

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

LUCIANO SANTOS LOPES

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Luciano Santos Lopes, Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini, Nestor
Eduardo Araruna Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-127-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo penal. 3.
Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25.
: 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Neste CONPEDI de Belo Horizonte houve uma diferente estratégia de discussão, tomando-se como parâmetro os encontros passados. Houve uma cisão entre os Grupos de Trabalho (GTs) de Direito Penal e de Direito Processual Penal, em razão da grande quantidade de trabalhos apresentados.

Assim, o presente Grupo de Trabalho tratou de enfrentar apenas as questões atinentes ao Processo Penal, sempre à luz da referência constitucional.

Foram 25 artigos aprovados inicialmente. Contudo, apenas 21 deles foram efetivamente apresentados em 13 de novembro de 2015. São apenas estes que compõem, portanto, o presente livro.

Coordenaram os trabalhos o Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza - UNIFOR); o Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoni (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA); e o Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC).

A dinâmica operacional consistiu em agrupar temas afins, em uma sequência de apresentações que permitisse uma mais operante interlocução de ideias. E o resultado foi muito interessante, frise-se.

A sustentação oral dos trabalhos apresentados, então, seguiu a seguinte ordem: teoria geral do processo; sistemas processuais; princípios e regras no processo penal; aplicação de princípios constitucionais ao processo penal; a questão da justiça militar; investigação criminal e produção de provas no processo penal; questões ligadas à aplicação de pena e à execução penal; questões ligadas à ritualística do processo e de seus vários modelos procedimentais especiais.

A tônica das apresentações, e das discussões que dali surgiram, foi a da necessária constitucionalização do processo penal. E isto ocorreu sob os mais variados aspectos teóricos. Certo é que, entre convergências e divergências, esta constante preocupação existiu à unanimidade, pode-se afirmar.

Percebeu-se uma preocupação ímpar com a localização do argumento constitucional na legitimação do processo penal, sempre tomando como referência o Estado Democrático de Direito. E, pensa-se, não poderia ser diferente.

Uma primeira preocupação que surgiu nos debates foi a da definição da finalidade do processo penal. Discutiu-se muito acerca da adoção, ou afastamento, da teoria instrumentalista. Foi colocada ao debate, em contraponto à tradicional teoria antes anunciada, a concepção do processo como garantia. Por evidente, tal discussão não tinha como finalidade a adoção definitiva, para o Grupo de Trabalho, de uma destas teorias. O espaço de debate serviu apenas para a reflexão de que modelos contrapostos podem (e devem) ser apresentados ao operador do Direito. Isto, porque as definições de estratégias argumentativas serão inócuas enquanto não se entender, primeiramente, qual a finalidade do processo.

Discutiu-se muito, também, o papel dos atores processuais (Magistrado, Ministério Público, Advogados, Acusados, Vítimas, etc.). Trata-se de outra premissa relevante ao extremo, necessária para situar cada um destes operadores jurídicos no espaço processual. Tal questão também faz parte, portanto, da construção do argumento legitimador da intervenção punitiva.

Uma interessante constatação: a temática da principiologia foi recorrente em cada uma das abordagens realizadas. Isto revela, pensa-se, a preocupação que o Grupo de Trabalho teve com a perfeita colocação da Teoria Geral do Direito no debate, com um certo papel de protagonismo (junto com a Hermenêutica Constitucional).

A partir destas definições gerais, e fundamentais, pôde-se ingressar nas discussões sobre provas e sistemas de investigação. São temas de alta importância na construção do modelo constitucional de processo penal. Outra curiosa constatação foi a de que a Justiça Militar, normalmente muito esquecida nos debates acadêmicos, veio para o centro das discussões em algumas oportunidades neste GT.

Certo é que a premissa constitucional deve ser capaz de fundamentar o exercício do papel punitivo estatal, sem deixar de considerar o igual protagonismo da tutela das liberdades individuais. Este equilíbrio se faz necessário (pode-se afirmar, mais: é fundamental) e é fruto de um compromisso axiológico decorrente exatamente dos valores impressos no texto constitucional.

Deve, pois, haver um afastamento do operador do Direito, em relação a uma cultura ideológica (e midiática) preconcebida, devendo (o processo penal) funcionar como autêntica

garantia do exercício de cidadania. O processo penal, neste sentido, deve ser inclusivo e solicitar a participação de todas as partes envolvidas, para construir um provimento jurisdicional compartilhado e mais próximo da solução duradoura de conflitos.

Em resumo, estas foram as principais questões (e impressões) que do GT de Processo Penal e Constituição surgiram.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza - UNIFOR);

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA);

Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC).

**A FALÁCIA DA IDEOLOGIA RESSOCIALIZADORA DA PENA DE PRISÃO:
ANÁLISE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

**THE FALLACIOUS RESSOCIALIZING IDEOLOGY OF IMPRISONMENT: AN
ANALYSIS OF THE BRAZILIAN CORRECTIONAL SYSTEM**

**Luiz Fernando Kazmierczak
Samyle Regina Matos Oliveira**

Resumo

O significado ideológico presente na realidade do sistema carcerário brasileiro, em regra, cumpre apenas a finalidade prevista na sentença penal condenatória no que tange a sua privação da liberdade. Com isso, verifica-se um desajuste do conceito de ressocialização com o espaço não discursivo de sua aplicação. Por essa razão, o estudo desenvolvido por meio do método de revisão bibliográfica, objetiva realizar uma releitura constitucional de sistema penal brasileiro e do seu significado ideológico, bem como analisar a avaliação e eleição dos bens jurídicos que estão sob a tutela do direito penal. Nesse sentido, a superlotação e a falta de condições mínimas são evidentes nos dados disponibilizados pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias - InfoPen, que traça um panorama dessa realidade através de números estarrecedores. Com efeito, a reestruturação do sistema é apenas uma das formas de solução do problema, bem como uma nova interpretação do fato típico, rechaçando a mera subsunção formal do fato típico à letra fria da lei da doutrina formalista clássica, trazendo à baila uma apreciação sob a óptica constitucional, fazendo com que a norma penal seja apreciada segundo aspectos valorativos compreendida em sentido material e garantista, tendo como requisito, explícito ou implícito, a ofensa ao bem jurídico sem nos afastarmos da ideia de privilegiar a justiça consensuada como forma de solução de conflitos na órbita penal.

Palavras-chave: Execução penal, Ideologia, Sistema penal, Direito penal constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

The ideological significance in Brazilian prison system reality, usually, fulfills a purpose only expected in criminal conviction sentencing according to deprivation of freedom. Thus, there is a misunderstanding of the rehabilitation concept with space not your discourse of application. Because of that, the current research based on literature review method aims to achieve a constitutional reinterpretation of Brazilian criminal system and of its ideological significance, as well as analyzing a review and election of legal goods (bem jurídico) that are under the protection of criminal law. The overcrowding and the lack of minimal conditions are clearly shown in INFOPENs numbers, astounding numbers, which provides us an overview of this unfortunate reality. Restructuring this system is only one of the possible solutions to this problem, and, in addition to it, a constitutional review over the entire Criminal Justice is imperious to avoid a sort of segregation that, unfortunately, might be

originated by the pacifying instrument itself (the criminal law), with a critical analysis about valuating and electing the legal interests that are legally protected, as well as a new interpretation of the wrongdoing, rejecting the mere comparison between the facts and the cold text of the law once taught by the classical formalistic doctrine, bringing up a constitutional perspective, so that the criminal standards can be examined in a way that takes evaluative aspects into consideration (in a materialistic and guarantistic ways), presuming that although there is, implicitly or explicitly, an attack to the law (wrongdoing), we cant move away from the idea that the agreement must be privileged as a possibility in a matter of solving criminal issues.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Execution of criminal sentences, Ideology, Criminal system, Constitutionalized criminal law

1. INTRODUÇÃO

O arcabouço legislativo reflete, em grande parte, os aspectos da sociedade de onde provém. É fruto dos movimentos sociais ou da necessidade de controle dos mesmos, o que demonstra a multiplicidade de fatores que influenciam na sua construção.

Em tempos em que se discute sobre a redução da maioria penal como a solução de todos os males, é imprescindível questionar os valores de uma sociedade que são refletidos na ideologia do sistema penal, para que as verdadeiras essências do pensar coletivo sejam reveladas. Vê-se que o conceito de ressocialização, por exemplo, está em pleno desajuste com o espaço não discursivo de sua aplicação. Nesse sentido, o objetivo desse estudo é realizar uma releitura constitucional de sistema penal brasileiro e do seu significado ideológico, bem como analisar a avaliação e eleição dos bens jurídicos que estão sob a tutela do direito penal.

Os estabelecimentos prisionais, cuja existência deveria objetivar a reparação de um dano social, a prevenção e, sobretudo, a ressocialização dos indivíduos, acabam, nas condições deploráveis em que são mantidos hoje, totalmente desviados dos seus objetivos. Além disso, o discurso do castigo imiscuído na sociedade ofusca alternativas mais eficazes para o enfrentamento da questão de segurança pública e políticas criminais mais eficazes. Assim, a política criminal acaba por priorizar a severidade dos castigos ao invés da eficácia das leis.

Em razão disso, a proposta aqui não é discutir o óbvio, mas mostrar uma nova interpretação do fato típico, por meio de uma crítica a mera subsunção formal do fato típico à letra fria da lei da doutrina formalista clássica, trazendo à baila uma apreciação sob a óptica constitucional, de modo que a norma penal seja apreciada segundo aspectos valorativos e compreendida em sentido material e garantista.

Neste contexto, o presente estudo baseado na revisão bibliográfica de pesquisas nacionais e estrangeiras, bem como na legislação brasileira no âmbito do Direito Penal e Constitucional, utilizou o método dedutivo, na medida em que foram exploradas premissas gerais, auto-evidentes, calcadas em fatos sociais de relevância, leis e proposições fenomenológicas.

Sendo assim, em um primeiro momento o trabalho discute sobre o sistema penal e a ideologia punitivista da pena; em um segundo momento é realizada uma análise do sistema carcerário brasileiro através dos dados do sistema integrado de informações penitenciárias

(INFOPEN) do Ministério da Justiça e por fim, são apontados novos paradigmas para o sistema penal.

Contudo, a presente discussão permite inferir que o significado ideológico da execução penal de efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado cumpre apenas seu viés punitivo, de modo que o objetivo da prevenção individual positiva, a ressocialização do condenado, representa um eufemismo que busca camuflar as consequências deletérias do cárcere.

2. O SISTEMA PENAL E A IDEOLOGIA PUNITIVISTA DA PENA

Da hipótese de ocorrência de uma infração penal até a imposição de uma sanção para aquele infrator, vê-se agindo o que se convencionou chamar de sistema penal. Neste sistema incluem-se tanto a atividade do legislador, ao elencar os comportamentos mais graves ao corpo social e tipificá-los como delitos, quanto da polícia, juízes, advogados e demais funcionários ligados à sua administração.

De acordo com a lição de Eugenio Raúl Zaffaroni, chama-se sistema penal

[...] o controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação (2006, p. 63).

Tal sistema tem como escopo afirmar-se garantidor da justiça social, atingindo de forma igualitária todas as pessoas em função das condutas por elas praticadas. Dessa forma, eleva-se à categoria de protetor da dignidade da pessoa humana, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade.

Proclama-se que o sistema penal possuiria uma função preventiva tanto especial quanto geral, ou seja, fomentaria a ressocialização do apenado e advertiria os demais sobre as consequências de imitar-se o delinquente. Porém, conforme salienta Capeller (1985), o conceito ressocialização está em pleno desajuste com o espaço não discursivo de sua aplicação – a intuição carcerária ou correcional, na formação social brasileira.

Maria Lúcia Karam (1993, p.177) retrata o paradoxo existente entre a ideia de ressocialização e a segregação do condenado, alertando para a inviabilidade das teorias relativas a prevenção especial em um sistema repressivo, que faz da prisão o seu centro. Para Karam (1993, p.177), a ideia de ressocialização, com seu objetivo declarado de evitar que o apenado volte a delinquir, é absolutamente incompatível com o fato da segregação, pois não há como reintegrar alguém à sociedade, afastando-o dela.

Além disso, o termo ressocialização se aplica especificamente ao processo, geralmente promovido por agências de controle ou de assistência social, que sucede o cumprimento de uma condenação, resultando em nova adaptação do delinquente à vida normal. Esta visão da ressocialização do delinquente parte do pressuposto de que este vivenciou um período prévio de sociabilidade e convivência convencional, o que normalmente não é o que acontece (IBANEZ, 2001 *apud* JULIÃO, 2012. p. 57).

Privar um indivíduo da liberdade e, em alguns casos extremos, punir dando fim a uma vida, são métodos de controle aos quais os seres humanos, há tempos, recorrem em busca da manutenção da ordem social. Nesse contexto, a punição, por meio do cárcere, aos transgressores das normas é algo comum no direito contemporâneo, além de ser amplamente aceito na maioria das sociedades.

Neste diapasão, a ressocialização do infrator através da pena privativa de liberdade é um anseio que deveria pressupor a justiça acessível e mais proporcional, além do controle do *jus puniendi* estatal (BECCARIA, 2006).

Michel Foucault ocupou-se de analisar, com maior profundidade, a delicada temática que envolve o *jus puniendi*. Trouxe em suas obras “Vigiar e punir” e “A verdade e as formas jurídicas” uma perspectiva histórica da repressão e da estruturação do poder (não só dentro do Direito Penal, mas também em fábricas, escolas e hospitais), além de uma reflexão acerca dos métodos utilizados para a execução de penas desde o século XVII.

Na mesma trilha seguiu Oswaldo Henrique Duek Marques que, com a obra Fundamentos da Pena, cuidou de explicar detalhadamente e sob o enfoque histórico, a origem de diferentes métodos punitivos (tanto atuais como ultrapassados) e dos diversos lastros sociais e jurídicos que os sustentaram ao longo da evolução das sociedades.

Ambos os autores nos mostram que a restrição do direito de ir e vir por meio do cárcere é algo muito grave; contudo, se comparado a alguns métodos punitivos antigos, representa grande avanço, já que, pelos idos do século XVII era comum que os criminosos fossem punidos através dos Suplícios (castigos corporais aplicados em público). Naquele

tempo, transgredir representava ofender pessoalmente ao Estado/Rei e à própria lei. Castigos exemplares eram aplicados e, por vezes, quem cometia um delito pagava com a própria vida:

O suplício judiciário deve ser compreendido também como um ritual político. Faz parte, mesmo num modo menor, das cerimônias pelas quais se manifesta o poder [...] O crime, além de sua vítima imediata, ataca o soberano; ataca-o pessoalmente, pois a lei vale como a vontade do soberano; ataca-o fisicamente, pois a força da lei é a força do príncipe (FOUCAULT, 2001. p.41).

No mesmo sentido, ilustra Duek Marques que

Nas mãos dos monarcas absolutos, o suplício infligido aos criminosos não tinha por finalidade restabelecer a justiça, mas reafirmar o poder do soberano. A pena, sem qualquer proporção com o crime cometido, não possuía nenhum conteúdo jurídico nem qualquer objetivo de emenda do condenado. Sua aplicação tinha a função utilitária de intimidar a população por meio do castigo e do sofrimento infligido ao culpado. (2008, p. 73).

Após a Idade Moderna, observou-se a separação do Estado da pessoa de seu governante, pois o Antigo Regime já se mostrava incompatível com os novos anseios sócio-econômicos que efervesciam pelo mundo ocidental. Assim, além de tendências humanistas advindas do iluminismo e da Revolução Francesa, no campo das penas, buscou-se adaptar os homens e as sanções às novas necessidades sociais vigentes. Duek Marques bem ilustra o período, dialogando com o raciocínio do inglês Jeremy Bentham

[...] o estado deve lucrar com a imposição de castigos. E esse lucro consubstancia-se na utilidade geral de prevenção de novos crimes. Por isso, propõe, como justificativa econômica, a proporcionalidade da pena, mantida nos limites de sua necessidade, para não se tornar dispendiosa (2008, p. 93).

Contemporaneamente, após eventos históricos como o neocolonialismo, a Primeira Guerra mundial, a crise econômica de 1929, a implantação do *welfare-state*, a Segunda Guerra mundial, a ascensão e decadência do nazi-fascismo e a expansão do neo-liberalismo em que hoje vivemos, é possível afirmar que o Direito e as Ciências Jurídicas desenvolveram-se com base em valores muito mais atentos aos Direitos Humanos do que aqueles vigentes nos séculos anteriores e até em épocas não tão distantes do próprio século XX.

Entende-se, hoje, que a fixação e a execução das penas estão fundamentadas em um tripé: prevenção, ressocialização e retribuição. No cenário atual, é muito difícil afirmar qual é a função que o sistema penal cumpre na realidade social.

O direito penal não trata de “coisas boas”. Isso é evidente. Nem é, tampouco, instrumento de transformação da sociedade ou do indivíduo. A concepção de um direito garantidor é uma conquista da humanidade. Mas, em tempos, de novos paradigmas, ficamos no entremeio de uma aporia: os penalistas (e não somente eles) são praticamente uníssonos (com exceção dos discursos *law and order*) em apontar o direito penal como *discriminatório, seletivo, estigmatizador e “protetor dos interesses das camadas dominantes”*. (STRECK, 2008, p. 93)

Em toda sociedade existe uma estrutura de poder e segmentos ou setores sociais mais próximos e outros mais distantes dos círculos de poder. Esta estrutura tende a sustentar-se através do controle social e de sua parte punitiva, a qual denomina-se sistema penal, sendo uma das formas mais violentas de sustentação.

Neste sentido, para Camila Cardoso de Mello Prando e Rogério Dutra dos Santos, “sistema penal é compreendido como o lócus institucional responsável pela realização da defesa social, qual seja, a defesa dos cidadãos de bem, ‘a sociedade’, contra os delinquentes, representantes da parcela problemática e violenta” (PRANDO e SANTOS, 2007, p. 201).

À luz dos ensinamentos de Broll (2004)

[...] o sistema Penal bem como a prisão, ao contrário do que se pensa, não protege o homem nem previne ou controla a criminalidade. O Sistema Penal, a serviço do Controle Social Estatal tem servido apenas – e para isso que foi criado – como instrumento de estigmatização, de exclusão, de dominação de classe (BROLL, 2004, p. 195).

O choque entre a história, a teoria e a prática nos dirige a uma realidade deveras distante daquilo que se poderia esperar no atual estágio social. A evolução das respostas sociais à transgressão normativa, infelizmente, restringe-se, em nosso país, ao campo teórico: o pensar social, embasado numa nova roupagem da lei de talião, adaptada aos tempos modernos e carregada de emoções, quando somado ao sistema carcerário brasileiro, sucateado e possuidor de mazelas sub-humanas, origina uma força resultante capaz de anular qualquer finalidade da pena que pretenda ultrapassar os contornos da mera retribuição.

Conforme ensina René Ariel Dotti, “O condenado convive em um ambiente promíscuo, no qual impera o medo, regido por uma disciplina que impõe castigos e recompensas, o que dificulta ou impossibilita a almejada integração social.” (1981, p. 172).

Ainda, mesmo passada a agonia do cárcere, o transgressor, quando liberto, é devolvido a uma sociedade nem um pouco preparada para recebê-lo. Sob o enfoque deste corpo social, há forte sensação de insegurança diante da notícia de que um indivíduo que não

foi recuperado ou, por vezes, acabou sendo aliciado por organizações criminosas, retornará ao convívio. Já na perspectiva do ex-detento, são barreiras para a ressocialização, além dos reflexos traumáticos gerados por um sistema prisional sucateado, o preconceito e a desconfiança social que sobre ele imperam.

O cidadão acaba então, por sua condição pregressa, marginalizado das relações interpessoais, cumprindo, além do tempo de segregação, uma outra pena, a imposta pela própria sociedade.

Surge daí um paradoxo: como é possível concordar, e até apoiar, leis que defendem o pesado encarceramento e recrudescimento de penas ou mesmo defender a redução da maioria penal, quando estamos diante de um sistema penitenciário sucateado?

Hoje, a execução penal, do ponto de vista prático, tem refletido a função simbólica não legitimadora da pena, de canalizar a demanda primitiva de vingança. Para Marques (2008: p.149) somente “quando as penas estiverem libertas dessas demandas primordiais, de cunho emocional, o Direito Penal poderá cumprir sua função preventiva e socializadora, com resultados mais salutares e produtivos para a ordem social e para o próprio delinquente”.

A verdade é que o abismo entre a dogmática jurídica e a prática forense faz com que a pena de prisão tenha como uma única finalidade a punição. Com isso, os dados divulgados pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen – do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça sobre o sistema penitenciário brasileiro só corroboram o fato de que a finalidade ressocializadora do sistema penal permanece sediada no plano legislativo.

3. ANÁLISE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO ATRAVÉS DOS DADOS DO SISTEMA INTEGRADO DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS (INFOPEN) DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Os dados disponibilizados pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen – do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça apresentam as informações sobre o relatório anual de 2012, sendo certo que alguns desses dados só ratificam o discurso dogmático apresentado até o momento.

Primeiramente, destaque-se a população carcerária e a estrutura física existente no sistema penitenciário nacional. Em dezembro de 2012, havia uma população carcerária na ordem de 548.003 pessoas, incluídos nacionais e estrangeiros, homens e mulheres.

Para abrigar todo esse contingente humano, o sistema possuía 310.827 vagas, distribuídas em todos os regimes e nos sistemas estaduais e federal. Um déficit de 237.176 vagas em todo o sistema.

Com base nesses dados, verifica-se que o problema estrutural é gravíssimo, fruto da falta de investimento público para que o sistema penitenciário pudesse comportar, dentro dos padrões definidos pela Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), todo o contingente de presos existentes no país.

Mas não é só a ausência de vagas que prejudica as finalidades da pena. O trabalho do preso, além de um direito, é fundamental na ressocialização do apenado. No entanto, apenas 111.909 postos de trabalho são oferecidos aos detentos, sendo que 21.085 em programas de laborterapia externas e 90.824 em laborterapia internas. Já os presos envolvidos em alguma atividade educacional, segundo o relatório, são apenas 47.353.

Com isso, apenas 20,42% da população carcerária tem a oportunidade de trabalho enquanto no sistema prisional e 8,64% está frequentando alguma atividade educacional.

Dessa forma, temos um ambiente em que o número de vagas é completamente insuficiente para atender todos os ingressos no sistema penitenciário, bem como as oportunidades de ressocialização através do trabalho e/ou estudo são pouquíssimas.

Ainda, merecem destaque os dados referentes às pessoas dos apenados. Aqui vamos nos ater aos níveis de escolaridade, idade, etnia, reincidência, tipos de crimes cometidos e tempo de condenação.

Com base na análise dos dados, poderemos identificar quem são aqueles que estão inseridos no sistema prisional brasileiro, quais crimes são mais comuns e quais os regimes de seu cumprimento.

De plano, quanto à etnia, destaca-se que 40,25% da população carcerária é composta de pessoas brancas, sendo 16,72% de negros e os pardos atingindo o índice de 38,89%. Amarelos e indígenas são a minoria no sistema. Comparando com os dados do IBGE¹ – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – verifica-se uma desproporção entre negros que compõe a sociedade brasileira e aqueles que estão no sistema carcerário. Segunda pesquisa demográfica, os auto-declarados negros compõem 6,3% da população brasileira, somando

¹ Na pesquisa o indivíduo entrevistado auto-declarava a sua cor de pele. Já na pesquisa do Infopen não foi declarada a forma de entrevista.

cerca de 11 milhões de indivíduos, ao passo que na população carcerária o índice é de 16,72%, ou seja, mais que o dobro do percentual nacional. Quanto aos pardos, há uma aproximação nos índices populacional e carcerário, pois no censo de 2005, 43,2% da população nacional se auto-declarou como sendo parda. Por fim, os brancos auto-declarados compõem cerca de 49,9% da população, somando cerca de 93 milhões de indivíduos (BRASIL, on-line).

Diante do exposto, pode-se concluir que, percentualmente, a presença de negros sob a custódia do sistema prisional é maior que os outros dois grupos, brancos e pardos.

Quanto à faixa etária, a maioria daqueles que cumprem pena são de pessoas jovens, onde 31,6% estão compreendidos entre 18 a 24 anos e 26,1% estão na faixa de 25 a 29 anos. Este percentual diminui conforme se elevam as faixas etárias, sendo de 17,3% para aqueles compreendidos entre 30 a 34 anos; de 15% entre 35 a 45 anos; entre 46 e 60 anos chega-se ao índice de 5,9% e, para aqueles com mais de 60 anos, é de apenas 0,9%.

Alberto Carlos de Almeida, na obra *A Cabeça do Brasileiro*, apresenta os níveis de escolaridade da população brasileira, onde a taxa de analfabetismo está em 9% e aqueles que cursaram até a quarta série estão em 25%, os que frequentaram da quinta série até a oitava, atingem a marca de 23%. Com ensino médio são 31% dos entrevistados e curso superior são 12% (2007, p. 20).

A pesquisa apontou os seguintes níveis de escolaridade entre todos aqueles que estão no sistema penitenciário: a maioria dos entrevistados possui o ensino fundamental incompleto, correspondente a 44,01%, sendo que ensino fundamental completo o índice é de 12,45%. Com o ensino médio incompleto temos 9,88%, já completo é de apenas 7,39%. Em nível superior temos 0,43% com formação completa e 0,93% incompleta. O número de analfabetos corresponde a 8,03%, enquanto que os alfabetizados chegam a 12,22%. (BRASIL, on-line)

A questão da escolaridade também foi objeto de pesquisa realizada com os detentos da Penitenciária Federal de Catanduvas, no Paraná, onde os dados encontram similitude com os apresentados no relatório anual. Nesta unidade federal a maioria dos entrevistados possui o 1º grau incompleto, correspondente a 58,09%. Com o segundo grau incompleto temos 5,15%. Em nível superior temos 2,94% com formação completa e 0,74% incompleta. O número de analfabetos corresponde a 3,68%, enquanto que os alfabetizados chegam a 5,15% (BRASIL, on-line).

Diante desses dados, algumas conclusões são possíveis. A primeira delas é que a grande massa daqueles que estão nos corredores das penitenciárias brasileiras não possuem a

educação básica completa, é uma legião que mal frequentou os bancos escolares, não tendo qualquer formação cultural, lingüística e social. É certo que pertencem aos estratos sociais mais débeis, advindos de zonas periféricas das cidades, onde as condições de educação são pequenas ou as condições para que se mantivessem na escola não existiam.

Do outro lado das estatísticas estão aquelas pessoas que chegaram a cursar nível superior, tendo concluído ou não. Para estes, a penitenciária é uma realidade distante, não chegando a 3% (três por cento) da população carcerária nacional. Não está se afirmando que aqueles que possuem um curso superior não cometem crimes. É evidente que há sim criminalidade, como já afirmamos anteriormente. Ocorre que o sistema, muitas vezes, impede a punição dos fatos ocorridos, por exemplo, no pagamento do valor devido nos crimes tributários que extingue a punibilidade do agente. Este fato reflete nas estatísticas, quando são apuradas as infrações de maior incidência.

No item “quantidade de crimes tentados/consumados” do relatório do Infopen, em que estão relacionados os 28 delitos mais comuns, não se verifica a presença dos popularmente chamados “crimes do colarinho branco”, que compreendem os crimes financeiros e tributários, encontram-se apenas os crimes praticados contra a administração pública, cujo índice é de 0,6% das infrações. Há uma forte incidência da criminalidade violenta e patrimonial, sendo que estes últimos atingem a cifra de 39% dos crimes cometidos assim divididos: 7% para furto qualificado; 6% para furto simples; 18% para roubo qualificado; e 8% para roubo simples. Ainda, o tráfico de drogas aparece com 15% das infrações cometidas.

Diante dos números apresentados, o tráfico de drogas e os delitos patrimoniais são responsáveis por mais de cinquenta por cento dos delitos cometidos no país. É evidente que estes dados se referem apenas àqueles que foram processados e condenados ou presos provisoriamente, não se computando a chamada “cifra negra”, o que, fatalmente, modificaria tais índices. Ainda, não podemos afirmar que os delitos tributários ou financeiros não ocorrem ou que ocorrem em tão reduzido número, é certo que há uma deficiência na estrutura do sistema penal para sua apuração, julgamento e cumprimento da pena imposta. Falha que pode ser atribuída tanto à seara normativa, que cria diversos mecanismos de extinção da punibilidade ou de condicionamento à atuação penal, quanto aos responsáveis pela investigação e persecução criminal, que muitas vezes não estão preparados para atuar em crimes de alta complexidade e de inteligência.

Ademais, temos que a pena imposta, conjugada com o regime de julgamento, é outro dado importante do sistema carcerário. Primeiramente, o relatório demonstra que a maioria

das penas privativas de liberdade impostas não ultrapassam oito anos, sendo 26% até 4 anos e 28% compreendidas entre 4 e 8 anos. Assim, 54% da população carcerária tem condenação à pena privativa de liberdade até 8 anos.

Aplicando de forma singela o artigo 33 do Código Penal aos dados apontados, teríamos a presença dos regimes aberto e semi-aberto, pois o regime fechado seria imposto às condenações superiores a 8 anos, este apenas seria imposto em caso de penas menores se houver reincidência ou quando as condições do condenado (artigo 59 do Código Penal) não indicarem. No entanto, não é esta a realidade que está travestida em números, pois 43,37% dos apenados estão submetidos ao regime fechado, sendo 16,08% estão no semi-aberto e apenas 5,36% no regime aberto².

Fica claro uma elevada incidência pelo regime fechado de cumprimento de pena, o que pode ser justificado, em parte, pela reincidência, que atinge 33% dos condenados. Em outra parte por aqueles que mesmo primários possuem mais de uma condenação, estes representam 23% da população carcerária. Ou, ainda, pelas elevadas penas impostas que impõe este regime de cumprimento³. Mesmo conjugando todas estas variantes não é possível justificar que parte dos 43% condenados, que são primários e não possuem qualquer outra condenação, estão submetidos ao regime fechado. Vale lembrar, até pouco tempo a falta de vagas condicionava o indivíduo a esperar no regime fechado o seu surgimento, no entanto, este entendimento tem sido alterado pelos tribunais superiores.

A questão da reincidência nos impõe algumas reflexões. A primeira delas está diretamente relacionada com o início deste trabalho, onde foram relatadas as formas de exclusão, em especial pelo mercado de trabalho. Aquele que cumpre a sua pena, utopicamente ressocializado, é devolvido à sociedade da qual foi retirado. Pois bem, de que forma ocorre essa reintegração? Ela não ocorre na grande maioria das vezes, pois os corredores do sistema penal impõem uma marca àquele que o freqüentou que impede, por exemplo, a busca de emprego e ainda fomenta o preconceito pelos demais membros que compõe a sociedade. Neste ponto, faz-se necessária a efetivação de políticas públicas no sentido de dar condições para que o egresso não volte à delinquir, já que a reincidência, muitas vezes, é creditada à falta de oportunidades e condições sociais.

A segunda reflexão acerca da reincidência se refere à sua constitucionalidade. Amparados na lição de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, é imperiosa a sua

² Neste item da pesquisa o relatório ainda inclui os presos provisórios (34,37%) e aqueles que estão submetidos à medida de segurança (internação: 0,69% e tratamento ambulatorial: 0,09%).

³ Mais de 8 até 15 anos: 21%; mais de 15 até 20 anos: 10%; mais de 20 até 30 anos: 8%; mais de 30 até 50 anos: 3%; mais de 50 até 100 anos: 1%; e, por fim, mais de 100 anos: 0,2%.

inconstitucionalidade por uma violação ao princípio do *non bis in idem*, pois ao agravar a pena ou impor um regime mais grave em virtude da existência de condenação com trânsito em julgado anterior, o legislador impõe ao julgador que considere duas vezes o mesmo fato em prejuízo do réu.

[...] em toda agravação de pena pela reincidência existe uma violação do princípio *non bis in idem*. A pena maior que se impõe na condenação pelo segundo delito decorre do primeiro, pelo qual a pessoa já havia sido julgada e condenada. Pode-se argumentar que a maior pena do segundo delito não tem seu fundamento no primeiro, e sim na condenação anterior, mas isto não passa de um jogo de palavras, uma vez que a condenação anterior não decorre de um delito, e é uma consequência jurídica do mesmo. E, ao obrigar produzir seus efeitos num novo julgamento, de alguma maneira se estará modificando as consequências jurídicas de um delito anterior. [...] Rejeitada, portanto, esta única tentativa teórica de fundamentar a agravação da pena pela reincidência, sem violar o *non bis in idem* e a consequente intangibilidade da coisa julgada, estabelece-se o corolário lógico de que a agravação pela reincidência não é compatível com os princípios de um direito penal de garantias, e a sua constitucionalidade é sumamente discutível. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p. 718-719).

É certo que várias teorias tentam justificar a sua aplicabilidade diante da manifesta periculosidade do autor, mas isso não passa de uma justificativa de Direito Penal do Inimigo, que não julga o fato praticado e objeto daquele processo, mas a pessoa do réu (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p. 716-719).

Diante de todo o exposto, é possível traçar um perfil daquele indivíduo que compõe o sistema prisional brasileiro. Por certo, não se prega uma atividade lombrosiana a fim de determinar a figura do criminoso nato, mas sim de demonstrar como o sistema é seletivo e aponta as suas armas apenas para parte do segmento social.

Verifica-se que a população carcerária é composta por pessoas jovens, negros ou pardos, e de baixa escolaridade, que cometem, em sua maioria, crimes patrimoniais ou tráfico de drogas. Repita-se, não defendemos que a falta de condições sociais é condição para se adentrar à criminalidade, mas que esta acaba por impulsionar ou fomentar o seu ingresso diante da ausência de condições mínimas de vida digna, oportunidade de ascensão social e emprego.

Mas não é só. A ausência de estrutura no sistema prisional também colabora para o não cumprimento das finalidades de ressocialização da pena. Assim, o indivíduo que integra um corpo social desestruturado e repleto de mazelas, ingressa num sistema carcerário ainda

pior, o que, fatalmente, se aplica à questão da reincidência criminal, pois a ausência destas condições acaba por provocar o retorno à criminalidade.

A mudança deste perfil somente ocorrerá com atividades conjuntas dentro e fora do fora do sistema penal. É preciso condições sociais, oportunidade e desenvolvimento para que a exclusão não acabe por proporcionar campo fértil para o nascedouro da criminalidade. Mas até que isto ocorra o Sistema Penal, no âmbito da execução da pena, deve dar condições de ressocialização para aquele indivíduo, oferecendo estruturas condignas.

Por fim, o Direito Penal, deve evitar a utilização de tipos penais e regras processuais que visem atacar apenas os níveis sociais mais débeis, sendo necessária uma aproximação com o Direito Constitucional, a fim de efetivar a dignidade da pessoa humana como norte interpretativo de toda regra penal. Por conseqüência, é imperiosa esta releitura do Direito Penal sob o enfoque das regras e princípios constitucionais.

4. NOVOS PARADIGMAS PARA O SISTEMA PENAL

Diante da realidade caótica do sistema prisional, em que verificamos como único fundamento da pena a ser cumprido é o da retribuição, insistir no encarceramento em massa e sem critérios axiológicos conduzirá a uma falência total do sistema. Através da análise dos números apresentados, não encontramos a possibilidade da concretização dos demais fundamentos da pena.

A solução óbvia e lógica seria a construção de novas unidades prisionais e a reestruturação daquelas já existentes com a finalidade de suprir o déficit de vagas. Isso poderia acontecer com uma política pública voltada para injeção de verbas no sistema penitenciário, parcerias público-privadas para a construção de presídios⁴, dentre outras medidas estruturais.

Exclusivo investimento público no setor não é suficiente para a solução do problema. Tomemos como exemplo o Estado de São Paulo. No relatório de dezembro de 2012, tínhamos 195.695 presos para 102.312 vagas, distribuídas em 114 estabelecimentos prisionais

⁴ “Se esse modelo de parceria público-privada de gestão penitenciária possibilitar a qualificação e a ressocialização dos presos, como prevê o contrato de concessão administrativa, eu aposto nessa ideia. Hoje, pelo modelo público atual, o preso sai pós-graduado em criminalidade”, afirmou o coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), Luciano Losekann, sobre as atividades do Complexo Penitenciário Público-Privado de Ribeirão das Neves (online, 2015).

(BRASIL, online). Com isso, temos uma excedente populacional nos presídios paulistas de 93.383 presos.

Nos anos de 2013 e 2014, a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo inaugurou 9 estabelecimentos prisionais, com 8.107 vagas no total⁵. Imaginando uma estagnação total no número de presos, o que de fato não ocorreu, ainda sim teríamos um déficit de mais de 85 mil vagas nos sistema prisional paulista.

Considerando a possibilidade parcerias público-privadas para a construção de presídios, o que ainda é insipiente no Brasil, não podemos vislumbrar uma mudança estrutural em um curto espaço de tempo, mormente quando ainda não possuímos recursos nem mesmo para uma educação e saúde de qualidade.

Dessa forma, mesmo com uma política de investimentos no sistema prisional não encontraríamos uma solução capaz de atender a crescente massa de encarceramentos existentes. Faz-se necessário uma mudança no próprio sistema penal, através de uma política criminal que seja capaz de conter a crescente violência e que não conduza a um encarceramento em massa.

É certo que o Direito Penal deve cumprir as suas finalidades, a fim de que algo se realize, “não para a simples celebração de valores eternos ou glorificação de paradigmas morais” (BATISTA, 2004, p. 20). Assim, não podemos ter a ideia de que “nem o direito penal é a única realidade e nem esta é caótica, e nem o cientista do direito penal é um orate com um livro na mão, trancado numa torre sem janelas” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p. 113).

Para Claus Roxin,

O direito penal moderno partiu de uma posição que somente conhecia a pena retributiva; [...] Ao contrário disso, o Direito Penal do futuro [...] tornar-se-á cada vez mais um instrumento de direcionamento social totalmente secularizado, com o fim de chegar a uma síntese entre a garantia da paz, o sustento da existência e a defesa dos direitos do cidadão. Ele terá de utilizar-se, além da pena, de uma multiplicidade de elementos de direcionamento diferenciadores e flexíveis, que certamente hão de pressupor um comportamento punível, mas que possuirão natureza somente similar à pena. (2001, p. 474)

Esse processo de releitura do Direito Penal, sob o enfoque dos princípios constitucionais, irá acarretar em um sistema criminal que pode ser definido como o conjunto

⁵ Dados disponíveis no site da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. Disponível em: www.sap.sp.gov.br. Acesso em: 22 de março de 2015.

de regras de natureza constitucional e infraconstitucional que, ao definirem condutas e estipularem sanções, tutelam os bens jurídicos mais importantes da sociedade de forma racional e fazem com que a atuação legislativa do Estado caia aos níveis de estrita necessidade.

Nas palavras de Lenio Luiz Streck

É nessa linha que proponho o encaminhamento da discussão para uma relegitimação do direito penal, adaptando-o aos ditames do novo modelo de Direito estabelecido pelo Estado Democrático de Direito: direito penal mínimo e justiça consensual ampla para os delitos que firam bens jurídicos de índole interindividual, além da necessária descriminalização de condutas incompatíveis com esse novo modelo (massiva deflação dos bens penais e das proibições legais, como condição de sua legitimidade política e jurídica, como ensina Ferrajoli), reservando os rigores do direito penal para os delitos que colocam em xeque os valores do Estado Democrático de Direito objetiva implementar (a busca de uma sociedade justa, com redução das desigualdades sociais e saúde como direito de todos, isto para dizer o mínimo). (1999, p. 115).

No mesmo sentido, Santiago Mir Puig afirma que o Direito é uma construção humana caracterizada pela função de regular a vida dos seres humanos, tendo idêntica função o Direito Penal. Assim, inseridos na formatação de um Estado Social e Democrático de Direito, como consagrado pela Constituição, o Direito Penal deve ter a função de prevenção limitada dos delitos, entendida como as ações danosas para os interesses diretos e indiretos dos cidadãos (2007, p. 212).

O sistema penal brasileiro flutua do abolicionismo ao direito penal máximo, com passagens pelo garantismo, direito penal do inimigo e minimalismo. Ao mesmo tempo em que aponta para um recrudescimento de determinadas situações também prevê abolição de algumas reprimendas para certas condutas.

Com isso, somos levados a refletir até que ponto esta miscelânea de pensamentos na área penal é boa ou ruim para a legitimação do sistema.

É certo que, alguns crimes merecem uma reprimenda mais enérgica em virtude da conduta praticada e da potencialidade da ofensa provocada ao bem jurídico tutelado. Na medida em que outras condutas que lesam em menor grau determinados bens jurídicos devem receber uma resposta proporcional ao dano praticado, com aquelas que ofenderam de forma ínfima ou cujos danos são inexistentes, o Direito Penal não deveria se preocupar.

No plano teórico, fica fácil esta compreensão, ou seja, condutas mais graves mereceriam punições mais severas, ao passo que, as menos graves teriam punições mais

brandas ou nem punição haveria em determinados casos. Mas é precisamente neste ponto que começam os questionamentos e os indicativos de distorções no campo da prática: o que é uma conduta grave? O que seria um bem jurídico de alta importância para a sociedade? Além dessas indagações, surge outro problema: como harmonizar, em um mesmo sistema, punições mais severas para as situações mais graves e reprimendas mais brandas ou, até mesmo, não atuação do sistema penal para outras condutas?

As respostas a estas inquietações podem levar a uma aplicação escorreita e justa do sistema penal, mas também podem levar a um sistema excludente, discriminatório e simbólico.

Da forma como o atual sistema está estruturado e aplicado, não restam dúvidas, como apresentado acima (“a imagem dos excluídos refletida no sistema penal”), que este possui características que tendem à exclusão social através de uma aplicação direcionada de suas normas a determinadas camadas da sociedade, ao mesmo tempo em que determinadas formas de criminalidade não chegam, em grande parte, nem a ser investigadas e, menos ainda, punidas.

Jorge de Figueiredo Dias afirma que

se a função do direito penal é em ultimo termo, como se tem acentuado, a de tutelar bens jurídicos essenciais à realização mais livre possível do homem na comunidade, então tudo dependerá daquilo que em cada momento se revela como *fundamental* a este propósito e a esta luz (2007, p. 121-122).

A fundamentalidade ou não de determinado bem jurídico definirá a sua proteção pelo Direito Penal. Dessa forma, é a Constituição que deve impor os preceitos jurídico-penais de maior relevo, criando as diretrizes básicas das leis criminais (MÉDICI, 2004, p. 30). Assim, o legislador infraconstitucional, ao realizar o seu mister de tipificar determinadas condutas, deve buscar suporte axiológico para eleição dos bens jurídicos a serem protegidos na Constituição, pois esta é a fonte dos anseios mais importantes para a sociedade.

A própria Constituição Federal nos dá a ideia da importância de cada bem jurídico ao proporcionar-lhes um tratamento diferenciado em seu texto. A vida, por exemplo, é o bem máximo a ser protegido, sendo proibida a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, inciso XIX, da Constituição. A propriedade também possui proteção constitucional, mas há inúmeras situações que tal direito pode ser relativizado, como na desapropriação por interesse do Estado, expropriação na hipótese de plantio de entorpecentes, quando não está atendendo à sua função social e requisição em caso de iminente perigo

público. Assim, percebe-se uma gradação de proteção feita pelo constituinte, a qual deve ser seguida pelo legislador infraconstitucional ao impor as respectivas penas aos diversos bens jurídicos, tudo pautado pelo princípio constitucional da proporcionalidade. De acordo com os exemplos acima, a pena para a violação da vida deve, necessariamente, ser maior do que a que é imposta para a violação do patrimônio.

Lenio Luiz Streck aponta as incongruências da legislação penal no tocante a importância dos bens jurídicos:

a partir da simples leitura da Parte Especial do Código Penal já se deduz, de plano, a preferência do legislador na penalização dos crimes patrimoniais quando em comparação com os crimes praticados contra a pessoa. Veja-se, exemplificativamente, que ao crime de homicídio simples é cominada uma pena mínima abstrata inferior à estabelecida para o crime de roubo qualificado pela lesão corporal grave. Ainda, ao crime de homicídio qualificado é cominada pena muito inferior à relativa ao crime de roubo qualificado pelo resultado morte: neste a pena abstrata varia de 20 a 30 anos de reclusão; naquele de 12 a 30 anos. *Ou seja, à ‘qualificadora de subtração de coisa alheia móvel’ no crime de homicídio (ou, se assim se quiser, homicídio praticado com o motivo de obtenção de vantagem patrimonial), comina-se uma pena abstrata no mínimo 08 anos mais grave do que a pena prevista à prática de homicídio qualificada por qualquer circunstância qualificadora prevista (mediante paga ou promessa de recompensa, com emprego de tortura ou qualquer outro meio cruel, v.g.) no artigo 121, §2º, do Código Penal.* (2008, p. 74)

Jorge de Figueiredo Dias aponta consequências importantes “da concepção que vê na tutela de bens jurídico-penais a específica função do direito penal e assim o elemento constitutivo mais relevante do conceito material de crime” (2007, p. 123). Neste ponto, há de se fazer uma reflexão. Defendemos que os bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito Penal devem encontrar suporte na Constituição Federal, mas, ainda assim, estes bens, na medida em que se tornam objetos de proteção da norma penal, devem passar por uma concreta verificação de ofensividade. Não basta a simples previsão em abstrato coadunada com a carta política brasileira, fazendo-se necessária uma avaliação concreta no momento da violação a fim de confirmar a realização ou não da conduta típica.

Por fim, Claus Roxin defende que “uma política criminal que deseje fundamentar o sistema do direito penal tem de acolher em seu bojo os direitos humanos e de liberdade internacionalmente reconhecidos” (2006, p. 67). Com este pensamento, somente um sistema estruturado nas garantias constitucionais, tendo como norte o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pode levar a uma aplicação esmerada e humanizada do Direito Penal,

reservando sua atuação apenas nos limites da necessidade, sem qualquer viés excludente ou discriminatório.

5. CONCLUSÃO

Como visto, a execução penal tem como finalidade efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. No entanto, diante da realidade apresentada, o significado ideológico cumpre apenas seu viés punitivo, através privação da liberdade. O sistema pouco ressocializa e prepara o cidadão para o retorno em sociedade, fazendo com que os índices de reincidência sejam elevados e proporcionem um ciclo vicioso, promovendo as penitenciárias como local de passagem temporária e repetitiva na vida daquele criminoso.

Além da construção de presídios e políticas públicas voltadas a superar o déficit de vagas, mister se faz uma releitura humanística do ordenamento jurídico para que a dignidade da pessoa humana seja elevada a princípio norteador do Direito Penal. Assim, este ramo jurídico poderá atuar nos limites da necessidade e da forma menos excludente possível, relegando aos outros ramos do Direito a resolução dos conflitos sociais de menor importância.

Antes mesmo de buscar um Direito Penal compatibilizado com a Constituição Federal, dever-se-ia efetivar um Estado Social, com a concretização de políticas públicas para o desenvolvimento humano e social. A construção uma sociedade igualitária é o primeiro passo para se evitar a crueldade do sistema penal, pois estamos diante de uma fórmula simples: quanto maior a efetivação de bem estar social, da igualdade de oportunidades e da justiça social, menor é a presença do Estado Penal na vida dos cidadãos. No entanto, alterando-se os vetores dessa fórmula, a ausência do Estado Social faz com que o Direito Penal aponte como solução às questões sociais emergentes.

Utópico é não necessitar da atuação do Direito Penal, mas, diante da falência do Estado na efetivação de políticas públicas, deve-se pugnar pela aplicação de um Direito Penal baseado nas disposições constitucionais, a fim de que não se torne este mais um elemento de exclusão social e de segregação dos indivíduos em sociedade.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Alberto Carlos. *A cabeça do brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Só ressocialização viabiliza parceria público-privada em presídios, diz juiz*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/23285-juiz-diz-apoiar-parceira-publico-privada-na-gestao-de-presidios-se-houver-ressocializacao-de-presos>. Acesso em: 22 de março de 2015.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Sistema Prisional. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/>. Acesso em: 29 de março de 2015.
- BROLL, Rafael Arruda. *Controle social estatal: prisão, cifra negra e seletividade*. in *Revista transdisciplinar de ciências penitenciárias*. Vol. 3, n.º 1, jan-dez 2004. Pelotas: EDUCAT, 2004.
- CAPPELER, Wanda. O direito pelo avesso: análise do conceito de ressocialização. In: *Revista Temas, Soc. Dir. Saúde*. São Paulo, IMESC: 2 (2) 127-134, 1985.
- COUTO NETO, Silvio. *O movimento de “lei e ordem” e a iniquidade do controle social pelo sistema penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.
- DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. Curitiba: Lítero Técnica, 1981
- FOUCAUL, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 24 ed. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2001.
- _____. *A verdade e as formas jurídicas*. 3 ed. Tradução: Roberto Machado et. al. Rio de Janeiro: NAU, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. BIANCHINI, Alice. *Direito Penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- HASSEMER, Winfried. *Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal*. in *Revista Penal*. n. 11. Barcelona: La Ley, 2003.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes. Sistema penitenciário brasileiro: a educação e o trabalho na política de execução penal. Petrópolis, RJ: De Petrusset Ali; Rio de Janeiro: FAPERJ, 2012.

KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. 2. ed. Niterói: Luam, 1993.

MADEIRA DA COSTA, Yasmin Maria Rodrigues. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Teoria dos tipos penais: parte especial do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIR PUIG, Santiago. *Limites delnormativismo em Derecho penal*. in Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 64 janeiro-fevereiro de 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

POCHMANN, Marcio et al. *Atlas da exclusão social no Brasil, volume 2: dinâmica e manifestação territorial*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2004.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. SANTOS, Rogério Dultra dos. *Por que estudar criminologia hoje? Apontamentos sobre um discurso contra-hegemônico à dogmática penal tradicional*. in O ensino jurídico em debate: o papel das disciplinas na formação jurídica. org. Daniel Torres de Cerqueira e Roberto Fragate Filho. Campinas, SP: Millennium, 2007.

RUSCHE, George. KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. trad.: Gizlene Neder. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. trad.: Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2006.

_____. *Tem futuro o direito penal?* in Revista dos Tribunais. n. 79. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

STRECK, Lenio Luiz. *Crise(s) paradigmática(s) no direito e na dogmática jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais. A encruzilhada do direito penal e as possibilidades da justiça consensual*. in Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 28 outubro-dezembro de 1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como "laley es como laserpiente; solo pica a losdescalzos"*. in Revista de Estudos Criminais. n.º 31, out-dez 2008. Porto Alegre: Notadez, 2008.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. vol. 1. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.