre o estudo das penas privativas de liberdade surge enquanto uma necessidade social e jurídica, a fim de evitar que os ideais subjacentes a tal instituto se percam e decaiam. É preciso conjugar a pena privativa de liberdade com outros mecanismos, como as penas restritivas de direitos ou a adoção de substitutivos penais, para, então, corrigir, senão plenamente, ao menos, do modo mais coerente possível, as mazelas produzidas pelas penas.

¹⁴¹ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2ª ed. São Paulo: Editora Martins Claret, 2004. p. 27.

REFERÊNCIAS

ANCHUTTI, Daniel. **Modelos contemporâneos de justiça criminal: justiça terapêutica, instantânea e restaurativa.** 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: a introdução à sociologia do direito penal.** 6ª ed., outubro de 2011. Rio de Janeiro: Editora Revan. Instituto Carioca de Criminologia.

BARDOU, Luiz Achylles Petiz. **Justiça Terapêutica: origem, abrangência territorial e avaliação,** p.1. Disponível em <http://www.abjt.org.br/index.php?id=99&n=89>. Acesso em 19 de maio de 2017.

BAUMAN, Zygmunt. Donski, Leonidas. **Cegueira moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida.** Trad. Carlos Alberto Medeiros. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão – causas e alternativas.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Tratado de Direito Penal: parte geral, v.1.** 20ª ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** 2ª ed. São Paulo: Editora Martins Claret, 2004.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** 7ª ed., rev., atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

Código Penal Francês (1810). disponível em: http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1810/code_penal_1810_1.htm. Acesso em 20 de dezembro de 2017.

Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. INFONPEN – junho de 2014.** Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2017.

ELBERT, Carlos Alberto. Las cárceles de América Latina: ¿que ofrecen para el tercer milênio? **Revista Brasileira de Ciências Criminais:** RBCrim, v. 8, n. 29, p. 107-128, jan/mar. 2000.

FALCÓN Y TELLA, María José. FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?** Trad. Claudia Miranda Avena; revisão Luiz Flávio Gomes. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Prefácio da 1ª ed. italiana, Norberto Bobbio. 3ª ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir, História da Violência nas Prisões**. 3.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.

FRANÇA, Ayres Leandro. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

GASTALDI, Viviana. **Direito Penal na Grécia Antiga**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Tradução de Mônica Sol Glik. (Coleção Arqueologia Jurídica/dir. Arno Dal Ri Júnior).

GOFFMAN, Erwin. **Manicômios, prisões e conventos**. Coleção debates, 7ª edição. São Paulo: Perspectiva. 2003.

Informativo Rede Justiça Criminal, nº 8, ed. 2016. **Os Números da Justiça Criminal no Brasil**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2017.

LANGEANI, Bruno. RICARDO, Carolina. **Um chamado à razão**. In: Informativo Rede Justiça Criminal – Os Números da Justiça criminal no Brasil.

KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**: RBCrim, v. 2, n. 6, abr/jun 1994. p. 117-132.

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

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica – As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, Pensamento criminológico; v. 11. 2006.

PALLAMOLLA, Raffaella Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da Teoria à Prática – relações com o sistema de justiça criminal e implementação no Brasil**. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Programa de Justiça Terapêutica (PJT) – Resultados no estado do Rio Grande do Sul. Disponível em <http://www.abjt.org.br/index.php?id=99&n=160>. Acesso em 19 de maio de 2017.

Reincidência Criminal no Brasil – Relatório de Pesquisa. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf. Acesso em 20 dez 2017.

SANTOS, Eduardo Pereira. Execução Criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 10. n. 37. janeiro-março de 2002.

SILVA, Ricardo Oliveira. FREITAS, Carmen Silvia Có. **Justiça Terapêutica: Um programa judicial de redução do dano social/Atualização Maio de 2008**.

Disponível em <http://www.abjt.org.br/index.php?id=99&n=158>. Acesso em 19 de maio de 2017.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apresentação do Projeto de Justiça Terapêutica.** Disponível em https://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/projetos/projetos/justica_terapeutica.html?print=true. Acesso em 19 de maio de 2017.

VASCONCELOS, Karina Nogueira. **O modelo punitivo carcerário: entre a crise teórico-ideológica e o reafirmar-se político.** Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCrim, v. 17, n. 78, p. 349-388, maio/jun. 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas.** Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991.

_____. **Manual de direito penal brasileiro – Parte geral.** V.1. Ed. 9ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **O inimigo no direito penal.** Trad. Sérgio Lamarão. 3ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007.