# XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

## DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

**GIOVANNI OLSSON**

**VALDIRA BARROS**

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente –** Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

**Conselho Fiscal:**
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Valdira Barros; Giovanni Olsson.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-524-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

# XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

## DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

---

## Apresentação

A presente obra é fruto dos artigos apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho (GT) DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I, do XXVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de São Luis (MA), entre os dias 15 e 17 de novembro de 2017, na Universidade CEUMA (UNICEUMA) e na Universidade Federal do Maranhão (UFMA), com o apoio de diversas instituições públicas e privadas.

Com pungente atividade de pesquisa desenvolvida por todo o país, foram selecionados e objeto de apresentação e debate, neste Grupo de Trabalho, 17 trabalhos científicos relacionados ao tema, os quais sustentam esta obra, apresentando o mais elevado nível de pesquisa desenvolvido nacionalmente.

O Congresso, sediado em uma Cidade Patrimônio Cultural da Humanidade, teve como pano de fundo a temática "Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça". A escolha merece ser tida como muita oportuna diante do cenário global construído nessa primeira década do Século XXI, com toda a sensível marca do processo de globalização pluridimensional, em que o futuro do Direito e da Democracia precisa ser posto em debate com seus limites e possibilidades no sistema de Justiça e suas instituições. O Estado nacional, até então modelo político-jurídico da Modernidade, vem sendo crescentemente desafiado no seu papel de articulador da regulação social por meio de normas jurídicas legitimas com seu papel de mediador das relações do poder por instrumentos de representação e de participação democrática. O Estado, veiculando o exercício de poder por normas jurídicas estabelecidas em razão do povo, precisa efetivamente merecer os atributos de "Democrático" e "de Direito".

Os desafios, porém, são muito grandes. A afirmação da cidadania nas suas múltiplas faces e a construção compartilhada do desenvolvimento sustentável pluridimensional como projeto civilizatório, no marco, por exemplo, da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, são realidades que precisam ser concretizadas e universalmente (con)vividas. Nesse contexto, a implementação dos direitos fundamentais nas relações sociais, do trabalho e empresariais, deve buscar garantir a sua efetividade resolvendo a colisão de direitos fundamentais, com fortalecimento da cidadania e do desenvolvimento social, ambiental e econômico, que só podem ser concretizados com reconhecimento, afirmação e respeito às diferenças entre os

indivíduos e entre todos os povos do mundo. Mais do que isso, esse desiderato será possível apenas se for efetivada a plena inclusão social de todos os segmentos marginalizados, seja por carências econômicas e sociais, seja mesmo pela alienação de oportunidades de cidadania no sentido pleno da palavra. Nesse particular, uma releitura crítica do sistema penal, nas suas diversas vertentes, mas sempre sob o atento olhar do farol constitucional, com seus direitos e garantias, é cada vez mais oportuna e relevante.

É nesse contexto complexo e desafiador que emerge a singular relevância dos trabalhos científicos debatidos no presente Grupo de Pesquisa. Aqui, direito material e direito processual interpenetram-se no emaranhado do sistema penal, desafiando suas matrizes histórico-sociológicas puramente repressivas, seus papéis por vezes contraditórios de seletividade social e econômica e a construção de seus discursos reforçados de dupla exclusão e, não raro, de desumanidade e violência pura em nome do Leviatã. É fundamental, nesta quadra da história, jogar luz sobre os cantos escuros do sistema penal e de sua(s) violência(s), pretensamente legítima(s) sob o monopólio do Estado-nacional, que, com suas próprias crises e contradições nas promessas descumpridas do projeto filosófico da Modernidade, assiste ao esboroamento da sua legitimidade e da suposta humanidade da retribuição-reinserção que alimentava a realidade (e o imaginário) de sua instituição milenar.

Há enormes dificuldades nesse caminho, com marcos teóricos dispersos, conceitos operacionais fragmentados e instrumentos normativos cuja deontologia discursiva, não raras vezes, é incapaz de esconder sua ontologia brutal, violenta e substancialmente desumana para corpos e mentes. O exercício das mais diversas formas de poder sobre os indivíduos, em nome do Estado, notadamente nas suas versões foucaultianas de poder disciplinar (ou poder anatomopolítico) e de poder biopolítico, demarca a importância de estudos aprofundados e atentos sobre os mais diversos aspectos da entrada e da saída dos indivíduos-cidadãos no sistema penal na sociedade contemporânea. O itinerário de exclusão social que tipifica os fatos puníveis em cada sistema, as variáveis endógenas e exógenas intervenientes nas escolhas político-legislativas que delimitam os tipos penais neste momento histórico, as (pre) condicionantes sociais, econômicas e políticas de persecução, a seletividade includente-excludente dos instrumentos e das instituições do aparato policial-judiciário, os pré-conceitos dos atores e operadores do sistema, as contradições dos valores alegadamente tutelados, a (in) efetividade sistêmica ou reversa dos procedimentos, e, em especial, os limites e possibilidades de cumprimento dos objetivos de todo o sistema para a sociedade, notadamente na promessa de (re)inclusão dos indivíduos, são algumas das principais questões que devem ser enfrentadas.

Mais do que isso, novos paradigmas devem ser construídos e foram propostos especificamente no Grupo de Trabalho, sendo certo que somente por intermédio da Ciência do Direito, com o olhar inter e transdisciplinar com a Psicologia, a Sociologia, a Economia, a Ciência Política e tantas outras áreas, é possível desenvolver as bases para uma reflexão densa e prospectiva sobre o Direito Penal e o Processo Penal à luz da Constituição e de seus valores fundantes, criando-se as bases para se cobrar dos atores sociais o exercício de seus papéis no Estado Democrático de Direito, que, mais do que nunca, é um Estado que dialoga com outros atores numa sociedade global em rede e na qual os fatos típicos cada vez mais transcendem os recortes territoriais. Olhar para fora do Estado-nação é hoje tão importante quanto olhar para dentro de seus fundamentos jurídico-políticos.

Nessa trilha, os trabalhos apresentados relacionam-se, de forma bastante direta, com os propósitos do presente Grupo, o que indica uma preocupação com a seleção de artigos que mantêm entre si afinidade científica, o que favoreceu sobremaneira os debates no momento das discussões no GT.

A obra, em razão dos trabalhos apresentados, pode ser subdividida basicamente em dois blocos temáticos, mas necessariamente intercomplementares. O primeiro trata mais especificamente do Direito Penal, que, como direito substancial, abebera-se de intensos elementos das relações sociais e econômicas subjacentes, em que as diferenças de bens tutelados (vida, patrimônio, etc.) estabelecem ligações com tipificações penais e consequências totalmente distintas. O segundo trata com preponderância do Direito Processual Penal, que, em outra trilha e por seu caráter instrumental, possui interfaces na Teoria Geral do Processo e na performance dos atores centrais dentro das instituições do sistema, particularmente advogados, magistrados, policiais e membros do ministério público. Entretanto, essa distinção é meramente didática e aproximativa porque, a rigor, um direito material justifica-se e opera-se por seu direito processual correspectivo, com o qual estabelece vínculos de organicidade materiais e especialmente simbólicos, como discursos e práticas jurídicas simétricas.

No âmbito do Direito Penal, e focados mais no seu caráter substancial e muitas vezes com suporte na Criminologia Crítica, podem ser elencados onze artigos, com ricas e instigantes contribuições à Academia Brasileira.

O POPULISMO PUNITIVO E O CARÁTER SELETIVO DO SISTEMA PENAL, de Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti e Felix Araujo Neto, parte da constatação de que existe uma tendência retribucionista crescente, com a tipificação de diversas condutas e o recrudescimento das penas já existentes. Apesar do consenso sobre os efeitos

dessocializadores da prisão, a pena privativa de liberdade tem sido aplicada como aparente solução para conter a criminalidade. O artigo chama a atenção para o fato de que, ao mesmo tempo, no Brasil, a prisão reproduz as imensas desigualdades econômicas de nosso país e é utilizada como instrumento jurídico para justificar a exclusão social das camadas mais pobres e marginalizadas da população.

A MIGRAÇÃO E CRIMINALIDADE: INCLUSÃO MARGINAL E COMENTÁRIOS AO ARTIGO 232-A INSERIDO PELA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO, redigido por Andressa Paula de Andrade e Luiz Fernando Kazmierczak, enfrenta os pontos de contato entre o Direito Penal e Migração. Para tanto, o enfoque principal foi analisar a marginalização do migrante e, na sequência, analisar de forma detida o artigo 232-A inserido no Código Penal pela Lei 13.445/2017.

O USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS (INSIDER TRADING) NO CONTEXTO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO CONTEMPORÂNEO, de autoria de Vinicius Lacerda e Silva, propõe o debate, em meio à crise de ética que passa o País, de um dos crimes mais recorrentes no Direito Penal Econômico contemporâneo: o uso indevido de informação privilegiada no mercado de valores mobiliários (insider trading). Para tanto, perpassa pela evolução deste sub-ramo do Direito Penal, seu conceito, suas características e a delimitação do bem jurídico tutelado. Por fim, registra a importância da defesa da eficiência desse mercado mediante o exercício da transparência no plano do Estado Democrático de Direito.

O artigo intitulado ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O ELEMENTO SUBJETIVO NO CRIME DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAL NO SISTEMA JURÍDICO LUSO-BRASILEIRO, de Vilmar Rego Oliveira, parte do reconhecimento de que, atualmente, os ordenamentos jurídicos ocidentais têm atribuído grande importância aos denominados crimes da pós-modernidade, entre os quais se insere a lavagem de dinheiro ou branqueamento de capitais. O artigo tem por finalidade analisar a controvérsia legal, doutrinária e jurisprudencial existente sobre os elementos subjetivos dessa tipificação penal no direito luso-brasileiro, aferindo seus postulados básicos, bem como verificar se seria prudente limitá-los ao dolo direto ou avançar e incluir também dolo eventual, cegueira deliberada ou determinado tipo de culpa, como já ocorrem em alguns países, avaliando os prós e os contra que devem ser sopesados no particular.

Em A FRAUDE COMETIDA POR MEIOS INFORMÁTICOS SOB O PRISMA DA VITIMODOGMÁTICA, de Maria Auxiliadora de Almeida Minahim e Luíza Moura Costa Spínola, as autoras analisam a influência do comportamento da vítima na fraude cometida

pela Internet. Explicam os novos riscos criados pela popularização de dispositivos com acesso à Internet, bem como o conceito de crimes informáticos próprios e impróprios. Também analisam o comportamento da vítima como uma peça fundamental para a consumação do delito, e apontam para a necessidade de que, no uso da Internet, as pessoas adotem certas medidas de cuidado e, caso elas não sejam devidamente observadas pela vítima, pode haver uma diminuição da pena para o autor e, em casos extremos, gerar a atipicidade da conduta.

O artigo ASPECTOS DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E PENAL DA LIBERDADE RELIGIOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, de Marcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais e Carlos Alberto Simões de Tomaz, propõe-se a, a partir de uma abordagem lógico-dedutiva, analisar a proteção da liberdade religiosa em face do consenso estabelecido na Constituição brasileira de 1988, bem como a tutela penal dessa proteção. Para tanto, estabelece uma base compreensiva da dificuldade contramajoritária que envolve os conflitos sobre a matéria, decisivamente marcada por intolerância, e aponta a tutela penal pertinente que, de regra, não é efetivada quando a atenção se volta para o âmbito da esfera cível, circunstâncias que se apontam em conclusão.

A IMPUTABILIDADE PENAL E OS EFEITOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA ANALISE HERMENÊUTICA DAS INCONGRUÊNCIAS, de Lucas Helano Rocha Magalhães e Renata Albuquerque Lima, é o artigo submetido para o debate das peculiaridades do contorno da imputabilidade penal dessas pessoas. Os autores atentam que as alterações no Direito brasileiro decorrentes da Lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) tiveram como objetivo consolidar os seus direitos civis. Entretanto, por omissão legislativa, somente ocorreram quanto à capacidade civil, ignorando seus reflexos em outros campos, provocando várias antinomias, em especial no direito penal, quanto à capacidade e à imputabilidade dos portadores de deficiências. Os autores propõem a realização de uma análise hermenêutica do tema, com base no método interpretativista de Dworkin, com o objetivo de delinear possíveis soluções para as antinomias.

OS DIREITOS SEXUAIS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL, de Luanna Tomaz de Souza, traz ao debate essa relevante e sensível questão. O artigo busca analisar se a Lei 12.015/2009, que traz modificações ao Código Penal Brasileiro no âmbito dos crimes sexuais, tem contribuído para reconhecimento dos direitos sexuais das crianças e adolescentes. A hipótese inicial é que a Lei foi construída à revelia da compreensão da criança enquanto sujeito de direitos, avaliando-se que essa lei contribuiu para reafirmar uma lógica tutelar que ignora a dimensão de direitos das crianças e adolescentes.

O artigo A LEI ANTITERRORISMO BRASILEIRA E A (I)LEGITIMIDADE DE SEUS MECANISMOS CARACTERÍSTICOS DE UM “DIREITO PENAL DO INIMIGO, elaborado por Jordan Espíndola dos Santos e Antônio Sergio Cordeiro Piedade, traz o atualíssimo debate sobre o tratamento do terrorismo no sistema pátrio. O artigo visa analisar a Lei antiterrorismo brasileira, partindo da consideração de que alguns mecanismos nela positivados guardam semelhança com ditames do funcionalismo sistêmico de Günter Jakobs, tais como a antecipação da tutela penal com tipificação de atos preparatórios e de tipos de perigo, e o uso de meios investigativos aprimorados e relativamente mais invasivos. O estudo, em síntese, busca compreender a legitimidade e adequação de alguns desses dispositivos característicos do chamado “Direito Penal do Inimigo” para a efetiva tutela dos bens jurídicos envolvidos.

Em A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: O CASO DE RAFAEL BRAGA COMO BODE EXPIATÓRIO DA POLÍTICA DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO, de Renan Daniel Trindade Dos Santos, o autor introduz o debate de um estudo de caso sobre os crimes de perigo abstrato.O trabalho considera que a expansão do direito penal tem feito com que se criem medos, que são comercializados cotidianamente, vindo à tona o fenômeno da criação dos crimes de perigo abstrato, sem bem jurídico específico a proteger. O autor atenta que, numa sociedade baseada na constante expansão dos sistemas punitivos, é inevitável que tal lógica não recaia sobre as populações vulnerabilizadas socialmente, tal como Rafael Braga, condenado por esta expansão dos crimes de perigo abstrato.

No artigo O PAPEL DO MUNICÍPIO DIANTE DO FENÔMENO DO ATO INFRACIONAL: DEMARCAÇÕES SOCIOJURÍDICAS A PARTIR DA LEI DO SINASE, de Claudio Alberto Gabriel Guimaraes e Valdira Barros, os autores revisitam o ato infracional como fenômeno na dimensão do Município. Os autores abordam especificamente o papel desempenhado pelos municípios para enfrentamento do fenômeno do ato infracional, partindo das inovações introduzidas pela Lei do SINASE. Baseado em revisão bibliográfica e pesquisa documental, demarca a fundamentação teórica e legal do sistema de controle do ato infracional no âmbito do ordenamento brasileiro, o contexto social de ocorrência do fenômeno, natureza dos atos infracionais praticados, perfil do adolescente autor de ato infracional, medidas de responsabilização previstas para os autores de ato infracional e por fim as inovações introduzidas pela Lei do SINASE quanto às competências dos municípios no tratamento da problemática do ato infracional.

O Direito Processual Penal, a seu turno, é o objeto destacado de outros seis trabalhos científicos apresentados e debatidos neste GT.

O PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA FICÇÃO JURÍDICA, de Roberto Vasconcelos da Gama, busca analisar o processo penal brasileiro a partir da construção do procedimento investigatório como uma ficção jurídica, e, com isso, contribuir com as discussões sobre o tema num estudo critico sob enfoque dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. A sua leitura aponta que as decisões judiciais, em sua grande maioria, não vêm analisando os fatos apresentados na dialética processual.

A AÇÃO PENAL POPULAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTROLE SOBRE A (NÃO) ATUAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, de autoria de Mauro Fonseca Andrade, dispõe-se a analisar a viabilidade de inserção de ação penal popular no Brasil, em razão dos termos do Projeto de Lei nº 6.404/2016. Primeiramente, apresenta os termos e a justificativa do mencionado projeto, com o fim de situar o leitor na discussão travada, e, depois, aborda duas hipóteses de ajuizamento da ação, confrontando-as com a Constituição. Por fim, propõe uma alternativa à proposta de inserção da ação penal popular no Brasil, que não fere os postulados da Constituição Federal, mas não se mostra apta a solucionar os problemas que se pretende corrigir.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A CULTURA DE ENCARCERAMENTO é o título do trabalho apresentado por Anderson Rocha Rodrigues e Paulo Eduardo Elias Bernacchi. O artigo, sem a pretensão de esgotar o tema, analisa a recém criada audiência de apresentação em curso nos diversos tribunais do Brasil, de lenta e demorada implementação, embora seja garantia fundamental do preso prevista em dois tratados internacionais

No artigo em que aborda o LIVRAMENTO CONDICIONAL, Alessandra Trevisan Ferreira introduz diversas considerações sobre os pressupostos normativos para a concessão pelos Tribunais, analisando criticamente os limites e possibilidades de sua efetiva implementação dentro do marco legal vigente no Processo Penal.

Em O STANDARD DA DÚVIDA RAZOÁVEL E A SUA APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS, de Leonardo Vasconcelos Guaurino de Oliveira, é tratada a questão de um standard concebido pelo direito anglo-americano chamado de “dúvida razoável”, especificamente pautado na ótica da doutrina do professor Larry Laudan.

Por fim, e no artigo A LINGUAGEM COMO FORMA DE ESCLARECIMENTO DOS FATOS: A VERDADE REAL A PARTIR DA METODOLOGIA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA, de Simone Matos Rios Pinto, promove-se uma análise crítica da qualidade da resposta penal à infração penal. A autora destaca que a sentença, como ato político e de transformação social, se não for baseada na argumentação dos verdadeiros

envolvidos, não encontrará a verdade real e tende a ser uma técnica de aplicação de artigos de lei, sem assegurar a substância étnico-cultural da vida. O artigo sustenta que a pena deve ser o resultado de um procedimento que constitucionalmente a justifique, dentro de um processo comunicativo que se pode estabelecer quando se adota a metodologia restaurativa.

Como já exposto, é muito difícil a dissociação do Direito Penal do Direito Processual Penal que o instrumentaliza, e, por isso, na maioria dos trabalhos apresentados e debatidos, essa imbricação era não apenas evidente, mas substancialmente indispensável.

Os debates foram realizados logo após o término das exposições em blocos, o que demonstrou envolvimento de todos os presentes, os quais foram responsáveis pelo aprofundamento de temas pontuais dos trabalhos trazidos a todos.

A amplitude dos debates e das perguntas no GT demonstraram a importância dos temas levantados e apresentados por todos os pesquisadores e pesquisadoras deste Grupo, originados dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) de quase duas dezenas de Instituições de Ensino Superior de todo o país.

Assim, é com muita felicidade que apresentamos a toda sociedade jurídica a presente obra, que certamente será bastante importante para futuras pesquisas com base nas inúmeras reflexões expostas nas páginas seguintes.

São Luis, 17 de novembro de 2017.

Coordenadores:

Profa. Dra. Valdira Barros (Universidade CEUMA/Universidade Estadual do Maranhão, São Luís-MA)

Prof. Dr. Giovanni Olsson (Universidade Comunitária Regional, Chapecó-SC)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

# POPULISMO PUNITIVO E O CARÁTER SELETIVO DO SISTEMA PENAL

# PUNITIVE POPULISM AND THE SELECTIVE CHARACTER OF THE CRIMINAL SYSTEM

**Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti** [1]
**Felix Araujo Neto** [2]

**Resumo**

Nas últimas décadas se observa em todo o mundo uma tendência retribucionista crescente, com a tipificação de diversas condutas e o recrudescimento das penas já existentes. Apesar do consenso sobre os efeitos dessocializadores da prisão, a pena privativa de liberdade tem sido aplicada como aparente solução para conter a criminalidade. Ao mesmo tempo, constata-se, no Brasil, que a prisão reproduz as imensas desigualdades econômicas de nosso país e é utilizada como instrumento jurídico para justificar a exclusão social das camadas mais pobres e marginalizadas da população.

**Palavras-chave:** Palavras-chave: pena, Prisão, Desigualdade, Pobreza, Exclusão

**Abstract/Resumen/Résumé**

There has been an increasing retributionist tendency throughout the world over the last decades, with the typification of various types of conduct and the increase in existing penalties. Despite the consensus on the anti-socialization effects of detention, custodial sentences have been applied as an apparent solution to contain crime. At the same time, in Brazil, imprisonment appears as the likeness of the immense economic inequalities of the country and is used as a legal instrument to justify the social exclusion of the poorest and marginalized sections of the population.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Key-words: penalty, Imprisonment, Inequality, Poverty, Exclusion

[1] Doutora em Direito Penal pela Universidade de Salamanca

[2] Doutor em Direito Penal e Política Criminal pela Universidade de Granada

## Introdução

A sanção criminal deve atuar sobre a coletividade, provocando sua consciência jurídica e mostrando-lhe as consequências da violação das normas penais. Não obstante, a pena deve estar também voltada ao condenado, ao buscar que este não volte a delinquir.

Dentre os desafios enfrentados pelo direito penal contemporâneo está a questão fundamental de resolver o conflito existente entre a prevenção geral e a prevenção especial ou, dito de outro modo, o conflito entre segurança e liberdade, equilibrando as reivindicações da população, os direitos e garantias dos que delinquiram e as influências socioculturais que estão implicadas neste cenário de prioridades individuais e coletivas, manifestado na presença do Estado soberano.

O incremento da criminalidade e a escassez de resultados práticos na meta de ressocialização dos encarcerados criaram nas sociedades uma reação de descrédito ante os ideais garantistas. A sensação de impunidade e de insegurança tem despertado uma necessidade de repressão dura, colocando em crise o próprio direito penal e seus princípios, fundados em ideais humanitários, característicos de um Estado Democrático de Direito.

Nesta realidade, tem se produzido uma diminuição das intervenções de justiça penal, com a redução de gastos e medidas de recuperação do indivíduo na execução penitenciária. Os tratamentos se concentram nos casos de indivíduos considerados perigosos, a exemplo dos agressores sexuais, criminosos violentos ou relacionados ao tráfico de entorpecentes. Buscando incapacitar esta espécie de delinquente para futuros delitos e controlar o risco, pouco a pouco, a intenção de reintegrar deixa de ser prioridade nas instituições penitenciárias. O objetivo imediato já não é melhorar o delinquente ou desenvolver sua capacidade de discernimento, mas reduzir a incidência do delito e proteger a coletividade. Assim, o preso considerado comum fica esquecido no cárcere, sem tratamento, à espera de que sua pena termine. O mundo de hoje, considerado “civilizado”, vem perdendo o sentido de comunidade e o autocontrole parece transformar-se em indiferença social.

Ao mesmo tempo que a pretensão de reinserção social vem perdendo fôlego, ressurgem as ações de “justiça expressiva” como objetivo político generalizado. A exposição de uma legitimidade retributiva, de fácil aceitação pública, com a aprovação de leis draconianas e medidas paliativas de contenção dos índices de

violência aumenta a certeza popular de que é melhor encarcerar mais e compreender menos.

A prisão moderna representa um aparelho disciplinar oficial, que prescreve princípios de isolamento em relação ao mundo exterior, como consequência pelos delitos praticados contra a segurança e a paz em sociedade. No Brasil, ela representa superlotação extrema, condições degradantes, tortura e violência institucional. Nos últimos anos, vários casos relativos às condições prisionais violadoras da dignidade humana dos detentos foram encaminhados à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

O Brasil é, atualmente, com aproximadamente 700 mil presos, o quarto colocado no ranking dos países com maior população carcerária no mundo, atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia. Ao crescente e massivo encarceramento, soma-se o caráter seletivo do sistema penal. Segundo dados do Ministério da Justiça, cerca de 80% da população prisional é de condenados por crime contra o patrimônio ou tráfico de drogas. O perfil destes reclusos traz um quadro desolador: são jovens, pobres, negros e sem instrução, submetidos historicamente a diversas outras espécies de marginalização social.

Quando se analisa processos de segregação, é comum a confusão sobre termos estruturantes do tema das iniquidades sociais: desigualdade, pobreza e exclusão. O conceito de desigualdade social refere-se à distribuição diferenciada, numa escala de mais para menos, das riquezas materiais ou simbólicas produzidas por determinada sociedade entre seus integrantes. Pobreza, por sua vez, significa a situação vivida pelos membros de determinada sociedade, os quais não possuem recursos suficientes para viver dignamente, ou que não tem condições mínimas de suprir suas necessidades básicas. Assim, desigualdade e pobreza são conceitos diferentes entre si e igualmente distintos do de exclusão social.

A exclusão social pode ocorrer como resultado de uma rede de rupturas dos vínculos sociais, sejam eles econômicos, familiares, afetivos, religiosos ou trabalhistas. A Constituição brasileira assegura a todos os cidadãos valores como igualdade, liberdade, bem-estar e justiça. No entanto, vemos uma estrutura formal incapaz de respeitar o núcleo de direitos e deveres fundamentais da dignidade humana. Entre os vários tipos de exclusão social, em seus diversos graus, está a dirigida aos reclusos, tutelados pelo Estado, cumprindo penas privativas de liberdade.

Em face destas constatações, o presente artigo busca analisar as consequências jurídicas das práticas punitivistas atuais no processo de formação da seleção penal e na escolha da finalidade prioritária da sanção criminal. O tema tem sido amplamente discutido no mundo acadêmico e sua relevância científica reside na necessária discussão que apresenta sobre a relação existente entre a prisão e as populações socialmente vulneráveis no Brasil.

Tratou-se de uma revisão bibliográfica, realizada a partir do arcabouço teórico proveniente de estudos relacionados à teoria geral da pena e à execução penal. Na estruturação do trabalho foi inicialmente abordada a onda de populismo punitivo vivenciada no mundo e os conflitos existentes entre a aplicação da prevenção geral e da prevenção especial. Em seguida, observando os efeitos dessocializadores do aprisionamento, se discutem as causas do encarceramento massivo de determinadas camadas da população como medida de exclusão social.

## 1. O populismo punitivo e a ausência de um programa revisor do panorama legislativo.

É possível constatar na legislação de vários países, em especial entre os que apresentam índices acentuados de criminalidade, como é o caso do Brasil, uma tendência ao expansionismo do Direito Penal. Nessa vereda, percebe-se como elemento caracterizador a hipertrofia legislativa e, assim, em seu entorno, a repetição de reformas conservadoras e pontuais, provocando o aumento do uso da pena de prisão, a elevação do tempo de cumprimento da privação de liberdade e o surgimento de penas cada vez mais duras e severas, além de uma argumentação de cunho eminentemente repressor (ARAUJO NETO, 2009).

No contexto do populismo punitivo e das reformas legislativas atuais, o fenômeno da criminalidade é discutido a partir de um tratamento superficial, beirando a irresponsável resposta adotada meio ao impulso emotivo da sociedade e às pressões interessadas da mídia, afastando-se, por completo, das reflexões técnicas necessárias sobre questões relativas às causas e aos efeitos da criminalidade (LARRAURI, Elena, 2005). Nessa linha, destaca Morillas Cueva que as pautas mais “tradicionais de reação penal estão sustentadas basicamente no encarceramento” (MORILLAS CUEVA, 2006).

Registram-se rasos debates no Congresso Nacional. Na atualidade, pouco se discute acerca do método científico aplicável às modificações penais, bem como de um programa revisor harmônico ao panorama geral legislativo. Apenas para ilustrar, basta ver que os últimos debates sobre a proposta de redução da maioridade penal foram pautados segundo as intempéries de uma enfurecida opinião pública e pelas pautas programadas por uma comunicação sensacionalista e midiática.

Evidencia-se, no populismo punitivo, a ausência de parâmetros técnicos e de referências a estudos científicos; ressalta-se o desprezo à construção secular das teorias da pena e às suas contribuições refletidas. Predomina, no limitado âmbito da atual controvérsia, a exaltação do sentimento coletivo do medo, a exploração do crime como mercadoria emblemática e a busca incessante por uma resposta imediata e ofensiva à consagração do Direito Penal como *ultima ratio*.

Como expõe a doutrina de Olmedo Cardenete, atualmente, a função de *ultima ratio* do Direito Penal foi corrompida, posto que o instrumento mais duro e mais repressor que o Estado possui, passou a ser convertido como uma solução imediata e apta a suprir deficiências de um sistema que só podem ser superadas através de medidas de educação e conscientização da população (OLMEDO CARDENETE, 2007).

No entanto, a realidade pátria avança na pauta populista, propugnando, cada vez mais, pelo incremento de medidas punitivas, distanciando-se de mecanismos de reeducação e reinserção social. Esta perigosa incursão tem provocado a elevação dos índices de encarceramento, promovendo um preocupante e cego endurecimento das penas (CID MOLINÉ, 2008).

Por outro lado, observa-se que países onde a criminalidade é menor, como os países escandinavos, as penas alternativas à prisão são amplamente manejadas, diminuindo significativamente a população carcerária. No Japão, por exemplo, a taxa de encarceramento, no ano de 1994, já era de 37 presos por cem mil habitantes, situação amplamente confortável, em comparação aos Estados Unidos que, na mesma época, possuía 554 reclusos por cem mil habitantes (RUIDIAZ GARCÍA, 2000). A realidade japonesa é ainda bastante avançada, caso comparada com a Nova Zelândia, com 126 presos por cem mil habitantes, Canadá, com 118 por cem mil habitantes, e até mesmo a Austrália, com 94,0 presos por cem mil habitantes (CARVALHO FILHO , 2002).

O certo é que a pena privativa de liberdade é uma instituição em evidente crise. É medida custosa para a sociedade e não atende aos compromissos internacionais firmados pelo Brasil, como é a hipótese do Pacto de San Jose da Costa Rica, que impõe à execução da pena privativa de liberdade a finalidade de reinserção social do condenado.

Ademais, a pena privativa de liberdade deixa sequelas graves e ultrajantes que dificultam o processo ressocialização do preso. Tanto é assim que importantes investigações científicas afirmam que *"a pesquisa empírica tampouco confirma que, em regra, as pessoas que cumprem pena de prisão delinquem menos do que as pessoas que são castigadas com penas alternativas"* (CID MOLINÉ, 2008, p. 154). Ao contrário, segundo comenta o referido autor, diferentes investigações revelam que a prisão provoca um nefasto efeito criminológico.

Diferentemente, dos inconsistentes argumentos do populismo punitivo, a história mostra caminho inverso. Isto porque a prisão foi utilizada, em diferentes contextos temporal e espacial, como um instrumento abusivo, excessivo e desumano, não respondendo às necessidades de proteção da sociedade.

No decorrer dos séculos, a prisão permaneceu e permanece ofensiva à dignidade humana, sem alcançar a sua finalidade ressocializadora. Constata-se, no tempo, a ausência de condições mínimas de salubridade; o tratamento degradante e estigmatizante; a destruição da personalidade e de sua própria identidade, fatores estes que contribuem para dificultar o processo de readaptação social do interno. Neste sentido, Ruidiaz García destaca os efeitos negativos da prisão:

> El proceso de desculturización que incapacita al sujeto para adaptarse después a la sociedad; mutilación del 'yo' por la separación del desempeño de los roles sociales del pasado, así como la pérdida del control interno de la conducta, la ausencia de posesiones y los actos verbales de sumisión; fuerte disminución del repertorio conductual; violación de muchos límites de la intimidad personal, al producirse un contacto interpersonal forzoso y disminuir la posibilidad de un trato elegido libremente; privación casi absoluta de relaciones heterosexuales; aislamiento físico, afectivo y social, entre otros aspectos. (RUIDIAZ GARCÍA, 2000, p. 212)

Resistentes ao debate vazio das vozes do populismo punitivo, diferentes juristas compreendem a prisão como a síntese mais emblemática das punições degradantes (GOMES, 1998). E assim, relevantes autores propugnam a necessidade de despertar uma consciência coletiva de humanidade, voltada a estudar, a partir de um sério programa revisor da legislação penal, o limite da utilização da pena de prisão, estimulando reflexões sobre a criação de instrumentos punitivos capazes de alcançar a finalidade preventiva da pena e o respeito às garantias constitucionais.

Deste modo, ainda que o populismo punitivo tenha se esforçado e até contribuído, pelos menos no âmbito do enfurecido imaginário popular, a criminalizar as incursões reativas aos Direitos Humanos, este trabalho se propõe, em trincheira diametralmente oposta, a reconhecer que tais direitos são básicos e imprescindíveis à noção de humanidade, pois, antes de tudo, a defesa da dignidade humana é fundamento indispensável aos direitos mais elementares que devem ser reconhecidos a todos, inclusive aos desarrazoados defensores do populismo punitivo (COMPARATO, 1998).

Sendo assim, há necessidade de se discutir, no âmbito acadêmico e científico, a necessidade de formular um programa revisor da legislação penal que se proponha a preservar a dignidade humana, repudiando tudo o que possa contrariar as "exigências éticas e jurídicas dos Direitos Humanos" (DALLARI, 1998, p. 1). De modo que fazer frente ao populismo punitivo é, sem dúvida, o grande desafio do século (D'URSO, 2003), incluindo-se, neste norte, a necessidade de criar alternativas à pena de prisão, reduzindo o campo de aplicação da pena privativa de liberdade para os casos de absoluta necessidade.

## 2. O populismo punitivo e o choque entre a prevenção geral negativa e a prevenção especial positiva.

É postura adotada neste breve estudo que a natureza da pena é essencialmente preventiva. Dessa forma, cabe descartar, de pronto, as teorias retribucionistas, tendo em conta a vertente teórica prevencionista defendida neste trabalho em dois eixos: a prevenção geral positiva e a especial positiva.

O fundamento teórico que embasa este estudo manifesta que a missão da pena pode ser dividida em duas linhas: por um lado o compromisso em fortalecer a consciência coletiva sobre o conteúdo da norma penal; bem como o propósito de

permitir, durante a fase de execução penal, o acesso a instrumentos que facilitem a readaptação social do condenado (ARAÚJO NETO, 2009).

Não há elemento impeditivo na conexão entre as referidas espécies de teorias relativas. Podem ser conciliadas as teorias da prevenção geral positiva e especial positiva, pois se orientam a um mesmo propósito que é a prevenção de futuros crimes. E assim a pena deve se constituir como um importante instrumento de política criminal que atua com a finalidade de prevenir futuros delitos, rechaçando não somente a retribuição, como também a vertente negativa das teorias prevencionistas (geral e especial), pois a intimidação não pode ser o fundamento da pena.

Em relação à prevenção geral, compreende-se que seus efeitos atuam positivamente na sociedade, ou seja, dirige-se à generalidade das pessoas, reafirmando o juízo de reprovação social da conduta delitiva. Dessa maneira, a pena fortalece a consciência coletiva sobre a norma penal, podendo ser defendida a partir de sólidos fundamentos garantistas e limitada pelos princípios constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito, tais como o princípio da culpabilidade, proporcionalidade, humanidade das penas e intervenção mínima. Já a intimidação não é elemento comprovado cientificamente, podendo ser relegado ao plano secundário (FIGUEIREDO DIAS, 2005).

Igualmente necessário inserir a prevenção especial positiva, que deve atuar dentro dos contornos da aplicação da pena e sua execução, pois é indispensável oferecer ao condenado todos os instrumentos aptos a alcançar a sua reinserção social. Assim, na fase de execução da pena, a prevenção especial positiva é o fundamento prioritário, devendo permitir que o preso tenha acesso aos mecanismos ressocializadores para que, no futuro, este não volte a cometer novos delitos.

Assim, o esboço teórico ressaltado neste estudo diverge, por essência, dos parâmetros propostos pelo populismo punitivo. Pois o radicalismo contido nos argumentos populistas, aproximam-se ora das posturas dissociadas de qualquer finalidade, conforme os retribucionistas; ora, dos defensores do terror estatal, conforme os prevencionistas gerais negativos. Pode-se afirmar que populismo punitivo gera um incoerente choque entre correntes, sem explicitar, com a profundidade necessária, os seus argumentos retrógrados, pelo menos no contexto das teorias da pena.

## 3. Os efeitos dessocializadores da prisão

Segundo os pressupostos da prevenção especial negativa, a pena serve para afastar temporariamente o criminoso do meio social onde praticou o delito. O isolamento busca levar o recluso a um estágio de reflexão, mas também a experimentar o remorso e à submissão total ao domínio do Estado, que lhe é imposto através da Administração Penitenciária. Constitui-se como um processo que tem como objetivo regular, acabar com a agitação, impor hierarquia, vigiar, estabelecendo assim, uma relação de poder, que extrapola a simples privação de liberdade, ao tornar-se um instrumento de execução do cumprimento da pena.

Segundo FOUCAULT (1991) a prisão é *"uma empresa de modificar indivíduos"* e ainda que não se recorra a castigos físicos violentos ou sangrentos para trancar ou corrigir é sempre do corpo e das forças do recluso que se trata. As relações de poder têm alcance imediato sobre ele, marcando, sujeitando-o a trabalhos e submetendo-o a cerimônias a fim de deixá-lo dócil e útil. A pena consiste sempre na supressão de um bem jurídico, podendo tal bem ser a vida, a integridade física, a liberdade ou a privação de um direito específico ligado ao crime praticado, estes dois últimos mais usados atualmente nos países ocidentais.

O criminologista Gresham Sykes (SYKES,1969), autor do livro "Sofrimentos no Cárcere", enumera as aflições proporcionadas pela pena privativa de liberdade e afirma que o primeiro sofrimento do preso está na própria privação da liberdade. O segundo sofrimento consiste em estar impedido de desfrutar de todos os bons serviços que o "outro lado do mundo" oferece. O terceiro e maior sofrimento estaria na abstenção de relações sexuais. O quarto sofrimento é o fato do preso estar submetido a regras institucionais designadas a controlar todos os seus movimentos e o quinto e último sofrimento enumerado por Sykes é aquele causado por outros reclusos, ou seja, a cultura da prisão que refletirá no interno recém-chegado e, consequentemente, na cultura da sociedade, quando o egresso levar consigo as lições aprendidas para fora do estabelecimento penal. Relatando as suas memórias do cárcere, na intensidade de seus sofrimentos, DOSTOIÉVSKI (2006, p. 48) escreveu que:

> O famoso sistema celular só atinge, estou disto convencido, um fim enganador, aparente. Suga a seiva vital do indivíduo, enfraquece-lhe a alma, amesquinha-o, aterroriza-o, e, no fim, apresenta-no-lo como modelo de correção, de arrependimento, uma múmia moralmente dissecada e semi-louca.

Com efeito, resulta paradoxal pretender educar para a liberdade em uma situação de confinamento que desumaniza e estigmatiza o indivíduo. A deterioração do cárcere, influenciada pela corruptora subcultura criminal, resulta no hábito da ociosidade, na alienação mental, na perda paulatina da aptidão para o trabalho, no comprometimento da saúde. São consequências desse tipo de confinamento promíscuo, já definido alhures como "sementeiras de reincidência", dados os seus efeitos criminógenos. O encarceramento em centros penitenciários durante anos deixa nos internos sequelas permanentes e, muitas vezes, estas marcas anulam qualquer possibilidade de reabilitação social (BENITO DURÁ, 2010).

A busca pela reinserção ou reeducação social do indivíduo está no código penal e em leis penitenciárias, no entanto, a execução prática das medidas a este respeito não tem correspondido às expectativas de recuperação que a sociedade imaginou e, não raramente, se exaurem na literalidade dos textos.

As legislações e tratados pertinentes ao tema em análise costumam assegurar aos presos direitos que não sejam anulados pela perda da liberdade, mas eles vivem em um mundo real em que desaparecem os valores que costumavam conhecer e, inevitavelmente, são prejudicados, pela condição em que se encontram, no que diz respeito à sua intimidade, à unidade familiar e terão tolhida qualquer iniciativa pessoal que não se enquadre nos restritos limites de um regulamento que tem como objetivo castrar, inibir. Segundo CARVALHO FILHO (2002, p.69), "*A condição de encarceramento pode até ser melhorada, mas na essência, a prisão continuará a mesma, um atentado à condição humana, uma vez que qualquer modalidade de prisão envolve distorções*".

Assim que, é essencial buscar a paulatina minimização da pena privativa de liberdade para os delitos de menor potencial lesivo, ampliando significativamente as hipóteses de implementação de penas alternativas (SANZ MULAS, 2010). Não obstante para os casos de maior gravidade, em que o encarceramento é uma medida inevitável, que o período de prisão, através do tratamento penitenciário, evite, ao menos os efeitos dessocializadores do cárcere.

## 4. Prisão e exclusão Social

A Lei de Execuções Penais (LEP), vigente no Brasil, enumera os direitos do preso. O direito ao tratamento reeducativo é direito fundamental, do qual derivam os

demais direitos. Relativamente aos direitos sociais, devem ser resguardados o direito à educação e ao trabalho remunerado, juntamente com os benefícios da seguridade social, descanso, pecúlio e recreação. Ainda é resguardado o direito do egresso à assistência pós-penal, que decorre da obrigação do Estado de assistir moral e materialmente o recluso na sua volta ao meio livre.

O recluso, teoricamente, não está privado da atuação do Direito, pois se encontra em uma relação jurídica em face do Estado, e exceto pelos direitos perdidos e limitados por sua condenação, sua condição jurídica é semelhante à das pessoas não condenadas. Seus direitos e deveres, portanto, são regulados, temporariamente, a partir da sentença condenatória e da posterior relação com a administração penitenciária.

Na realidade experimentada hodiernamente, os prisioneiros de alta periculosidade convivem em celas superlotadas com criminosos ocasionais, de escassa ou nenhuma periculosidade e pacientes de imposição penal prévia (presos provisórios ou aguardando julgamento) para os quais é um mito, no caso, a presunção de inocência. De acordo com o último relatório divulgado pelo Ministério da Justiça sobre o Sistema Penitenciário, dos 622.202 presos no Brasil, cerca de 250.000(40%) são presos provisórios (INFOPEN, 2015). Na maioria dos casos, a Justiça prende e abandona. A agilidade da polícia e do Poder Judiciário no tocante ao aprisionamento é inversamente proporcional aos esforços gastos para a soltura dos presos sem condenação definitiva.

É flagrante a ausência das entidades sociais no interior do Sistema, salvo a participação isolada de algumas organizações religiosas. Os órgãos responsáveis pela fiscalização e inspeção nos presídios são, na sua maioria, omissos e descomprometidos. Em parte, isso se deve ao fato de não sofrerem nenhuma cobrança da sociedade ou das autoridades competentes. É comum tais organismos se fazerem presentes somente nos momentos de rebeliões ou de motins, ignorando sua função preventiva.

Os Juízes da Execução Penal, de acordo com o artigo 66, inciso VII, da LEP, deveriam realizar visitas mensais aos presídios sob sua responsabilidade, a fim de fiscalizar as unidades e verificar as necessidades dos presos. Infelizmente esta prática é quase inexistente. O artigo 68, parágrafo único, da LEP, exige do Ministério Público o mesmo dever dos magistrados de visitar mensalmente a população carcerária. Lamentavelmente, verificamos semelhante ausência.

As lacunas deixadas pelo Estado, pelos órgãos responsáveis por aplicar integralmente a Lei de Execução Penal, possibilitam o desenvolvimento de

organizações criminosas, suprindo as necessidades, a seu modo, da população carcerária extremamente carente.

A forte atuação das facções no sentido de valorizar o indivíduo com autoestima deficiente, à margem da sociedade, tornando-o parte de um grupo maior, dotado de "ideais" e objetivos, transforma a "filiação" em algo praticamente irresistível. O fenômeno conhecido como "o quartel general do crime", onde se detectam práticas diversas de crueldade e violência, de acordo com a forma de pensar de cada integrante, já se estruturou segundo suas próprias leis (ALVES, 2003). O poder paralelo, então, atua sem falhas, obrigando os apenados a obedecer àquelas ordens, num espaço administrado pelo Estado. Sobre as regras vigentes no cotidiano do cárcere, assevera CARVALHO FILHO:

> O equilíbrio das penitenciárias é mantido por força de concessões de privilégios e tolerância que acabam estabelecendo focos de poder capazes de submeter todos a uma nova e inevitável rede de violência. A corrupção funcional encontra campo para se desenvolver. O abuso sexual alcança os mais jovens. Grupos rivais dividem os territórios, delimitados sob pena de morte: exigem lealdade e pagamentos. Cultiva-se, sobretudo, o ódio (CARVALHO FILHO, 2002, p.70-71).

O conjunto de irregularidades do Sistema Prisional representa contundente violação do princípio constitucional da dignidade humana, destruindo gradativamente a personalidade do indivíduo. Não seria exagero classificar o cumprimento das penas privativas de liberdade, nas condições em que se apresentam em nosso país, como tratamento cruel.

O relatório 2016/2017 da Anistia Internacional reconhece que as pessoas reclusas seguem sendo submetidas a condições desumanas ou degradantes no Brasil. A tortura se emprega de forma habitual como método de interrogatório, castigo, controle, extorsão e humilhação, segundo o informe anual da organização internacional de proteção de direitos humanos (ANISTIA INTERNACIONAL, 2017, p.84). Este conjunto de abandono, descaso e ausências decorre, em parte, do fato de as prisões serem utilizadas também como forma de segregação social.

Segundo o sociólogo espanhol Fernando Gil Villa , em sua obra, "La exclusión social", não existe uma espécie de exclusão, mas muitas delas, apesar de todas possuírem características classificadas a partir de determinados critérios. O Professor da Universidade de Salamanca observa que, na discussão sobre exclusão social, nem

sempre estará diretamente inserido o debate sobre desigualdade. Pode haver igualdade perante a lei e não existir igualdade de oportunidades, o que, ferindo a democracia plena, leva à exclusão. Nas palavras de VILLA:

> En nuestro mundo actual, el número de personas que se desvían de la norma y son sancionadas por su conducta, convirtiéndose en excluidos sociales, aumenta constantemente. Nos encontramos aquí con tres tipos de hechos: el incremento del número de delitos, la aparición de nuevos delitos tipificados en los códigos penales, y el aumento de la población encarcelada (VILLA, 2002, p.15)

O aprisionamento tornou-se expediente utilizado para reafirmação inconsciente da exclusão social. Reflexo e prova disso é o perfil da população carcerária, formada em sua maioria por jovens, pardos ou negros, de baixa escolaridade, provenientes das regiões onde há maior pobreza. Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), coletados até dezembro de 2014, dos 622.202 presos nas instituições carcerárias do país 55,07% têm entre 18 e 29 anos. Também conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, do total de pessoas privadas de liberdade, 61,67% é de negros e 75,08% só possui até o ensino fundamental completo (INFOPEN, 2015).

No que diz respeito às espécies de delitos cometidos, na distribuição de crimes tentados ou consumados, entre os registros de pessoas privadas de liberdade, prevalecem os tipos penais que lesam o patrimônio e as práticas ilícitas que envolvem o tráfico de drogas. As porcentagens dos tipos penais de roubo e tráfico de drogas representam, sozinhas, mais de 50% do total das infrações penais, com números inclusive superiores aos da ocorrência de crimes contra a pessoa. Em contrapartida, crimes praticados por funcionários públicos contra Administração, que ferem o interesse coletivo, a exemplo da Corrupção Passiva e do Peculato que, claramente, ocorrem com bastante frequência no Brasil, não chegam sequer a 1% nas estatísticas oficiais (INFOPEN, 2015).

Assim, no campo prático, existe uma surpreendente incoerência entre a gravidade das condutas reconhecidas como insuportáveis à vida harmônica em sociedade e a aplicação das políticas penais de prevenção e repressão aos delitos. Esta dinâmica perversa de relativizar a gravidade dos bens jurídicos violados de acordo com o perfil de quem pratica a infração às normas estatais demonstra a seletividade penal presente em nosso país, segregando as parcelas da população que são consideradas problemáticas ou indesejáveis, ainda que grande parte dos problemas que originaram o

aumento da violência e da criminalidade residam exatamente na falta de políticas públicas de inclusão dessas pessoas (CAVALCANTI, 2013).

A sanção penal e o sistema carcerário, da maneira como estão concebidos atualmente, somente reproduzem as desigualdades econômicas e culturais de uma sociedade extremamente dividida em classes antagônicas, reforçando ainda mais o processo de exclusão social dos cidadãos mais desassistidos rotineiramente de direitos, garantias e oportunidades (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2009).

Não há perspectiva visível de emprego e o tempo perdido atrás das grades aprofunda ainda mais o abismo entre aquele que tenta recomeçar, após ter pago sua pena, e o indivíduo comum. É preciso lembrar, inclusive, que os apenados em vias de liberação sofrem a pressão de já deverem saber as regras de um mundo estranho ao de costume, de se manterem no seu “devido lugar”.

Por sua vez, as famílias dos indivíduos egressos da prisão convivem com a responsabilidade de não serem um fator de regressão para o ex-apenado. Segundo GOFFMAN (1999*)* essa incerteza é vivida por todos os participantes desse processo. Há uma preocupação em como dominar as impressões a respeito do outro, principalmente quanto ao agente que é estigmatizado, porque não sabe ao certo que lugar ocupa nas representações e nos temores sentidos pelo outro.

De forma preocupante, aumenta a cada dia a quantidade de pessoas nas ruas que acreditam ainda que "*preso bom é preso morto"*, um pensamento de eliminação absoluta destes indivíduos que são também produto do corpo social que muitas vezes lhes negou direitos fundamentais.

## Considerações finais

É sabido que a produção legislativa, em matéria penal, representa manifestação no caminho da difusão da consciência coletiva sobre o conteúdo da norma. Assim, para a corrente prevencionista geral positiva, por exemplo, no ato da cominação legal, a finalidade essencial da pena, é a de revelar para os membros da sociedade, de forma indeterminada, o preceito recepcionado como conduta proibida.

Evidentemente, o argumento exposto acima é fruto de uma construção dogmática secular, que se submete às criticas das diversas frentes teóricas que trabalham a finalidade da pena e que tentam explicar o momento de legitimação da

resposta estatal punitiva. Porém, o cenário brasileiro tem produzido inúmeras leis penais e reformas inconsistentes e imediatistas, distantes de estudos técnicos coerentes e de um planejamento científico reformador que maneje uma metodologia clara e dissociada do populismo punitivo. Os pretensos instrumentos de repressão à criminalidade, convencional ou não, conduzem a um autoritarismo que vai ganhando espaço no interior dos Estados Democráticos. A lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/90) é um exemplo da expressão máxima do populismo punitivo, consagrado através de inúmeras modificações pontuais, no texto legal.

O aumento da criminalidade e a superlotação de nossos presídios vêm denunciar que o Estado falhou mais uma vez na sua missão garantidora do bem comum. Assunto comum dos noticiários dos últimos anos, as rebeliões dos presos são sintomas inconfundíveis de que o sistema penal atingiu o seu limite.

A estigmatização do preso e a escassa perspectiva de reintegração efetiva à sociedade, causadas pelo preconceito social do qual o interno é vítima, contribuem diretamente para os altos índices de reincidência, bem como para a postura desprovida de esperança para o apenado.

O egresso retornará a uma sociedade impregnada por uma concepção de dualismo social de bem/mal, onde o mal é sempre o apenado. Em que pesem os esforços legislativos, a realidade do egresso brasileiro é oposta ao preconizado, haja vista que este normalmente se vê só e impossibilitado de conviver em sociedade como uma pessoa “normal”, pois a rotulação social da pessoa e a ação da instituição total se combinam para levá-lo a assumir o rol desviado.

A verdadeira reinserção passa pelo aprimoramento sociocultural do condenado, enquanto naquela condição de encarceramento. Ali, deveria receber tratamento para as eventuais doenças psicossomáticas, treinamento profissional e condicionamentos elementares à vida em uma sociedade aberta. Quando libertado, deveria ter à sua disposição ampla e eficaz infraestrutura para que materialmente se realize tudo aquilo que formalmente lhe foi transmitido. É preciso atingir a compreensão de que a oportunidade de reinserção do condenado deverá estar decididamente voltada para uma preparação, desde sua chegada à penitenciária.

Para tanto, nunca é demais repetir, torna-se imperiosa a estruturação efetiva dos órgãos já previstos na legislação penitenciária, mas não devidamente implantados, apesar de devido e pago por nós, sociedade e contribuintes.

De outro lado, é preciso refrear a onda de punitivismo que vem crescendo junto às pessoas comuns, aplicar de fato as penas legalmente expressas diversas da prisão e elaborar uma política criminal predominantemente preventiva, agregada a políticas públicas de inclusão social, conforme as diretrizes estabelecidas por nossa Constituição Federal.

**Referências Bibliográficas**


ALVES, José Deques. Do tratamento penal à reinserção social do criminoso. Universidade Federal do Paraná. Pós-Graduação em Modalidades de Tratamento Penal e Gestão Prisional. Curitiba, 2003.

ANISTIA INTERNACIONAL. Informe 2014/2015 Anistia Internacional. O estado dos direitos humanos no mundo. Rio de Janeiro: Editorial Anistia Internacional, 2015.

ANISTIA INTERNACIONAL. Informe 2016/2017. Anistia Internacional. O estado dos direitos humanos no mundo. Rio de Janeiro: Editorial Anistia Internacional, 2017.

ARAÚJO NETO, Felix. La suspensión como sustitutivo legal de la pena de prisión. 25/02/2009. 467 f. Tese (Doutorado em Direito Penal e Política Criminal) – Faculdade de Direito, Universidade de Granada, Granada. 2009. Disponível em: http://hera.ugr.es/tesisugr/17847679.pdf. Acesso em 14/08/2017.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das penas. São Paulo: Editora Martin Claret, 2017.

BENITO DURÁ, Mauricio, Sistemas Penitenciarios y Penas Alternativas en Iberoamérica. Análisis a partir de la situación de la criminalidad y las políticas criminológicas. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. *A Prisão.* São Paulo: Publifolha, 2002.

CAVALCANTI, Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti. Libertad Condicional y Reinserción Social: Um análisis comparado entre Brasil y Espãna.Tese de Doutorado. Universidade de Salamanca (USAL). Programa Passado e presente dos direitos humanos.Salamanca, 2013.

CID MOLINÉ, José. El incremento de la población reclusa en España entre 1996-2006: diagnóstico y remédios, em *Revista Española de Investigacion Criminológica*, artículo 2, n. 6, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. A declaração universal dos direitos humanos 1948. Juízes para a Democracia, n. 15, 1998.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu–RUIDIAZ GARCÍA, Carmen (Coord). Problemas criminológicos en las sociedades complejas. 1ª ed. Navarra: Editorial Universidad Pública de Navarra, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Humanismo jurídico. Juízes para a Democracia, n. 15, 1998.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. Recordações da casa dos mortos**.** São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

D´URSO, Luiz Flávio Borges. Penas alternativas. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, n. 18, 2003.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito penal, parte geral: as consequências jurídicas do crime. Tomo II. Coimbra: Editorial Coimbra, 2005.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. Nascimento da prisão. Petrópolis: Editora Vozes, 2015.

GOFFMAN, Erving. Manicômios, prisões e conventos São Paulo: Perspectiva, 1999.

GOMES, Luiz Flávio e GAZOTO, Luis Wanderley. Populismo penal legislativo. A tragédia que não assusta as sociedades de massas. Salvador: JusPodium, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. Declaração de 1948 e penas alternativas. Juízes para a Democracia, n. 15, 1998.

INFOPEN. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias. Ministério da Justiça. Portal do Cidadão. Disponível em: http://www.portal.mj.gov.br/infopen. Acesso em 10 de agosto de 2017.

LARRAURI, Elena. Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión, em BACIGALUPO, Silvina–CANCIO MELIÁ (coords.). Derecho penal y política transnacional. Barcelona: Editorial Atelier, 2005.

MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal. 15ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MARTINS, José de Souza. Linchamentos: A Justiça Popular no Brasil. São Paulo: Editora Contexto, 2015.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Alternativas a la prisión. Cuaderno de Derecho Judicial, núm. XXII. Madrid, 2006.

OLMEDO CARDENETE, Miguel e ARAÚJO NETO, Felix. Introducción al derecho penal. Lima: ARA Editores, 2007.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Aplicação da Pena. Limites, Princípios e Novos Parâmetros. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

SANZ MULAS, Nieves. La pena privativa de libertad y sus alternativas, em BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Coord.). Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo VI. Derecho Penitenciario. Madrid: Iustel, 2010.

SYKES, G. M. Crime e sociedade. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1969.

VILLA, Fernando Gil. La exclusión social. Barcelona: Editora Ariel, 2002.

ZUÑIGA RODRIGUÉZ, Laura. Política Criminal y Prevención del Delito. El denotado restablecimiento de la pena de prisión en España o la construcción social del delincuente/enemigo. Víctima, Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Granada: Editora Comares, 2009.