

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

Curso de Graduação em Direito

ELISABETE BARBOZA DE ARAÚJO REGES

A (in)dignidade humana do sistema carcerário: um fator de “retroalimentação”
sistêmico-punitivista

RIO DE JANEIRO

2017

ELISABETE BARBOZA DE ARAÚJO REGES

A (in)dignidade humana do sistema carcerário: um fator de “retroalimentação”
sistêmico-punitivista

Trabalho apresentado no curso de Graduação em Direito

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Orientador: Mestre Rodrigo Machado Gonçalves

Rio de Janeiro

2017

CIP - Catalogação na Publicação

B333(Barboza de Araújo Reges, Elisabete
A (in)dignidade humana do sistema carcerário: um
fator de "retroalimentação" sistêmico-punitivista /
Elisabete Barboza de Araújo Reges. -- Rio de
Janeiro, 2017.
89 f.

Orientador: Rodrigo Machado Gonçalves.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. SISTEMA CARCERÁRIO. 2. DIGNIDADE HUMANA. I.
Machado Gonçalves, Rodrigo, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Ms. Rodrigo Machado Gonçalves

ELISABETE BARBOZA DE ARAÚJO REGES

Data da aprovação ____/____/2017

Orientador Prof. Mestre Rodrigo Machado Gonçalves

1º Examinador(a) Prof

2º Examinador(a) Prof

Coordenador(a) Prof

Dedicatória

Integralmente dedicada a meus pais *in memoriam* Severino Pedro de Araújo e Maria José Barboza de Araújo. Ele, por ter me ensinado com tanta insistência e amor a importância da honestidade, da honra e do esforço e trabalho dignos. Ela, por ter sido exemplo de luta e ter se empenhado muito em me propiciar estudos enquanto pôde. Desejaram para mim uma realidade material totalmente diferente da que tiveram, e conseguiram. Eis-me aqui!

Agradecimentos

Agradeço a minha família, princípio, meio e fim de todo o amor que eu tenho.

Reges, um companheiro que há décadas faz parte da minha existência e me ensina a cada dia a arte da infinitude do amor.

Meus filhos Pedro, Lucas, Ágata e Érika que têm corroborado para minha aprendizagem como pessoa dia a dia dessa estada neste Planeta.

Pedro, seu modo justo, coerente e centrado nos ampara e nos guia. Recebeu com muita força um legado de afetividade e firmeza diante da vida.

Lucas, sensibilidade e inteligência imensuráveis. Modo reflexivo e crítico. Fonte de luz em meu ser.

Érika, dedicação, força e vontade de vencer. Pequena menina mulher que vem me auxiliar a perceber os diferentes tons de amor que os laços familiares são capazes de produzir.

Ágata, energia, energia, energia. Alegria, alegria, alegria.

Aquelas que estão sempre em minha volta engrandecendo o empoderamento feminino: Maria Vicente, Tia Sueli, Mariana, Natália, Lúcia e Solange.

Agradecimento especial ao meu orientador Rodrigo Machado Gonçalves que além de ser um Mestre, é, antes de tudo, humano na acepção mais forte do termo. Obrigada pela orientação, mas muito mais obrigada pela paciência, carinho e compreensão dispensados ao me acompanhar em minhas tentativas de conclusão desta monografia: ei-la aqui.

Resumo

Vislumbra-se no presente trabalho demonstrar como o desrespeito aos direitos do encarcerado afronta o princípio da dignidade humana, acirrando ainda mais o caótico quadro vigente que se encontra o sistema penitenciário conduzindo, por conseguinte, a um ciclo vicioso punitivista que se retroalimenta. A questão dos sistemas processuais penais foi abordada procurando analisar de que forma os resquícios inquisitoriais encontrados na legislação infraconstitucional colaboram para uma generalização da pena privativa de liberdade como sanção penal, afetando diretamente as penitenciárias brasileiras que se tornam superlotadas. Propõe-se repensar o protagonismo penal como controle social para que de fato o direito penal ocupe sua posição de *ultima ratio*. Outra proposta defendida é a maximização da utilização das medidas cautelares como também das penas alternativas à pena de prisão somando esforços, com isso, para minimizar a situação da lotação assombrosa dos presídios. Prisão gera mais violência e mais prisão. Não há como exigir um comportamento "humano" de quem está submetido a tratamento tão brutal, degradante e desumano como os presos brasileiros. Foram utilizadas pesquisas bibliográficas, jurisprudência e dados estatísticos.

Palavras chave: encarcerado; dignidade humana; sistema penitenciário;

Abstract:

The aim of this study can demonstrate how disrespect of the incarcerated's rights is challenging the principle of human dignity, intensifying even more the chaotic picture in force which is the State prison system, leading to a cycle vicious punishment, wich provides feedback. The issue of procedural penal systems was approached looking for analyzing how the remnants found in infraconstitutional legislation inquisitorial collaborate to a generalization of the custodial sentence as a criminal sanction, affecting the increasing overcrowded Brazilian prisons directly. It's proposed to rethink the criminal protagonism as social control which the criminal law occupies its last *ratio* position. Another championed proposal lies on maximizing the use of precautionary measures as well as the alternatives to jail time, adding that efforts to minimize the situation of astonishing capacity of prisons. Prison begets more violence and more prison. There;s no way to require a "human behavior" from who is treated as brutal, degrading and inhuman as Brazilian prisoners.

Bibliographic searches used: jurisprudence and statistical data.

Key words: jailed; human dignity; prison system.

Lista de Tabelas

Tabela 01	Número de vítimas fatais por armas de fogo na população total segundo causa básica. Brasil. 1980 – 2014.....	82
Tabelas 02	Atlas da violência 2017	83
Tabela 02.A	Atlas da violência 2017 (continuação).....	84
Tabela 03	Ranking dos 10 países com maior população prisional	85
Tabela 04	Pessoas custodiadas no sistema prisional e carceragens de delegacias	86
Tabela 05	Situação da população prisional brasileira em dezembro de 2014 ...	87
Tabela 06	Presos sem condenação no sistema prisional, por unidade da federação	88

Lista de Abreviaturas

CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
IBCCrim	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
IDDD	Instituto de Defesa do Direito de Defesa
INFOPEN	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
FLACSO	Faculdade Latina-Americana de Ciências Sociais
LEP	Lei de Execuções Penais
RE	Recurso Extraordinário
STF	Superior Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

Sumário

Abreviaturas

Introdução

1 -	Dignidade humana e o	
1.1 -	Dignidade humana:	12
1.2 -	O encarcerado como	16
2 -	Sistemas processuais	
2.1 -	Sistemas processuais	20
2.2 -	Paradigma	24
2.3 -	Sensibilidade	29
2.4 -	Consequência para a	33
2.5 -	O garantismo penal e	38
3 -	Conciliação entre a	
3.1 -	Pena privativa de	
	liberdade como forma	43
3.2 -	Protagonismo penal e	
	o encarceramento	48
3.3 -	Abolição de penas	51
4 -	A falácia da prisão	
4.1 -	Efeitos da	57
4.2 -	Reincidência	60
5 -	Desprisionização	
5.1 -	A “excepcionalidade”	66
5.2 -	Penas alternativas à	75
Conclusão		80
.....		
.....		
.....		
Tabelas		82
.....		
.....		
.....		
Referências		89

bibliográficas

.....

.....

.....

Introdução

Para entendermos a dinâmica de uma sociedade, em primeiro lugar, mister se faz demarcar o tempo em que está presente o objeto da pretensa análise. Realizada essa marcação, tentamos desvendar que forças políticas, sociais e econômicas estão imbricadas nessa determinada época. Num universo acadêmico multidisciplinar erigido no final do século passado, podemos lançar mão de várias disciplinas nessa empreitada: sociologia, antropologia, direito, história entre tantas outras.

Por limitação objetiva, optamos por fazer o recorte temporal na formação dos Estados modernos em diante. A nova força de organização de então se deu ainda com uma configuração autoritária estabelecendo uma progressiva centralização da autoridade subordinando todas as relações sociais, políticas e econômicas na figura do rei. A célebre frase de Luís XIV pode resumir este período: “O Estado sou eu”.

Mas a roda da História gira e o Estado que deteve poderes, até então, de forma absoluta passa a sofrer limitações ao exercício de seu próprio poder. A Revolução Francesa e a Independência norte-americana são símbolos dessa transição.

O Estado passa a ser submetido às próprias leis. O ordenamento jurídico é alçado ao papel de protetor do indivíduo e limitador desse Estado frente a esse mesmo indivíduo. Para entender como atua esse Estado, voltemo-nos para questões como pesquisar quais seriam os princípios e regras (constitucionais) que operam no mundo do Direito orientando o Estado e suas instâncias de como se configurará a aplicabilidade deste Direito nos casos concretos. A isto denominamos sistema. Segundo Coutinho:

... os diversos ramos do Direito podem ser organizados a partir de uma ideia básica de sistema: conjunto de temas, colocados em relação, por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade.¹

Lançarmos luz aos institutos que compõem o Direito – em nosso presente trabalho, especialmente, ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal - trará ferramentas capazes de

1 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da faculdade de Direito UFPR**, Paraná, nº 30, p. 165. 1998, Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587>. Acesso em 17/05/2017.

percorrer as controvérsias existentes acerca do sistema penitenciário brasileiro, especialmente no que tange à questão do cárcere e aos que a ele estão submetidos, intuito desta monografia.

Abordar-se-á, inicialmente, o encarcerado como sujeito de direitos, o princípio da dignidade humana e a visão espaiada de ser essa dignidade atributo que pode ser conferido, ou não, a este infrator penal.

No capítulo seguinte, o estudo refere-se aos sistemas processuais penais e, dentre esses, qual o eleito pelo ordenamento jurídico pátrio. Uma vez constatado qual sistema processual vigente, verificaram-se resquícios de outro sistema operando em sede infraconstitucional. Busca-se levantar hipóteses dessa imbricação, tendo Casara como um pano de fundo para essa parte do estudo.

Em seguida, o tema da sensibilidade social quanto ao incremento da violência nas últimas décadas e a forma midiática do tema conduzindo à exigência de respostas urgentes e como tal situação de ‘emergência’ interfere no Poder Legislativo nas edições de leis casuísticas, nos operadores do direito e no Direito Penal e Processual Penal.

Então, adentra-se ao garantismo penal e suas consequências para pena de prisão tendo como norteadores os direitos fundamentais. Passaremos pela origem da pena privativa de liberdade e sua generalização levantando dados que apontam a tendência de opção por esta pena pelas autoridades, tanto da esfera legislativa quanto judiciária. Analisaremos como o Direito Penal ao contrário de ser a *ultima ratio* a ser invocada, tem sim, ao contrário, exercido um protagonismo que leva o sistema de cunho punitivista a encerrar um ciclo que se retroalimenta.

Examinaremos as condições a que os encarcerados estão submetidos e na sequência a falácia da prisão como norteadora da reforma do criminoso abordando os efeitos da prisionização e a reincidência.

Por último, averiguaremos as prisões provisórias em sentido lato e as penas alternativas à privação de liberdade.

Capítulo 1

DIGNIDADE HUMANA E O ENCARCERADO COMO SUJEITO DE DIREITOS

1.1 - Dignidade humana: delimitação do conceito

Vivemos em um contexto resultado de um processo histórico em que o termo dignidade humana emerge de forma contundente no mundo jurídico. Ele vem sendo cooptado por diferentes contextos em diversas esferas, muitas vezes de forma banalizada, outras de modo indistinto, até mesmo nas Cortes Superiores. Parece-nos prudente, então, a tentativa de delimitar com mais precisão este conceito que tem seu âmbito de abrangência tão ampliado, ainda que isso ocorra mais no âmbito formal que material.

Em sua origem, o conceito de dignidade estava relacionado à ocupação de cargos públicos e à cultura aristocrática².

Comparato (2000, p.55) citado por Lobo esclarece-nos que:

Dignus, na língua latina, é adjetivo ligado ao verbo defectivo *decet* (é conveniente, e apropriado) e ao substantivo *decor* (decência, decoro). No sentido qualitativo do que é conveniente ou apropriado, foi usado tanto para louvar quanto para depreciar: *dignus laude*, *dignus supplicio*. O substantivo *dignitas*, ao contrário, tinha sempre conotação positiva: significa mérito e indicava também cargo honorífico do Estado³.

A qualidade de honradez e dignidade conferia aos *dignitas*, pessoas dignas detentora de *status* que estavam circunscritas à aristocracia, acesso às honras públicas. Ocorria, então, estreita ligação entre o *status* social do indivíduo e o atributo da dignidade.

Sarlet nos traz que:

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir pessoas mais dignas ou menos dignas⁴.

2 COSTA, Helena Regina Lobo da. A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 21.

3 Ibid., p. 21

4 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011, p. 34.

O século XVIII irrompe alargando e generalizando o conceito de dignidade, ressignificando-o:

No final do século XVIII, a ideia de dignidade passa por um processo de generalização que, paulatinamente, altera também seu conteúdo semântico, vinculando-se ao conceito de liberdade como autonomia ou não-impedimento. O ideal que todo homem é um ser livre, por esta razão, digno, começa a se delinear especialmente nos autores do denominado jusnaturalismo moderno (LOBO, 2008, p. 22).

O direito às liberdades é lema reivindicatório dessa época, denominado direitos de Primeira Dimensão que englobavam os direitos civis e políticos (classicamente vida, liberdade, segurança e propriedade). O Estado deveria consolidar-se em prestações negativas, ou seja, em abstenção, não intervenção nas liberdades individuais. Esses foram os primeiros direitos a serem insculpidos nos textos constitucionais e o indivíduo como titular dos mesmos passa a ter garantias frente ao Estado. Institui-se, assim o direito de resistência possibilitando o indivíduo a opor-se ao Estado, limitando-o. O Estado opressor, sentido como inimigo das liberdades individuais, esbarrava, agora, em barreiras protetivas, direitos intrínsecos à esfera do indivíduo no qual não poderia se imiscuir.

Sarlet (1998, p. 48-49) acrescenta que o direito à igualdade formal e algumas garantias processuais como o devido processo legal, o *habeas corpus* e o direito de petição enquadram-se nessas conquistas, embora uma parte da doutrina entenda que o devido processo legal originou-se com a Carta Magna de 1215 assinada por João Sem Terra:

*No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by de lawful judgement of his equals or by the law or the land.
To no one we sell, to no one deny or delay right or justice.*⁵

Ainda que inicialmente limitada à pequena parcela privilegiada da população, espalhando-se a todos somente tempo depois, seu marco fora tão importante que ecoou na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. A concepção de uma esfera de liberdade que reivindica respeitabilidade e que, indubitavelmente, conduziu à demanda de outros direitos e garantias faz a assinatura desta Carta um episódio de destaque na progressiva e cumulativa conquista dos direitos fundamentais.

5 Disponível em: <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-an-introduction#> Acessado em 27/09/2017

Lobo (2008) ressalta que apesar da generalização do conceito de dignidade humana e sua acepção agora vinculada ao conceito de liberdade como autonomia ocorrida no século XVIII, não houve englobamento completo de forma que abrangesse todas as pessoas. Lembre-nos, que as Declarações de direitos fomentadas nesse período vieram a reboque das revoluções liberais empreendidas pela classe burguesa, fruto do pensamento liberal burguês.

A liberdade empreendida pelo liberalismo de fins desse século criou uma massa de proletariado palpérrima sobrevivendo em condições degradantes, advindas das relações de produção capitalista. A nova acepção conferida à ideia de dignidade humana coexistiu com os alijados do incipiente sistema capitalista. Os preceitos de dignidade humana que formalmente já haviam avançado permanecem em sua efetivação seletiva e excludente na realidade cotidiana.

De fato, a ideia de dignidade humana fora sempre moldada de modo a conviver com a exclusão. Inicialmente, o Cristianismo ao propagar o homem como imagem e semelhança de Deus (Gênesis 1,26:27) sendo todos seus filhos, todos os homens são iguais e todos possuem uma essência divina que os distingue dos outros seres. Essa dignidade forjada no Cristianismo também não abarcou todas as pessoas, pois conviveu séculos com a escravidão desde Roma, passando pela África e chegando às Américas.

Uma nova formulação do conceito de dignidade humana foi trazida por Kant ao tratar da racionalidade e da liberdade do ser humano: “a natureza racional existe como fim em si mesma. O homem concebe desse modo necessariamente sua própria existência”⁶. Esse ser racional kantiano, provido de autonomia e liberdade da razão, é fim objetivo cuja existência é um fim em si mesmo e esse fim é de tal modo que ele não pode ser substituído por nenhum outro, por isso seu valor absoluto.

Os seres, cuja existência não depende precisamente de nossa vontade, mas da natureza, quando são seres desprovidos de razão, só possuem valor relativo, valor de meios e por isso se chamam coisas. Ao invés, os seres racionais são chamados pessoas, porque a natureza deles os designa já como fins em si mesmos, isto é, como alguma coisa que não pode ser usada unicamente como meio, alguma coisa que, conseqüentemente, põe um limite, em certo sentido, a todo livre arbítrio (e que é objeto de respeito)⁷.

6 KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editora Nacional. p. 28 Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf Acessado em 26.09.2017

7 Ibid., p. 28

Kant universaliza o conceito de dignidade humana com sua máxima: “procede de maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de todos os outros, sempre ao mesmo tempo como fim, e nunca como meio”.⁸

Mas os séculos XIX e XX não foram solos férteis para aplicação desse conceito universalizador, que só é retomado pós II Guerra Mundial traduzido em documentos como a Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948 e em Constituições que ratificaram a preocupação de positivação da dignidade humana (LOBO, 2008): a Constituição Italiana de 1947 e a Lei Fundamental Alemã de 1949.

Atualmente, com a complexidade que as sociedades contemporâneas atingiram, suas transformações sociais e econômicas, o conceito de dignidade humana precisa ser recolocado em debate a fim de que não se perca-o como balizador protetivo do indivíduo. Segundo Sarlet:

a dignidade da pessoa humana (por tratar-se, à evidência – e nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos – de categoria axiológica aberta) não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam em sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto se afirmar que nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento.⁹

Lobo (2008) ao analisar a natureza jurídica da dignidade humana, adotando a concepção de Humberto Ávila, analisa-a como fundamento jurídico, postulado normativo e princípio.

No que tange à fundamentação jurídica, segundo a autora, a dignidade humana encontra sua expressão por meio dos direitos fundamentais: “a dignidade humana é fundamento filosófico e jurídico, a razão de ser dos direitos fundamentais”. No ordenamento jurídico brasileiro, encontramos-na em nível constitucional no artigo 1º, III como fundamento da República Federativa do Brasil demonstrando a opção garantista e protetiva de forma

⁸ Ibid., p. 28

⁹ Ibid., p. 51-52

universal, que terá alavancada sua materialidade na efetivação dos direitos fundamentais implícitos ou explícitos do mesmo documento.

A dignidade humana como postulado normativo delinea os critérios de aplicação de outras normas, mormente, para que se amplie o âmbito dos direitos fundamentais. A autora destaca a “importância da utilização da dignidade como chave interpretativa dos direitos fundamentais diante de novas configurações, permitindo sua atualização e contínua eficácia”¹⁰.

Desta sorte, a dignidade humana atuará como uma bússola para os legisladores e para os julgadores demarcando todo o sistema jurídico, tendo como norte a máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

Como princípio, prossegue Lobo, a dignidade humana, ganha maior concretude, “determina um estado ideal de coisas a ser atingido por meio de certos comportamentos”. A autora discorre que “a dignidade necessita muitas vezes de princípios intermediários que operacionalizam sua aplicação. Se estes princípios forem violados, a dignidade humana também será, na medida em que eles constituem seu núcleo”.

Constata-se o imbricamento existente entre dignidade humana e direitos fundamentais, embora ambos não se confundam.

1.2 - O encarcerado como sujeito de direitos

A formalização e o avanço na materialização desses direitos fundamentais que são expressão da dignidade humana se fazem através de um processo histórico de embates e conquistas obtidas paulatinamente de forma árdua.

Para aqueles que estão à margem da sociedade a empreitada nessa busca é ainda mais contundente devido à sua vulnerabilidade e quase invisibilidade, como por exemplo, no caso aqui estudado, os encarcerados.

Embora o Estado seja detentor do *jus puniendi*, está limitado pela lei. Busatto leciona

¹⁰ Ibid., p. 42

que o Estado não é absolutamente livre para fazer uso desse poder de castigar através do emprego da lei. Suas tarefas legislativas (criminalização primária) e de aplicação da legislação (criminalização secundária) encontram-se limitadas por uma série de princípios tais como os de legalidade, culpabilidade, intervenção mínima e todos os demais Direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e a necessidade de castigo¹¹

Em princípio, a condição de preso retira do indivíduo seu direito à liberdade de locomoção devendo preservar todos os outros direitos que se compatibilizem com essa restrição (art. 38 CP). Ainda, ao permanecer sob a custódia do Estado, atrai para si outras garantias que resguardam seus direitos mais fundamentais como pessoa. A dignidade como integrante da sua própria condição humana não pode ser violada.

Essa liberdade de ir e vir encontra amparo até mesmo diante dos que estão com esse direito cerceado, como por exemplo, o preso em relação à tentativa e consumação de sua fuga. Não é caso de advogar que o preso tem o direito de fugir. A intenção é salientar que a opção legislativa reconhece, ainda que implicitamente, a liberdade como um dos núcleos fundantes da essência do ser humano.

O legislador infraconstitucional não tipificou a evasão de alguém que se encontra encarcerado, vale dizer, não é crime, salvo se usar de violência contra a pessoa (art 352 Código Penal¹²). Nem mesmo como agravante está autorizada sua inserção. Ressalte-se, ainda, que como sanção, por ser considerada a fuga falta grave (art. 50, II, LEP), o preso tem assegurado ampla defesa e contraditório dentro de um processo administrativo disciplinar, para que se atenda ao § 2º, art. 54 da LEP. Corrobora para o tema a Súmula 533 do STJ¹³.

Segundo Roberto Lyra, isso se deve, pois, se reconhece (2013, p. 25) “... a expressão da liberdade inerente ao ser humano.” O que está ameaçada é a liberdade de ir e vir, mas que

11 BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um direito penal democrático. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas S/A., 2015, p.2

12 Evasão mediante violência contra a pessoa.

Art. 352 – evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa:

Penas: detenção, de três meses a um ano, além da pena correspondente à violência.

13 Súmula 533 - Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado. (Súmula 533, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2015, DJe 15/06/2015).

veremos durante o decorrer deste trabalho que esse cerceamento da liberdade de locomoção vai muito além dessa restrição em si no caso dos presos.

Na abertura de nossa Carta Magna em seu artigo 1º encontramos a dignidade humana como fundamento expresso do Estado Democrático de Direito. Disso se traduz que todo poder emana do povo e que os direitos e garantias nela inscritos devem ser protegidos e assegurados. Segundo Sarlet, (1998, p. 61)

A positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de expressão de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada, o Poder Constituinte e a própria Constituição transformam-se, de acordo com a primorosa formulação do ilustre mestre de Coimbra J.J. Gomes Canotilho, em autêntica “reserva de justiça”, em parâmetro de legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal.

No que tange aos presos, a Constituição da República Federativa do Brasil trouxe vários dispositivos dentro do Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais resguardando sua condição:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...], nos seguintes termos:

III – ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLVII – não haverá penas:

b) de caráter perpétuo

e) cruéis

XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX – é assegurado ao preso o respeito à integridade física e moral;

L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

LIV – ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal;

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado;

LXIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXXV – o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença

É evidente a forma expressiva assecuratória dada aos infratores penais no regramento constitucional. Temos ainda, os incisos XXXIX (princípio da legalidade ou da reserva legal),

XL (princípio da retroatividade benéfica penal), XLV (princípio da responsabilidade pessoal no direito penal), XLVI (princípio da individualização das penas), LV (princípio do contraditório e da ampla defesa), LVII (princípio da presunção de inocência), LVII (vedação de prisão civil por dívida) e LVIII (em regra, vedação de identificação criminal do civilmente identificado). Acresçam-se os remédios constitucionais *habeas corpus* e o mandado de segurança.

Quase um terço dos direitos e garantias individuais está diretamente ligado à questão penal, mormente no que tange à proteção a liberdade individual frente ao Estado e os direitos dos presos. Para além dos inúmeros incisos numa visão quantitativa, temos a indicação de que a CFRB se estruturou por uma ponderação de interesses de tutela em que o indivíduo, ainda que em situação infracional, é qualitativamente tomado ratificando a dignidade humana como diretriz de todo o ordenamento jurídico pátrio.

Da leitura, inferimos que não consta qualquer ressalva indicando que o preso, definitivo ou provisório, esteja alijado de participar do rol de garantias e direitos fundamentais decorrentes expressa ou implicitamente da Constituição da República. Do cerceamento da liberdade de locomoção, não decorre o afastamento dessas garantias e direitos que o acobertam enquanto cidadão, enquanto pessoa inserido em um Estado Democrático de Direito.

Contudo, hodiernamente, vivenciamos no senso comum, talvez de forma não tão ingênua por parte das autoridades em geral, a visão, o sentimento de que a qualidade de humano não adere àquele que comete infração penal, não sendo seu atributo. Como se o infrator não fosse merecedor desse *status*. Algo externo e passível de obtenção de forma que a dignidade não fosse essência inerente ao ser humano. Caso incorra num tipo penal, o “humano” se retrai e o indivíduo fica despossuído de tal característica.

Com a mesma lógica, escravos não tinham alma para que houvesse a legitimação da barbárie, comprovam os relatos históricos.

A subjugação de encarceramento não retira do indivíduo sua condição de sujeito de direitos inerentes à pessoa humana. Pelo contrário, a privação da liberdade é regrada consolidadamente de garantias constitucionais, uma vez que é nesse momento que se faz sentir com toda a força a mão pesada e fria do Estado.

Diante da supremacia constitucional que é base da ordem jurídica e a fonte de sua validade, faz-se imprescindível a constitucionalização da legislação penal a fim de adequar-se à leitura protetiva e assecuratória da Lei Maior atendendo às suas finalidades. O encarcerado não é um mero objeto do sistema penal. Ele não fica despojado de sua condição de sujeito de direitos diante de uma prisão preventiva ou mesmo de uma sentença penal condenatória. A pessoa, independentemente de sua condição é a medida elementar para a tutela do Estado.

Capítulo 2

SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E SEU DIÁLOGO COM A PENA DE PRISÃO

2.1 - Sistemas Processuais Penais

O Estado avocou para si o monopólio da jurisdição operando como aquele que há de dirimir os conflitos a fim de buscar a paz social. A aplicação do direito impescinde de instrumentos que sejam genéricos, abstratos para que se dirijam a todos, mas que ao mesmo tempo atenda ao caso concreto. Necessita-se, portanto, de um arcabouço sistêmico que permita o Estado exercer seu papel e concomitantemente que também assegure o indivíduo com garantias sobre a solução de seus conflitos, pois a auto defesa lhe foi retirada.

Como dar coerência a esse estado de coisas dentro do universo jurídico? Ou ainda, como sistematizá-lo? Bobbio conceitua:

“sistema” uma totalidade ordenada, ou seja, um conjunto de organismos, entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar em ordem, é preciso que os organismos constitutivos não estejam apenas em relação com o todo, mas estejam também em relação de compatibilidade entre si.¹⁴

Ao analisar Direito como Sistema, Choukr nos orienta que

o sistema fornece a mais adequada descrição dos valores socialmente dominantes num determinado momento histórico, potencialmente representativo daquilo que se poderia denominar de forma muito ampla, de *cultura* nos relacionamentos intersubjetivos e intersociais de forma geral.¹⁵

14 Bobbio, Norberto. Teoria geral do direito. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008, p.219.

15 CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo penal de emergência. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 23.

Referindo-se ao processo penal, Paulo Rangel define sistema processual penal como “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto.”¹⁶

Devemos apenas ressaltar que sistema processual penal e Direito Penal têm finalidades absolutamente distintas. O Direito Penal é um mecanismo de **preservação da ordem social** (BUSATO, 2015, grifo do autor), ao passo que o Direito Processual Penal é um **instrumento a serviço da ordem constitucional** (LOPES JR., 2004, grifo do autor)”.

O Direito Processual Penal atua, segundo os parâmetros constitucionais democráticos, como assegurador dos direitos individuais e limitador ao direito punitivo, ao direito material que tem na sanção sua finalidade precípua.

A doutrina aponta três sistemas processuais penais: acusatório, inquisitório e misto. A abordagem aqui realizada descarta o sistema misto, seguindo, neste aspecto, Aury Lopes Jr, segundo o qual a classificação em sistema misto desfigura “o princípio informador de cada sistema”, que somente após identificado seria possível a classificação em inquisitório ou acusatório. O sistema é estruturado por um núcleo que em essência é inquisitório ou acusatório. A formulação de ser misto deve-se apenas a elementos secundários que um sistema se apropriaria do outro.

Coutinho embora defenda que o sistema processual penal brasileiro seja inquisitório – diferentemente da visão da presente monografia como se verá adiante – também recusa o sistema processual penal misto:

Assim, para a devida compreensão do Direito Processual penal é fundamental o estudo dos sistemas processuais, quais sejam, inquisitório e acusatório, regidos, respectivamente, pelos respectivos princípios inquisitivo e dispositivo.¹⁷

Os sistemas processuais penais inquisitório e acusatório possuem características que lhe são peculiares. De acordo com Lopes Jr. (2015), no sistema inquisitório encontramos:

16 RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 18ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p.49.

17 Ibid., p. 165

- a) gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz (figura do juiz-ator e do ativismo judicial = princípio inquisitivo)
- b) ausência de separação das funções de acusar e julgar (aglutinação das funções nas mãos do juiz)
- c) violação ao princípio *ne procedat iudex ex officio*, pois o juiz não pode atuar de ofício (sem prévio invocação)
- d) juiz parcial
- e) inexistência de contraditório pleno
- f) desigualdade de armas e oportunidades.

Segue o autor com as referências do sistema acusatório:

- a) gestão/iniciativa probatória nas mãos das partes (juiz-espectador = princípio acusatório ou dispositivo);
- b) radical separação das funções de acusar e julgar (durante todo o processo);
- c) observância do princípio *ne procedat iudex ex officio*;
- d) juiz imparcial;
- e) pleno contraditório;
- f) igualdade de armas e oportunidades (tratamento igualitário).

Como cada Estado opta por um sistema processual penal de acordo com seu momento histórico, observamos que tal escolha possui íntima ligação com os critérios das liberdades individuais, se asseguradas ou não, e se o país passa por processo democrático ou ditatorial. Em geral, mas não necessariamente, países com tendências democráticas adotariam o sistema acusatório, enquanto países totalitários, ditatoriais optariam pelo sistema inquisitorial.

Belling (1943, p. 21) em sua obra *Derecho Procesal Penal* ilustra:

Na história do Direito se alternam as mais duras opressões com as mais amplas liberdades. É natural que nas épocas em que o Estado viu-se seriamente ameaçado pela criminalidade o Direito Penal tenha estabelecido penas severas e o processo tivesse que ser também inflexível. (apud LOPES JR., 2004, p. 150)

Lopes Jr. complementa dizendo que “os sistemas processuais inquisitivo e acusatório são reflexo da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal da época.”¹⁸

Ambos sistemas tiveram existências não lineares. O sistema acusatório é localizado no Direito grego e também na Roma Antiga, ao passo que o inquisitorial foi utilizado em período posterior no Império Romano e durante a Idade Média e se estendeu até o Absolutismo. Carvalho afirma mesmo que ambos processos coexistiram, inclusive, sendo o processo

18 LOPES Jr., Aury Lopes. Introdução crítica ao processo penal (Fundamentos da instrumentalidade garantista). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 163)

inquisitório subsidiário ao acusatório.¹⁹ Ocorreu a penetração de um sistema no outro, de forma gradual até a passagem de um sistema para o outro.

Analisando as características enumeradas:

a) Gestão/iniciativa probatória

Para Carvalho, o processo acusatório, desde sua origem, tem como pressuposto a passividade do juiz frente a **apuração** dos fatos: “o juiz não tomava iniciativa de apurar coisa alguma”.²⁰

O julgador, de ofício, colhe e tarifa as provas no processo inquisitorial. O juiz precisa ir em busca da “verdade real”. O juiz-inquisidor “persegue” as provas que amparem seu juízo pré-concebido se utilizando de todos os meios ao alcance de seu poder, inclusive, a tortura. Tal formação antecipada de juízo joga por terra a imparcialidade do magistrado.

b) Funções de acusar e julgar

Tomado por grande parte da doutrina como ponto central para classificação do sistema. O sistema acusatório propaga a separação de tais funções, enquanto que no inquisitorial estão reunidas em uma única figura: o juiz.

c) Princípio *ne procedat iudex ex officio*

A Jurisdição deve se quedar inerte. No sistema acusatório, o juiz não pode dar início, *ex officio*, à persecução penal. O ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, conferiu esta função a um órgão específico: o Ministério Público (artigos 127 a 130 CFRB/88)²¹. No inquisitório, o juiz tinha poderes para propositura da ação.

d) Juiz parcial/imparcial

A função do juiz é julgar no sistema acusatório. Se ultrapassa, obtendo poderes instrutórios, torna-se imparcial, um juiz-inquisidor que atuava de forma sigilosa.

19 CARVALHO, Salo de. Penas e garantias. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 8.

20 Ibid., p. 8.

21 Estamos no campo da ação penal pública (art. 129, I, CFRB)

e) Contraditório

O processo inquisitorial é não contraditório, pois o acusado é mero objeto de verificação. Não é um modelo de estrutura dialética porque não existem partes.

f) Armas e oportunidades

Ao réu deve-se assegurar igualdade de armas e oportunidades frente à acusação, assegura o sistema acusatório.

Resumidamente, Rangel (2011, p. 50) embora chegue à conclusão diferente do defendido no presente trabalho – vide item 2.2 - quanto ao sistema processual brasileiro adotado, distingue ambas as características dos sistemas conforme abaixo. Quanto ao inquisitório:

O Estado-juiz concentrava em suas mãos as funções de acusar e julgar.

[...]

o próprio órgão que investiga é o mesmo que pune... não há separação de funções, pois o juiz inicia a ação, defende o réu e ao mesmo tempo, julga-o.

[...]

o juiz não forma seu convencimento diante das provas dos autos que lhe forem trazidas pelas partes, mas visa convencer as partes de sua íntima convicção, pois já emitiu, previamente, um juízo de valor ao iniciar a ação.²²

Ao passo que o sistema acusatório, prossegue Rangel:

nítida separação de funções...juiz somente se manifesta quando devidamente provocado; o autor é quem faz a acusação (imputação penal + pedido), assumindo... todo o ônus da acusação, e o réu exerce todos os direitos inerentes à sua personalidade, devendo defender-se utilizando todos os meios e recursos inerentes à sua defesa.. cria-se o *actum trium personarum*, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu.

No sistema acusatório, o juiz não inicia , ex officio, a persecução penal *in iudicium*. Há um órgão próprio, criado pelo Estado, para a propositura da ação

2.2 - Paradigma inquisitorial: ruptura?

²² Ibid., p. 50.

O Sistema inquisitorial tem seu ápice de formação com a Inquisição oriunda da Igreja Católica. A palavra Inquisição vem do latim *inquisitio* de *inquirere* que pode ser traduzida por investigação, inquirição. Inicialmente, esse sistema estava vinculado não à criminalidade, mas sim à heresia, aos contestadores dos dogmas católicos que desafiavam as “verdades absolutas inquestionáveis”. Logo, indivíduos perigosos que requeriam escruta e vigilância.

Para Coutinho:

Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo de sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não acordarmos – mantém-se hígido. (COUTINHO apud LOPES JR., 2004, p. 158)

Para tanto, construiu-se um aparato de repressão inquisitorial fomentado por um conjunto de técnicas que auxiliassem os inquisidores a esquadrihar as mentes dos hereges, desmascarar suas ideias, porque contra o mal absoluto valem todos os instrumentos e todas as armas. Os inimigos da verdade, real **ou presumidos**, devem ser perseguidos e exterminados.²³

Emerge um campo de saber, segundo Carvalho, “construído e consolidado no período da Baixa Idade Média cujas características indicam a formação de um núcleo mínimo de elaboração paradigmática. Este saber não é ingênuo nem aparente, mas real e coeso”²⁴.

O autor afirma que “em matéria penal e processual penal, a elaboração desta matriz foi tão genial que permanece vigente nos tempos atuais”.²⁵

Entre os séculos XII e XIV, o sistema inquisitório vai se ramificando. A “deficiência” das partes no que tange à iniciativa probatória – uma das críticas contundentes ao sistema acusatório – sua inatividade diante do processo conduziu o Estado a avocar tal prerrogativa. Contudo, pouco a pouco, o magistrado se imiscuiu no âmbito de atuação do acusador privado

23 BOFF, Leonardo. “**Inquisição: um espírito que continua a existir**”. 1993. (grifo nosso) Disponível em <http://docslide.net/documents/leonardo-boff-prefacio-ao-manual-dos-inquisidores.html> Acessado em 10/08/2017

24 Ibid., p. 5

25 Ibid. p.6

até que acusação e julgamento se centraram em um único órgão. O juiz, agora inquisidor, é o gestor probatório, e o acusado torna-se uma fonte importante de conhecimento na busca da verdade. “Confundem-se as atividades do juiz e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação”, segundo Lopes Jr.²⁶.

Como o réu não mais era sujeito de direitos, garantias como a integridade física, um tratamento digno passaram para segundo plano, eram inferiores, subalternas e, portanto, poderiam ser sacrificadas.

A prisão cautelar de medida excepcional passa a ser a regra. Sendo a confissão a prova contundente necessária, o corpo do herege teria que estar à disposição dos inquisidores. “A confissão é tudo na Inquisição, não as provas. “A confissão precisava ser arrancada para salvar o herege (...)” (BOFF, 1993, p. 19).

Se o paradigma inquisitorial historicamente teve sua decadência entre fins do século XVIII e início do século XIX com a Revolução Francesa, que traços perduraram e adentraram o sistema acusatório convivendo paralelamente a este? Essa concomitância macula o sistema acusatório? Em que medida? São especulações pertinentes ao presente trabalho.

Na tentativa de elucidarmos a lógica processual penal na atualidade revolvendo o sistema processual vigente e se deparando com uma disposição formal e uma materialidade não efetivada e até mesmo oposta ao delineado legalmente, remontemo-nos à lógica constitutiva do pensamento inquisitorial: o contexto em que a Igreja Católica estava inserida.

Existia uma verdade absoluta. Se absoluta, inquestionável. Se questionada, ocorrência de heresia, a mais grave das infrações. Não se podia tolerar a desobediência à vontade de Deus! **É a intolerância que rege o sistema inquisitorial porque centrado numa verdade absoluta.**

A busca pela verdade absoluta, também denominada de verdade real, tornou-se o elemento chave de sustentação do processo inquisitório. Essa forma inquisitiva atualizada pela Igreja espalhou-se pela prática judicial e alcançou o processo penal, conduta hodiernamente ainda presente na legislação infraconstitucional como veremos adiante.

O objetivo processual da busca dessa verdade como fim precípua tornou despicienda as formas dos meios de sua apuração. A finalidade da atividade processual voltou-se para

²⁶ Ibid. p. 157

busca dessa verdade. Extraía-se dela a fundamentação e justificativa para os abusos e violações praticados na perquirição dos fatos ocorridos. O que se desejava de fato era comprovar o que “já era sabido”. Quaisquer interesses, interferências que fossem de encontro à alteração da convicção já pré-formulada eram vistos como obstáculos, portanto, precisavam ser removidos.

Choukr ao dar destaque à reconstrução da verdade na ciência do processo, afirma que

a cruzada de combate à criminalidade nos mostra, numa perspectiva histórica, o incremento de técnicas inquisitivas de descoberta da verdade, sobretudo através do mecanismo do inquérito que, desde o procedimento medieval de perseguição dos hereges, afirma-se como a alavanca de *descobrimto da verdade*, servindo de sustentação à formulação da acusação.²⁷ (grifo do autor)

Os Estados Democráticos de Direito têm na Constituição a norma superior fundamentadora das normas inferiores e pressuposto de suas validades estruturando todo o ordenamento jurídico. Logo, a edição, leitura e interpretação das normas infraconstitucionais devem inexoravelmente estar submetidas à Constituição.

O principal elemento de consagração da democracia é a tutela máxima dos direitos e garantias fundamentais individuais asseguradas constitucionalmente. “No Direito Processual Penal, a forma é garantia, enquanto limite ao poder punitivo estatal (LOPES JR. pág. 31).” Ela está consagrada em princípios explícitos na Carta Magna em seu artigo 5º: devido processo legal, contraditório, ampla defesa, inadmissibilidade de provas produzidas por meios ilícitos, princípio da inocência, dentre outros. Note-se que o texto constitucional é específico demonstrando que houve opção por uma ponderação de interesses de tutela no que concerne ao indivíduo e esta ponderação de interesses é de natureza qualitativa. Reforçando essa diretriz:

A promulgação da Magna Carta de 1988 representou, ao menos formalmente, o ingresso no Brasil de uma nova era. Para isso, estabeleceu preceitos explícitos e implícitos do Estado Social e Democrático de Direito, entre eles está a posição qualitativa do indivíduo em relação ao Estado, posto a tutela primeira e máxima de seus direitos e garantias fundamentais. Ressalta-se que não poderia deixar de ser assim, já que não existe verdadeira democratização se o indivíduo não estiver amparado por um feixe de direitos e garantias que limitem o poder estatal. (GONÇALVES; GONÇALVES, 2015 , p. 96)

A Constituição não previu quaisquer máculas nas funções de acusar e julgar, tampouco conferiu atividade persecutória ao Poder Judiciário: há evidente distinção dessas funções no texto constitucional.

27 Ibid., p. 60.

O que a realidade constata é que a lei infraconstitucional por vezes ratifica resquícios de caráter inquisitório. Possuímos um Código de Processo Penal datado de 1941, emendado, remendado diversas vezes. Alguns de seus artigos claramente demonstram traços inquisitoriais como o famoso artigo 156, I, fruto de uma “reforma” em 2008 pela Lei 11.690 e o artigo 209.

Art.156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

[...]

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

Devemos observar que o artigo 156 caput e seu inciso I foram oportunamente submetidos a possibilidade de atualização constitucional via legislativo (o caput foi determinado pela Lei 12.403/2008 e o inciso I acrescentado pela mesma Lei). Duas décadas depois de promulgada a Constituição, e, ainda assim, não se faz materializar nas normas hierarquicamente inferiores.

A expressão “antes de iniciada a ação penal” se traduz na fase da investigação criminal que em regra é exercida pela polícia judiciária em fase administrativa²⁸. Ocorre que tal investigação se dá via Inquérito Policial e que esse é regido pelo princípio inquisitivo e tem uma de suas características ser sigiloso (art. 20, CPP). Logo, o juiz poderá ordenar a produção de provas baseado em um Inquérito Policial desprovido de contraditório e ampla defesa, sendo suficiente para essa ocorrência a fundamentação de urgência e relevância.

Da leitura do artigo 209, reminiscência do original do Código de 1941, podemos inferir hipóteses: (i) o juiz especificamente está sendo o gestor da prova (e não as partes), produzindo-as ; e (ii) se ouve testemunhas não arroladas pelas partes, restou-lhe alguma dúvida que “buscava” esclarecer. Portanto, ofende-se o princípio acusatório em que a iniciativa probatória deva estar nas mãos das partes, devendo o juiz atuar como espectador. Também, por via indireta, viola-se o princípio da inocência, pois se ao magistrado advir a dúvida não lhe resta outra alternativa, senão pela absolvição.

28 Hoje já está pacificado nos Tribunais Superiores (STF e STJ) que o Ministério Público pode realizar diretamente diligências de investigação para instruir sua própria denúncia.

Choukr faz contundente crítica ao realizar um balanço sobre o impacto das alterações trazidas pela Lei 12.403/11 com relação às medidas cautelares, mormente o artigo 312 do CPP:

A retórica cautelar assentada no Código de Processo Penal nos fundamentos do art. 312 (ordem pública, garantia da instrução criminal e da futura aplicação da lei penal) e posteriormente acrescida manteve-se na sua essência inalterada.

[...]

diante disto fica praticamente desimportante do ponto de vista dogmático que se sugira (e apenas se sugira) a restrição da liberdade como exceção dentro das cautelares²⁹.

Essas práticas gravemente vão resvalar na pena de prisão como veremos no item subsequente da presente monografia. Se o juiz incorporado de dúvidas não absolve, pressupõe-se que inclinado está por uma condenação, que diante dos dados carcerários vigentes, finalizar-se-á num encarcamento.

Segundo Casara, a tratar do tema, denomina **interpretação retrospectiva** a verdadeira insistência dos operadores jurídicos em:

“interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo. Em outras palavras, através da interpretação retiram-se as perspectivas de transformação que vieram encartadas na nova Constituição. É, antes de tudo, uma interpretação covarde, pois prima pelo medo de rupturas,³⁰

Cingir com essa cultura retrospectiva, arraigada, antigarantista é uma difícil tarefa, pois requer mudança de postura de todos os atores envolvidos: aqueles oriundos da sociedade, de forma geral, mas, principalmente, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

A despeito de toda controvérsia e de toda reminiscência inquisitorial presente ainda na legislação infracostitucional, defende-se aqui que **o sistema processual penal brasileiro eleito em sede constitucional é acusatório, pois a supremacia da Constituição Federal assim impõe.**

29 Disponível em: <https://fhchoukr.jusbrasil.com.br/artigos/156575232/as-medidas-cautelares-pessoais-no-processo-penal-brasileiro-panorama-dos-tres-anos-da-lei-n-12403-11> Acessado em 21/09/2017

30 CASARA, Rubens. Interpretação retrospectiva, Constituição e Processo Penal. Revista da EMERJ, v.6, n. 22, 2003, p. 197.

2.3 - Sensibilidade social

Todo sistema normativo está inserido em um contexto social que lhe imprime certas direções de acordo com as necessidades de convivência coletiva. São exigências que nascem no tecido social e que, por conseguinte, adentram a esfera do Direito.

A violência acompanha o homem em sociedade desde sempre e é pano de fundo de assombro e medo disseminado entre as pessoas conduzindo a atuações “reformistas” episódicas por parte do legislativo que terminam resvalando no direito penal e no direito processual penal.

A questão da segurança pública é matéria quase que permanente da agenda pública e rotineira dos meios de comunicação. Vive-se um alarmante show midiático cotidianamente.

Os termos “bandido”, “criminoso”, “marginal” são reiteradamente utilizados pela mídia na denominação dos infratores. Um olhar mais aguçado e crítico, verificar-se-á que essas intitularizações são todas dirigidas àqueles oriundos das classes menos favorecidas. Não há que se usá-los para os jovens e adultos que compõem a classe média.

Instaura-se um cenário em que esses sujeitos são vistos como verdadeiros inimigos. Karam assim se pronuncia acerca desta visão:

Levando à identificação das classes subalternas como classes perigosas e à ocultação de condutas e fatos socialmente mais danosos, leva, ainda, à separação dos apenados de suas próprias classes de origem, voltando-os contra elas e, ao mesmo tempo, desviando a atenção dessas classes de seus inimigos estruturais.³¹

Diante do fenômeno da violência espalhada, é preciso dar respostas rápidas a tal estado de coisas: uma crise disseminada que urge ser controlada, sob pena de instalação da desordem e do caos. Essa emergência demanda medidas excepcionais, uma vez que o estado de normalidade encontra-se em desequilíbrio.

Choukr ao abordar o tema da cultura de emergência destaca que o próprio estado de emergência é constitucionalmente previsto e tem seus pressupostos e limites regradados no texto da Carta Maior. Portanto, é uma instituição que encontra amparo legal. Ele ressalta que pode

31 KARAM, Maria Lúcia. De crimes, penas e fantasias. Rio de Janeiro: Luam Editora Ltda., 1991, p. 185.

até mesmo justificar derrogação dos patamares de proteção aos direitos humanos, desde que respeitados os pressupostos e limites informados no próprio texto constitucional.³²

Canotilho defende que os momentos emergenciais devem estar regulados no Texto Maior. O autor

aponta que o direito de necessidade do Estado só é compatível com um Estado de direito democrático, constitucionalmente conformado, quando na própria lei fundamental se fixarem os pressupostos e as consequências jurídicas da Constituição de exceção”. (CANOTILHO apud CHOUKR, 2008, p. 3)

Por ser uma medida excepcional deve vigor por tempo e espaço delimitados. Nessa assertiva, encontramos o ponto nevrálgico com relação ao campo penal, pois, segundo o autor, essa limitação não ocorre nesta esfera. “A emergência repressiva acaba se protraindo sem fronteiras e infiltra-se no seio cultural da normalidade com evidente prejuízo desta”, assevera o autor.³³

Alguns fatores podem concorrer para essa procrastinação: o recrudescimento da criminalidade, o tratamento político do tema no sentido ideológico em que manipulações de toda sorte se fazem presentes, a espetacularização da mídia, o sentimento comum a gritar por soluções, dentre outros.

Com relação ao aumento da violência em todo o país, temos como exemplo, segundo dados da FLACSO (Faculdade latino-americana de ciências sociais), o mapa de vítimas fatais por arma de fogo entre os anos de 1980 e 2014 (tabela 1)³⁴. Verificando o número crescente de homicídios por arma de fogo, percebe-se que praticamente temos em 2014 o sêxtuplo dos relatados em 1980.

Corroborando com os dados mencionados, o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) em junho último, no relatório Atlas da Violência 2017 (anexo II), informa que no ano de 2015 houve 59.080 homicídios no Brasil, o que nos alça a uma taxa de 28,9 por 100 mil habitantes. “... Tal índice revela, além da naturalização do fenômeno, um descompromisso

32 Ibid., p. 3.

33 Ibid., p. 4.

34 Mapa da Violência 2016 – Homicídios por armas de fogo. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf Acessado em 07/09/2017

por parte de autoridades nos níveis federal, estadual e municipal com a complexa agenda da segurança pública”.³⁵

Faço um parênteses para esclarecimento que os dados aqui levantados não têm a intenção de aprofundamento do tema sobre violência. Servem meramente para ilustrar que não se pode negar seu incremento nas últimas décadas.

Contudo, tais dados são base para manipulações sem que haja um tratamento político assertivo, lacuna para a implementação do estado de emergência que deve fornecer respostas e resultados céleres para um padrão de normalidade que está sendo abalado:

O fundo ético da cultura emergencial é substancialmente distinto dos padrões de normalidade, assentado que está na produção de resultados e não no respeito aos princípios, acabando por refletir num conceito de eficiência que lhe é bastante peculiar, baseado que está em supostos resultados pragmáticos, de resto dificilmente comprovados, ao menos no que tange à realidade brasileira. (CHOUKR, 2002, pág. 58)

Aa respeito dessas manipulações encontramos um exemplo na utilização de estatísticas que são terreno fértil para iludibriar, escamotear o que se deseja encobrir e ao mesmo tempo ressaltar o que se pretende ‘demonstrar’. O tema da segurança pública é o assunto mais debatido nas pré-eleições em campanhas eleitorais. Os candidatos surgem repletos de números, tabelas e índices e seus discursos, na maioria deles, propagam o enrijecimento do combate ao crime e, por conseguinte, ganham adeptos e possivelmente muitos eleitores.

Acresça-se a tudo isso, a mídia que exerce forte pressão sobre a massa e, mesmo sobre o Judiciário, a fim de dar respostas urgentes à normalidade que foi quebrada. Para Alberto Silva Franco,

As pessoas tendem a se identificar com a vítima, isso é instintivo. De fato, existem crimes que são chocantes. Mas a exploração disso pela mídia leva a população a se revoltar com eventuais direitos e garantias dos réus. O Direito Penal, o Processo Penal, existem justamente para que não haja esse instinto. Um sujeito matar uma criança e pegar 30 anos de prisão não é proporcional. Mas se fossem 50 ou 100 anos, também não iria ser suficiente. Se quisermos uma proporcionalidade absoluta, teremos de voltar à Lei de Talião.

[...]

... o que mais assusta, essa apregoação do punitivismo absoluto. A lei penal não é sequer uma resposta eficiente, quanto mais a única resposta. Todo mundo acha que o Direito Penal resolve conflitos sociais ou conflitos de menor proporção. Mas o Direito Penal não serve para isso. Não é o antídoto para todos os problemas que o país possa apresentar. É inegável que as leis que endureceram penas que surgiram depois de clamor popular se deveram a casos de interesse da classe média, não a

fatos ocorridos com a população pobre. A imprensa escolhe casos que possam ser contagiantes³⁶.

Segue Franco:

A intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos, individual ou coletivo, de insegurança. (apud CHOURK, 2002, p.47)

A questão se coloca no preço a pagar para empreender a resposta a uma demanda de urgência: uma celeridade a todo custo, a degeneração das garantias fundamentais, conquistas asseguradas constitucionalmente no que tange ao direito processual penal.

Nossos legisladores têm, por regra, quando não sabem o que fazer – e não têm vontade política para intentar – simplesmente, criarem leis de forma pontual e, claro, desastrosa. Dessa forma, fornecem uma pronta resposta ao clamor público, e o faz de conta que a garantia da ordem pública está mantida acalma momentaneamente as acirradas cobranças de que algo precisa ser feito.

Segundo, Lopes Jr., “a ideia de que a repressão total vai sanar o problema é totalmente ideológica e mistificadora. Sacrificam-se direitos fundamentais em nome da incompetência estatal em resolver os problemas que realmente geram a violência”³⁷.

2.4 - Consequências para pena de prisão

Nossa indagação se volta para as consequências desse ranço inquisitorial ainda propagado no sistema processual penal brasileiro vigente, inclusive nos Tribunais Superiores,

36 Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-14/entrevista-alberto-silva-franco-ex-desembargador-fundador-ibccrim>. Acessado em 10.09.2017

37 Ibid., p. 15.

mormente no que tange à liberdade como regra. Como esses resquícios inquisitoriais afetam a pena privativa de liberdade? Herdamos um Código de Processo Penal promulgado num período ditatorial em que parte de seus dispositivos não se coaduna com uma Constituição em um Estado democrático de direito que elegeu o sistema acusatório como regente, conforme defendido anteriormente.

Para Choukr “a detenção do saber da relação entre liberdade e democracia e seu reflexo no processo é mais necessário do que conhecer as fases do procedimento ordinário. Até porque, de acordo com a dimensão do conhecimento o procedimento será um instrumento a favor (ou contra) a liberdade”.³⁸

O processo penal é o *locus* onde se discute a possibilidade de privação de liberdade, logo, sua instrumentalidade incide diretamente sobre a pena de prisão. A pena impescinde do processo, pois não há como ela se originar senão dele. Lopes Jr. nesse mesmo sentido

o preceito tem por conteúdo um determinado comportamento proibido ou imperativo e a sanção tem por destinatário aquele poder do Estado, que é chamado a aplicar a pena. Não é possível a aplicação da reprovação sem o prévio processo, nem mesmo no caso de consentimento do acusado, pois ele não pode se submeter voluntariamente à pena, senão por meio de um ato judicial (*nulla poena sine iudicio*).³⁹

O autor afirma ainda que “o Estado possui um poder condicionado de punir, que somente pode ser exercido após a submissão ao processo penal (princípio da necessidade)”

Os resíduos inquisitoriais, que permeiam o CPP em muitos de seus artigos, põem em perigo a função do processo como instrumento a serviço da efetivação de um projeto democrático constitucionalmente assegurado. No item 2.1 do presente trabalho, citamos os requisitos mais importantes que distinguem o sistema acusatório do inquisitório: gestão da prova, ausência/separação das funções de julgar e acusar, princípio *ne procedat iudex ex officio*, juiz (im)parcial, contraditório e armas e oportunidades.

Vejamos alguns artigos que corroboram para insistência inquisitorial em nosso CPP:

Art. 5º Nos crimes de ação pública o **inquérito policial será iniciado:**
II - **mediante requisição da autoridade judiciária** ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. (grifo nosso)

Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial:
II - **realizar as diligências requisitadas pelo juiz** ou pelo Ministério Público;

³⁸ Ibid., p. 32.

³⁹ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-05/limite-penal-juiz-nao-condenar-quando-mp-pedir-absolvicao> . Acessado em: 03/10/2017

Não há que se falar em imparcialidade do juiz uma vez que o mesmo usurpa a função de acusador ferindo frontalmente o sistema acusatório. A Carta Magna em seu artigo 129, I, ao erigir um específico órgão com a função de acusar, entrega-lhe também o ônus da carga probatória inserida em sua pretensão acusatória. O Ministério Público é o *dominus lide* da ação penal. Sua atividade se encerra na reunião de elementos de sua convicção, de sua *opinio delicti*, função essa que não pode ser entregue ao magistrado sob pena de, além de se imiscuir numa seara que não lhe pertence, ainda, comprometer a sentença no processo.

Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

A cisão entre a função de julgar e acusar é pedra angular no sistema acusatório. Lopes Jr. explica que o direito (potestativo) de punir não corresponde ao Ministério Público e, sim, ao juiz e que o Estado na ação penal realiza seu poder de punir não como parte, mas como juiz. Ao Ministério Público incumbe o poder de acusar e não de penar.

Exatamente porque o poder punitivo estatal – nas mãos do juiz – está condicionado à invocação feita pelo Ministério Público através do exercício da pretensão acusatória. Logo, o pedido de absolvição equivale ao não exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém. Como consequência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitorial.

[...]

O poder punitivo é condicionado à existência de uma acusação. (LOPES Jr., 2014)

O ponto nevrálgico neste debate encontra-se na pena de prisão. A imparcialidade do juiz jogada por terra, sua atuação inquisidora, compromete sua parcialidade corroborando para uma tendência à condenação que majoritariamente se traduz na pena privativa de liberdade: a pena das penas! Se ele, de ofício, determina abertura de Inquérito Policial, significa que encontrou motivo justo para isso, ou seja, está imbuído de que há indícios da infração penal e far-se-á necessário levantar provas. Possui, ainda, a prerrogativa de requerer diligências de ofício e, em grau máximo, condenar sem haver pedido!

Os artigos 75, § único, e 83 possibilitam que certas diligências relevantes realizadas antes de se instaurar a ação penal acarretem a prevenção e, não de outro modo, ocorrerá uma espécie de “contaminação” do magistrado que levará consigo todas as “impressões” de uma fase pré-processual em ausência de contraditório e ampla defesa. O contato do

magistrado com os elementos de convicção na investigação criminal e sua manifestação nesse momento tolhem dele o alheamento imprescindível para julgador da causa.

O juiz que decretar a prisão preventiva será o mesmo que prolatará a sentença ao final do processo. A decretação da prisão preventiva pressupõe uma forma de análise do mérito em que o juiz forma um juízo de convicção para então deferir tal medida.

Art. 75. A precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente.

Parágrafo único. A distribuição realizada para o efeito da concessão de fiança ou da decretação de prisão preventiva ou de qualquer **diligência anterior à denúncia ou queixa** prevenirá a da ação penal.

[...]

Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, **ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa** (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c). (grifos nossos)

Esses resíduos inquisitoriais que persistem em nosso CPP, em muitos de seus artigos, remonta-nos à figura do juiz-inquisidor o qual já possuía seu julgamento pré-sentenciado e precisava apenas confirmá-lo “caçando” provas e atuando de acordo com as necessidades que se faziam prementes para alcançar a condenação.

Permanecemos arraigados em um Código datado de 1941 com profundas dificuldades, tanto no Poder Legislativo, quanto no Poder Judiciário, de se debruçar sobre a Constituição e materializar seus comandos por todo o CPP e pela legislação extravagante. Casara ao analisar como tem se comportado nossa hermenêutica percebe um apego à tradição de viés autoritário:

Em um país como o Brasil, reproduzir práticas judiciais de períodos obscuros da história brasileira, por mais internalizados que estejam na (in)consciência jurídica dos operadores jurídicos, representa verdadeiro atentado a qualquer projeto de democratização do Estado.

[...]

No processo penal, ramo do direito que instrumentaliza o controle social através do direito penal, as conseqüências desse desvio são mais drásticas, com repercussão no *status libertatis* do acusado.⁴⁰ (grifo nosso)

Há uma total e aberrante inversão da função do juiz no que diz respeito ao caráter do processo penal. Lopes Jr (2010, p. 122) nos traz o fundamento da independência do Poder Judiciário:

40 Ibid., p. 198.

O fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, **a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal.** (grifo do autor)

A ressonância desse desrespeito aos princípios que traduzem o sistema acusatório ecoa de modo avassalador, em última instância, sobre a pena, pois a pretensão de acusar transfigura-se em condição de possibilidade da pena que deságua numa opção recorrente pela privação de liberdade, como veremos em outro tópico. Portanto, é imprescindível que o juiz mantenha-se equidistante das partes concentrando sua atuação na função de julgar e atue circunscritamente à provocação das mesmas, pois de outro modo, restará maculado o processo.

Algumas poucas vozes se levantam contra esse estado de coisas. Em grau de recurso, em Joinville, Santa Catarina, a Quinta Turma Recursal decidiu:

03 - 2016.500032-7 Apelação Criminal

Origem: 00399844820110038 Joinville/Juizado Especial Criminal e Delitos de Trânsito

Relator: JUIZ YHON TOSTES

Apelante: ANDRÉ DE SOUZA

Advogado: Dr. Gustavo Coelho Lopes (26.109/SC)

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO: ACORDAM, em Quinta Turma de Recursos, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso, decretando-se a absolvição do réu. Sem custas.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DO ACUSADO. CRIME DE AUTO ACUSAÇÃO FALSA (ART. 341 DO CP). DELITO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROMOTOR DE JUSTIÇA QUE EM GRAU RECURSAL PUGNA PELA ABSOLVIÇÃO. SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO SOB PENA DE SUBVERSÃO DAS FUNÇÕES DOS PLAYERS E OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DESNECESSIDADE DE CONHECIMENTO E ANÁLISE DO MÉRITO DA CAUSA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O poder punitivo do Estado-juiz só pode ser exercido se houver pretensão acusatória atual e positiva, oportunidade em que só se analisa o mérito da ação penal se o representante do Ministério Público pugnar pela condenação do acusado (*ius ut procedatur*), sob pena de ofensa ao contraditório (CF, artigo 5º, inciso LV).

Caso se condene o réu sobre o qual não paira mais nenhuma pretensão acusatória, estará também o juiz usurpando o locus acusatório do Ministério Público, o que implicará, diante da anômala cumulação das funções acusatória e jurisdicional, em retrocesso ao modelo inquisitorial, conduta essa totalmente inaceitável diante dos direitos e garantias constitucionais que a todos deve interessar proteger e tutelar.

“Enfim, cabe ao juiz garantir direitos processuais, sem participação na gestão da prova ou em nome da ilusória verdade real. Diversos dispositivos do Código de Processo Penal não foram recepcionados pela CR/88 e várias leis posteriores

que alteraram parcialmente suas disposições são inconstitucionais. Exemplificativamente indicam-se: (...) (d) condenar sem requerimento (CPP, art. 385); (...), dentre outros erros democráticos de quem, muitas vezes, fez o concurso errado e não entende que, ou se joga, ou se julga.” (ROSA, Alexandre Moraes da. Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos, 3ª edição revista, ampliada e atualizada, Florianópolis: Ed. Empório do Direito, 2016, p. 331).

O Ministério Público é órgão uno e indivisível (CF, art. 127, § 1º.), destarte, sua condição de parte (“player”) permanece inalterada, tanto para quem exerce as funções em primeiro grau, como na fase recursal. Em havendo conflito de posições acerca da pretensão acusatória, a absolvição é medida que se impõe.

(RMC) Secretaria da Quinta Turma de Recursos, aos vinte e seis de julho de dois mil e dezesseis.⁴¹

São ousadas de transformação dessa ordem que interpretam de modo a dar vida à Constituição e lentamente iluminam passos em direção a uma hermenêutica mais prospectiva rompendo laços fortemente atados à tradição (inquisitorial). Casara denomina interpretação projetiva a interpretação da construção de um projeto constitucional:

É de se admitir que as normas constitucionais possam propiciar e, ao mesmo tempo, atuar sobre um contexto ético transformador. Essa perspectiva transformadora insita na interpretação projetiva joga luz nas ilusões e crenças que envolvem a prática interpretativa tradicional geradora de uma retórica que esconde, em nome dos valores verdade, segurança e justiça, a presença de uma estratégia de opressão, pois escancara um compromisso com os excluídos, beneficiários diretos do projeto de fraternidade (bem estar, igualdade material...) descrito no preâmbulo da Lei Fundamental.⁴²

Não há como exaurir nesta monografia, tampouco neste tópico, as reminiscências inquisitórias no CPP e nas leis extravagantes. O intuito de citação desses poucos artigos foi demonstrar que elas estão vivas e punjantes no cotidiano das práticas jurídicas e que muito têm colaborado para sentenças de condenação proferidas dentro de um processo com manchas inquisitoriais, que por sua vez finda-se no uso indiscriminado da pena privativa de liberdade levando o sistema carcerário a situação caótica que alcançou nas últimas décadas, como veremos em tópico específico.

2.5 - O garantismo penal e sua consequência sistêmica

41 Disponível em: www.jusbrasil.com.br/diarios/121515289/djsc-27-07-2016-pg-299. Acessado em 02/10/2017

42 Ibid., p. 201.

Incorrendo em uma regressão histórica, lembre-nos de que as primeiras ideias a respeito do direito estavam intimamente ligadas à de religião. Disso decorre a vinculação entre direito e moral. As esferas política, religiosa e jurídica formavam uma unidade. Houve séculos de primazia do pensamento religioso submetendo todas as ordens das coisas à sua visão transcendente.

Contudo, a Europa vive uma efervescência política, econômica e social que faz emergir movimentos como o Humanismo em que o homem é visto como o centro do universo e o Renascimento que faz renascer a valorização da Razão como fonte de conhecimento na busca da verdade. Na lição de Carvalho:

“Na redescoberta do homem como medida de todas as coisas, com o ingresso do ‘Novo Mundo’ no cenário histórico, e com a visualização de um novo estado de coisas no qual a liberdade e igualdade se opõem à servidão, **o impulso da laicização das ciências torna o processo secularizador inevitável. Da exclusão do diverso nasce a ideia de tolerância, da barbárie inquisitiva afloram teorias civilizatória.** Surge o racionalismo, e a capacidade crítica do homem é revelada.⁴³ (grifo nosso).

O encontro com a alteridade e a nova visão de si mesmo como homem propiciam novos saberes. Segundo o autor, a secularização e a tolerância, frutos da concepção ilustrada do direito e do Estado a partir da laicização do saber filosófico e jurídico são valores estruturais do que viria a culminar no paradigma garantista.⁴⁴

Com o processo de secularização há um afastamento das explicações metajurídicas e da moral eclesial. O homem, em si mesmo, diante de suas ações propriamente humanas, e o avanço das ciências concorrem para uma separação entre direito e moral, conduzindo este último para a esfera de foro íntimo do indivíduo. Carvalho esclarece:

Estabelecidas as regras de convivência social e os papéis (direitos e deveres) das partes (cidadão e Estado), a norma penal é externamente limitada, de forma negativa (excludente), pela moral. Decorrente do processo de secularização implícito às teorias contratuais, não cabe ao Estado ingerência alguma na esfera interior. A intervenção é legítima somente quando a conduta (ativa ou omissiva) causar perceptível dano externo. Com a laicização do Estado e do direito, o crime não corresponde mais à violação do divino(...).⁴⁵

Busato com o mesmo pensamento:

43 Ibid., p. 24.

44 Ibid., p. 24.

45 Ibid., p. 41

(...) não se devem considerar nesse aspecto as características pessoais do sujeito como a “personalidade” ou “condução da vida”. Nosso Direito penal, em um Estado social e democrático de Direito, não se congratula com um “Direito Penal do autor”. A ninguém se deve castigar ou estigmatizar por ser degenerado, perverso ou antissocial, mas tão somente por seus atos concretos executados. A personalidade dos sujeitos unicamente pode ser considerada pelo Direito para que lhe reconheça como um sujeito responsável que o habilite para ser sujeito de imputação subjetiva e a efeito de uma adequada individualização da pena.⁴⁶

A sedimentação do processo de secularização corrobora para que os regimes autoritários e toda barbárie inquisitorial do Medievo sejam questionados. Ergue-se o lema da liberdade que deseja livrar-se da pretensão de verdade absoluta e intolerante fragilizando o direito penal medieval. Lopes Jr. preleciona:

Uma justiça penal não-arbitrária deve estar baseada numa verdade construída no processo, calcada em juízos predominantemente cognitivos dos fatos e recognitivos do direito, e sempre passíveis de verificação empírica que permitam sua refutação.⁴⁷

Os acusados deixam de ser meros objetos da persecução penal e passam a titularizar direitos frente ao Estado. O exercício desses direitos e a efetividade dessas garantias residem em um processo penal democrático que encontra amparo no sistema processual penal acusatório com todas as formas assecuratórias que lhe são peculiares.

Ao passo que caminhamos em direção à democracia, o indivíduo vai se robustecendo frente ao Estado. Segundo Lopes Jr., a tutela da liberdade processual do imputado, o respeito a sua dignidade como pessoa, como efetiva parte do processo torna-se o objeto fundamental de proteção ao lado da salvaguarda dos interesses da coletividade. Para o autor:

A **democracia** é um sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado e que se manifesta em todas as esferas da relação Estado-indivíduo. Inegavelmente, leva a uma democratização do processo penal, refletindo essa valorização do indivíduo no *fortalecimento do sujeito passivo do processo penal*. Pode-se afirmar, com toda segurança, que o princípio que primeiro impera no processo penal é o da *proteção dos inocentes* (débil), ou seja, o processo penal como *direito protetor dos inocentes*. Esse *status* (inocência) adquiriu caráter constitucional e deve ser mantido até que exista uma sentença penal condenatória transitada em julgado.⁴⁸

46 Ibid., p. 71.

47 Ibid. p. 71

48 Ibid. p. 38-39.

Esse invólucro de garantias protetivas concorre para a ideia de uma mínima intervenção penal, pois o Direito penal é uma forma de controle extremamente rígida que sob a configuração de sanção está atrelada ao direito à liberdade do indivíduo uma vez que se depara com a possibilidade de cerceamento de tal liberdade⁴⁹. Somente condutas extremamente gravosas deveriam estar sob sua égide (princípio da fragmentariedade) e, mais, quando todos os outros sistemas de controle não se mostrassem eficazes (princípio da subsidiariedade).

Ainda assim, as sanções penais requereriam proporcionalidade ao dano causado ao bem jurídico tutelado. Desta forma, o princípio da proporcionalidade fazer-se-ia respeitado.

Pela radicalidade que a pena privativa de liberdade impõe, sua demanda deve ser precedida de verificação de alternativas ao seu implemento como decidiu a Sexta Turma do STJ no julgado seguinte, atendendo ao princípio da subsidiariedade:

RHC 82753 / MG
 RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS
 2017/0074232-7

Ementa

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. DECISÃO QUE DECRETA A PRISÃO CAUTELAR SEM MENCIONAR A QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA E O CRIME ANTECEDENTE QUE CONFIGURARIA A REINCIDÊNCIA DA RECORRENTE.

CRIME COMETIDO SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA EXTREMA POR MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. Considerando a atual situação do sistema carcerário no Brasil, urge ponderar a aplicação da prisão preventiva apenas como **ultima ratio**.

2. Com o advento da Lei n. 12.403/2011, a prisão cautelar passou a ser, mais ainda, a mais excepcional das medidas, devendo ser aplicada somente quando comprovada a inequívoca necessidade, devendo-se sempre verificar se existem medidas alternativas à prisão adequadas ao caso concreto.

3. No caso, o crime não foi praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, circunstância que denota a desnecessidade da imposição da medida extrema.

4. Recurso em habeas corpus provido, confirmando-se a liminar anteriormente concedida, para assegurar às recorrentes o direito de aguardar em liberdade o julgamento de mérito da ação penal, sem prejuízo da implementação de medidas cautelares alternativas à prisão a serem implementadas pelo Magistrado singular, salvo prisão por outro motivo, fundamentadamente.

⁴⁹ Esclareço que não ocorre aqui defesa de que caso não haja a sanção da privação de liberdade, seja ela provisória ou definitiva, não se perfaz a violência do Estado. Pelo contrário, a submissão a um processo penal já é uma forma de “sanção” em si, principalmente nutrido por resquícios inquisitoriais conforme demonstrado em tópico específico. A ênfase na pena privativa de liberdade aqui retratada é devido ao seu caráter violento que em muito extrapola o cerceamento da liberdade de locomoção como veremos em outro capítulo.

DJe 29/08/2017

Como percebemos, esse modelo garantista tem o papel tanto de conter o arbítrio do Estado quanto proteger o indivíduo desse mesmo Estado, ou seja, é uma mesma moeda com suas duas faces. Carvalho assevera que

O modelo garantista pretende nstrumentalizar um paradigma de racionalidade do sistema jurídico, criando esquemas tipológicos baseados no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, com intuito de limitar o poder punitivo e garantindo(a) pessoa(s) contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou privada.⁵⁰

O Direito Penal mínimo é uma técnica de tutela dos direitos fundamentais que para Ferrajoli:

configura a proteção do débil contra o mais forte; tanto do débil ofendido ou ameaçado pelo delito, como também do débil ofendido ou ameaçado pela vingada; contra o mais forte, que no delito é o delinquente, e na vingança privada á parte ofendida ou os sujeitos públicos ou privados solidários com ele. (FERRAJOLI apud LOPES JR. 2004, p.47)

Busato no mesmo viés:

“... o que se pretende é que a política criminal assuma também uma função garantista de delimitação da intervenção punitiva estatal, acolhendo todas as garantias formais e substanciais que a dogmática se empenhou em manter, como a tutela das liberdades individuais na estrutural sócioestatal.”⁵¹

O garantismo penal resvala consequentemente no sistema processual penal, pois:

A proteção vem por meio do monopólio estatal da pena e da necessidade de prévio processo judicial para sua aplicação, e da existência, no processo, de uma série de instrumentos e limites, destinados a evitar os abusos por parte do Estado na tarefa de perseguir e punir.

[...]

No plano processual, a eficiência antigarantista identifica-se, em linhas gerais, com o modelo inquisitivo. (CARVALHO, 2008, p. 47)

Por isso, a imprescindibilidade de um sistema processual assecuratório que instrumentalize o processo em consonância com os ditames constitucionais e mormente, no que alude ao presente trabalho, “voltando-se para a intransigente cobrança da realização dos direitos fundamentais e legais dos encarcerados, apontado-lhes outra face do Estado que não a repressiva”. (BUSATO, 2015, p. 88)

50 Ibid., p. 82.

51 Ibid., p. 8.

Capítulo 3

CONCILIAÇÃO ENTRE A REALIDADE DO CÁRCERE E O RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA

“É prisão para investigação, é prisão preventiva, são buscas e apreensões desnecessárias que equivalem a verdadeiras devassas, são condenações antecipadas...” Roberto Lyra

3.1 - Pena privativa de liberdade como forma de sanção criminal: origem e generalização

A introdução da pena de privação de liberdade como método de punição é um tema que está em voga diante da constatação premente de que este modelo faliu – se é que em algum tempo, em algum lugar desde seu surgimento obteve-se êxito em sua implementação.

Diante de uma população carcerária mundial de mais de 10,35 milhões de pessoas⁵² de acordo com o Centro Internacional de Estudos Penitenciários⁵³ é momento para se refletir que direção tomar. Ainda que não se saiba exatamente o que fazer, reconhecer que essa forma de punir não deu certo, já é um primeiro passo.

Nesse contexto, o Brasil ocupa em números absolutos a quarta maior população prisional do Planeta. Em uma década presenciou um crescimento de 72% de sua população carcerária segundo o Instituto de Defesa do Direito de Defesa⁵⁴.

Se o aumento no número de indivíduos presos não fez diminuir os índices de criminalidade, por que se mantém a opção pela pena privativa de liberdade? O que leva a essa predileção pela prisão em regime fechado? Quem compõe essa população carcerária? É um assunto nevrálgico da agenda pública que permanece mascarado devido à urgência constante relativa ao tema.

Inicialmente, a prisão não tinha o condão de pena como conhecemos atualmente. Lyra leciona que em sua origem

a prisão era utilizada para os animais. Não se distinguia, porém, entre irracionais e racionais “inferiores”. Prendiam-se homens pelos pés, pelas mãos, pelo pescoço, etc., conforme o medo ou a cólera. Homens e animais foram amarrados, acorrentados, calcetados, grilhetados, manietados, etc.

[...]

Cavernas, naturais ou não, subterrâneos, túmulos, fossas, torres, tudo servia para prender.⁵⁵

A prisão como pena de encarceramento surge no século XVIII no que denominamos Idade Moderna. A prisão já existia, contudo, apenas como forma de reter o indivíduo para

52 Disponível em:

http://prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition_0.pdf Acesso em 27/05/2017

53 Institute for Criminal Policy Research - ICPR

54 Propostas para reduzir a superlotação e melhorar o sistema penitenciário. IDDD. 2007, pág. 3

55 Ibid., p. 39-40.

garantir que o mesmo recebesse a punição que adviria: “a morte, a deportação, a tortura, a venda como escravo ou a pena de galés, entre outras” (BRETAS, 2009, p. 12). Não existia em essência com caráter de sanção penal. A privação de liberdade nesta conjuntura não era tida como pena.

BRETAS destaca a profunda transformação que o regime de punição passaria:

O século XVII representou uma contestação à punição do suplício, ao passo que o século XVIII para o XIX teve na prisão celular um modelo e um parâmetro universal de punição, notadamente em política criminal. (BRETAS, 2009, p. 12)

A pena de prisão surge no final do século XVIII e início do XIX com a reforma penal na Europa que se ocupou de questionamentos sobre a crueldade das penas aplicadas aos condenados. A pena privativa de liberdade vem se tornar a principal pena a partir de então.

Foucault descreve essa transformação:

O sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. O castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos. Se a justiça ainda tiver que manipular e tocar o corpo dos justicáveis, tal se fará à distância, propriamente, segundo regras rígidas e visando a um objetivo bem mais elevado. (FOUCAULT, 1998, pág. 16)

Busato localiza, no surgimento das leis como limitadoras ao poder do próprio soberano, a necessidade de justificação discursiva dos castigos impostos. Para ele, “no momento de ascensão do princípio de legalidade surgiu a necessidade discursiva de justificação das punições”.⁵⁶

O pano de fundo da questão, então, debruçar-se-ia sobre a finalidade da pena, tema pesquisado pela Teoria das Penas. A justificativa da pena se dava pela busca de sua finalidade.

Em linhas gerais, seguem as teorias e suas respectivas finalidades:

1. A Teoria absoluta/da retribuição teria como finalidade da pena a punição do infrator penal, seria uma retribuição do mal praticado. Segundo Busato:

a ideia fundamental do retribucionismo é a concepção da pena como um mal. Esse castigo, de algum modo, visa a contraposição a outro mal que é o crime. Parte-se, porém, sempre da falácia de que existe um *mal justo* (a pena) que se opõe ao *mal injusto* (o crime), como forma de restabelecer o direito.⁵⁷ (grifos do autor)

⁵⁶ Ibid., p. 212.

⁵⁷ Ibid., p. 217.

2. A Teoria relativa/finalista/utilitária/preventiva tem na pena um fim utilitarista, prático de prevenção geral e especial. Busato prossegue ilustrando-nos que as teorias relativas vêm implantar uma fundamentação da pena voltada para o futuro. A justificativa dar-se-ia não mais sob o imperativo categórico da justiça absoluta, mas como um meio ou instrumento útil e necessário à prevenção da criminalidade. Na prevenção geral, dirigir-se-ia à massa, ao coletivo prevenindo o delito por inculcar receio pela punição.
3. A Teoria de prevenção especial atua sobre o delinquente, o infrator e subdivide-se em positiva e negativa: na prevenção especial negativa visa-se evitar futuros delitos através da intimidação; na prevenção especial positiva, a ideia é a readaptação, ressocialização do criminoso, do delinquente à sociedade.
4. As teorias mistas aglutinariam as funções de punir e prevenir buscando os aspectos mais salientes das teorias absolutas e relativas.

Todas essas teorizações não empreenderam efetivamente a razão pela qual se pune. Busato argumenta que “o fundamento da pena deve residir em um propósito e não em um efeito, em uma missão e não em uma função.”⁵⁸

Carvalho, na esteira de Ferrajoli afirma que

Considerar a pena como instrumento curativo ou reeducativo, pressupondo ser o delito uma patologia individual ou social, pressupõe aproximação dos conceitos de natureza (e/ou moral) com direito. As concepções penalógicas nas quais há simetria entre direito e natureza (teorias da Defesa Social) e direito e moral (teorias de emenda) são as mais antiliberais e antigarantistas teorias já concebidas, justificando modelos maximalistas e substancialistas.⁵⁹

Ferrajoli concebe que há discrepância entre as funções da pena no plano teórico e as funções que realmente exercem nas práticas administrativas:

Todas as teorias da pena são, definitivamente, doutrinas do direito penal máximo, informadas unicamente pela máxima utilidade aos não desviantes, e ignorando a perspectiva do desviante, encarados no máximo como objeto de práticas correccionais ou de integração coagida. (Ferrajoli apud Carvalho, 2008, pág. 142)

Ratificando essa linha de análise entre o plano teórico e a prática, Thompson descreve o tratamento dispensado pelo carcereiro ao preso:

58 Ibid., p. 271.

59 Ibid., p. 139.

(...) deve, concomitantemente: tratá-lo como um indivíduo único, mas conta-lo, como um objeto, no momento dos “conferes”; respeitá-lo, como um ser dotado de prerrogativas inalienáveis, dentre as quais ressalta o direito à intimidade, porém revistar-lhe, frequentemente, o cubículo, remexendo-lhe os objetos pessoais, e vistoriar as roupas que está vestindo, inspecionando-o, até mesmo, nas partes mais íntimas do corpo; captar-lhe a confiança e trancá-lo na cela.⁶⁰

O que a realidade cotidiana do universo jurídico aponta é que as finalidades da pena e seus fundamentos até agora propostos não deram conta da complexidade deste tema. Confinar pessoas não as fez “melhores” nem tampouco fez reduzir a criminalidade. A aposta na política de repressão não obteve êxito, pelo contrário, incrementou o sistema punitivista, retroalimentando-o.

Não há argumentos que sustentem a disseminação da pena privativa de liberdade nas sociedades contemporâneas. A edição da Constituição de 1988 não alterou este quadro em âmbito nacional, pois as leis infraconstitucionais não absorveram a irradiação emanada do Texto Superior e assim o Brasil persiste na contramão de outros países que de forma nascente caminham para desprisionização.

Um simples exemplo é a Lei 12.403/2011 que trata das medidas cautelares. Inicialmente pensou-se que a prisão preventiva de fato se concretizaria como medida excepcional frente a esta nova regulamentação. Contudo, o que se observa nos juízos e tribunais, inclusive nos Superiores, não corrobora com a hipótese difundida. Conforme Choukr nos explica a prisão de figura excepcional antes da sentença condenatória transitada em julgado, passa a ser encarada como algo natural à relação processual⁶¹. Mantém-se a interpretação retrospectiva defendida por Carrara (vide item 2.2) em uma insistência de interpretação atada a resquícios inquisitoriais que insistem em não inovar, ainda que amparada por nova matéria legislada. Permanece míope diante de uma Constituição garantista de cunho processual acusatório, impedindo a efetivação dos direitos e garantias nela insculpidos.

O Instituto Avante Brasil, baseado em dados do INFOPEN – que realiza o censo das unidades prisionais – aponta um crescimento de 508.8% da população carcerária brasileira no período de 1990 a 2012, perfazendo uma taxa de 287,31 presos para cada 100 mil habitantes.

60 Ibid.,p. 41

61 Ibid., p. 63.

Enquanto nesse mesmo período a taxa de crescimento da população nacional não ultrapassou os 30%⁶².

Os dados levantados pelo INFOPEN em dezembro de 2014 e a comparação dessas informações com a taxa mundial de aprisionamento comprovam o recrudescimento alarmante do número de encarcerados no Brasil:

É importante destacar que os diagnósticos elaborados pelo Departamento Penitenciário Nacional, não deixam dúvidas de que o Brasil vivencia uma tendência aumento das taxas de encarceramento em níveis preocupantes. O país já ultrapassou a marca de 622 mil pessoas privadas de liberdade em estabelecimentos penais, chegando a uma taxa de mais de 300 presos para cada 100 mil habitantes, enquanto a taxa mundial de aprisionamento situa-se no patamar de 144 presos por 100.000 habitantes (conforme dados da ICPS - International Centre for Prison Studies).

[...]

Basta registrar que partimos de noventa mil presos no início da década de noventa, e saltamos para mais de seiscentos mil presos, num intervalo de menos de 25 anos⁶³

Em pesquisa realizada em junho de 2014 pelo CNJ, ao inserir o número de prisões domiciliares, saltamos para a 3ª. posição no ranking da maior população prisional do Planeta com 711.463 presos ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China (tabela 3)⁶⁴.

O relatório aborda ainda o Banco Nacional de Mandados de Prisão mantido pelo CNJ. São 373.991 mandados de prisão em aberto, o qual se cumpridos, levariam a população prisional a marca de 1.085.454.

Resta provado que a opção majoritária pela pena de prisão não logrou êxito. Para Lyra

A prisão, para conter os elementos de sua ilusória finalidade múltipla, de defesa social, reeducação e reinserção do egresso ao convívio social, precisa ter a condições necessárias para tal utilidade, recebendo responsabilmente, o condenado, eventualmente excluído temporariamente de uma sociedade presumidamente capacitada a cobrar proporcional e razoavelmente dele, a obrigatoriedade de conduta diversa que não teve, podendo.⁶⁵

62 Disponível em <http://institutoavantebrasil.com.br/evolucao-da-populacao-carceraria-brasileira-de-1990-a-2012/> acessado em 29/05/2017

63 INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. 2014. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@@download/file pág. 6, acessado em 30/10/2017

64 Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf acessado em 30/10/2017

65 LYRA, Roberto. Penitência de um penitenciário. Belo Horizonte: Editora Líder, 2013, p.10

A generalização da pena privativa de liberdade como forma de sanção criminal conduziu-nos à realidade carcerária em que nos deparamos atualmente. Ocorre total inversão da utilização do Direito Penal como *ultima ratio*. Vivemos um verdadeiro apogeu de criminalização de condutas como forma de controle social. Busato nos alerta:

Um controle social de cunho penal só encontra justificativa na medida em que essa intervenção reflete verdadeiramente o sentido do intolerável. O controle social através da pena só é admissível quando uma intervenção de última ratio, uma intervenção em situações já inadmissíveis, sob pena da própria desestruturação da sociedade.⁶⁶

3.2 Protagonismo Penal e o encarceramento como fator de “retroalimentação” sistêmico-punitivista

O que se tem hodiernamente é um sistema prisional em colapso. Vive-se a busca da punição pela punição e o Direito Penal – que deveria ser a última instância de controle social a ser invocada – juntamente com o Direito Processual Penal – que deveria ser o instrumento de proteção do indivíduo, esteja ele na condição de acusado, réu ou vítima – são invocados como possíveis instrumentos de vingança para “coibirem” e “conterem” esse estado de coisas:

A intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos, individual ou coletivo, de insegurança. (Franco apud Choukr, 2002, pág. 47).

Consoante Lyra o Direito Penal é o enganoso recurso sempre mal cobrado em resolver o controle da criminalidade ou da violência social no seu grau mais insuportável. Ocorre que, defende o autor, o Direito Penal está fora das causas da produção dos fatos que provocam sua intervenção⁶⁷.

No que tange ao processo penal, Lopes Jr (pág 9) defende que

O processo penal não pode ser transformado em instrumento de “segurança pública”. Nesse contexto, por exemplo, insere-se a crítica ao uso abusivo das medidas cautelares pessoais, especialmente a prisão preventiva para “garantia da

66 Ibid., p. 273.

67 Ibid., p. 9.

ordem pública”. Trata-se de buscar um fim alheio ao processo e, portanto, estranho à natureza cautelar da medida.⁶⁸

Argumenta Lopes Jr. que o processo penal tem como objetivo traçado a proteção do indivíduo. Entretanto, o que vemos na realidade é uma absoluta inversão dessa função: sua invocação para punir o “criminoso”, o “delinquente”, o “inimigo”.

As formas de exclusão sempre existiram, apenas se utilizam de nova roupagem de acordo com o momento histórico-político-econômico em que estejam inseridas. Carvalho ao interpretar a crise do Estado social nota a emergência de um Estado penitência em que “[...] as renovadas formas de exclusão seriam caracterizadas pela perda do *status* de cidadão por algumas pessoas, não somente em razão das restrições econômicas, mas por qualquer característica que as possa diferenciar (raça, nacionalidade, religião, et coetera).”⁶⁹ Haveria pessoas inservíveis das quais a economia prescinde, portanto, elas acabam por se tornar um custo sem agregar quaisquer benefícios para o restante da sociedade.

A “saída” é segregá-las, apartá-las removendo o incômodo social:

Ao descartar a pessoa como valor, visto supérflua nesta nova ordem, projeta-se a necessidade de maximização dos aparatos de controle penal/carcerário. A alternativa ao Estado providência, portanto, passa a ser o ‘Estado penitência’ uma máxima que parece ser a palavra de ordem na atualidade: **Estado social mínimo, Estado penal máximo**. Tudo porque ‘algum’ lugar deve ser reservado aos ‘inconvenientes’...

[...]

Gesta-se no interior dessa ideologia, uma saída plausível para aqueles que foram destituídos da cidadania: **a marginalização social potencializada pelo incremento da máquina de controle penal, sobretudo carcerária.**.(CARVALHO, 2008, pág. 216) (grifos nossos)

Semelhante é a conclusão de Lopes Jr.:

Podemos compreender perfeitamente que a sociedade é excludente e que o sistema penal, por ser uma fiel representação dela, é igualmente excludente. A sociedade coloca o indivíduo não-consumidor à margem (literalmente marginal), introduzindo-o no sistema penal, que na sua atividade de seleção atuará com toda dureza sobre o rotulado, o etiquetado, o não-consumidor. Até porque quem não é consumidor não é visto como cidadão.

Por isso, quem não tem poder econômico para consumir acaba sendo o cliente preferencial do sistema punitivo.⁷⁰

68 Ibid., p. 9.

69 Ibid., p. 215-216.

70 Ibid., p. 22-23.

A disseminação do medo e da insegurança faz emergir a cultura de emergência que desemboca numa emergência repressiva fazendo com que haja uma involução do ordenamento punitivo (CHOUKR, 2002, p. 4) – vide item 2.3. Decorre, então, o enrijecimento do Direito Penal ao criminalizar novas condutas e ao aumentar as penas já existentes a fim de diluir o sentimento de desordem e caos na sociedade.

Lobo considera que:

O direito penal é o meio mais gravoso de intervenção estatal, não apenas em virtude de ser o único ramo do direito a aplicar a privação de liberdade, mas, sobretudo, pela sua carga de estigmatização, ele apenas será legítimo se operar dentro de determinados limites e na busca de certos fins.⁷¹

A estigmatização ao rotular, ‘carimbar’ o apenado, impõe-lhe uma marca indelével perante a própria sociedade que o estigmatizou. Uma vez que adentrou o sistema penal após um processo seletivista e discriminatório será sempre visto de forma depreciativa, objeto de preconceito. A hipocrisia da ‘ressocialização’ alimenta e agrava uma sequência circular do sistema punitivista: seleciona (diferenciando pejorativamente), apena, encarcera, rotula, ‘liberta’, seleciona (agora mais facilmente, pois já se encontra rotulado), apena, encarcera...rotula... Lobo ao mencionar a gravidade da sanção criminal sobre o indivíduo ressalta que é uma sanção com carga estigmatizante “que traz em seu bojo, além do conteúdo de reprovação jurídica, um componente de reprovação ética.”⁷²

A entrância na própria prisão já é o problema em si. Lyra adverte que

Os egressos são produtos da prisão. É esta que cria os problemas da reincorporação. A prisão não prepara, nem pode preparar, para a liberdade.

[...]

“cumprida” a pena, o condenado há de ser libertado incondicionalmente, sejam quais forem suas condições, sempre pioradas, e as do ambiente social cada vez mais rude, intenso e egoísta.

O egresso é a prova de que a prisão se opõe a tudo quanto, elementarmente, conclui a ciência a serviço da humanidade. Perpetua-se o selo das mistificações e brutalidades carcerárias.

[...]

Quem estranhará a reincidência se reencontram agravadas extremamente as causas da incidência?⁷³

É um ciclo vicioso que se mantém, mas se amplia. Lopes Jr nessa direção afirma que

⁷¹ Ibid., p. 60.

⁷² Ibid., p. 123.

⁷³ Ibid., p. 94.

o sistema penal é auto-fágico. Ele se alimenta de si mesmo. Primeiro vem a exclusão (econômica, social, etc.), depois o sistema penal seleciona e etiqueta o excluído, fazendo com que ele ingresse no sistema penal. Uma vez cumprida a pena, solta-o, pior do que estava quando entrou. Solto, mas estigmatizado, volta às malhas do sistema, para mantê-lo vivo, pois o sistema penal precisa deste alimento para existir. É um ciclo vicioso, que só aumenta a exclusão social e mantém a impunidade dos não-excluídos (mas não menos delinquentes).⁷⁴

Prossegue o autor:

O ex-apanado não pode pretender senão os “empregos degradados e degradantes em razão do seu status judicial infamante”. Inequivocamente, contribui para alimentar o tráfico, a prostituição e todo o “capitalismo de rapina de rua”, como denomina Wacquant, na medida em que o ex-apanado, rotulado, não tem outra saída senão a volta ao crime. **É a autofagia do sistema penal.** (grifos do autor)

[...]

A prisão exporta sua pobreza.

Essa retroalimentação também foi salientada por Wacquant:

(...) o tratamento carcerário da miséria (re)produz sem cessar as condições de sua própria extensão: quanto mais se encarceram pobres, mais estes têm certeza, se não ocorrer nenhum imprevisto, de permanecerem pobres por bastante tempo, e, por conseguinte, mais oferecem um alvo cômodo à política de criminalização da miséria. **A gestão penal da insegurança social alimenta-se assim de seu próprio fracasso programado.**(WACQUANT apud LOPES Jr. 2004, pág 20) (grifos nosso)

O emprego generalizado da pena privativa de liberdade como sanção conduziu ao esgotamento do sistema carcerário que só fez incrementar os índices de criminalidade em um efeito de retroalimentação insano em que os excluídos socialmente e selecionados pelo sistema penal são segregados nos cárceres, mas que voltarão às ruas e tornar-se-ão alvos preferenciais do próprio sistema.

3.3 - Abolição de penas cruéis: sentido formal e realidade material

“O direito repressivo é injusto na sua raiz” Augusto Thompson

Sob orientação para estudo sobre a dignidade humana, li o livro Holocausto Brasileiro. Ao seu término, estarrecida diante do extermínio ocorrido no maior hospício do Brasil onde sessenta mil pessoas perderam as vidas das formas mais vis a que um ser humano poderia ser submetido, uma inquietação se fazia preemente em mim: como pode ocorrer um genocídio de

⁷⁴ Ibid., p. 18.

tal proporção sob os olhos do Estado e de toda a sociedade e nada ter sido efetivamente realizado para deter tamanha violência? Arbex (2013, p. 26-27), relata:

Sessenta mil pessoas perderam a vida na Colônia. As cinco décadas mais dramáticas do país fazem parte do período em que a loucura dos chamados normais dizimou, pelo menos, duas gerações de inocentes em 18.250 dias de horror.

[...]

Os deserdados sociais...abarrotavam os vagões de carga...

[...]

Retirado do convívio social... jamais poderia imagina que agora era o dono do seu tempo...

[...]

Os anos no Colônia consumiam os últimos vestígios de humanidade.

[...]

As vítimas de tratamento cruel não alcançaram respeito nem na morte.

Tomada de perplexidade não encontrava resposta até o momento em que construí o “liame” entre essa brutalidade e a realidade do cárcere hoje no Brasil.

Quantos morrem fisicamente nas prisões? Nas rebeliões? E a morte que já ocorre anterior à morte física? De forma geral, do sofá de nossas casas, seja proletariado, ou burguês remediado como Thompson se autointitula⁷⁵, ou classes abastadas, vivenciamos a questão penitenciária através do noticiário como algo distante, que não nos diz respeito. Ainda, como “agravante” temos em mente que eles (encarcerados) merecem tal tratamento dispensado mesmo. Arbex utiliza o termo “os socialmente mudos” para os internados e os “porões da loucura”⁷⁶ para o hospício, claramente pertinente à situação dos encarcerados nas condições que em (sobre)vivem nos presídios brasileiros.

Mantemos o mesmo silêncio como sociedade, somos coniventes com os massacres rotineiros que ocorrem nos interiores das celas e com isso chancelamos a exclusão de maneira idêntica ao que ocorreu com a questão do hospício conhecido como Colônia.

Não há que se negar que avançamos na formalização de documentos nacionais e internacionais no intuito de erradicar as penas cruéis, desumanas e degradantes. O Brasil ratificou em 1989 o documento Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos oriundo do I Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e para o Tratamento de

75 Ibid., p. xxi

76 Ibid., p. 66/82

delinquentes – este documento foi revisto e atualizado em 2015 e passou a intitular-se Regras de Mandela.

A opção pela linha humanitária também se desenhara na promulgação da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes através do Decreto nº 40 de 1991.

A Constituição consagra em seu art. 5º a vedação à tortura e ao tratamento desumano e degradante (inciso III), à pena de morte (salvo em tempos de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (XLVII). Ainda, são assegurados aos presos o respeito à integridade física e moral, dentre tantos outros expressos.

Nessa mesma orientação, Carvalho assinala que:

A primeira ordem de intervenção constitutucional na esfera penalógica é de natureza limitativa quanto à espécie da sanção e o sujeito a ser sancionado: restringiu determinados tipos de penas (art 5º, XLVII); limitou destinatários (art. 5º, XLV); e taxou possibilidades de sanção (art. 5º, XLVI).⁷⁷

À entrada em vigor em 1984 da Lei de Execuções Penais acresce também esse rol de formalidades protetivas de nosso ordenamento jurídico, especialmente seu artigo 41.

Um princípio constituído pela dignidade, trazida por Lobo é o da humanidade das penas:

que determina a proibição das penas cruéis ou de caráter perpétuo. Trata-se do princípio de grande relevância, já que a dignidade daqueles que não interessam ao Estado é sempre a que está mais ameaçada. Em decorrência deste princípio, o Estado não pode impor penas que violem a dignidade humana, nem mesmo a quem tenha cometido o pior dos delitos.⁷⁸

Se percorremos a História e verificamos que conquistamos, asseguramos formalmente várias garantias aos encarcerados, por que estamos diante de um sistema punitivo caótico, tão brutal e desumano diante da realidade? Thompson descreve que:⁷⁹

Tudo é organizado de sorte a lhes propiciar a nítida e clara sensação de pertencerem à mais baixa camada social, em termos de status. A sociedade timbra em mostrar que

⁷⁷ Ibid., p. 159.

⁷⁸ Ibid., p. 64.

⁷⁹ Ibid., p. 57.

os define, não como sua parte subordinada, mas como uma classe moralmente inferior de pessoas, cuja manutenção representa um custo, objetos a serem manipulados, sem direito a emitir opinião acerca do modo que isso será feito.

O que temos de realidade, segundo Lyra:

Hoje mais do que ontem, é o quadro dantesco da superlotação dos estabelecimentos penais, sem condições de classificação de presos, sob qualquer aspecto. Ociosidade. Degradação. Desassistência. Gastos altíssimos com a manutenção desse sistema inoperante, corrupto, criminoso e condenado, que industrializa o crime e estimula a reincidência, dissemina as deformações morais e doenças físicas, embrutecendo o preso ao ponto da mais vil das condições humanas e das naturalmente previsíveis rebeliões penitenciárias (LYRA, 1998, p. 8).

[...]

A prisão é a pena que priva o indivíduo da dignidade. Deve ser evitada a todo custo, salvo em casos de comprovada temibilidade, por atuações violentas contra pessoas, já comprovadas. (LYRA, 1998, p. 36)

Para Hannah Arendt:

A calamidade dos que não têm direitos não decorre do fato de terem sido privados da vida, da liberdade ou da procura da felicidade, nem da igualdade perante a lei ou da liberdade de opinião – fórmulas que se destinavam a resolver problemas dentro de certas comunidades – mas do fato de já não pertencerem a qualquer comunidade. Sua situação angustiante não resulta do fato de não serem iguais perante a lei, mas de não haver ninguém mais que se interesse por eles, sem que seja para oprimi-los. Só no último estágio de um longo processo o seu direito à vida é ameaçado; só se permanecerem absolutamente ‘supérfluos’, se não se puder encontrar ninguém para reclamá-los, as suas vidas correm perigo. [...] O importante é que se criou uma condição de completa privação de direitos antes que o direito à vida fosse ameaçado. (ARENDR, Hannah, 1939, p. 29 apud LOBO, p. 26)

Os dados coletados pelo INFOPEN em 2014 relatam a assombrosa morte de 565 presos dentro dos presídios somente no primeiro semestre daquele ano. Isso sem contar os dados do Estado de São Paulo e do Rio de Janeiro que não forneceram suas informações desatendendo à solicitação do Ministério da Justiça⁸⁰.

Outra questão que assombra o Poder Público é a superlotação carcerária (vide tabela 4). Não há mais como colocar embaixo do tapete tamanha aberração em pleno século XXI. Não é possível mascarar a submissão tão desumana e degradante que se encontram os encarcerados. Sujeitos a várias formas de tortura, seja pelos próprios pares seja por agentes estatais responsáveis pela sua custódia.

⁸⁰ Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>. Acessado em 31/10/2017

Como exemplo, tomemos o caso em que o próprio Estado infringe as normas ao infligir uma pena a ser cumprida num estabelecimento como um container, conforme debatido no HC 142.513 julgado pela Sexta Turma do STJ:

HC 142513 / ES HABEAS CORPUS 2009/0141063-4

Prisão (preventiva). Cumprimento (em contêiner). Ilegalidade (manifesta). Princípios e normas (constitucionais e infraconstitucionais).

1. Se se usa contêiner como cela, trata-se de uso inadequado, inadequado e ilegítimo, inadequado e ilegal. Caso de manifesta ilegalidade.
2. Não se admitem, entre outras penas, penas cruéis - a prisão cautelar mais não é do que a execução antecipada de pena (Cód. Penal, art. 42).
3. Entre as normas e os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, estão: dignidade da pessoa humana, prisão somente com previsão legal, respeito à integridade física e moral dos presos, presunção de inocência, relaxamento de prisão ilegal, execução visando à harmônica integração social do condenado e do internado.
4. Caso, pois, de prisão inadequada e desonrante; desumana também.
5. Não se combate a violência do crime com a violência da prisão.
6. Habeas corpus deferido, substituindo-se a prisão em contêiner por prisão domiciliar, com extensão a tantos quantos - homens e mulheres - estejam presos nas mesmas condições.

Recentemente, houve posicionamento do STF em relação ao direito de indenização do preso que se encontra submetido à situação degradante e à superlotação. O Plenário aprovou também a seguinte tese, para fim de repercussão geral, mencionando o dispositivo da CFRB que prevê a reparação de danos pelo Estado:

“Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”⁸¹

Decisão proferida em 16 de fevereiro último no julgamento do Recurso Extraordinário 580252:

RE 580252/ MS - MATO GROSSO DO SUL

Ementa

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. "Princípio da reserva do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabele-

81 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352> Acessado em: 31.10.2017

cidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem. 4. A violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda. 5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, “e”; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 - crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955). 6. Aplicação analógica do art. 126 da Lei de Execuções Penais. Remição da pena como indenização. Impossibilidade. A reparação dos danos deve ocorrer em pecúnia, não em redução da pena. Maioria. 7. Fixada a tese: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”. 8. Recurso extraordinário provido para restabelecer a condenação do Estado ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao autor, para reparação de danos extrapatrimoniais, nos termos do acórdão proferido no julgamento da apelação

Uma instância estatal reconhecer formalmente que as penas desumanas e degradantes fazem parte da rotina das carceragens por todo o país pode ser o primeiro passo para alteração de uma realidade material contundente que pulsa no seio de uma sociedade que se mantém em silêncio diante de tantas atrocidades.

Capítulo 4

A FALÁCIA DA PRISÃO COMO NORTEADORA DA REFORMA DO CRIMINOSO

4.1 - Efeitos da prisionização, reforma do criminoso e adaptação à vida livre

O ambiente penitenciário com seus muros isoladores demonstra que não deve haver contato entre os ‘internos’ e o mundo exterior. É um *locus* de restrição, vigilância e controle sobre quem nele está inserido. Apropriando-nos de um conceito da sociologia, oportuno se faz trazer Goffman:

uma instituição total pode ser definida como um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada⁸².

Thompson reforça essa visão:

82 GOFFMAN, Erwing. Manicômios, prisões e conventos. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 1974, p.11

A característica mais marcante da penitenciária, olhada como um sistema social, é que ela representa uma tentativa para a criação e manutenção de um grupamento humano submetido a um regime de controle total, ou quase total. As regulações minuciosas, estendendo-se a toda a área da vida individual, a vigilância constante, a concentração de poder nas mãos de uns poucos, o abismo entre os que mandam e os que obedecem, a impossibilidade de simbiose de posições entre os membros das duas classes – tudo ocorre para **identificar o regime prisional como um regime totalitário**.⁸³ (grifos nossos)

O fechamento desse sistema em si mesmo propicia a emergência de um sistema social autônomo. Prossegue o autor

Aquele que ingressa na sociedade penitenciária submete-se a um processo de assimilação...

[...]

devemos entender por assimilação o processo lento, gradual, mais ou menos inconsciente, pelo qual a pessoa adquire o bastante da cultura de uma unidade social, na qual foi colocado, a ponto de se tornar característico dela.

Ele acrescenta o estudo de Donald Clemmer ao conceituar o termo prisonização que “indica a adoção, em maior ou menor grau, do modo de pensar, dos costumes, dos hábitos – da cultura penitenciária.” Thompson entende semelhantes os conceitos de assimilação e prisonização, pois, segundo ele, todos aqueles que são confinados ao cárcere sujeitam-se à prisonização em alguma extensão⁸⁴.

É um mundo diferente e particular onde ele ‘assimilará’ novos comportamentos para se acomodar a novos padrões daquele universo: “transforma-se, de um só golpe, numa figura anônima de um grupo subordinado; traça as roupas dos membros desse grupo; é interrogado e admoestado; ... aprende comportamento sexual anormal; desconfia de todos.” Não é possível entrar e sair do ambiente penitenciário sem sofrer quaisquer dessas influências. Conseqüentemente, sua personalidade é afetada: “sua personalidade desorganiza-se durante o processo de adaptação que se lhe torna difícil um ajustamento feliz à sociedade livre, quando a ela torna.”⁸⁵

O professor da UFRJ Pedro Paulo Bicalho, doutor em Psicologia, no *VII Workshop sobre o Sistema Penitenciário Federal* promovido pelo Conselho de Justiça Federal em 2016, relatou sobre os problemas da prisonização nas penitenciárias federais. Uma pesquisa, realizada pelo

83 Ibid., p. 22.

84 Ibid., p. 23.

85 Ibid., p. 23-24.

Programa de Pós-graduação em Políticas Públicas em Direitos Humanos da UFRJ, coordenada por ele, apontou que dos 101 presos na penitenciária federal de Catanduvas (PR), 62% faziam uso de alguma medicação, sendo 93% dos medicamentos de origem psicotrópica. Um dado interessante debatido pelo professor demonstra que os transtornos sofridos pelos presos não ficaram circunscritos apenas às penitenciárias estaduais que possuem situações mais precárias:

Alterações no sono recorrentes, transtornos de ansiedade, sintomas de depressão, estresse, paranoia e dependência química são os principais agravos relatados pelos profissionais que lidam com o ambiente prisional e pelos internos. E os transtornos mentais não são maioria ou exclusividade dos presídios estaduais que trazem problemas graves de superpopulação e falta de atenção à saúde em geral do preso. Esses aparecem também nas penitenciárias federais, mesmo com condições de estrutura melhores⁸⁶.

Na mesma linha de pensamento, Lyra:

A melhor prisão é causa de doenças e vícios. Não é o lugar que vicia e enlouquece, é a condição, é a vida de preso. Doenças físicas e não somente morais e mentais. Ninguém contesta que a prisão enriqueceu o elenco psiquiátrico com a chamada psicose carcerária, psicose de situação, hoje redistribuída e rebatizada, e que propicia outras doenças e perturbações mentais, além de novos capítulos da patologia sexual.⁸⁷

O fenômeno da desindividualização é outra característica recorrente de quem esteve sob o jugo do cárcere. A individualidade se esvai no grupo, no todo. A consciência de si, de se autodeterminar perde terreno à medida que o processo de assimilação se perfaz. Os presos são números agrupados em celas que devem obedecer a regras e submeterem-se à disciplina. Thompson leciona que “a rigidez da disciplina – preço alto que se paga pela segurança – traduz-se na supressão do autodiscernimento, da responsabilidade pessoal, da iniciativa do paciente”.⁸⁸ Lyra colabora ao tematizar a questão:

Individualização? Presos de personalidade e costumes opostos, são e doentes, finos e grossos, cultos e ignorantes hão de identificar-se, dia e noite, em todos os momentos inclusive na mesma cédula, na mesma mesa, no mesmo pátio, senão na mesma “cama” – muitas vezes o chão. A prisão não permite individualização.
[...]

86 Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/junho/discussao-sobre-os-efeitos-do-aprisionamento-em-penitenciarias-federais-encerra-workshop-no-cjf> acessado em 04/11/2017

87 Ibid., p. 60.

88 Ibid., p. 9.

A prisão uniformiza, numera, desindividualiza, despersonaliza.⁸⁹

Após passar por todo esse processo, a sociedade espera que o ex-detento surja “regenerado” como apto ao convívio social novamente, sem levar em conta a estigmatização que ele vai sofrer ao se deparar com a vivência extramuros. Lobo ao analisar a crise da prevenção especial positiva trouxe a seguinte crítica e constatação:

A falta de capacidade do cárcere para cumprir as metas de reeducação, decorrente da impossibilidade de se educar para a liberdade na prisão, foi amplamente denunciada por estudos empíricos, que comprovavam não apenas a ausência de resultados positivos, mas principalmente **o caráter crimínógeno do cárcere.**⁹⁰ (grifos nossos)

Para Thompson não é possível “propiciar à penitenciária condições de regeneração dos presos.” Ele destaca que a reincidência é uma prova contundente de que a instituição penal fracassou e aponta a ausência de estudos acerca das causas e das responsabilidades por esse insucesso. Complementa, ainda: “reformatar criminosos pela prisão traduz uma falácia e o aumento de recursos destinados ao sistema prisional, seja razoável, médio, grande ou imenso, não vai modificar a verdade da assertiva”.⁹¹

Essa afirmação encontra amparo em relatório elaborado pelo INFOPEN ao tratar estatisticamente da evolução histórica do número de vagas oferecidas entre os anos de 2000 e 2014 demonstrando que houve aumento no oferecimento de 275% neste período ao saltar de 136.710 para 376.669 vagas⁹².

O enrijecimento do Direito Penal - seja no agravamento das penas já existentes, seja na criminalização de novas condutas - e o recrudescimento do número de encarcerados não resolveram o problema da violência. Caso contrário, estaríamos a passos largos em direção à solução, uma vez que estamos sempre elaborando “reformas penais” a toque de caixa ao sabor das circunstâncias urgentes e possuímos, em números absolutos, a quarta maior população carcerária do Planeta.

89 Ibid., p. 66.

90 Ibid., p. 72.

91 Ibid., p. 1

92 <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>

Os números da violência e da reincidência comprovam que a prisão como instrumento reformador dos detentos é uma falácia. Pelo contrário, jogá-los nas garras do sistema prisional é fomentar que saiam mais criminosos do que quando ali adentraram. Vivemos o cúmulo da hipocrisia porque somos conhecedores, ao menos em imaginário mínimo, do que realmente se passa dentro das carceragens e nos arrogamos a pretensão de vê-los redimidos entre nós. Thompson afirma que treinar homens para a vida livre, submetendo-os a condições de cativo é um absurdo e que pelo contrário, a adaptação à prisão implica em desadaptação à vida livre.⁹³

4.2 - Reincidência

*Quem estranhará a reincidência se reencontram agravadas expremamente
as causas da incidência? Roberto Lyra*

O conceito de reincidência constante no Código Penal, em seu artigo 63:

Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

O artigo 64 do mesmo certame:

Para efeito de reincidência:

- I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão condicional, se não ocorrer revogação;
- II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

Da simples leitura dos artigos, podemos inferir:

- I. Diante da ocorrência de novo crime, há que se ter cometido outro crime com uma sentença condenatória transitado em julgado;
- II. Para que incida reincidência, o novo crime deve ocorrer após o trânsito em julgado;

93 Ibid., p. 12

- III. Ainda que incorra as duas hipóteses anteriores, a reincidência não prevalece se houver um lapso temporal acima de 5 anos entre os dois crimes.

O legislador não se utilizou do gênero infração penal, tão somente optou pelo crime deixando de fora a contravenção penal. Ausente a previsão legal, não pode o magistrado se valer da ocorrência de alguma contravenção penal como circunstância legal de aumento de pena. Isso seria uma forma de aplicação analógica (art. 3º Código de Processo Penal) criando mais um caso de reincidência, ou seja, *in malam partem*, o que é vedado.

Temos, ainda, o Decreto-Lei 3.688/1941 intitulado Lei das Contravenções Penais que também legisla o instituto da reincidência em seu artigo 7º.:

Art. 7º Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.

Dessa dicção legal, extraímos:

- I. Tendo cometido uma contravenção após o trânsito em julgado de uma sentença que o tenha condenado por um crime, o mesmo é reincidente. Observa-se que o crime tanto pode ter sido cometido no Brasil quanto no exterior;
- II. Ocorre o mesmo se a contravenção for cometida após a condenação transitada em julgado de outra contravenção. Nessa hipótese, só cabe a contravenção ocorrida em território nacional, pois o princípio da extraterritorialidade da lei penal brasileira não atinge a contravenção penal. Não precisamos entrar esmiuçar o que seja tido como território nacional, pois ultrapassaria os limites da intenção do presente trabalho.

Esses são os parâmetros para a acepção de reincidência legal que em caso de dosimetria da pena atua como circunstância agravante (art. 61, I, CP). Contudo, para abarcar a reentrância de pessoas no sistema de justiça criminal, necessitar-se-ia uma visão mais ampla deste instituto que extrapolasse essas delimitações legais criando novas variáveis a fim de se apurar com mais precisão o número de indivíduos que retornam às carceragens.

O CNJ em acordo de cooperação técnica com o IPEA em 2015 elaborou um relatório de pesquisa sobre Reincidência Criminal no Brasil (IPEA, 2015). De acordo com este relatório, a taxa de reincidência criminal legal na amostra pesquisada foi de 24,4%.

Há algumas outras pesquisas com índices bem variados devido às diferentes conceituações dadas ao que seja reincidência. O próprio estudo elenca outras taxas que variam entre 30% e 70%.⁹⁴

De toda sorte, os índices são altos e a questão se volta para compreender o que mantém essas taxas em patamares elevados. Uma hipótese inicial é que o projeto ‘ressocializador’ falhou, comprovado tanto pelo número de encarcerados que o Brasil atingiu quanto pelo retorno desses mesmos encarcerados ao sistema prisional. É um ciclo que se produz, reproduz e ao mesmo tempo se amplia. Thompson ao tratar do tema afirma que:

a repetição frequente da recidiva, por parte daqueles que cumpriram pena, representada, às vezes, pelo retorno ao cárcere de pessoas que mal saíram dele. Trata-se de prova manifesta de que a instituição falhou nos objetivos, sobretudo o que atende à intimidação e à recuperação.⁹⁵

O autor enfatiza que a sociedade de modo geral não esboça reação quanto à reincidência, embora recorrentemente se tenha notícias desse tipo de acontecimento, mas que o mesmo não ocorre quando se trata de fuga, rebeliões ou homicídios intramuros. Tornam-se fontes de protestos e, dependendo da proporção, desembocam em grandes escândalos públicos. Prossegue Thompson: alguém já conseguiu fazer prisão punitiva ser reformativa? – a experiência penitenciária, de mais de cento e cinquenta anos, responde: não, em nenhuma época e em nenhum lugar”.⁹⁶

Uma outra hipótese diz respeito às condições das prisões no Brasil, em grande medida devido à superlotação. A organização Human Rights Watch em seu relatório mundial 2017 na parte referente ao Brasil aborda o assunto das condições das prisões, tortura e maus tratos aos detentos e afirma que um dos fatores que incrementou o aumento de encarcerados foi a edição da Lei de Drogas:

Um fator chave para o drástico aumento da população carcerária no Brasil foi a lei de drogas de 2006, que aumentou as penas para traficantes. Embora a lei tenha substituído a pena de prisão para usuários de drogas por medidas alternativas como

94 IPEA. Reincidência Criminal No Brasil. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf Acessado em 18/10/2017

95 Ibid., p. 8

96 Ibid., p. 10

o serviço comunitário – o que deveria ter reduzido a população carcerária –, sua linguagem vaga possibilita que usuários sejam processados como traficantes. Em 2005, 9 por cento dos presos haviam sido detidos por crimes associados às drogas. Em 2014, eram 28 por cento, e, entre as mulheres, 64 por cento, de acordo com os últimos dados disponíveis.⁹⁷

A opção encontrada em lançar mão de um protagonismo do direito penal ao disseminar a pena de prisão como solução de questões sociais só tem feito aumentar o problema. Consoante Lopes Jr.⁹⁸ “é a triste opção por um **tratamento penal e não social da miséria.**” Basta lançarmos olhar sobre os detentos: pobres, negros e jovens para percebermos a verdade da assertiva proposta pelo autor.

O panorama geral são celas lotadas, sem vasos sanitários, apenas um buraco no chão para vários detentos, não há camas suficientes, até porque não caberiam, pois muitos têm que revezar para dormir. Higiene pessoal não é possível, não há janelas, a comida é de péssima qualidade. Há ainda os maus tratos dos agentes estatais que fomentam o ciclo do ódio e da violência. Para Lyra “prisão é rutura, de ofício, do chamado contrato social. O preso passa, compulsoriamente, a vegetar, noutra sociedade. Prisão é morte moral, morte cívica, morte civil, morte mesmo pela consumação de vida.”⁹⁹

Aduz o autor que:

a prisão visa a prevenir e a reprimir crimes. Ora, a prisão é causa de crimes. Logo, a prisão é contraproducente. Por que conservar como efeito o que é causa, sem, sequer, tentar recursos novos – real e não aparentemente – na exata medida das necessidades? Fechar prisão é, especificamente, obra cirúrgica de prevenção criminal. Os crimes resultantes da pena são maiores e piores do que os mais graves crimes.¹⁰⁰

97 Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2017/country-chapters/298766> Acessado em 18/10/2017

98 Ibid., p. 22, grifos do autor

99 Ibid., p. 58

100 Ibid., p. 76

É importante salientar que Lyra não é um abolicionista penal. Em outra passagem ele se posiciona a favor da prisão somente para crimes muito graves: “a prisão é a pena que priva o indivíduo da dignidade. Deve ser evitada a todo custo, salvo em casos de comprovada temibilidade, por atuações violentas contra pessoas, já comprovadas.”¹⁰¹

O INFOPEN realizou levantamento de informações penitenciárias em 2014 que corrobora com a visão de Lyra. O relatório assevera que:

Não há pistas de que o encarceramento desse enorme contingente de pessoas, cuja análise do perfil aponta para uma maioria de jovens (55,07% da população privada de liberdade tem até 29 anos), para uma sobre-representação de negros (61,67% da população presa), e para uma população com precário acesso à educação (apenas 9,5% concluíram o ensino médio, enquanto a média nacional gira em torno de 32%) esteja produzindo qualquer resultado positivo na redução da criminalidade ou na construção de um tecido social coeso e adequado. Basta registrar que partimos de noventa mil presos no início da década de noventa, e saltamos para mais de seiscentos mil presos, num intervalo de menos de 25 anos. Tal considerável incremento não se fez acompanhar de uma redução na incidência de crimes violentos, nem tampouco da sensação de segurança por parte da sociedade brasileira, o que em tese poderia justificar o enorme custo social e financeiro do encarceramento. Pelo contrário, **o cárcere tem reforçado mecanismos de reprodução de um ciclo vicioso de violência que, como padrão, envolve a vulnerabilidade, o crime, a prisão e a reincidência e, por vezes, serve de combustível para facções criminosas**¹⁰² (INFOPEN, 2014) (grifos nossos)

Sob essas condições, o ex-detento que ora se encontrou tutelado pelo Estado brasileiro, ao retornar ao convívio da sociedade carrega consigo um ranço socializador que adquiriu no presídio por questão de sobrevivência. Essa passagem pelo sistema prisional imprimiu marcas que o fará estigmatizado e obstaculizará sua reincorporação ao convívio social.

Até mesmo o Estado com suas mazelas dificulta a reinserção daquele que foi posto em liberdade, porém, ainda com seus direitos políticos suspensos, como por exemplo, em liberdade condicional. Todos aqueles que se encontram nesta situação são impedidos de retirar o título de eleitor quando procuram a Justiça Eleitoral. São incontáveis os casos dos que batem à porta dessa Justiça especializada para regularizar seu alistamento eleitoral. Na maioria dos casos porque estão a procura de trabalho, e muitos dentre esses, com o trabalho já obtido, e saem do Cartório Eleitoral sem a sua demanda atendida.

101 Ibid., p. 36

102 Renato Campos Pinto de Vitto - Diretor-Geral do Departamento Penitenciário Nacional
Eugênio José Guilherme de Aragão - Ministro da Justiça

No que toca a discriminação sofrida, o relatório do IPEA trouxe parecer sobre pesquisa qualitativa em que alguns ex-detentos foram entrevistados:

Nenhum dos entrevistados desconsiderava o estigma que envolve o cárcere. Para os que estavam no semiaberto, era uma realidade que disseram enfrentar no dia a dia e que interferia no processo de reinserção social. Geralmente, as pessoas os consideravam inaptos para o convívio em sociedade, tratando-os com preconceito e discriminação, o que gerava revolta

[...]

A estigmatização exercida pelos efeitos da prisão foi apontada pelos entrevistados como um dos principais fatores que impeliriam os indivíduos a reincidirem em práticas delituosas. Quando colocado em liberdade, a sociedade discriminava e não oferecia espaço de êxito social para o preso e, por esta razão, muitos reincidiam.

[...]

A percepção sobre a falta de oportunidades era atrelada à visão preconceituosa que a sociedade tinha do preso, que negava até a humanidade destes sujeitos. (IPEA, 2015)

Salta aos olhos que a elevada taxa de reincidência só recrudesce o caos que já se encontra o sistema carcerário, mantendo e evoluindo um ciclo de retroalimentação punitivista, acirrando os problemas substanciais que o Estado insiste em tratar como crimes e, por conseguinte, com encarceramento.

Capítulo 5

DESPRISIONIZAÇÃO

5.1 – A “excepcionalidade” das prisões provisórias

*Eu sou do povo, eu sou um Zé Ninguém
Aqui embaixo, as leis são diferentes
Biquini Cavadão*

O termo ‘prisão provisória’ em si já aguça nossos sentidos, posto que nos incomoda, ou ao menos, deveria, a contradição que o mesmo nos coloca. O cerceamento da liberdade, de medida tão radical frente ao indivíduo e seu invólucro de dignidade, só resta plenamente viável e aceito após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória para que de fato seja respeitado o Estado Democrático de Direito que estamos construindo tão arduamente no decorrer de nosso processo histórico. A CFRB em seu artigo 5º assim consagrou:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Por ser medida excepcionalíssima deve está revestida de parâmetros de legalidade estrita de modo que estejam expressos os motivos e fundamentos que a ensejam .

O artigo 283 da Lei 12.403/11 avança nas hipóteses expressas elencadas na CFRB:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, **no curso da investigação** ou do processo, em virtude de **prisão temporária** ou prisão preventiva. (grifos nossos)

Houve grande debate doutrinário e jurisprudencial quanto à inconstitucionalidade da prisão temporária, mas prevaleceu a posição do STF pela sua constitucionalidade¹⁰³.

Nossa legislação infraconstitucional prevê algumas hipóteses de prisões provisórias:

- Prisão em flagrante tratado no CPP entre os artigos 301 ao 310;
- Prisão temporária tratada na Lei 7.960/89;
- Prisão preventiva tratada entre os artigos 311 e 316 do CPP.

A noção que essas prisões carregam é a cautelaridade uma vez que não há condenação transitada em julgado; logo, não enseja caráter punitivo. Independentemente de suas diferentes características, o que temos que manter em vista é que está sendo preso um

103 O debate se deu acerca da Medida Provisória 111/89 e sua conversão – ou não - na Lei 7960/89

inocente. Ainda que reste provado que os elementos do injusto penal e da culpabilidade estejam presentes, isso somente se dará ao final de um processo que precisa ser resguardado de todas as suas formalidades e garantias, posteriormente seguido de uma condenação e após exauridos todas as possibilidades de recurso. Nesse diapasão, Karam:

O encarceramento anterior ao julgamento é medida, mais do que qualquer outra, de caráter excepcional. A legalidade processual remete tal medida a critérios evidenciadores de que a permanência do indiciado ou processado em liberdade constituiria ameaça para o normal desenvolvimento do processo ou para a eventual aplicação futura da pena, nada tendo a ver, portanto, com a natureza do delito atribuído, cuja efetiva ocorrência só poderá passar do terreno das hipóteses para o plano concreto, quando da cognição definitiva do mérito, a ser feita no momento da sentença.¹⁰⁴

Conforme afirmado, por se tratar de privação tão drástica, qual seja, a liberdade de locomoção do indivíduo – que incidirá reflexamente em outras liberdades – deve ser medida raríssima. Entretanto os dados apontam para uma realidade bem diferente: cerca de 40,13% das prisões em todo o país são provisórias – vide tabela 5. Tal índice torna-se mais alarmante quando se verifica o tempo excessivo que elas encerram (vide tabela 6). Lyra expõe a questão da provisoriedade das prisões cautelares:

A natureza jurídica da prisão cautelar impõe-se o cunho da provisoriedade, do contrário não nasceria com prazo máximo legal. Inimaginável admiti-la possivelmente extensível até o decreto prisional da sentença condenatória, tal como uma longa via urbana que a partir de determinada esquina muda de nome, embora siga sendo a continuação da mesma reta.¹⁰⁵

Nem mesmo a edição da Lei 12.403/11 – conhecida como Lei das medidas cautelares - alterou esse caráter de “quase regra” às prisões provisórias. Sua edição se deu sob a expectativa de que os magistrados haveriam de lançar mão com mais frequências de tais medidas alternativamente à prisão processual cautelar. O CPP as elenca em seu artigo 319:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

104 Ibid., p. 192

105 Ibid., p. 28

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica¹⁰⁶.

Diante do aumento escalar do número de encarcerados, parece-nos que a esperança se diluiu. A dificuldade de produção de dados oficiais acerca dessas medidas não permite um enfoque mais aprofundado, mas temos a realidade como baliza.

Uma problemática que se lançou diz respeito ao termo “ordem pública” presente no artigo 312 do CPP, pois, ao que parece, virou um grande guarda-chuva que abriga as mais diversas matizes. Choukr comenta que o artigo 312 do referido diploma ao permanecer com a expressão ordem pública como um dos fundamentos para tais prisões em nada colabora para alterar a expansão judicial processual penal:

Pode-se afirmar no âmbito da técnica processual que a manutenção do fundamento “ordem pública” na “reforma” de 2011 nada alterou o expansionismo judicial processual penal e, diante do autorizado emprego do processo penal como instrumento de política pública pelo STF não se traduz numa expressão de constitucionalismo garantista mas, sim principialista.

O resultado concreto é que um sistema que se apregoou como tendente à minimização resistiu e se manteve vivo em sua essência, e os resultados positivos propagandeados só acontecem por meio de maquiagens das estatísticas.¹⁰⁷

106 Levantamento realizado pelo DEPEN apontou em 2015 a monitoração eletrônica de 18.172 pessoas. Desse universo, 86,18% estão atrelados à execução penal ao passo que as medidas cautelares ou protetivas juntas somam 12,63%.

107 Disponível em: <https://fhchoukr.jusbrasil.com.br/artigos/156575232/as-medidas-cautelares-pessoais-no-processo-penal-brasileiro-panorama-dos-tres-anos-da-lei-n-12403-11> Acessado em 06/11/2017

Mais do que isso: a ordem pública como fundamento da decretação da prisão preventiva vai de encontro à base assecuratória protetiva emanada da Carta Magna e inverte os “pólos” fazendo do processo penal não um instrumento de proteção individual, mas, sim, uma ferramenta punitiva estatal:

Diante de nítida matriz autoritária da legislação processual vigente, torna-se incompreensível a interpretação de paridade, de convívio harmônico e de fins homogêneos, ao menos em eu cotejo com o comando constitucional. A garantia da ordem pública como fundamento de decretação da prisão preventiva, de acordo com a redação do artigo 312 do Código de Processo Penal, é um dos indiscutíveis elementos desse antagonismo, dessa incongruência. O processo se torna um instrumento a serviço do poder punitivo estatal e não seu limitador, tal qual se estabelece pelo elenco constitucional de direitos e garantias individuais. (GONÇALVES; GONÇALVES, 2015, p. 96-97)

A polivalência de sentido que a expressão “garantia da ordem pública” resguarda permite uma lacuna subjetiva que é utilizada de modo desregrado, seja para fundamentar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, seja para decretar a prisão preventiva; e, mais recentemente, até mesmo para fundamentar prisão após condenação em 2ª instância, ainda que seja hábil o manejo de recursos. Lopes Jr. possui visão mais crítica e severa quanto a essa expressão:

Obviamente que a prisão preventiva para garantia da ordem pública não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional, até porque nessa matéria, é imprescindível a estrita observância do princípio da legalidade e da taxatividade. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in malam partem*) que amplie o conceito de “cautelar” até o ponto de transformá-la em “medida de segurança pública”¹⁰⁸.

Além de ofender o princípio da presunção de inocência, ousaria a inferir que fere também o princípio da ampla defesa, pois sua generalidade dificulta a formulação de uma defesa técnica bem fundamentada.

No mesmo artigo do CPP, estabelece-se a prisão cautelar para assegurar a aplicação da lei penal. Quanto a este ponto, Lopes Jr. destaca:

No que se refere à **prisão cautelar para tutela da aplicação da lei penal**, estamos diante de uma medida verdadeiramente cautelar. Novamente a questão é saber se realmente existe a cruel necessidade a legitimá-la.

Recordemos que é absolutamente inconcebível é qualquer hipótese de presunção de fuga, até porque substancialmente inconstitucional frente à Presunção de Inocência. Toda decisão determinando a prisão do sujeito passivo deve estar calcada em fundado temor, determinado, que justifique o receio de evasão do réu. Infelizmente muitos juízes olvidam-se disso, e, com base em frágeis elementos, tomam essa decisão tão séria e estigmatizante.¹⁰⁹ (grifos do autor)

108 Ibid., p. 207

Há uma tendência ao apego à severidade punitiva consagrada no Poder Judiciário que se reflete nas prisões provisórias e nos regimes escolhidos pelo magistrado quando da sentença condenatória. Em relação àquele, em 23/02/2017 o CNJ divulgava:

O percentual de presos provisórios por Unidade da Federação oscila entre 15% a 82%; De 27% a 69% dos presos provisórios estão custodiados há mais de 180 dias; O tempo médio da prisão provisória, no momento do levantamento, variava de 172 dias a 974 dias; Os crimes de tráfico de drogas representaram 29% dos processos que envolvem réus presos; crime de roubo, 26%; homicídio, 13%; crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, 8%; furto, 7%; e receptação, 4%.¹¹⁰

Em relação a este ponto, a diretora do IDDD, Isadora Fingerhann:

Em 2005, uma pesquisa realizada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD concluía que “a maioria dos indivíduos acusados por roubo obtém uma condenação no regime mais gravoso que o previsto em lei, ainda que primários e tendo obtido aplicação da reprimenda base no mínimo legal; e que, a fundamentar as decisões, encontram-se, em grande medida, motivações de caráter extrajurídico e de cunho ideológico, comuns às teses encontradas no senso comum sobre a criminalidade”.

Dez anos depois, em junho de 2015, o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça publica um levantamento com informações penitenciárias em que revela o que já se sabe há tempos: **o rigor punitivista do Poder Judiciário há muito contribui para o aprofundamento da crise no sistema de justiça criminal**, baseada na consolidação de odiosa política de encarceramento em massa e na consequente ilegal – e desumana – superlotação do sistema penitenciário. (grifos da autora)

[...]

53% das pessoas cumprindo pena nas unidades prisionais brasileiras foram sentenciadas a penas de até 8 anos de reclusão, patamar que autoriza, por lei¹², a concessão de regime semiaberto ou aberto de cumprimento de pena. Entretanto, apenas 18% desses sentenciados foram efetivamente condenados em regimes mais brandos.¹¹¹

Isso nos induz a suspeitar que o protagonismo penal tão demandado em nossa época tenha influência reflexa sobre esse desenfreado número de prisões provisórias que temos testemunhado. Karam assinala que:

quando intervém o sistema penal, com a criminalização de condutas, que constituem algumas (...) situações conflituosas ou problemáticas, ao mesmo tempo em que a solução do conflito se transfere para o âmbito do Estado, todos os outros estilos são excluídos, para se concentrar o controle na reação punitiva.¹¹²

109 Ibid., p. 211

110 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais> Acessado em 11/11/2017

111 (INFORMATIVO REDE JUSTIÇA CRIMINAL Nº 8, JANEIRO/2016) Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf> Acessado em 11/11/2017

Essa ênfase conferida à reação punitivista frente aos conflitos sociais não está isolada. Ela vem acompanhada de uma opção majoritária pela segregação antecipada da liberdade, segregação essa que possui certa seletividade nessas decretações de prisões: há “clientes preferenciais” para ingressar nesse cenário sancionatório maquiado de cautelaridade.

Uma postura, uma visão penalista arraigada que insiste em não inovar, em não se ajustar à legislação que de forma incipiente vai tomando o alinhamento constitucional e que tem como pano de fundo, hipótese aqui levantada, o modelo periculosista¹¹³ e a subjetivação processual. O indiciado, o réu e o acusado são tomados, na maioria das vezes, como inimigos e perigosos. Lyra ao criticar a inversão da presunção de inocência em presunção de culpa que vem ocorrendo no bojo dessas prisões provisórias traz uma fala do Ministro Marco Aurélio que ratifica esse manuseio da subjetivação processual:

Prende-se, para depois averiguar a culpa, com decretos de prisão temporária baseados na intuição.

[...]

A prisão temporária não pode resultar da capacidade intuitiva de quem quer que seja. Não pode estar alicerçada em suposições. (...). Mas o que é pior? Um inocente na cadeia ou um culpado em liberdade até que se tenha a causa transitada em julgado? (AURELIO, Marco apud Roberto Lyra, 2013, pág. 35)

No mesmo sentido dessa crítica:

A **garantia da ordem pública** é instituto característico de quaisquer legislações autoritárias, por **possuir elevado grau de subjetivismo intrínseco** funciona perfeitamente como mecanismo de exercício de poder e legitimação de atrocidades. (grifos nossos) (GONÇALVES; GONÇALVES, 2015, p. 97-98)

Karam ao abordar a imagem do perigoso, do inimigo exprime que:

é naquela construção e propagação da imagem do criminoso, do perigoso, do inimigo, imagem formada basicamente a partir do perfil dos apenados, selecionados nas camadas mais baixas e marginalizadas da população, que a prisão exerce seu mais relevante papel na manutenção e reprodução da formação social capitalista.¹¹⁴

Se fizermos uma busca nos julgados dos Tribunais, verificaremos que a hipótese aqui levantada acerca da vinculação entre ordem pública e periculosidade encontra respaldo

112 Ibid., p. 172

113 Lembra-nos da teoria da prevenção especial negativa em que o ‘delinquente’, o perigoso precisa estar isolado do meio social

114 Ibid., p. 185

empiricamente, merecendo, até mesmo, uma exploração mais aprofundada sobre o tema. Seguem dois julgados realizados pelo STF :

HC 125173 SP - SÃO PAULO Julgamento: 12/09/2017

Ementa: HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. 1. A **prisão preventiva** está apoiada em elementos concretos para **resguardar a ordem pública** (CPP, art. 312), em especial a **periculosidade do paciente**, indicada pela expressiva quantidade de droga (6.358,63 g de cocaína) encontrada em seu poder. 2. Habeas corpus denegado.

RHC 133933/ SP - SÃO PAULO Julgamento: 26/09/2017

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR COM BASE EM ELEMENTOS CONCRETOS DA GRAVIDADE DO CRIME E DA PERICULOSIDADE DO AGENTE, EVIDENCIADA PELO MODUS OPERANDI DA CONDUTA DELITUOSA. TAMBÉM SÃO MOTIVOS PARA A CUSTÓDIA CAUTELAR A POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO CRIMINOSA E A PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I - Esta Suprema Corte consolidou entendimento no sentido de que “revela-se legítima a prisão cautelar se a decisão que a decreta encontra suporte idôneo em elementos concretos e reais que - além de ajustarem-se aos fundamentos abstratos definidos em sede legal - demonstram que a permanência em liberdade do suposto autor do delito comprometerá a garantia da ordem pública e frustrará a aplicação da lei penal” (RHC 128.727-ED/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 18/2/2016). II – A “possibilidade de reiteração criminosa e a participação em organização criminosa são motivos idôneos para a manutenção da custódia cautelar, a fim de garantir a ordem pública” (HC 104.669/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 24/11/10). III – Recurso ordinário ao qual se nega provimento.

Lança-se mão da ordem pública como fundamentação jurídica. Prende-se ou mantém-se a prisão porque há “evidências” de que o indivíduo em liberdade vai cometer crime, pode vir a cometer crime ou esteja cometendo crimes. Sobre o assunto Lopes Jr. assevera que:

para ter uma verdade processual, a evidência deve passar pelos filtros do processo, somente resistindo se conseguir provar que não é uma ilusão, uma fabricação ou uma alucinação. Por isso, o processo deve alcançar um alto grau de correção da alucinação inerente à evidência.¹¹⁵

Subliminarmente, trata-se, na realidade, de um fundamento – ordem pública - baseado pelo que a pessoa é e não pelo que de fato fez: é a suspeita velada de uma periculosidade, de caráter subjetivo. Uma boa parte dos magistrados baseia-se em evidências, outra parte, em “vidências”; neste último caso, principalmente sobre os “clientes” preferenciais: pobres, negros, de baixa escolaridade, em sua maioria entre 15 e 29 anos. Carvalho (pág. 138/139) argumenta que:

115 Ibid., p. 270

fundar um regime jurídico sob a égide da periculosidade representa, como sustenta Ferrajoli verdadeira ‘monstruosidade jurídica’ porque tal juízo é um prognóstico judicial em si mesmo arbitrário, pois resoluto em decisões potestativas desvinculadas de qualquer parâmetro processual válido. Outrossim, contradiz abertamente o principal postulado do processo acusatório (princípio da presunção de inocência), consolidando funções de polícia à acusação pública.

[...]

A utilização do aparelho penal de controle social para determinar (lei penal), valorar (processo) e transformar (pena) personalidades consideradas perigosas (outsiders) conforma um projeto político-criminal antidemocrático, tendente à profilaxia social, típico de sistemas totalitários.¹¹⁶

Assim, também, vislumbrando esse mesmo raciocínio:

Não existem políticas públicas direcionadas para o tratamento focal das desigualdades, que apenas se acirram com o passar dos anos. Dessa forma, a solução para o controle dessa massa populacional “excluída” é a violência em todas as suas formas, da bélico-opressiva à jurídico-velada, da qual se está tratando em destaque. A **ordem pública** surge como aporte instrumental para legitimar a opressão e a violência institucional-estatal(...).(grifos dos autores) (GONÇALVES; GONÇALVES, 2015, p. 101)

Sobre a seletividade do sistema prisional ao eleger a porção da sociedade que será alijada e segregada ao cárcere, Carvalho preleciona:

A seletividade racial é uma constância na historiografia dos sistemas punitivos e, em alguns casos, pode ser ofuscada pela incidência de variáveis autônomas. No entanto, no Brasil, a população jovem negra, notadamente aquela que vive na periferia dos grandes centros urbanos, tem sido a vítima preferencial dos assassinatos encobertos pelos “autos de resistência” e do encarceramento massivo, o que parece indicar que o racismo se infiltra como uma espécie de metarregra interpretativa da seletividade, situação que permite afirmar o racismo estrutural, não meramente conjuntural, do sistema punitivo. (CARVALHO, 2014, P. 649)

Até mesmo o próprio STF está imerso na onda de prisão antes do trânsito em julgado. Em 2016, adotou o entendimento da possibilidade de prisão após julgamento com sentença condenatória em 2ª. instância como ocorreu no HC 126292/SP:

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

116 Ibid., p. 138-139

Não estamos argumentando que as prisões provisórias inseridas nas medidas cautelares sejam abolidas. O que estamos tratando é da inversão de excepcionalidade para quase regra da decretação dessas prisões. A prisão cautelar só se justifica pela presença do *fumus bonis iuris* cumulado com o *periculum in mora*, requerendo fundamentação expressa baseada nos princípios e pressupostos legais verificado em cada caso em concreto. Todavia, o que se tem vivido no cotidiano dos juízos e tribunais, comprovado pelos índices de prisões provisórias por todo o país, revelam um viés antidemocrático antecipatório da pena que não se coaduna com as garantias constitucionais em que o sistema acusatório foi eleito. Lyra requer:

Menos pedidos de prisão. Menos espalhafato, menos holofotes, menos excessos de denúncias impensadas, sem mínimo de convicção de viabilidade acusatória, sem justa causa, menos condenações a penas prisionais desnecessárias, menos cadeia.¹¹⁷

Seguindo esse mesmo raciocínio, Karam (1991, pág. 192):

(...) a tendência ao emprego abusivo da prisão provisória predomina e se acentua, acentuando igualmente a carga deteriorante e criminalizante da reação punitiva, carta esta provocada, não só pela imposição formal da pena, mas a partir do simples contato com o sistema prisional.

A reação punitiva, como o estilo único de controle de situações problemáticas ou conflitivas – consequência da intervenção do sistema penal – já se mostrou inidônea para solucionar tais situações, já demonstrou ser aquele sofrimento órgão de racionalidade, de que fala Zaffaroni.¹¹⁸

Urge a necessidade da busca pelo caminho da desprisõesionização. Lyra (2013, p. 36), ao dialogar sobre a prisão, defende que “é preciso evitá-la, na medida do consenso de condição humana de cada ser humano, com vistas abertas para os largos horizontes da tecnologia a que chegamos.” Alcançamos conhecimento científico e tecnológico capazes de nos socorrer para pensar em mecanismos possíveis para a substituição do encarceramento. Lopes Jr. afigura-se alinhado a essa corrente:

(...) é imprescindível a ampliação dos instrumentos a serviço da liberdade provisória, com um rol mais abrangente de restrições gradativas, que podem ir da obrigação de comparecimento de comparecimento periódico (até mesmo diário) para informarário) para informar as atividades e comprovar a presença na comarca, passando pela retenção de passaporte, expedição de documentos que permitam o trânsito restrito, obrigatoriedade de recolhimento noturno a estabelecimentos especiais, até a vigilância por meio de pulseiras com GPS ou outros recursos tecnológicos, cujo custo econômico e social, tanto para o Estado como para o imputado, é infinitamente menor do que os de uma prisão cautelar. É interessante como o discurso tecnológico da teleação, teleaudiência, teleinterrogatório é uma via de mão única, nunca se aplicando em benefício do acusado.

117 Ibid., p. 15

118 Ibid., p. 192

Não há a menor dúvida de que o imputado em liberdade, integrado, trabalhando e desenvolvendo suas atividades dentro de um certo nível de normalidade, é infinitamente mais útil para todos do que simplesmente determinar seu encarceramento. Em último caso, para situações realmente excepcionais, lançaria-se mão da privação de liberdade.¹¹⁹

Como uma forma de enriquecer o debate, Lyra cita ainda outra medida:

As penas pequenas correspondem às infrações pequenas. (Atende-se bem, pequenas) que, por isso mesmo, não merecem a privação da liberdade e o lábeu criminal. Que permaneçam no âmbito administrativo, cada vez mais severo e desembaraçado.¹²⁰

Poderia se adicionar como sugestão a abertura de mais vagas nos regimes menos gravosos a fim de diminuir a quantidade de sentenciados ao regime fechado como forma de contribuir para minimização do patamar do número de encarcerados que atingimos nas prisões. Mas a bandeira que defendemos é menos cárcere em todas as fases, seja na prolação de medidas cautelares preparatórias ou incidentais (descarcerização), seja na de sentença (despenalização), isto é, a utilização de penas mais brandas em relação à pena de prisão. Incorpore-se a todo esse enumerado, a via da descriminalização. Acaso, pertinentemente, verificuemos as estatísticas, notaremos o que ocorreu após a entrada em vigor da Lei de drogas: tornou-se responsável por 28% de todas as prisões do país (INFOPEN, 2014). Isso demonstra a responsabilidade de criminalização de condutas¹²¹ de modo não assertivo, apartada de uma política pública penal responsável que necessariamente precisa dialogar com outras esferas, como, por exemplo, a de saúde pública no caso da referida lei.

5.2 - Penas alternativas à privação de liberdade

“Desprisionização: uma medida a ser alargada cada vez mais”

Augusto Thompson

A prisão como sanção veio no bojo da humanização das penas. O suplício, a tortura como penalidades foram substituídos pela privação da liberdade. Considerando que alguns

119 Ibid., p. 212

120 Ibid., p. 53

121 Criminalização primária: processo de seleção legal de condutas (Carvalho, 2008, pág. xxiii)

passos foram dados, precisamos olhar para a realidade atual e verificar o que está ocorrendo com o encarcerado dentro do sistema prisional e fora dele, após sua saída.

Já discorreremos neste trabalho sobre as condições das prisões e constatamos que na conjuntura vigente é um ambiente caótico, violador dos direitos mais básicos a que o ser humano faz jus. Reconhecemos, ainda, que após sua partida desse sistema, ele levará consigo todo embrutecimento sofrido como também uma carga estigmatizante que obstaculizará sua reinserção social. Bitencourt confirma essa posição:

A pena privativa de liberdade atingiu seu apogeu na segunda metade do século XIX, mas começa a enfrentar sua decadência antes mesmo que esse século termine. Iniciava-se um grande questionamento em torno da pena privativa de liberdade, que não atingia as suas finalidades declaradas, pois em vez de recuperar o delinquente, estimulava a reincidência¹²².

Como corolário, deduz-se que foi um equívoco a aposta na decretação de tantas desenfreadas prisões que só forneceram elementos para uma retroalimentação do sistema punitivo e isso vem se dando de modo ampliativo. Atestando essa assertiva, o Ministro Evandro Lins e Silva:

Prisão é de fato uma monstruosa opção. O cativo das cadeias perpetua-se ante a sensibilidade da maioria, como uma forma ancestral de castigo. Para recuperar, para ressocializar, como sonharam nossos antepassados? Positivamente, jamais se viu alguém sair de um cárcere melhor do que quando entrou. E o estigma da prisão? Quem dá trabalho ao indivíduo que cumpriu pena por crime considerado grave? Os egressos do cárcere estão sujeitos a uma outra terrível condenação: o desemprego. Pior que tudo, são atirados a uma obrigatória marginalização. Legalmente, dentro dos padrões convencionais não podem viver ou sobreviver. A sociedade que os enclausurou, sob o pretexto hipócrita de reinseri-los depois em seu seio, repudia-os, repele-os, rejeita-os. Deixa, aí sim, de haver alternativa, o ex-condenado só tem uma solução: incorporar-se ao crime organizado. Não é demais martelar: a cadeia fabrica delinquentes, cuja quantidade cresce na medida e na proporção em que for maior o número de presos ou condenados. (SILVA, Evandro Lins e apud KARAM, Maria Lúcia, 1991, p. 185-186)

Ao atingirmos o cerne da degradação do sistema penitenciário, não há outra opção senão a implementação de medidas alternativas à pena de prisão no intuito de extirpar essa cultura prisional que vigora nas ‘canetadas’ dos magistrados, nos ‘impulsos’ legislativos e no imaginário social ‘vingativo’.

Em âmbito nacional, as penas alternativas à pena de prisão constam da própria CRFB em seu artigo 5º, inciso XLVI:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
a) privação ou restrição da liberdade;
b) perda de bens;
c) multa;

122 Disponível em: www.conjur.com.br/2017-jan-06/cezar-bitencourt-massacre-manaus-foi-tragedia-anunciada. Acessado em 30/10/2017

- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

O regramento infraconstitucional penal elencou regulou as penas alternativas: Leis 7.209/84 (tida como reforma penal) e a lei nº 9.714/1998 que tratou das penas restritivas de direito. Após passar por várias alterações, o CP autoriza, hoje, dentro de certas condições e em determinados casos a substituição da pena de prisão por algumas penas restritivas de direito:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

As penas restritivas de direito vêm elencadas no artigo 43 do mesmo certame:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I - prestação pecuniária;

II - perda de bens e valores;

III - limitação de fim de semana.

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V - interdição temporária de direitos;

VI - limitação de fim de semana.

Há ainda a possibilidade de multa:

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos

Mencionemos, também, a Lei 9.099/95 que ao prever medidas despenalizadoras como a composição dos danos civis (art. 74), a suspensão condicional do processo (art. 89) e a transação penal (art 76) inauguram um modelo consensual de justiça. Embora tenhamos crítica quanto ao procedimento comum sumaríssimo¹²³ nela adotado, esse novo modelo de justiça criminal atualiza concreta e expressamente a pena de prisão como instância última nos Juizados Especiais Criminais:

Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

123 O rito sumaríssimo é de extrema celeridade e isso afronta o direito à prova comprometendo o princípio da ampla defesa, pedra angular do processo penal

O modelo administrativo de justiça penal que rege o rito comum sumaríssimo é o modelo consensual, diferentemente do modelo que rege o rito comum ordinário e sumário, qual seja, o punitivo-condenatório, que está vinculado à aplicação da pena privativa de liberdade. O paradigma do modelo punitivo condenatório está falido, pois o encarceramento não trouxe a pacificação social tão esperada. A abertura da possibilidade alternativa de consenso na seara penal para resolução de conflitos é um caminho a trilhar, porque o outro já nos conduziu a um beco sem saída!

O Poder Legislativo precisa progredir na ampliação da visão conciliadora dos conflitos que batem à porta do Poder Judiciário, mormente no que concerne à esfera penal. Já o Poder Judiciário precisa avançar na utilização de medidas cautelares outras que não a privação da liberdade, assim como nas restritivas de direito alternativamente à prisão.

O manuseio desses instrumentos é um pequeno ponto de referência ao encontro da desprisionização, visto que, diante da realidade carcerária mundial, está mais que comprovado o equívoco da aposta no encarceramento. A utilização mais acentuada dessas leis, artigos e incisos pode funcionar como pontapé inicial na minimização do cárcere como resposta penal estatal.

Os dados levantados pela CPI do sistema carcerário realizado em 2015 apontam que das condenações registradas não chega a 2% o implemento da substituição da penas¹²⁴. É uma porcentagem bastante pequena que pode ser elevada se abandonarmos a mentalidade punitiva prisional e abrirmos perspectivas novas e mais humanitárias que auxiliarão a pacificar de fato os conflitos existentes ultrapassando as barreiras do simples formalismo ocorridas nas decisões impostas pelos magistrados.

Em âmbito internacional temos o documento denominado Regras de Tóquio apresentado no 8º Congresso da ONU em 1990 que trata especificamente das penas alternativas indicando diretrizes para uma desprisionização. Trata-se de uma preocupação mundial diante de um ceticismo global em relação à eficácia da pena de privação de liberdade que há muito já ultrapassou os dez milhões de pessoas no Planeta. Os Direitos Humanos, mormente a dignidade da pessoa humana, estão no centro desses apontamentos que devem nortear as políticas nacionais dos países. Alguns itens merecem destaque¹²⁵:

124 Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701> Acessado em 11/11/2017

125 ONU: Regras de Tóquio Regras Mínimas Padrão das Nações unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf> Acessado em: 11/11/2017

2.6 As medidas não privativas de liberdade devem ser aplicadas de acordo com o princípio da intervenção mínima.

2.7 O recurso a medidas não privativas de liberdade deve ser incluído no rol dos esforços visando à isenção de pena e à descriminalização, e não prejudicar ou retardar tais esforços

3.9 A dignidade do infrator submetido a medidas não privativas de liberdade deve ser sempre protegida

É inexorável a opção pelas penas alternativas e sua efetivação como um modo de buscar uma saída para o caos penal estabelecido. Bitencourt resume esse pensamento em nos alertar que:

O Poder Público, incluindo o próprio Supremo Tribunal Federal, faz um discurso reformador e humanizador do sistema penitenciário, mas, na prática, adota política inversa, qual seja, restringindo e dificultando o uso de *habeas corpus*, ampliando o uso da prisão provisória (antes do trânsito em julgado), aumentando o encarceramento de pessoas que da prisão não precisam; enfim, contribui diretamente para o agravamento dessa crise, da qual o massacre da Penitenciária de Manaus representa apenas uma pequena amostra, como já ocorreu no Carandiru, entre outras tantas, que logo acabam esquecidas pelas autoridades brasileiras.

[...]

A prisão é uma fábrica de delinquentes, sendo impossível alguém nela entrar e de lá sair melhor do que entrou! Até para sobreviver nesse meio altamente criminógeno o indivíduo é obrigado a optar de imediato por uma facção criminosa, que é o vestibular para o crime. Não há alternativa: opta ou morre! E aqui fora nossos ingênuos legisladores qualificam, majoram ou criminalizam a simples conduta formal de integrar facção criminosa, como se fosse possível voluntariamente permanecer fora dela no interior das prisões.

[...]

mais de 95% dessa população carcerária é clientela das Defensorias Públicas, tratando-se, portanto, da classe mais humilde, isto é, os de sempre, a conhecida “patuleia”, quais sejam, pobres, pretos, prostitutas, pobres, miseráveis e outros menos votados!¹²⁶

Esses dados trazidos por Bitencourt nos alerta para uma problemática importante de um sistema que cada vez mais exclui: o número insuficiente de defensores públicos no país. Uma vez que quase em sua totalidade os presos necessitam de assistência jurídica advinda da defensoria pública, sua escassez compromete de plano a defesa dessa população. Estudos do IPEA estabelecem uma relação entre o número de magistrados, dos promotores e dos defensores:

Dados coletados por ocasião dessa pesquisa indicam que os estados contam com 11.835 magistrados, 9.963 membros do Ministério Público e 5.054 defensores públicos (nas 1ª e 2ª instâncias). O número de magistrados e membros do Ministério Público permite que esses serviços sejam oferecidos na quase totalidade das comarcas brasileiras. Na maioria delas (72%), contudo, a população conta apenas com o estado-juiz, o estado-acusação/fiscal da lei, mas não conta com o estado-defensor, que

126 BITENCOURT, Cezar Roberto. Nas prisões brasileiras, o mínimo que se perde é a liberdade. Disponível em: www.conjur.com.br/2017-jan-06/cezar-bitencourt-massacre-manaus-foi-tragedia-anunciada acessado em 30.10.2017

promove a defesa dos interesses jurídicos da grande maioria da população, que não pode contar com um advogado particular. (IPEA, 2013)

O que temos obtido como produto desse sistema punitivo erigido e mantido é a violação da dignidade humana dos presos sob os olhos do Estado que oportuniza fábricas de crimes àqueles que caírem nas garras de sua custódia. Isso nos remete a uma reprodução, uma retroalimentação sistêmico-punitivista que está implodindo diante dos olhos de toda a sociedade. Karam reforça essa conclusão:

Esta **ordem social, que funciona pelo avesso**, que tem efeitos altamente deteriorantes, **condiciona a reprodução de sua clientela**, exercendo o mais alto grau de estigmatização e marginalização de todo o sistema punitivo.¹²⁷ (grifos nossos)

Conclusão

Saber que o Brasil possui quase 700.000 pessoas encarceradas e, ainda, mais de 300.000 mandados de prisão em aberto, traz-nos a possibilidade de ultrapassarmos a faixa de 1.000.000 de pessoas nos cárceres. Algo está errado! Conclui-se que o problema é muito mais abrangente do que o número de vagas disponíveis ou a serem disponibilizadas nas carceragens¹²⁸.

Convive-se com uma nova forma de genocídio em pleno século XXI que é encoberta por uma disfarçatez discursiva humanitária e por legislações “assecuratórias” que não se efetivam. O encarcerado não tem só retirado sua liberdade de locomoção, mas, principalmente, o atributo de dignidade humana como se fosse possível destitui-lo dessa característica por não ser dela merecedor: opera como fundamento de uma sociedade que,

127 Ibid., p. 184

128 Não estamos dizendo que tal fato não é um problema, somente afirmando categoricamente que a questão é muito mais complexa do que a insuficiência de vagas.

além de ser conivente com o Estado, ratifica sua performance no tratamento dispensado aos presos.

A indiscriminada resposta aos conflitos via encarceramento banalizou a excepcionalidade da medida seja em sede cautelar, provisória seja em sede definitiva. O direito penal deixou de ser – se um dia realmente o foi – *ultima ratio* para assumir um papel protagonista, o que tem levado a cabo tanto prisões preventivas que olvidaram-se de seu caráter subsidiário e excepcional quanto sentenças de pena privativa de liberdade que poderiam ser efetivamente substituídas por outras restritivas de direitos.

As respostas aos conflitos sociais não é questão somente penal e não devem estar adstritas ao tema da segurança pública. A quebra desse ciclo punitivo vicioso se dará quando circunscrevermos o direito penal ao controle social do intolerável e, ainda assim, o que extrapolar esse círculo, que funcionará como uma espécie de “filtro”, vai requerer a implantação de respostas penais estatais mais garantistas e humanitárias. O discurso do “bem comum” ou do “bem público” não pode ser legitimador dos sacrifícios das garantias dos que estão sob a custódia do Estado, posto que essas proteções são invioláveis.

A prisão não usurpa a condição de sujeito de direitos daqueles que a ela são submetidos. É preciso romper com o paradigma inquisitorial que permeia as legislações penais porque parte das consequências no manuseio desse sistema processual desemboca em prisões arbitrárias e desnecessárias.

Os muros que separavam os rejeitados estão desabando. A via de criminalização que se seguiu lançando mão da intervenção penal urge ser revista e isso não é uma tarefa jurídico-penal, mas uma tarefa de âmbito político. Essa conclusão nos remete quão complexo é o tema do sistema prisional porque demanda o diálogo de diferentes atores caso se almeje de fato uma saída para o beco que adentramos.

Inconteste para esse caminho é não permitir ser arrastado pela cultura de emergência em que estamos sempre imersos e que termina por nos fazer invocar o protagonismo penal como “salvador” da sociedade frente à violência e à criminalidade: problemas sociais não podem ser erradicados com legislação penal!

A escassez de dados oficiais penitenciários é um obstáculo para os pesquisadores, embora o Ministério da Justiça venha ainda que incipientemente tentando reunir informações que possam ser ferramentas de políticas públicas penais mais assertivas que se coadunem com as diretrizes constitucionais assecuratórias, mormente no que diz respeito à dignidade humana e aos princípios fundamentais garantidores de direitos.

Outra barreira a ser transposta e que está ligada diretamente à (in)dignidade humana do preso é encontrada no diminuto número de defensores públicos no Brasil. Ao aferir que 95% dos encarcerados são dependentes dessa prestação de serviço, porque maciçamente pobres, percebemos que essa escassez está diretamente relacionada ao caos em que se encontra o sistema penitenciário. A atenção dispensada por um defensor técnico de forma eficiente pode auxiliar (i) em diminuir em muito o número de prisões provisórias; (ii) em diminuir a permanência do preso por tempo superior ao necessário, seja em sede cautelar, seja em sede definitiva; (iii) a termos julgamentos mais justos, pois o número insuficiente na relação de defensores/presos não permite uma defesa técnica plenamente adequada.

A hipocrisia da prisão como “reformadora” do criminoso é fato notório. A reincidência é prova cabal dessa falácia. O efeito é inverso: a passagem pelo cárcere só produz mais cárcere. É uma “escola” que só faz aumentar os índices da violência e da criminalidade, local de embrutecimento e desagregação psíquica do ser humano.

Precisamos ter em mente que o crime é um fenômeno que se observa em todas as sociedades. Ele não é causado pelos direitos e garantias fundamentais; ao reverso, a violação ao fundamento da dignidade da pessoa humana e, por consequência, a esses direitos e garantias é que nos tem feito reproduzir crimes em escala assustadora na qual as ofensas, as violações à dignidade dos presos de forma tão abjeta só tem contribuído como fator de retroalimentação do sistema punitivista.

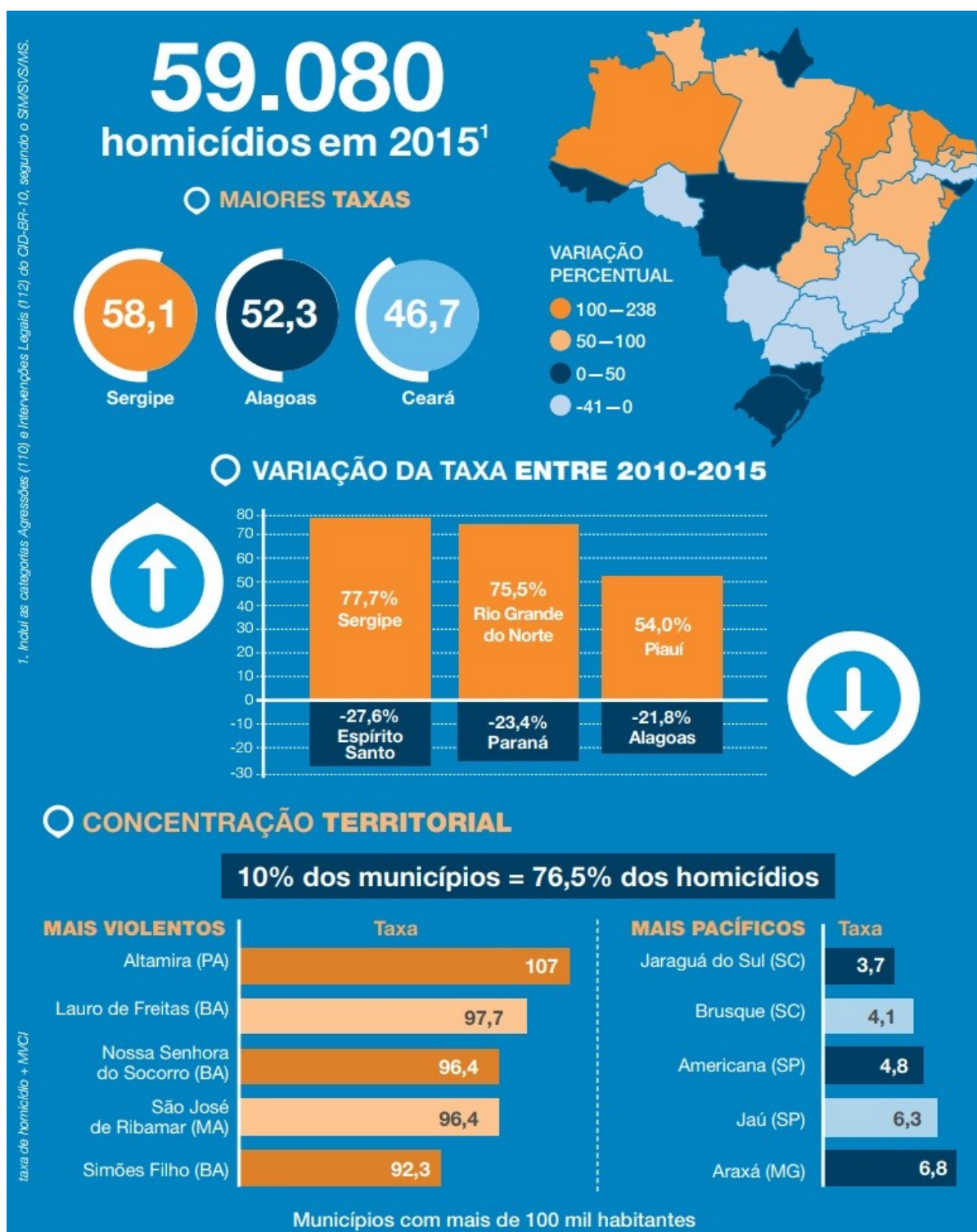
Tabela 1 – Mapa de vítimas fatais por armas de fogo 1980 – 2014

Número de vítimas fatais por armas de fogo na população total segundo causa básica, Brasil, 1980-2014

ANO	Acidente	Suicídio	Homicídio	Indeterminado	Total arma de fogo
1980	386	660	6.104	1.560	8.710
1981	448	731	6.452	1.689	9.320
1982	467	657	6.313	1.608	9.045
1983	566	789	6.413	3.062	10.830
1984	515	766	7.947	3.350	12.578
1985	575	781	8.349	3.783	13.488
1986	669	788	8.803	4.609	14.869
1987	677	951	10.717	3.747	16.092
1988	586	827	10.735	4.978	17.126
1989	605	850	13.480	5.505	20.440
1990	658	989	16.588	2.379	20.614
1991	1.140	1.037	15.759	3.614	21.550
1992	859	1.085	14.785	4.357	21.086
1993	456	1.169	17.002	4.115	22.742
1994	353	1.321	18.889	3.755	24.318
1995	534	1.555	22.306	2.369	26.764
1996	270	1.543	22.976	1.692	26.481
1997	250	1.539	24.445	1.519	27.753
1998	371	1.407	25.674	2.759	30.211
1999	888	1.260	26.902	2.148	31.198
2000	329	1.330	30.865	2.461	34.985
2001	336	1.408	33.401	1.977	37.122
2002	318	1.366	34.160	2.135	37.979
2003	283	1.330	36.115	1.597	39.325
2004	201	1.247	34.187	1.478	37.113
2005	244	1.226	33.419	1.171	36.060
2006	404	1.138	34.921	897	37.360
2007	320	1.141	34.147	1.232	36.840
2008	353	1.123	35.676	1.506	38.658
2009	351	1.069	36.624	1.633	39.677
2010	352	969	36.792	779	38.892
2011	264	916	36.737	827	38.744
2012	284	989	40.077	1.066	42.416
2013	326	1.040	40.369	869	42.604
2014*	372	956	42.291	1.242	44.861
Total	16.010	37.953	830.420	83.468	967.851
%Total	1,7	3,9	85,8	8,6	100,0
Δ % 1980/2003	-26,7	101,5	491,7	2,4	351,5
Δ % 2003/2014*	31,4	-28,1	17,1	-22,2	14,1
Δ % 1980/2014*	-3,6	44,8	592,8	-20,4	415,1

Fonte: Processamento Mapa da Violência * 2014: Dados Preliminares

Tabela 2 – Atlas da violência 2017



Fonte: FLACSO Brasil

Tabela 2.A – Atlas da violência 2017 (continuação)



Fonte: FLACSO Brasil

Tabela 3 – Ranking dos 10 países com maior população prisional



Fonte: CNJ

Tabela 4 – Pessoas custodiadas no sistema prisional e carceragens de delegacias

Pessoas custodiadas no sistema prisional e carceragens de delegacias

UF	Quantidade de pessoas presas em carceragens nas delegacias			Pessoas presas no sistema prisional			População prisional total (Carceragens + Sistema Prisional)		
	Homens	Mulheres	Total	Homens	Mulheres	Total	Homens	Mulheres	Total
AC	NI	NI	NI	4.002	242	4.244	-	-	-
AL	NI	NI	362	5.229	329	5.558	-	-	5.920
AM	944	37	981	7.207	680	7.887	8.151	717	8.868
AP	0	0	0	2.539	124	2.663	2.539	124	2.663
BA	3.284	78	3.362	11.664	585	12.249	14.948	663	15.611
CE	54	0	54	20.529	1.065	21.594	20.583	1.065	21.648
DF	NI	NI	902	12.813	690	13.503	-	-	14.405
ES	9	0	9	15.610	1.075	16.685	15.619	1.075	16.694
GO	160	16	176	14.567	831	15.398	14.727	847	15.574
MA	1.354	81	1.435	5.010	258	5.268	6.364	339	6.703
MG	NI	NI	5.050	53.434	2.908	56.342	-	-	61.392
MS	529	51	580	12.078	1.257	13.335	12.607	1.308	13.915
MT	0	0	0	9.570	568	10.138	-	-	-
PA	NI	NI	664	11.245	713	11.958	-	-	12.622
PB	29	0	29	9.818	603	10.421	9.847	603	10.450
PE	0	0	0	24.971	1.838	26.809	24.971	1.838	26.809
PI	NI	NI	NI	2.947	235	3.182	-	-	-
PR	8.475	722	9.197	17.750	1.057	18.807	26.225	1.779	28.004
RJ	0	0	0	38.326	1.975	40.301	38.326	1.975	40.301
RN	NI	NI	34	6.957	667	7.624	-	-	7.658
RO	7.581	600	8.181	9.134	672	9.806	16.715	1.272	17.987
RR	NI	NI	5	1.432	172	1.604	-	-	1.609
RS	0	0	0	26.313	1.812	28.125	-	-	-
SC	0	0	0	15.780	1.048	16.828	15.780	1.048	16.828
SE	NI	NI	250	4.166	237	4.403	-	-	4.653
SP	2.256	948	3.204	204.797	12.029	216.826	207.053	12.977	220.030
TO	2.800	169	2.969	2.680	123	2.803	5.480	292	5.772
União	NI	NI	NI	397	0	397	-	-	397
Brasil	27.475	2.702	37.444	550.965	33.793	584.758	578.440	36.495	-

Fonte: Infopen, dez./2014.

Tabela 5 – Situação da população prisional brasileira em dezembro de 2014

Situação da população prisional brasileira em dezembro de 2014

UF	População total aproximada	Taxa por 10 mil habitantes	Total de vagas sistema prisional	Taxa de ocupação*	Total de presos provisórios	% de presos provisórios
AC	4.244	53,52	2508	169%	1139	26,84%
AL	5.920	17,80	2596	228%	2332	39,39%
AM	8.868	22,80	3430	259%	5555	62,64%
AP	2.663	35,27	1484	179%	888	33,35%
BA	15.611	10,31	8597	182%	9994	64,02%
CE	21.648	24,43	11476	189%	10497	48,49%
DF	14.405	50,31	6920	208%	4040	28,05%
ES	16.694	42,87	13572	123%	7188	43,06%
GO	15.574	23,80	9073	172%	7694	49,40%
MA	6.703	9,77	4299	156%	4401	65,66%
MG	61.392	29,56	36685	167%	30712	50,03%
MS	13.915	52,95	6686	208%	4151	29,83%
MT	10.138	31,36	5909	172%	5672	55,95%
PA	12.622	15,60	7889	160%	6059	48,00%
PB	10.450	26,47	7488	140%	3934	37,65%
PE	26.809	28,85	11308	237%	13627	50,83%
PI	3.182	9,95	2221	143%	1848	58,08%
PR	28.004	25,22	18278	153%	14614	52,19%
RJ	40.301	24,44	28130	143%	16859	41,83%
RN	7.658	22,41	4906	156%	2600	33,95%
RO	17.987	102,61	6150	292%	9527	52,97%
RR	1.609	32,18	1080	149%	848	52,70%
RS	28.125	25,06	21287	132%	9761	34,71%
SC	16.828	24,94	12048	140%	4456	26,48%
SE	4.653	20,91	2425	192%	2558	54,98%
SP	220.030	49,85	132368	166%	64336	29,24%
TO	5.772	38,45	2298	251%	4332	75,05%
União	397	.	773	51%	46	11,59%
Brasil	622.202	30,62	371884	167%	249668	40,13%

*Para calcular a razão entre pessoas presas e vagas não são contabilizadas as pessoas cumprindo pena de tratamento ambulatorial uma vez que estas não ocupam propriamente uma vaga no sistema prisional, embora utilizem diversos serviços no sistema, especialmente serviços administrativos e de saúde.

Fonte: Infopen, dez./2014.

Tabela 6 – Presos sem condenação no sistema prisional, por unidade da federação

Presos sem condenação no sistema prisional, por Unidade da Federação

UF	Quantidade de presos sem condenação	Presos sem condenação com mais de 90 dias de aprisionamento	Percentual de presos sem condenação detidos a mais de 90 dias
AC	1139	128	11%
AL	1970	43	2%
AM	4574	1998	44%
AP	888	388	44%
BA	6632	1737	26%
CE	10443	4362	42%
DF	3138	25	1%
ES	7179	6215	87% ⁶
GO	7518	343	5%
MA	2966	72	2%
MG	25662	3821	15%
MS	3571	1060	30%
MT	5672	478	8%
PA	5395	1912	35%
PB	3905	1615	41%
PE	13627	3908	29%
PI	1848	547	30%
PR	5417	571	11%
RJ	16859	2930	17%
RN	2566	406	16%
RO	1346	390	29%
RR	843	17	2%
RS	9761	1870	19%
SC	4456	768	17%
SE	2308	207	9%
SP	61132	18815	31%
TO	1363	153	11%
União	46	21	46%
Brasil	212224	54800	26%

Fonte: Infopen, dez./2014.

⁶ Registre-se que no levantamento do Infopen referente a junho de 2014 a informação relativa ao Estado do Espírito Santo situava-se no patamar de 61%. Cabe reforçar, ainda, que o levantamento deste percentual se dá a partir dos gestores da administração penitenciária, e não deriva da fonte primária do dado, que seria o Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Editora Geração, 2013.

BRETAS, Marcos Luiz. O que os olhos não veem: histórias das prisões do Rio de Janeiro. In: MAIA, Clarissa Nunes; SÁ NETO, Francisco de; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz (orgs.) **História das Prisões no Brasil**, Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2009.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas S/A. 2015.

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

_____. **O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, pp. 623 – 652, jul./dez. 2015

CASARA, Rubens. **Interpretação retrospectiva, Constituição e Processo Penal**. Revista da EMERJ, v.6, n. 22, 2003

CHOUKR, Fauzi H. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

_____. **As medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro: panorama dos três anos da Lei nº 12.403/11**. São Paulo, 2014. Disponível em <http://www.fhchoukr.jusbrasil.com.br/artigos/156575232/as-medidas-cautelares-pessoais-no-processo-penal-brasileiro-panorama-dos-tres-anos-da-lei-n-12403-11> . Acessado em 04/10/2017

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias da prevenção geral positiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da faculdade de Direito UFPR**, Paraná, nº 30, p. 163-198. 1998

GONÇALVES, Rodrigo Machado; GONÇALVES, Fernanda Menezes. A garantia da ordem pública e o holocausto democrático. In: BENÍCIO, Milla; CÂMARA, Sérgio (orgs.) **Direitos humanos: da teoria à prática. O complexo diálogo**. Rio de Janeiro. Editora: Autografia, 2015

HRW. Human Rights Watch. **Relatório Mundial 2017**. Disponível em: www.hrw.org/pt/world-report/2017/country-chapters/298766 Acesso em 03/11/17

INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. 2014.

_____. **A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil**. 2015

IPEA. Instituto de pesquisa econômica aplicada. **Reincidência criminal no Brasil**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf> Acesso em 03/11/17.

_____. **Mapa da defensoria pública no Brasil**. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: www.ipea.gov.br/sites/mapadadefensoria/sist Acesso em 08/11/2017

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Rio de Janeiro: Luam Editora Ltda., 1991.

LOPES JR., Aury Lopes. **Introdução crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

_____. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

LYRA, Roberto. **Penitência de um penitenciário**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998

THOMPSON, Augusto. **A questão Penitenciária**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.