**Brazilian Journal of Forensic Sciences,
Medical Law and Bioethics**

Journal homepage: www.ipebj.com.br/forensicjournal

**O Sistema Prisional – Entre sua História, Seus Conceitos, a
Perpetuação da Defesa Social e Sua Crise**

**The Prison System - Between its History, its Concepts,
the Perpetuation of Social Defence and its Crisis**

Luis Fernando Alves Silva¹, Rubens Correia Junior²

¹ Pesquisador do grupo GEPESADES/USP. Professor nos cursos de Direito e Gestão Pública da Universidade Presidente Antônio Carlos (Unidade Uberaba) – UNIPAC.

Especialista em Direito Processual pela Universidade de Uberaba.

E-mail: luis.alves.silva@hotmail.com

² Pesquisador do grupo GEPESADES/USP. Mestrando em Ciências pela USP/Ribeirão Preto - Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto/ Centro Colaborador da OMS para o desenvolvimento de pesquisa em enfermagem. Especialista em Criminologia pela PUC/MG.

Especialista em direito Penal e Processo Penal (UNIFRAN/SP). Professor em nível de graduação e pós-graduação de Direito Penal, Processual Penal (UNIPAC/MG).

Criminologia e História do pensamento criminológico (PUC/MG). Legislação Penal Especial (UNIT/SE). Crimes tributários (UNIUBE/MG). Coordenador do curso de Criminologia (IPEBJ/SP).

E-mail: correia.rubens@gmail.com

Received 25 July 2014

Resumo. A presente pesquisa inicia-se pela evolução histórica da pena de prisão, passando pela antiguidade, idade média, moderna e o período humanitário, marcado pelos grandes pensadores Cesare Beccaria, John Howard e Jeremy Bentham. Em seguida há uma exposição das teorias que fundamentam os objetivos das penas. Desta forma foram citadas as seguintes teorias: Retributiva; Relativa que consiste na Prevenção Geral e Especial; Teoria mista tendo Claus Roxin como expoente e por último a teoria da doutrina contemporânea. Nesta linha de raciocínio, procede-se a incursão do modelo do sistema penitenciário brasileiro, os tipos de penas privativas de liberdade e os modelos de regimes prisionais. Destacam-se também alguns fatores que expõem a falência da pena privativa de

liberdade que são demonstradas pelo crescimento de crimes, rebeliões e fugas que denigrem a capacidade administrativa do Estado.

Palavras-chave: Sistema penitenciário; Evolução histórica; Fatores de crise.

Abstract. This research begins with the historical evolution of imprisonment, through ancient, middle ages, modern and humanitarian period marked by great thinkers Cesare Beccaria, Jeremy Bentham and John Howard. Then there is an exhibition of the theories that underlie the goals of feathers. , Relative consisting of the General and Special Prevention; Theory mixed with Claus Roxin as exponent and finally the theory of contemporary retributive doctrine: in this way the following theories were cited. This line of reasoning, proceeds to raid the model of the Brazilian prison system, the types of custodial sentences and models of prison regimes, highlighting an attention to different disciplinary regime. We also highlight some factors that expose the bankruptcy of deprivation of liberty that are demonstrated by the growth of crime, riots and escapes that denigrate the administrative capacity of the state.

Keywords: Penitentiary system; Historical evolution; Factors crisis.

1. Introdução

O presente artigo tem por objeto refletir sobre a falência do sistema prisional pátrio, ressaltando e destacando os possíveis fatores que evidenciam a crise nas prisões como um dos mais significativos problemas que atingem a sociedade brasileira.

A trajetória traçada pelas penas privativas de liberdade ao longo de sua história mostra que o sistema vigente se encontra em decadência, e as penas privativas de liberdade não cumprem sua quimérica função ressocializadora, colocando a estrutura do sistema penal em um processo latente de envilecimento.

A crise aqui analisada reside na incapacidade do cerceamento da liberdade gerar uma efetiva reintegração do indivíduo ao seio social. Ênfase deve ser dada também, a constatação de que no Brasil as penitenciárias, são popularmente (e midiaticamente) chamadas de “*Escolas do Crime*” exatamente por não cumprirem a missão de tratar o detento com dignidade de forma a reintegrá-lo à sociedade e acabam por perpetuar no sujeito um estigma periférico e excludente.

Neste cenário, este artigo repisa o caráter histórico da pena de prisão, da antiguidade ao período humanitário, avançando às teorias que orbitam os objetivos da pena e descrevendo o modelo “oficial” de sistema penitenciário utilizado no Brasil hoje. Posteriormente, neste contexto, busca-se analisar as penas privativas de liberdade, na perspectiva de suas espécies e regimes penais para enfim analisar os fatores que demonstram a crise no sistema prisional no Brasil.

2. História da pena de prisão

2.1 Antiguidade

Afirma-se que “a pena é uma amarga necessidade de uma comunidade de seres imperfeitos como são os homens”¹.

Antes de situar a pena de prisão na antiguidade, cumpre ressaltar que sua origem é incerta e remota. Assim, não há como identificar de maneira incontroversa a origem da pena de prisão. Portanto, o objetivo aqui será delinear o percurso (e os percalços) de sua evolução.

Na antiguidade não se pode identificar a privação de liberdade sob a ótica de sanção penal. Na verdade, naquela época o aprisionamento dos supostos infratores se fundava na custódia. O direito penal não existia (suas tímidas garantias também não) e os princípios da sanção penal eram outros, visto que o aprisionamento do réu era de caráter provisório, intermediário até o seu efetivo julgamento. As penas nesse período se resumiam na pena de morte, pena corporal e pena infamante.

Ressalta-se que a prisão era um recinto ou “sala” destinada à prática de tortura, utilizada para obter uma versão dos fatos. Tal tortura objetivava a verificação de uma verdade teatral, aparente e formal, sendo que os “encarcerados” confessavam apenas para se verem livres dos meios atroztes aplicados como forma de tormento e martírio do corpo. Tal situação perdurou até o final do século XVIII.

Além disso, pode-se assinalar que grande parte das antigas civilizações teve a experiência desse modelo de pena, como por exemplo, o Egito, Pérsia, Babilônia, Grécia. Sempre com duas finalidades: custódia e tortura. Registra-se que na Grécia Antiga e Roma existiam a chamada “Prisão Civil” ou Prisão por dívida, que era uma forma do Credor “deter” ou mesmo “escravizar” em sua casa o devedor até que este saldasse sua dívida, sendo considerado uma garantia para o credor assegurar seus créditos. Os cárceres que abrigavam os prisioneiros não seguiam uma arquitetura “homogênea”, pois não existia na época um modelo padrão de presídios. Na verdade, nem existia um “sistema penitenciário” ou “prisional”. Desta forma os presídios eram os piores lugares possíveis.

2.2 Idade média

Na Idade Média (entendida neste artigo como o período que perdurou do século V até o século XV), também não houve a formação de uma ideologia voltada para a

prisão com o caráter de pena. Destaca-se ainda, que nesse contexto histórico, perdurou a prisão na sua modalidade de custódia, que é herança do direito germânico, como forma de guardar os condenados até o momento da sua punição, e, neste período consolidou-se os meios cruéis como amputações, mutilações e queimaduras, ocorridas em locais públicos, sob os olhos da população muitas vezes ávidos pelo entretenimento. Ou seja, perpetua-se as penas direcionadas ao flagelo e mortificação do corpo².

Todavia, surgem nessa época a prisão estatal e a prisão eclesiástica. Na prisão de Estado eram aprisionados somente os inimigos do poder, que cometessem delitos de traição, ou os adversários políticos dos governantes. A referida prisão se dividia em: prisão-custódia, onde o réu aguardava seu julgamento e detenção temporal ou perpétua. Os exemplos clássicos são: Torre de Londres, Bastilha de Paris, Los Plomos, Ponte dos Suspiros.

A prisão eclesiástica destinava-se aos clérigos rebeldes e retribuía as ideias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja. O internamento tinha natureza de penitência e meditação¹. Os transgressores eram enclausurados em uma seção do mosteiro, onde a oração e a penitência eram obrigatórias, a fim de purificar a alma do pecado, sendo de suma importância à reflexão do mal causado, para assim produzir o arrependimento, o sentimento de culpa. Vale ressaltar, que a igreja não reconhecia nesta época a pena de morte, como um suplício válido e desta maneira criou locais de recolhimentos visando à penitência. Denominação que tempos depois seria perpetuada em nosso ideário como sinônimo de reclusão involuntária de pessoas³.

Assim, pode-se dizer que o Direito Canônico contribuiu para a adoção dos princípios humanitaristas na aplicação da pena, à qual a sanção era relativamente mais humana, e, ainda, era dado o sentido de correção e reabilitação do delinquente. Neste sentido Zaffaroni assevera⁴:

“sua principal virtude foi a de reivindicar o elemento subjetivo do delito em muito maior medida do que o direito germânico. Seu conceito penitencial o inclinava a ver no delito e no pecado a escravidão, e na pena a liberação. Daí que a pena se incline a um sentido tutelar que, extremado, desemboca no procedimento inquisitorial. Os perigos do exagero da tutela revelam-se aqui em toda sua magnitude e nos previnem sobre as legislações penais que seguem essa senda. Teve o mérito de introduzir a prisão mediante a reclusão em celas monásticas, e daí provém o nome ‘penitenciárias’, usado até hoje.”

Outro aspecto a se destacar, é que a Idade Média sobrelevou o direito ordálico, ou seja, aquele baseado nas provações emanadas do poder divino. Se Deus impedisse a consumação do mal advindo da provação é porque o indivíduo era inocente, caso contrário era culpado. O Direito Canônico, embora indiretamente, lançou as bases da ressocialização do indivíduo, sob as bases dos dogmas cristãos como redenção, fraternidade e caridade que acabaram por se amalgamarem ao direito punitivo, com as vestes da individualização da pena e sua adequação ao réu¹.

Portanto, o Direito Canônico foi a baliza edificadora da Idade Média na perspectiva das penas, foi o “*gérmen*” da prisão moderna, pois atribuiu as primeiras ideias de uma pena mais humanitária e da possível recuperação do sujeito⁵.

2.3 Idade moderna

Durante os séculos XVI e XVII, houve um grande crescimento da pobreza por toda a Europa. Tal cenário desolador foi impulsionado por grandes guerras, revoltas com cunho religioso, que além de redesenharem o panorama político e econômico da Europa, aumentaram a criminalidade entre os séculos XVII e XVIII. O aumento da população urbana, juntamente com a decadência dos feudos e o endividamento do estado levou também a um significativo aumento da sensação de insegurança entre os cidadãos. Excluídos de toda a sorte começavam a proliferar e reivindicar um espaço na fauna urbana, e isso levou ao aumento de medidas protetivas que começaram a se justificar como uma defesa do “perigo social”¹.

Assim, o Estado passou a intervir intensamente no que embrionariamente viria a ser “segurança pública”, com a construção de prisões organizadas, com verniz teórico de corrigir o apenado. O objetivo primordial da pena de prisão passou a ser o trabalho e a disciplina, surgindo nesse contexto histórico as casas de correção.

Imperioso asseverar neste período, uma modalidade de prisão mais severa chamada de “pena de galés”, sendo que abrigava criminosos de alta periculosidade e prisioneiros de guerra, na qual eram condenados ao trabalho escravo nas galés militares, sendo que ficavam obrigados a remar sob pena de castigos corporais.

Ademais, o sistema neste período foi orientado oficialmente pelos ideais do trabalho e da disciplina como meios para a reforma dos delinquentes, surgindo assim, presídios “habitáveis” e com a arquitetura mais planejada.

Nesse sentido, pode-se dizer que a natureza da pena privativa de liberdade transformou-se do caráter prisão-custódia em prisão-pena, ou seja, a pena prisional passou a ter um caráter retribucionista e mais humanitário, embora o seu objetivo não oficial se edificava como uma forma de exclusão e defesa social, teoria que seria consolidada no ideário punitivista no século XIX⁶.

2.4 Período humanitário

Em que pese o surgimento das casas de correção na Inglaterra como meio de “corrigir” o delinquente por meio do trabalho, ainda preponderava em meados do século XVIII o cenário de grande insegurança jurídica, em que “reinava” as penas corporais, cruéis, vis e degradantes. As leis em vigor “radiavam” a ideia de dominação, abuso e do uso excessivo da força, do livre arbítrio na aplicação das penas.

Diante desse contexto histórico, surge uma nova corrente ideológica, na qual se denomina de “reformadores humanitários”, nascida no bojo do Iluminismo. Os reformadores tinham por fundamento o racionalismo e o respeito à condição humana. O Iluminismo desencadeou um marco histórico em todos os setores da sociedade, notadamente na estrutura político-jurídica do Estado. Voltaire, Montesquieu e Rousseau foram os precursores dessa corrente, inaugurando assim, um novo direito penal, em que ao executar a pena imposta deveria levar em consideração às características individuais do delinquente, proporcional ao crime cometido com base nos parâmetros da razão e da humanidade¹.

As ideias da corrente Iluminista inspiraram a reforma do Sistema Penal vigente da época e que vigoram até os dias atuais. Os reformadores são: Beccaria, Howard e Bentham.

Nesse contexto, com as ideias reformadoras surge Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria com sua obra “Dos Delitos e das Penas” que mesmo com caráter político, muito contribuiu para o desenvolvimento da teoria utilitarista da pena, da prevenção geral como fim primordial da pena e a humanização, racionalização de seu uso. Ressalta-se que a racionalização nasceu do princípio da legalidade. Aqui, Teles afirma¹⁻⁷:

“Também no direito penal, as ideias iluministas vão se refletir, a partir da publicação, em, Milão, no ano de 1764, da obra *Dei delitti e delle pene*, escrita por CESARE BECCARIA, na qual combate com vigor o uso da tortura, a pena de morte, a atrocidade das penas, e aponta

para que a pena seja aplicada apenas para que o delinquente não volte a delinquir, bem assim como exemplo para a toda a comunidade. Exige a prevalência do princípio da legalidade, que será estudado no próximo capítulo, com a elaboração de leis penais claras, com a proibição de o juiz interpretá-las, e defende um processo em que seja assegurado o direito de defesa ao acusado.”

Beccaria contribuiu para a reforma do direito penal, por meio da crítica à crueldade reinante no sistema punitivo, defendendo a humanização das penas, que não poderiam consistir em um ato de violência contra o cidadão, devendo ser pública, proporcional ao delito e previamente determinada pela lei. Assim, que embora a obra de Beccaria tenha feições muito mais políticas que científicas, ela contribuiu bastante para o desenvolvimento do direito penal, pois, em função de sua crítica, a legislação europeia se tornou menos cruel e imponderada⁸.

Outro estudioso sobre o sistema penitenciário foi John Howard, que foi influente na reforma do sistema penal do século XVIII, Howard preocupou-se com a situação extremamente grave em que se encontravam as prisões, sendo considerado o grande “inspirador” do penitenciarismo. Howard foi o primeiro teórico a pensar a respeito da construção de estabelecimentos apropriados para o cumprimento da pena privativa de liberdade, priorizando um regime higiênico, uma alimentação digna e assistência médica aos condenados¹.

Assim, pode-se destacar que Howard foi grande influente na humanização e racionalização da pena de prisão. Também propôs o seguinte: o isolamento noturno dos presos; trabalho obrigatório e severo como meio de reforma e regeneração moral; criação do juízo de execução para fiscalizar o cumprimento das penas; separação dos condenados em prisões distintas para homens e mulheres, jovens e velhos, reincidentes e primários¹.

Em que pese as ideias de Howard fossem claramente mais teóricas do que práticas (pois o Estado na época, como hoje, não dava condições mínimas ao sistema penitenciário), indiscutivelmente foram inovadoras e marcaram um novo sistema penal da época que vigora até os dias atuais.

No século XIX, imperou as ideias de Jeremy Bentham, considerado o primeiro autor que escreveu sobre a importância da arquitetura penitenciária. Nesse prisma, ressaltou também: o caráter preventivo da pena; os castigos cruéis e desumanos; o caráter criminógeno da prisão¹.

É de notório saber que a maior contribuição deste autor foi sua idealização

do “panóptico” que significa “a visão de tudo”, uma construção circular, sendo que no centro situava uma grande torre que dava visão para todas as celas.

Ressaltando a obra de Bentham, cumpre destacar a lição de Zaffaroni e Pierangeli⁸ afirmando que:

“daí surge a sua invenção do estabelecimento carcerário ‘panótico’, ou seja, a construção de um estabelecimento radial, com pavilhões a partir de um centro comum de onde se consegue o máximo de controle sobre toda a atividade do sujeito, com o mínimo de esforço. Desde o centro um único guarda pode observar todos os pavilhões com apenas um giro da cabeça.”

Já Foucault sobre o panótico esclarece²: “é uma máquina de dissociar para ver-se visto: no anel periférico, se é totalmente visto, sem nunca ver; na torre central, vê-se tudo, sem nunca ser visto”. O autor Francês² foi grande crítico da obra de Bentham, chegando a afirmar que o “panótico” está ligado à tecnologia do poder, dando à arquitetura das penitenciárias a idéia de instrumento de dominação. Deste modo, a ideia de exclusão que se tornou clara na idade moderna, foi consolidada pelas estruturas de dominação do período humanitário.

3. Objetivo da pena

Inicialmente, cumpre observar que a finalidade e significado da pena sofrem variações de acordo com a perspectiva que o tema é observado. De tal modo, os ângulos analisados poderão se dar na perspectiva do condenado, da sociedade e do Estado, no plano oficial ou ideológico punitivista. Na verdade não paira um consenso doutrinário acerca do assunto. A doutrina tradicional e clássica costuma dividir as teorias da pena, no plano oficial, em três grupos: teoria absoluta ou retributiva, relativa e mista.

3.1 Teoria absoluta ou retributiva

Essa teoria considerava a pena como uma retribuição do mal praticado pelo delinqüente. A pena era vista como um fim em si mesmo. Com proeminente viés punitivista⁹. Em outras palavras o delinqüente pagava o mal causado (delito) com outro mal (pena). É o castigo, reação, retribuição do delito cometido.

Constata-se que a origem do retribucionismo se deu nos tempos remotos da vingança privada, ou seja, autotutela, em que se aplicavam em algumas

comunidades a “Lei de Talião” cujo conceito se resumia, no brocardo “olho por olho, dente por dente”.

Hegel foi o precursor da teoria retribucionista. Zaffaroni e Pierangeli ilustram a teoria de Hegel da seguinte forma: “se o delito é a negação do direito, a pena é a negação do delito e [...] a pena seria uma afirmação do direito, que se imporia simplesmente pela necessária afirmação do mesmo”⁸.

Pode-se aduzir em outras palavras que a filosofia de Hegel a respeito das penas tinha dois objetivos: o primeiro, mais específico, consistia na retribuição de um mal com outro mal; o segundo, mais amplo, se referia a pena como um instrumento para restabelecer o equilíbrio da ordem jurídica¹⁰.

A teoria de Hegel baseava-se também no contrato social de Rousseau, ou seja, o indivíduo que viola a norma jurídica (contrato social) coloca em risco a sociedade, assim aplica-se a pena com a finalidade de anular o delinquente e conseqüentemente os efeitos do delito praticado por ele. Assim, a aplicação da pena traz de volta a paz social¹.

3.2 Teoria relativa

As teorias relativas têm como base a prevenção. Aqui não há o objetivo de punir pelo motivo do delinquente ter infringido a norma penal. Visa, no entanto, prevenir novos delitos.

Nessa ótica a teoria relativa fundada na prevenção é dividida pela doutrina em: prevenção geral e prevenção especial.

3.2.1 Prevenção geral

A prevenção geral se fundamenta na punição individual do infrator para servir de exemplo ao restante da sociedade que uma conduta similar ocasionará uma punição idêntica. Deste modo, a sanção penal inibiria a coletividade para a prática de novos delitos, garantindo a ordem jurídica e a paz social.

Reitera-se que Bentham e Beccaria foram defensores da prevenção geral. Nesse contexto, Beccaria elucida: “[...] é preferível prevenir os delitos a ter de puni-los”¹¹.

Do mesmo modo, a prevenção geral tem caráter de coação e coerção psicológica, pois há de emanar ameaça e medo aos delinquentes em potencial, ou seja, possíveis futuros delinquentes.

Anotem-se, duas falhas na prevenção geral: a primeira é apontada por Bittencourt no sentido que o homem não é tão racional, a ponto de no momento do crime, pensar e ponderar que o crime que está na iminência de cometer geraria uma consequência negativa, sendo que não compensaria cometê-lo. Acrescenta que a prevenção geral não é capaz de intimidar sequer o homem médio. A segunda falha apontada é que ao dar atenção à finalidade intimidativa, a prevenção geral pode criar um Estado de não direito, ou seja, um possível “Estado de terror”, em que o regime pode se assemelhar a um regime ditatorial¹.

Em sentido contrário Zaffaroni pondera⁸:

“a afirmação de que a pena cumpre juridicamente uma função de prevenção geral não significa que socialmente não cumpra uma função de prevenção geral, ainda de forma eventual e de maneira alguma necessária. Este é um efeito tangencial da pena, mas é inadmissível que o legislador tenha em conta como seu objetivo principal e menos ainda como único.”

Portanto, não obstante as críticas feitas acima, o fato é que a pena tem o caráter intimidativo para certos e selecionáveis sujeitos. A coerção que é o ato de induzir, pressionar ou compelir alguém a fazer algo pela força, intimidação ou ameaça, é elemento intrínseco à sanção penal e a engrenagem de controle do Estado Burguês.

3.2.2 Prevenção especial

A prevenção especial tem por finalidade direcionar os fins preventivos ao agente transgressor, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinquir e procurando corrigi-lo. Tem por escopo especial a não reincidência do “recuperando”.

Dessa forma, tal pena tem como desígnio prevenir que novos crimes não sejam cometidos pelo, outrora, infrator. Pois, enquanto este sujeito tivesse com sua liberdade cerceada ele não cometeria novos delitos. Ou seja, na pior das hipóteses, mesmo a pena não conseguindo ressocializar ou intimidar o criminoso, pelo menos mantê-lo-ia longe das ruas evitando assim seus crimes⁷.

Logo, a prevenção especial tem dois aspectos: um negativo (e real) que é a inocuização do delinquente, e o outro positivo (e quimérico) que é a “ressocialização”, “reeducação”, “reforma” ou “reinserção social”.

3.3 Mista

A teoria mista, também conhecida como teoria unificadora das penas, cominou em uma teoria unitária dos fins retributivo e preventivo da pena, tendo Claus Roxin como o maior expoente.

O Estado, nesta teoria, somente deve punir o indivíduo se for imprescindível e imperativo frente à importância relevante do bem jurídico atacado (gravidade da lesão), combinado com o risco criado à sociedade. Neste cenário, o Direito Penal somente deve ser utilizado quando todos os outros métodos de sanção e coerção (como o direito civil, administrativo etc.) fracassaram. Como caráter de exceção a penalização na esfera criminal deve ser consolidada como *última ratio*. A pena, deve se consolidar em seu caráter de prevenção geral e secundariamente intimidar mas somente em relação às lesões mais impactantes¹².

O caráter misto da pena se dá nesta interseção entre a falha da prevenção geral e a concretização da prevenção especial, por meio do impedimento à continuidade delitiva do sujeito, tendo por base a sua responsabilidade frente a conduta cometida. Ou seja, ao falhar a prevenção geral, temos então a tentativa de deter a ação agressiva do agente por meio da prisão. Mas, este cerceamento de liberdade não deve ter como objetivo único impedir que o sujeito delinqua, e sim se deve buscar a ressocialização do sujeito, pois fora do interesse ético não existe ação válida por parte do Estado¹².

Assim, após análise acima se pode dizer que a finalidade da pena reúne a prevenção geral, a especial, e, ainda os fins ressocializadores.

4. Modelo de sistema penitenciário adotado no Brasil

A expressão penitenciária pode apresentar vários conceitos e definições. O Direito Penal a define como sendo o instrumento coercitivo que visa efetivar a sanção penal imposta, decorrente de uma sentença transitada em julgado. Sob a ótica processual penal a penitenciária constitui um estabelecimento penal, assumindo características de instrumento cautelar, para que o judiciário ao executar a pena imposta ao condenado possa efetivar os fins essenciais da pena, ou seja: retribuir o mal causado pelo condenado, prevenir novos delitos e por fim ressocializá-lo. Com a Constituição de 1988, ficou latente a necessidade de que tais estabelecimentos, que tem como fim o cerceamento de liberdade, devem se pautar por assegurar e promover os direitos e garantias do cidadão, principalmente a dignidade humana.

Sabe-se que os primeiros sistemas penitenciários, propriamente ditos, surgiram nos Estados Unidos no século XVIII, embora como afirma Morris¹³ não se pode afirmar que a prisão constitui uma criação norte-americana. O que se afirma é que o modelo norte-americano rompeu barreiras e foi o início do cerceamento de liberdade como pena efetiva, superando o modelo de pena-custódia.

No ordenamento jurídico pátrio, a norma responsável pela organização das penitenciárias é a Lei de Execução Penal que adotou como modelo o sistema penitenciário progressivo inglês, com isso o apenado inicia-se no regime mais rígido e vai progredindo de acordo com a evolução de sua pena, seu comportamento dentro da prisão e demais formalidades jurídicas¹⁴.

5. Penas privativas de liberdade

Pode-se afirmar que durante o século XIX, a prisão, como modalidade de aplicação da pena, era encarada como um meio eficaz de ressocializar o sujeito selecionado como delinquente.

Entretanto, tal espécie de pena tem sido alvo de duras críticas, dada a inviabilidade de promover influxos positivos sobre o apenado, de modo que resta estampada a derrocada da prisão como meio de ressocializá-lo.

Sendo assim, a pena privativa de liberdade atingiu o apogeu no século XIX, todavia, e nas últimas décadas vem demonstrando sinais de fracasso, no entanto mesmo assim, na reforma penal de 1984, as penas privativas de liberdade foram consolidadas e subdivididas em duas espécies: reclusão, detenção e prisão simples.

5.1 Reclusão, detenção e prisão simples

Registre-se que a reclusão, detenção e prisão simples consistem em modalidades de penas privativas de liberdade, cuja aplicação é determinada pelo próprio tipo penal no preceito secundário, em que a respectiva seleção é procedida pelo legislador que se pauta em aspectos axiológicos, conforme o bem tutelado e a gravidade da lesão dirigida contra ele.

Pode-se afirmar que o cerne diferenciador das espécies reside no grau de reprovação do delito cometido, de forma que ambas operam em proporção diretamente inversa, ou seja, quanto maior a censura do crime, menor é a possibilidade de se aplicar a detenção e quanto menor a censura, maior é a probabilidade de aplicá-la. Além disso, pode-se dizer que a distinção entre detenção,

reclusão e prisão simples está na própria lei, ou seja, na quantidade de pena fixada e na qualidade da pena (regime aberto ou semiaberto, e fechado).

A Reclusão é a condenação a pena rigorosa em regime fechado. Detenção é a clausura temporária, preventiva, provisória (flagrante), ou condenação a pena leve em regime brando. Prisão simples nos casos previstos em lei (contravenções, etc.) para penas leves.

5.2 Regimes prisionais

Após discorrer acerca dos modelos de penas privativas de liberdade torna-se apropriado dissertar sobre os aspectos que envolvem os regimes e estabelecimentos adequados ao cumprimento da sanção imposta.

Os regimes prisionais observam um sistema progressivo, possibilitando ao condenado ascender de um regime mais severo a outro mais brando, de forma escalonada, sendo que incumbe ao juiz determinar o regime inicial de cumprimento de pena, observando os parâmetros demarcados pelo artigo 59 do Código Penal¹⁵ e aos seguintes requisitos:

- estão obrigatoriamente sujeitos ao regime inicial fechado os condenados à reclusão reincidentes ou não, cuja pena supere a oito anos, bem como aqueles que sejam condenados pela prática de crimes hediondos, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo;

- podem iniciar o cumprimento em regime semiaberto os condenados à reclusão, não reincidentes em penas compreendidas entre quatro e oito anos, ou condenado a detenção ou prisão simples não reincidente cuja pena seja superior a quatro anos, sendo importante destacar a Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça: “É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”.

- em regime aberto o condenado a pena de reclusão não reincidente cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, bem como o condenado à detenção ou prisão simples não reincidente cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos.

O sistema progressivo adotado pelo Brasil permite que o condenado obtenha a progressão de acordo com os requisitos objetivos e subjetivos, quais sejam: tempo e bom comportamento carcerário, de acordo com o artigo 112 da Lei

7.210/84 (Lei de Execução Penal)¹⁴. Os regimes a serem aplicados são: fechado, semiaberto e aberto.

5.2.1 Regime fechado

Segundo os artigos 33 e 34 do Código Penal, o regime fechado é aquele em que a execução da pena se dá em estabelecimento penal de segurança máxima ou média, no qual o condenado se sujeita ao trabalho no período diurno e a isolamento no noturno¹⁵.

Deve-se, contudo, observar o previsto na Lei de Execução Penal, que proclama que o condenado cumprirá a pena em uma penitenciária, em uma cela individualizada, com instalações adequadas à dignidade humana.

É de bom alvitre, nesse momento, ressaltar a disparidade existente entre teoria, lei e prática, onde nesta última se vislumbra celas abrigando multidões de condenados, desprovidos das essenciais condições de subsistência, soterrando o princípio da dignidade humana erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil na Carta Magna em seu artigo 1º, inciso III¹⁶.

Voltando a discutir as bases legais adotadas pela Lei de Execução Penal, observa-se que o regime fechado impõe o desempenho de atividade laboral pelo condenado, observando-se a jornada de trabalho de oito horas diárias.

A Lei de Execução Penal anteviu a possibilidade de permitir o trabalho externo ao condenado a cumprir a pena em regime fechado, desde que se trate de obra pública e, ainda, exigindo que ele tenha cumprido um sexto da condenação e haja cautela para obstar eventual fuga.

Para o trabalho prisional, além da percepção do respectivo salário, o condenado fará jus ao instituto da remição, previsto no artigo 126 da Lei de Execução Penal, segundo o qual ele poderá resgatar parte do tempo da execução da pena, à razão de um dia de pena por três dias de trabalho.

No entanto, é importante ressaltar que hoje no Brasil, pouco mais de 22% (vinte e dois por cento) dos presos trabalham e menos de 10% (dez por cento) estudam¹⁷.

Convém aqui dizer que no ordenamento jurídico brasileiro o diploma legal responsável pela organização das penitenciárias é a Lei de Execução Penal, que traça as normas gerais, devendo cada estabelecimento adequar a elas suas normas internas e específicas, restando aos Estados-membros a adaptação de tais regras básicas às suas realidades sociais e econômicas.

A penitenciária é a instituição adequada a abrigar o condenado à pena de reclusão em regime fechado, consoante preconiza o artigo 87 da lei em epígrafe.

Percebe-se que as penitenciárias devem possuir, minimamente, instalações físicas que atendam às necessidades básicas do preso, com ênfase ao aspecto sanitário que possibilite sua higiene pessoal.

A prioridade é concedida para a construção de celas individuais, em que o recluso ficaria isolado dos demais em um recinto equipado de instalações sanitárias, com uma área mínima de seis metros quadrados.

Desse modo, a arquitetura da penitenciária deve (ou deveria) observar, por estimativa, o número de condenados que está apta a abrigar em condições dignas, evitando, por conseguinte, o alojamento de multidões que tornam o estabelecimento em um depósito de “excluídos”.

5.2.2 Regime semiaberto

O artigo 33, § 1º, b do Código Penal¹⁵ considera regime semiaberto aquele em que há o cumprimento da pena privativa de liberdade em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar conforme estudo logo a seguir.

No semiaberto o trabalho também é obrigatório na perspectiva da lei e deverá ser desenvolvido nos moldes previstos para o primeiro. Além do mais, neste caso, no tocante a trabalho externo, o condenado poderá ser autorizado a participar de obras e serviços particulares, mediante remuneração e fiscalização, prescindindo de vigilância.

Ressalte-se que o condenado a cumprir pena sob tal regime terá direito a frequentar cursos supletivos e profissionalizantes e de instrução de segundo grau ou superior.

O condenado ainda possui o direito de obter autorização para deixar o estabelecimento temporariamente, sem vigilância direta, com o intuito de visitar a família e para participar de eventos que propiciem condições para o seu regresso ao convívio social.

A referida autorização depende do comportamento adequado do detento, além do cumprimento de um sexto da pena, caso seja primário ou um quarto se for reincidente. Neste sentido, posiciona-se a Súmula 40 do Superior Tribunal de Justiça: “Para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento de pena no regime fechado”. O cumprimento

da pena no regime semiaberto, como dito anteriormente, dar-se-á em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, cuja função é “acolher” o condenado ao cumprimento de pena em regime semiaberto.

Frise-se que a colônia agrícola, em comparação com a penitenciária, possui uma arquitetura mais simples, posto que a preocupação com a vigilância do condenado é menor, em face da presunção do senso de responsabilidade que paira sobre ele.

Nesta espécie de abrigo penal, a legislação autoriza o alojamento dos condenados em compartimento coletivo, desde que haja uma seleção adequada baseada em critérios de personalidade, atendendo, ainda ao limite de capacidade máxima.

Não se pode esquecer que os compartimentos coletivos devem conter instalações sanitárias que permitam a integral higienização do condenado e, além disso, condições de salubridade ambiental, tais como aeração, insolação e condicionamento térmico.

Infelizmente, há uma escassez de colônias agrícolas ou similares, o que compromete, cabalmente, a efetividade do regime semiaberto, pois quando o indivíduo é nele condenado e não há o local apropriado para o cumprimento da pena, ele deverá se recolher ao regime fechado (o que é flagrante inconstitucionalidade por ser um regime mais severo) ou aberto, desnaturando a finalidade do aludido instituto que seria uma gradativa evolução rumo à liberdade.

A título de ilustração, convém ressaltar o “inovador” regime criado em Uberaba/MG, onde os condenados em regime semiaberto ou que progrediram de regime cumprem em um regime fechado/semiaberto, ou seja, foi criado na penitenciária “*Aluizio Inácio de Oliveira*”, um local separado, sendo que os condenados no regime em análise trabalham durante o dia no referido local e durante a noite sofrem o isolamento noturno. Como dito, infelizmente ainda não se tem locais apropriados para os condenados cumprirem o regime semiaberto, situação que dificulta a ressocialização e foge dos preceitos legais instituídos pela Lei de Execução Penal.

5.2.3 Regime Aberto

Considera-se regime aberto, nos termos do artigo 33, § 1º, “c” do Código Penal¹⁵, o cumprimento da pena privativa de liberdade em casas de albergado ou

estabelecimento adequado, onde também será cumprida a pena de limitação de fim de semana.

A Lei de Execução Penal preconiza que as casas de albergado devem ser construídas no centro urbano das cidades e, além disso, sua arquitetura terá que contemplar instalações adequadas aos serviços de fiscalização e orientação dos apenados, de modo a incentivar a autodisciplina e senso de responsabilidade daqueles.

Entretanto, a maioria das cidades brasileiras não dispõe de tais estabelecimentos o que acarreta dois inconvenientes, quais sejam: colocar o condenado, a cumprimento em regime aberto, em locais destinados ao regime fechado e semiaberto ou conceder a prisão domiciliar àquele que não tem tal direito.

Conforme dito, o albergue é o estabelecimento destinado a abrigar o indivíduo condenado em pena privativa de liberdade em regime aberto ou ao cumprimento da pena restritiva de direitos sob a modalidade da limitação de fim de semana. Em outros países tal prisão é chamada de 'prisão noturna' ou 'semiliberdade'. Dentre as prisões que abarcam tal regime ainda temos a 'prisão domiciliar', prevista em lei com a definição de regime aberto em residência particular¹⁸.

Na verdade, a ideia central do regime aberto situa-se na possibilidade de o sentenciado manter contato com a família e com a sociedade, uma vez que aquele deverá dedicar-se a trabalho lícito e externo, desprovido de qualquer vigilância, mas terá que se recolher ao estabelecimento durante a noite, dias de folga e finais de semana.

Ao juiz da execução penal é facultada a fixação de condições para o cumprimento da pena em regime aberto, nos moldes desenhados pela Lei de Execução Penal em seu artigo 115¹⁴. Neste cenário, surgem arbitrariedades e sutilezas de interpretação que, por vezes, prejudicam o condenado, uma vez que não são observadas suas condições individuais, não se oferecem estabelecimentos penais adequados, devido à falta de estrutura organizacional-administrativa dentro do próprio juízo de execução.

Ressalte-se que a lei preconiza um regime aberto destinado aos condenados aptos a conviverem em sociedade, gozando de condições favoráveis à reintegração social, sem oferecer perigo à ordem pública. Tal regime tem como vantagens além do gradual descongestionamento do sistema carcerário, a melhora

física e mental dos condenados, incentivando também a autoestima e autodisciplina do condenado, patrocinando sua responsabilização, aumentando as chances de humanização do sujeito, potencializa suas relações com a família e a sociedade à sua volta. Tecnicamente pode-se ainda afirmar que o regime aberto ainda significa uma economia para o Estado. Já os punitivistas criticam os regimes de pena, diversos da prisão com argumentos que vão do aumento da possibilidade de evasão, ao acentuado enfraquecimento da função intimidante da pena¹⁸.

É importante deixar claro, que o regime aberto não pode ser visto como uma benesse ao condenado, como definitivamente não é. Pois, não serve como uma garantia graciosa para que ele possa comer, dormir e ficar livre de responsabilizações e consequentes rotulações.

Mesmo assim, para que o sentenciado possa desfrutar do cumprimento da pena em regime aberto, o mesmo deverá preencher alguns requisitos, quais sejam: que não seja ele reincidente e que tenha sido condenado a pena igual ou inferior a quatro anos.

Será contemplado com o regime aberto o condenado através da progressão de regime, desde que o mesmo tenha cumprido um sexto da pena no regime semiaberto e possuir mérito carcerário apropriado.

Observe-se que o prédio destinado a alojar os condenados em regime aberto deve situar-se em centro urbano, segregado dos demais estabelecimentos, facilitando o acesso daqueles ao trabalho, possibilitando a frequência em curso ou palestras.

O artigo 95 da Lei de Execução Penal preconiza a existência de pelo menos uma Casa do Albergado em cada região, contendo espaço físico para promover cursos e palestras aos reclusos¹⁴.

Por fim, destaca-se, ainda, que o edifício em evidência não deve conter obstáculos físicos aptos a evitarem a fuga, porquanto durante o dia o condenado transita livremente pela sociedade, ocasião mais propícia para empreender a escapada, além do que, o regime aberto se funda no senso de responsabilidade daquele. Ressalta-se que nos estabelecimentos destinados a abrigar os condenados a regime aberto, deve-se ter regras e normas visando o bom funcionamento do local¹⁸.

6. O sistema penitenciário brasileiro – fatores que demonstram sua crise

A situação atual que vive o sistema carcerário nacional é preocupante, a começar pela superpopulação carcerária e outros fatores que serão demonstrados logo a seguir. A crise instalada nas prisões brasileiras não constitui nenhuma novidade. Tal situação evidencia-se pelas inúmeras rebeliões nos presídios, as precárias condições de salubridade, violência e abuso sexual, tráfico de drogas, superpopulação. Nesse sentido, os presídios são chamados de “depósitos de presos” perante a opinião pública para descrever as mazelas acima mencionadas.

Pode-se afirmar (apesar de inúmeras teorias tentarem sustentar o contrário), que nenhum sistema ou regime prisional alcançou efetivamente o resultado previsto, demonstrando assim a falência do sistema penitenciário vigente.

Porém, neste tópico discutir-se-á o aspecto principal, que é a execução da pena e sua efetividade, pois existe uma distância grande entre teoria e prática. E “Igualmente se tem debatido no campo da interpretação das diretrizes legais, do dever ser, da teoria, e, no entanto, não se tem dado a atenção devida ao tema que efetivamente a merece: o momento final e problemático, que é o do cumprimento da pena institucional. Na verdade, a questão da privação de liberdade deve ser abordada em função da pena tal como hoje se cumpre e executa, com os estabelecimentos penitenciários que temos, com a infraestrutura e dotação orçamentária de que dispomos, nas circunstâncias atuais e na sociedade atual. Definitivamente, deve-se mergulhar na realidade e abandonar, de uma vez por todas, o terreno dos dogmas, das teorias, do dever-ser e da interpretação das normas”¹.

A prisão por si só, como toda engrenagem de controle penal, não é capaz de atingir seus objetivos tanto oficiais, quanto ideológicos. A falta de infraestrutura ocasionada pela omissão do Poder Público é um dos maiores obstáculos e uma das mais claras comprovações que o sistema está em crise. As condições reais em que se encontram os presos não é propícia ao seu desenvolvimento não pautando-se pela dignidade humana e longe está da reabilitação preconizada nos diplomas legais. Pelo contrário, percebem-se os efeitos criminológicos da pena, pois o apenado quando inicia o cumprimento da pena privativa de liberdade tem uma grande queda no seu autoconceito que se agrava com a superpopulação carcerária, que contribui para o condenado se profissionalizar em recursos, métodos e instrumentos de uma criminalidade ainda mais elaborada.

Segundo dados do Departamento Penitenciário/Ministério da Justiça – DEPEN/MJ¹⁷, no segundo semestre de 2003 a média mensal de inclusões e liberações, revelou que enquanto 9.391 eram incluídos por mês no sistema, apenas 5.897 eram liberados. Isso significava um saldo de 3.494 pessoas a mais por mês ou de 41.928 presos a mais por ano, que se somavam ao efetivo já acumulado nos estabelecimentos penais do país. Havia nesta época 179.489 presos no sistema penitenciário e 68.101 em delegacias de polícias e distritos policiais. Na época o déficit era de 60.714 vagas. Já a última pesquisa realizada em 2010 revelou que entre 1995 e 2005 a população carcerária do Brasil evoluiu de 148 mil presos para 361.402, o que representou um crescimento de 143,91% em uma década. Entre dezembro de 2005 e dezembro de 2009, a população carcerária aumentou de 361.402 para 473.626, o que representou um crescimento, em quatro anos, de 31,05%, revelando que o Brasil ainda apresenta um déficit de 194.650 vagas.

As mazelas das prisões não se resumem somente nos aspectos acima citados. De forma geral, os aspectos negativos, mais evidentes, são os seguintes: maus-tratos físicos e verbais; superpopulação carcerária; ambientes insalubres; falta de higiene; condições deficientes de trabalho ou em alguns casos ausência de trabalho; assistência médica e odontológica deficiente; alimentação e vestuário deficientes; falta de lazer; consumo de drogas; corrupção de alguns agentes penitenciários; abusos sexuais; problemas em relação a homossexualidade e diversidade de gênero; rebeliões, e enfermidades psíquicas, como a epilepsia, esquizofrenia e depressões dentre outros.

7. Considerações Finais

A pena privativa de liberdade encontra-se destituída de seus fins que abrangeriam, quimERICAMENTE, a reeducação do apenado, sua ressocialização, reinserção social e, ainda, a prevenção especial e geral, que além de desestimular o comportamento criminoso ainda teria uma ação ética frente ao apenado, dispensado a ele um tratamento digno. No entanto, refletir o sistema prisional neste prisma é olvidar de seu seletivismo, de sua política de profilaxia social e principalmente esquecer que o controle penal de indivíduos se faz com base nas teorias de defesa social pautadas em valores superficiais, fictícios e falaciosos como o princípio da igualdade, da legitimidade e o dualismo entre o bem e o mal.

Desta maneira, urge ressaltar que a prisão foi um salto evolutivo frente ao nosso passado de torturas, crueldades e aflições ao corpo, mas encontra-se falida. Repisa-se que pensar hoje a prisão é pensar sua abolição.

Claro que antes de discutir sobre a desconstrução total do sistema penitenciário, são necessários primeiramente a releitura e reflexão de setores estratégicos, como por exemplo: educação, saúde, geração de renda, emprego, convivência sócio familiar e outros. Assim como o fortalecimento de outras formas de mediação entre pessoas, como todos os outros ramos de Direito menos bélicos e invasivos.

Resta claro que o Estado não pode se omitir frente aos sintomas de nossa sociedade que ficam evidenciados no cenário prisional. Um sistema carcerário cruel e falido, nada mais é que um diagnóstico de uma sociedade também em crise, decadente e paradoxal em seus valores.

A história da pena evidencia que não evoluímos nos últimos séculos, e estamos a reproduzir o sistema carcerário do século XIX até os dias hodiernos. Esta constatação ressalta como são inúteis, aparentes e pouco profundas os conceitos tratados neste artigo. As diferenças entre regimes são fictícias, não temos uma progressão pautada na humanidade e ética, os modelos adotados no Brasil não têm aplicabilidade prática nem almejam a concretização dos preceitos constitucionais. Ou seja, a teoria prisional está totalmente desvinculada da prática segregacionista que inunda nosso dia a dia.

Ao falar em teorias da pena e sua justificativa, devemos lembrar que hoje a correção (embora virtual) foi totalmente sepultada pelo controle desenfreado de parcela vulnerável da população. Ou seja, até algumas décadas atrás, ainda tínhamos o verniz de reeducação, correção, defesa social, utilitarismo das penas; hoje, como tais ideologias, nem mesmo se sustentam, têm-se de conviver com as prisões sendo efetivadas para se alcançar ou para se reestabelecer a paz (de alguns cidadãos somente)¹⁹.

Hoje não se vislumbra a defesa das características constitucionais e democráticas no cerceamento de liberdade. Pelo contrário, os argumentos já não necessitam de maquiagens ou disfarces. Justificam-se as prisões por considerar ou rotular os presos e suspeitos como inimigos, patrocina-se o cerceamento de liberdade em nome de uma paz geral (devidamente selecionada), abona-se a restrição de liberdade de determinados indivíduos em nome de um estado de perigo,

onde a prisão não é mais um remédio para o delinquente, mas sim um remédio purificador da sociedade.

Muda-se assim o paradigma, modifica-se igualmente o cenário. A prisão como um mal necessário para o próprio delinquente se transforma na prisão como engrenagem essencial do sistema de controle na sociedade capitalista, onde é necessário afastar os indesejados, restringir as ameaças.

Referências

1. Bittencourt CR. Falência da pena de prisão. 3ª ed; Saraiva; São Paulo. 2004, 394p.
2. Foucault M. Vigiar e punir: história da violência nas prisões. 28. ed., Petrópolis: Vozes, 2004, 290p.
3. Miotto AB. Temas penitenciários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, 341p.
4. Zaffaroni ER. Em busca das penas perdidas. 5. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003, 304p.
5. Aquino T. Suma teológica. Edições Loyola, São Paulo, 2003, 278p.
6. Baratta A. criminologia crítica e crítica do direito penal. 2a. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, 366p.
7. Teles NM. Direito penal. Vol. I; Atlas; São Paulo; 2004, 297p.
8. Zaffaroni ER; Pierangeli JH. Manual de direito penal brasileiro. 3ª ed. RT. São Paulo. 2002, 355p.
9. Thompson A. A questão penitenciária: de acordo com a constituição de 1988. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, 255p.
10. Klug U. Para una crítica de la filosofía de Kant y Hegel, trad, Enrique Bacigalupo, in Libro homenaje AL profesor Jimenez de Asúa, 299p.
11. Beccaria C. Dos delitos e das penas. São Paulo: Martin Claret, 2002, 304p.
12. Roxin C. Problemas fundamentais do direito penal. Lisboa: Veja, 1986, 322p.
13. Morris N. *El futuro de las prisiones*. México, Siglo XXI Ed., 1978, 277p.
14. Brasil. Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2014.
15. Brasil. Código Penal. 22. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
16. Brasil. Constituição da república federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13/04/2014.
17. Brasil. DEPEN. Departamento penitenciário. Disponível em: www.sejus.es.gov/download/diagnostico-depen.pdf. Acesso 08 maio 2014.
18. Mirabete JF. Execução Penal. 8ª ed. Atlas. São Paulo. 2008, 389p.
19. Garland D. The culture of control. Crime and Social Order in Contemporary Society, Chicago, University of Chicago Press. 2001, 283p.