



UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

HELLEN MÁRCIA DE MOURA

**A FALIBILIDADE DA PENA DE PRISÃO E CULTURA DO
ENCARCERAMENTO: ANÁLISE AOS MEIOS ALTERNATIVOS PENAIS**

JUIZ DE FORA – MG

2016

HELLEN MÁRCIA DE MOURA

A FALIBILIDADE DA PENA DE PRISÃO E CULTURA DO
ENCARCERAMENTO: ANÁLISE AOS MEIOS ALTERNATIVOS PENAIS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito
da Universidade Federal de Juiz de
Fora, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Professor Mestre João
Beccon de Almeida Neto

JUIZ DE FORA - MG

2016

HELLEN MÁRCIA DE MOURA

A FALIBILIDADE DA PENA DE PRISÃO E CULTURA DO
ENCARCERAMENTO: ANÁLISE AOS MEIOS ALTERNATIVOS PENAIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: _____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. M.e João Becon de Almeida Neto (Orientador)

Prof^a. D.ra Éllen Cristina Carmo Rodriguez

Prof. M.e Leandro Oliveira Silva

Agradeço primeiramente a Deus, pois sem Ele não conseguiria chegar nesse momento.

Agradeço a minha querida mãe, Rosângela e meu saudoso pai Ednaldo, por sempre acreditarem em mim e nunca deixarem desistir, amo vocês.

Agradeço a minha irmã Ingrid pelo apoio incondicional.

Agradeço ao meu noivo Wenceslau, pelo intenso amor.

Agradeço ao meu orientador Professor Mestre João Becon de Almeida Neto, por todo apoio e suporte.

Dedico este trabalho à memória de meu pai Ednaldo José de Moura e meu avô materno Manuel Ferreira dos Santos, por me ensinarem a persistir no que se acredita.

“Por isso é que devemos ter a cabeça aberta e aprender com quem sabe. E há sempre quem saiba mais e quem saiba menos do que cada um de nós, seja qual for o assunto. Só precisamos perceber, em cada momento, se devemos aprender ou ensinar”.

Khalil Gibran

Resumo

O Brasil vem enfrentando um grande problema penitenciário, hoje tem-se prendido mais, mesmo não possuindo condições dignas para manutenção do preso. A falta de estrutura gera consequências para as quais o poder público não consegue solucionar. Visando contribuir para uma possível solução do problema, o presente estudo aborda uma efetiva implementação dos meios alternativos de pena prevista no Código Penal vigente, com viés de retirar do cárcere, presos primários, com base no furto simples – crime sem violência ou grave ameaça à vítima – que segundo as análises realizadas para elaboração desse estudo é um dos crimes que possui o maior número de encarcerados no país.

Palavras-chave: Prisão. Falha. Furto Simples. Reincidência. Meios Alternativos.

Abstract

The Brazil is facing a major prison problem today has arrested, more even not having proper conditions for maintenance of the prisoner. The lack of structure creates consequences for which the Government cannot solve. To contribute to a possible solution of the problem, the present study discusses an effective implementation of alternative means of penalty provided for in the current Penal Code, with bias to remove from the jail, inmates, based on simple theft – crime without violence or serious threat to the victim – which according to the analyses carried out for the preparation of this study is one of the crimes that has the largest number of prisoners in the country.

Keywords: Prison. Failure. Simple Swipe. Recurrence. Alternative Means.

Sumário

Introdução	10
Capítulo I – Utilitarismo e os princípios norteadores do Direito Penal: aplicação no processo de cumprimento de pena.....	12
1.1 Breve histórico sobre o Direito Penal e as penas.....	12
1.2 Os princípios norteadores do direito penal	14
1.3 Considerações sobre o absolutismo e minimalismo	17
1.4 O utilitarismo e suas aplicações no âmbito da função da pena	19
1.5 A expansão do direito penal na atualidade	22
Capítulo II – Análise de dados do sistema penitenciário no Brasil	26
2.1 Estatísticas do Infopen em consonância com Direito Penal	26
2.2 A falibilidade do cumprimento de pena em regime fechado e os elevados índices de reincidência	29
Capítulo III – Das penas restritivas de direito.....	33
3.1 Penas restritivas de direito	33
3.2 Propostas atuais do Ministério da Justiça em relação aos meios alternativos de pena e ADPF 347 do Supremo Tribunal Federal.....	35
Considerações Finais	38
Referências.....	40

Introdução

A prisão é um instituto que tem por finalidade receber o delinquente para puni-lo pelo crime cometido conjuntamente com intuito de ressocializá-lo para que não volte a cometer crimes e possa ser posto em sociedade. O indivíduo quando condenado a cumprir pena privativa de liberdade dá à sociedade ideia de que a justiça foi feita.

Porém, esse discurso é meramente ficto, na prática o cárcere não “intimida”, muito menos ressocializa, tendo em vista que o preso não possui um espaço para reflexão, não há acompanhamento profissional (assistência social, psicólogos...), são simplesmente jogados como objetos sem valor em uma cela sem condições de sobrevivência. Pode-se afirmar que há falibilidade na pena de prisão, tendo em vista dados do Infopen¹ que comprovam os elevados índices de reincidência, uma vez posto em regime fechado de prisão estará o preso sujeito a um ambiente desigual que por hora poderá corrompê-lo até mais do que em seu contexto social.

Nos crimes contra o patrimônio que não usam violência ou grave ameaça a vítima, como o crime de furto simples (artigo 155 *caput* do Código Penal) são um dos que mais prendem no Brasil², perdendo apenas para o tráfico de drogas. O furto simples – crime que será trabalhado no presente estudo – é passível de medidas alternativas de pena que não seja a reclusão em regime fechado, alternativa que seria mais viável, tendo em vista a pena de prisão ser falha e não resolver o problema, diante das condições que são submetidos os presos.

O sistema jurídico brasileiro não prevê a inaplicabilidade do direito penal frente o cometimento de um delito, mas é certo que há meios alternativos às prisões em regime fechado, no Título V na seção II do Código Penal, trata das penas restritivas de direito, mostrando as possíveis penas, que poderão ser cumulativas e sua aplicabilidade.

¹ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)**. 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf> Acesso em 24.04.2016

² *Ibidem*

O artigo 44 inciso I do referido código prevê a aplicação de restritivas de direito, quando a condenação a pena privativa de liberdade não for superior a 04 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à vítima³. Logo seja, o crime de furto simples previsto no artigo 155 *caput* do Código Penal, tem sua pena máxima em abstrato de 04 (quatro) anos, sendo assim, os condenados por esse crime poderão ser inseridos no contexto da restritiva de direito, podendo afastar parcela dos condenados às mazelas enraizadas no sistema carcerário.

Isto posto, o presente estudo tem por finalidade analisar a superlotação dos presídios, a falta de aparato estatal para os condenados em conexão com os elevados índices de reincidência no Brasil e entender esse quadro problemático. Bem como pesquisar o porquê da inaplicabilidade das medidas restritivas de direito – especificamente no crime de furto simples – no nosso ordenamento jurídico, e buscar soluções cabíveis e viáveis para esse problema nacional.

³ Vade Mecum Compacto. **Código Penal**. 9ª Ed. Atual e Ampl. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 497.

Capítulo I

Utilitarismo e os princípios norteadores do Direito Penal: aplicação no processo de cumprimento de pena

1.1 Breve histórico sobre o Direito Penal e as penas

A definição de Direito Penal no sábio entendimento de Greco⁴ seria

o conjunto de normas, condensadas em um diploma legal, visa definir os crimes, proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção para os imputáveis e medida de segurança para os inimputáveis, bem como criar normas de aplicação geral, com previsão de legislação esparsa, tendo por finalidade proteger bens mais importantes e necessários para sobrevivência em sociedade (...).

De forma continuada Batista⁵ entende que “a sociedade faz o direito nascer de suas necessidades fundamentais e deixa-se ser disciplinada por ele, dele recebendo estabilidade e a própria possibilidade de sobrevivência (...)”.

O Princípio da Proporcionalidade⁶ – com raízes do iluminismo – é um dos mais importantes princípios do direito penal. A obra *Dos delitos e das penas* de Beccaria previa (século XVIII) que a pena deveria ser proporcional ao delito cometido, ou seja, já se trazia a ideia de proporcionalidade, pois a condenação que fosse desproporcional ao delito cometido seria um ato de violência contra o sujeito. Desde então, esse princípio previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, traz a garantia de que a pena aplicável deva passar por um juízo de ponderação com base no bem jurídico lesado, pois o que o difere dessa ponderação gerará um desequilíbrio.

Certo de que o juízo de valor trazido pela proporcionalidade é de grande dificuldade prática, porém, nada mais justo que respeitar e garantir no direito penal, pois trata-se de privação de liberdade do indivíduo e atinge a esfera

⁴ GRECO. Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2012. p. 01

⁵ BATISTA. Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007. p. 22

⁶ GRECO. Rogério, Op. cit, p. 75-78.

mais protegida do ser humano, seu direito de ir e vir devendo, portanto, viabilizar a necessidade de aplicação justa da lei penal frente ao delito cometido.

Cesare Bonesana⁷, marquês de Beccaria (1738-1794) jurista, filósofo, economista e literato italiano, viveu em uma época em que imperava o absolutismo, em que o rei era a lei e a justiça, sendo um precursor no que diz respeito à forma de pensar o direito penal. Com a inserção do iluminismo atuou na reforma do sistema penal, seu livro mais conhecido entre os acadêmicos de direito não poderia deixar de ser lembrado, pois *Dos delitos e das penas* faz crítica ao sistema penal vivenciado pelo autor, tendo em vista as arbitrariedades dos magistrados e as leis imprecisas e arcaicas.

Em desconformidade com o direito aplicado a sua época, Beccaria lutou para que a tradição jurídica fosse derrubada, e que a humanidade, a razão e o sentimento fossem colocados em voga. O jurista teve e têm muitos adeptos e admiradores, sua obra é usada até hoje como início de estudo do direito penal.

No que tange o presente estudo, cabe salientar o posicionamento de Beccaria⁸ em relação às penas:

(...) constituídas algumas sociedades, logo se formaram outras, pela necessidade surgida de se resistir as primeiras (...) As leis foram as condições que agruparam os homens, no início independentes e isolados (...). Cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram parte dela para constituir a soberania da nação (...) e o encarregado que atuava como depositário foi proclamado soberano do povo (...). Para sufocar o espírito despótico foi necessária a criação das penas para os que infringiam as leis. (...) As leis podem indicar as penas de cada delito (...) o momento em que o juiz se faz mais severo do que a lei, ele se torna injusto (...).

De forma semelhante aos juristas atuais, Beccaria já entendia que as penas deviam ser proporcionais ao delito cometido, e o que fugisse dessa esfera seria considerado abuso⁹:

⁷ BECCARIA. Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret. 2012. p.117.

⁸ *Ibidem* p. 16-18.

⁹ *Ibidem* p.. 24.

À proporção que as penas forem mais suaves, quando as prisões deixarem de ser a horrível mansão do desespero e da fome, quando a piedade e a humanidade adentrarem as celas, quando, finalmente, os executores implacáveis dos rigores da justiça abrirem o coração à compaixão, as leis poderão satisfazer-se com provas mais fracas para pedir a prisão (...).

Batista¹⁰ define que o “direito penal é um grupo composto por instituições (policiais, judiciárias e penitenciárias) seguindo as regras do sistema penal”, porém, em seu desempenho prático é contraditório, pois o sistema visa garantir a ordem social e justa de forma igualitária, entretanto, atua de forma seletiva, repressiva e que fere os direitos e garantias fundamentais.

Portanto é mister salientar que a forma de utilização das penas está ligada a forma de pensar o direito penal ao seu tempo, logo seja, a proporcionalidade de uma pena tem variações de acordo com a mutação do direito.

1.2 Princípios norteadores do direito penal e as penas

O Iluminismo¹¹ trouxe uma visão diferenciada à função da pena, pois não se aceitava a forma com que os julgadores tratavam seus semelhantes. Infelizmente, sabe-se que não houve uma ascensão da pena, pode-se dizer que estamos rumo ao retrocesso, porque prender para sociedade tem sido a única forma de pagamento pelo delito cometido, qualquer outro meio de sanção gera o sentimento de impunidade, ou seja, para sentir que a “justiça foi feita”, tem que haver a prisão do infrator.

De base dos princípios que serão analisados a diante, de forma breve, é possível trazer uma definição da função da pena. Segundo Greco¹² “a pena é consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal”, ou seja, quando o agente comete fato típico, ilícito e culpável, dando ao Estado a possibilidade de fazer valer seu *ius puniend*. Até o século XVIII as

¹⁰ BATISTA. Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007. p. 25

¹¹ BECCARIA. Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret. 2012.

¹² GRECO. Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2012. p. 469

penas tinham viés vingativo, ou seja, o delinquente tinha por sanção a tortura ao próprio corpo.

Batista¹³ afirma que

A conduta oposta à norma é denominada ato ilícito o qual cabe sanção, que se por sua vez se for de espécie particularmente grave é chamada de pena e o ato ilícito praticado, de crime, havendo assim uma relação lógica entre pena e crime.

O princípio penal da Intervenção Mínima¹⁴ tem por finalidade mostrar que a aplicação do direito penal deve se dar em *ultima ratio*, ou seja, o direito penal só deverá atuar em graves ataques ao bem jurídico. Casos que fujam desse conceito, se passíveis de serem solucionados em outras esferas jurídicas, como no processo civil, deve-se optar por esse em detrimento daquele, pois o direito penal é o instrumento legal mais violento do ordenamento jurídico, pois interfere na liberdade do indivíduo, restringindo direitos e garantias individuais, que se não sopesados, arruínam a dignidade enquanto cidadão. Por isso o processo penal garante – no princípio da Presunção de Inocência – que todos deverão ser considerados inocentes, até que se prove o contrário, pois há um risco em se condenar um inocente.

O Princípio da Individualização da Pena¹⁵ é uma garantia ao condenado, pois o cumprimento da sanção não deve ser genérica, cada indivíduo possui suas necessidades e peculiaridades, cada condenado precisa de oportunidades e elementos necessários para lograr êxito em sua reinserção na sociedade. Deve, portanto a pena ser feita de forma técnica, nunca improvisada, tendo em vista o indivíduo ser uno, singular, e merecedor da devida garantia individual.

O Princípio de Humanidade¹⁶ sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou lesionem

¹³ BATISTA. Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007. p. 43

¹⁴ GRECO. Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2012. p.. 47-49

¹⁵ *Ibidem* p. 69-73

¹⁶ BITENCOURT. Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 1. 17ª ed. rev., ampl. e atual.: Saraiva. 2012. p. 67

as condições físicas e psíquicas dos condenados. Segundo Bitencourt¹⁷ “a proscricção de penas cruéis (...) e a obrigação do Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do dito princípio”. Tendo em vista que a dignidade da pessoa humana é garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso XLVII, que assegura aos presos “o respeito à integridade física e moral”, logo seja, a própria constituição veda qualquer tipo de aplicação de pena que atente contra a dignidade da pessoa humana.

Nas palavras do ilustre jurista Beccaria¹⁸

o interesse geral não é apenas que se cometam poucos crimes, mas ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode torna-se mais frequente. Deve, portanto, haver uma proporção, entre os crimes e as penas. (...) Se for estabelecido um mesmo castigo, a pena de morte, por exemplo, para aquele que mata um faisão e para quem mata um homem ou falsifica um documento importante, em pouco tempo não se procederá a mais nenhuma diferença entre esses crimes; serão destruídos no coração do homem os sentimentos de moral (...).

Beccaria previu que a vingança coletiva era ineficaz, tendo em vista que os criminosos da época sofriam castigos desproporcionais ao delito cometido, nada mais era do que um erro grosseiro na tentativa de punir, devendo cada crime ter a condenação justa e proporcional ao delito cometido.

A pena de prisão é tida como símbolo de justiça para sociedade, não cumprindo seu devido papel, é a sanção pela sanção, violência pela violência, nada mais que uma vingança coletiva, ou seja, delinquente que cometeu o crime deverá ser cruelmente punido, que segundo a voz da sociedade “lugar de bandido é na cadeia”, ou morto.

Esse discurso empregado nada mais é que um pensamento de vingança, a função da pena – em sua teoria – não é vingar o delinquente, mas mostrar para

¹⁷ BITENCOURT. Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 1. 17ª ed. rev., ampl. e atual.: Saraiva. 2012. p. 67

¹⁸ BECCARIA. Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret. 2012. p.63

sociedade que a conduta realizada está errada e por isso o sujeito será punido, cumprindo sua condenação será posto em liberdade para que não mais cometa o delito.

Sabemos que a nossa realidade fática é bem dispare da teoria, sem considerar os presos provisórios, os presos condenados, em sua massa por crimes contra o patrimônio – furto e roubo em geral – estão sujeitos a cárceres sem a menor condição de ressocializar ou tentar minimizar os efeitos de uma sociedade massacrante.

1.3 Considerações sobre absolutismo e minimalismo

Antes de tratar sobre a visão utilitária da pena é importante ressaltar as ideias do abolicionismo e minimalismo, pois esses trazem também a sua visão sobre a pena de prisão e sua incidência no contexto social.

Segundo entendimento de Oliveira¹⁹

(...) o abolicionismo se desenvolveu em torno de alternativas de Justiça Criminal baseado em solidariedade e fraternidade, visando a reapropriação social dos conflitos, entre agressores e ofendidos (...). A perspectiva abolicionista baseia-se, dentre muitas críticas, no descrédito atribuído a prevenção geral – trazida pelo utilitarismo – afirmando ser o direito penal incapaz de motivar comportamentos subjetivos, a fim de evitar delitos (...). Na prevenção especial a prisão, local onde pretensamente se operaria a ressocialização e a reintegração dos infratores ao meio social, ao contrário, dessocializa, desumaniza e estigmatiza os apenados (...).

Com base do relato é possível afirmar que o abolicionismo critica o sistema o qual criminaliza um número maior de condutas do que está capacitado de fato a lidar, sobrecarregando os órgãos competentes de repressão criminal, prejudicando seu inteiro funcionamento.

O minimalismo²⁰ critica as mesmas bases do abolicionismo, diferenciando no sentido, o qual

¹⁹ DE OLIVEIRA. Mara Elisa. **Breve análise sobre o abolicionismo e minimalismo.** JusNavigandi. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22596/breve-analise-sobre-o-abolicionismo-e-o-minimalismo>> Acesso em 29.06.16.

(...) a incidência do direito penal deve ser a um mínimo necessário, restringindo a um núcleo específico de condutas danosas. Entendendo que a pena é a intervenção mais radical efetuada pelo Estado, pois interfere na liberdade do indivíduo, essa corrente, entende que existindo outros instrumentos jurídicos capaz de proteger, deverá essa ser utilizada (...).

Segundo o Wermuth²¹, o minimalismo penal pode ser dividido em

(...) minimalismo pragmático e o minimalismo teórico. O primeiro pode ser compreendido como uma variante do pensamento penal dominante, e nasce marcado pela ideologia da defesa social ao defender – a partir de uma perspectiva reformista e eficientista sem pretensão teórica de longo alcance – a intervenção mínima por meio da descriminalização de comportamentos, recuperando os limites do direito penal de rariz liberal e, particularmente, a redução da pena de prisão e sua substituição por medidas alternativas. Já o minimalismo teórico se desenvolve como uma perspectiva radical de contestação da ideologia penal oficial, negando legitimidade aos sistemas penais contemporâneos e propondo uma alternativa mínima que considera como ‘mal necessário’ (...).

Dentro do minimalismo teórico que aparece o contexto de garantismo trazido por Ferrajoli²²

(...) esse opondo-se ao abolicionismo – entendendo que trata-se de uma “anarquia punitiva” – além da prevenção de delitos, também tem por função evitar os castigos excessivos e/ou arbitrários que seriam impostos ao réu na sua ausência a prevenção de novos delitos corresponde à tutela da maioria não desviada, ao passo que a prevenção

²⁰ WERMUTH. Maiquel Ângelo Dezordi. **O sistema penal e a proposta relegitimante minimalista: o utilitarismo penal reformado de Luigi Ferrajoli**. Empório do Direito. 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/o-sistema-penal-e-a-proposta-relegitimante-minimalista-o-utilitarismo-penal-reformado-de-luigi-ferrajoli-por/>> Acesso em 21.06.16

²¹ WERMUTH. Maiquel Ângelo Dezordi. **O sistema penal e a proposta relegitimante minimalista: o utilitarismo penal reformado de Luigi Ferrajoli**. Empório do Direito. 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/o-sistema-penal-e-a-proposta-relegitimante-minimalista-o-utilitarismo-penal-reformado-de-luigi-ferrajoli-por/>> Acesso em 21.06.16

²² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Vários Tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

de penas excessivas corresponde à tutela da minoria desviada em face do arbítrio punitivo que contra ela se manifestaria – a partir da vingança do ofendido ou de forças sociais ou institucionais a ele solidárias. (...) recorre a um segundo parâmetro utilitário da pena, que, além de proporcionar o máximo de bem-estar possível aos não desviados, também tem por função proporcionar o mínimo mal-estar necessário aos desviados (...).

Essa visão trazida por Ferrajoli está relacionada ao princípio da Intervenção Mínima, tratado nesse capítulo, mostrando a ideia de qual seria a função – ou utilidade – da pena.

1.4 O utilitarismo e suas aplicações na função da pena

Jeremy Bentham (1748-1832)²³ filósofo, jurista e um dos últimos iluministas a propor um sistema de filosofia moral, considerado difusor do utilitarismo, que tinha como teoria a ética normativa, visando em torno das questões as quais a conduta humana deveria ser analisada em função do bem-estar das partes envolvidas, podendo essas ações aumentar ou diminuir a utilidade e a felicidade. Contrário a sua época sempre procurou um sistema de controle social, logo seja, um método de comportamento humano conforme princípios éticos lutando contra prática dos castigos desumanos.

Segundo Bitencourt²⁴, para Bentham, o direito penal embasado no utilitarismo seria o melhor instrumento para que o governo consiga guiar as condutas sociais, ou seja, a utilização de pena bem projetada poderia trazer ao sujeito a noção de que ir contra as regras não seria uma conduta correta.

O ato utilitário visa à produção de benefícios, bem-estar, com a ideia de que o ser humano procura sempre a felicidade e não a dor, tendo por finalidade da pena a prevenção para que os delitos semelhantes não ocorram de forma rotineira.

²³ BITENCOURT. Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 1. 17ª ed. rev., ampl. e atual.: Saraiva. 2012. p. 84

²⁴ *Ibidem* p. 84

Para Bitencourt²⁵, Bentham discordava do entendimento tradicional de que a pena devia causar profunda dor e sofrimento, ele não via sentido a pena ser cruel. A função da pena não deveria ser mera vingança pelo ato praticado, mas sim servir de prevenção para que fatos novos, semelhantes não voltem a ocorrer (nos termos atuais, seria uma forma de prevenir a reincidência).

O Princípio da Utilidade²⁶ ou da maior felicidade consiste em proporcionar o máximo prazer e menor desprazer, ao maior número de pessoas. Entende-se como um princípio que aprova/desaprova a ação do indivíduo, dependendo de qual interesse esta em voga, devendo aumentar ou diminuir a felicidade das partes envolvidas, sendo os fatos humanos orientados por esse princípio (análise do prazer e da dor).

Segundo Barbosa²⁷

Há de início (...) a compreensão de diversas ilicitudes, que tornam-se lícita, sob análise do princípio (...) porém, é preciso estruturar as leis e normas, a fim de permitir sua adequação ao princípio, de maneira que todo homem possa aprendê-las racionalmente e segui-las em conformidade com suas aspirações naturais (...).

Bitencourt²⁸ trata das condições criminógenas da prisão o qual traz a ideia de Bentham – que possuía grandes interesses no que condizia com a situação das prisões – de que as prisões apresentam todas as condições para “infestar o corpo e a alma”, tão logo, no que tange a moral “a prisão é uma escola onde se ensina a maldade por meios mais eficazes que os que nunca poderiam empregar-se para ensinar a virtude: o tédio, a vingança e a necessidade presidem essa educação de perversidade (...)”²⁹.

²⁵ BITENCOURT. Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão – causas e alternativas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 66.

²⁶ BARBOSA. Júnio Alves Braga. **Do princípio da utilidade**. São Paulo. Março. 2005. DireitoNet. Disponível em:<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1938/DoPrincipio-da-Utilidade>> Acesso em 29.06.16.

²⁷ BARBOSA. Júnio Alves Braga. **Do princípio da utilidade**. São Paulo. Março. 2005. DireitoNet. Disponível em:<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1938/DoPrincipio-da-Utilidade>> Acesso em 29.06.16.

²⁸ BITENCOURT. Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão – causas e alternativas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 66.

²⁹ BENTHAM. Jeremy *Apud* BITENCOURT. Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão – causas e alternativas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 67.

Bem como entende Bentham³⁰

(...) esses homens segregados assimilam linguagem costumes e, por um consentimento tácito e imperceptível, fazem suas próprias leis, cujos autores são os últimos dos homens: porque em uma sociedade semelhante, os mais depravados são mais audazes e os mais malvados são mais temidos (...).

Apesar dessa visão ter sido abordada séculos passados, Bentham já tratava da subcultura do cárcere, a frente do seu tempo sendo foi capaz de mostrar as mazelas da prisão, sabia que algo deveria ser feito para amenizar a situação de quem estava submetido a esse ambiente. Diante disso criou o chamado “Panótico”³¹ que seria uma estrutura prisional em forma de torres circulares que permitiria com facilidade o controle de um maior número de pessoas em um “pequeno” espaço para quem vigiava.

Certo de que seu projeto sofreu muitas críticas, mas o que está se analisando nesse estudo é sobre a ótica da pena e da prisão. Inserindo no contexto da proporcionalidade, o quanto a pena deve ser proporcional ao delito cometido? Diante da condenação, será realmente necessária a pena de prisão – cheia de mazelas, causadora de dor e sofrimento? Não seria viável um meio alternativo para o cumprimento da pena?

Segundo Ferrajoli³² a ideia de que

a atuação do sistema penal apenas se justifica quando o conjunto das violências por ele efetivamente prevenidas é superior à soma das violências decorrentes dos delitos por ele não prevenidos e das penas a estes cominadas. Ou seja, o sistema penal só se justifica na medida em que constitui um mal menor do que aquele que seria produzido na sua ausência (...) surge à necessidade de o Direito Penal que lhe dá sustentação ser ao mesmo tempo mínimo e garantidor (...). Destaca a necessidade de instauração de garantias jurídico-sociais de vida e de sobrevivência, idôneas a remover as raízes estruturais da desviação de subsistência, pela eliminação dos fenômenos de desagregação e de marginalização social

³⁰ *Ibidem* p. 67

³¹ BITENCOURT. Cezar Roberto, Op. cit, p. 68.

³² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Vários Tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.208

de que se alimentam as subculturas criminais, pelo desenvolvimento da democracia e da transparência dos poderes públicos e privados, cujo caráter oculto e incontrolado está na origem de grande parte da atual criminalidade econômica e administrativa (...).

O entendimento de Ferrajoli³³ no sentido de que o utilitarismo – exclui as penas socialmente inúteis – “(...) é pressuposto necessário de toda e qualquer doutrina penal sobre limites do poder punitivo do Estado (...) constitui um elemento constante e essencial de toda a tradição penal liberal (...)”, ou seja, tem por finalidade o bem estar dos cidadãos, através de proteção da vida e garantia dos direitos fundamentais.

1.5 A expansão do direito penal na atualidade

O direito penal passou por inúmeras mudanças, tendo em vista atender aos anseios da sociedade, essas alterações foram decorrentes de guerras, governos, dentre outras estruturas que se modificam com o decurso do tempo. A título de exemplo, a Revolução Industrial³⁴ ocorrida entre os séculos XVIII e XIX trouxe uma forte mudança na estrutura social, logo seja, a população que antes era rural, através da imigração, passou a ser urbana e o trabalho que antes era agricultura familiar passou a ser maquinaria, tão logo a população diante do avanço tecnológico almejavam a ideia do bem-estar social.

Conforme o entendimento de Silva Sanchez³⁵ “constatou-se a necessidade de delimitação de atividades potencialmente geradoras de perigo, através dos mecanismos de gerenciamento de riscos”.

Assim como essa mudança social, a imprensa sempre teve influência no fator modificador do direito penal, desde então sempre sentiu a necessidade de rotular os criminosos trazendo a população o sentimento de insegurança. Com

³³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Vários Tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.208

³⁴ SÓ HISTORIA. **Revista Eletrônica**. [S.l.: s.n] Disponível em <<http://www.sohistoria.com.br/resumos/revolucaoindustrial.php>>. Acesso em 15.07.2016

³⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. – (Série as ciências criminais no século XXI; v. 11). p. 29.

isso, trouxe a ideia de que o direito penal seria o único meio capaz de combater a criminalidade, então, desde logo, havia um desrespeito aos direitos humanos e garantias individuais dos criminosos a fim de satisfazer os anseios da população.

A partir de então surgiu o movimento intitulado de Lei e Ordem³⁶, que tinha por viés combater a contracultura e reivindicar os princípios éticos e morais da sociedade rotulando o crime como uma doença social e o criminoso como agente causador.

Nesse contexto que surge o direito penal simbólico, logo seja, um direito que não visava atuar com justiça, mas sim satisfazer os interesses que a sociedade almejava na ideia de combate a criminalidade. Contrário ao abolicionismo tratado nesse capítulo, esse movimento procurava maior severidade das penas, e que através dela haveria um controle maior da criminalidade.

Segundo Érica Miguel³⁷

o direito penal é usado pelas sociedades como aparato para que se sintam mais seguras contra o aumento da criminalidade e das condutas consideradas ofensivas à sociedade. Esta, fortemente influenciada pela mídia, defende a atuação máxima desse ramo do Direito, visando não apenas a garantia de segurança, como também a aplicação de punições para satisfazer seu ideal de vingança contra crimes cometidos.

Para que pudesse infringir os direitos fundamentais dos delinquentes, o Estado com ajuda da mídia levou ao senso comum a ideia de perigo constante que com o aval social poderia atuar rudemente, posto isso, o direito penal deixou de ser a *ultima ratio* para se tornar a *prima ratio*.

Bem como compreende Sanchez³⁸

³⁶ MIGUEL. Érika Andrade. **A expansão do direito penal**. São Paulo. Abril. 2011. DireitoNet. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6251/A-expansao-do-Direito-Penal>> Acesso em 15.07.16.

³⁷ MIGUEL. Érika Andrade. **A expansão do direito penal**. São Paulo. Abril. 2011. DireitoNet. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6251/A-expansao-do-Direito-Penal>> Acesso em 15.07.16.

³⁸ SANCHEZ. Bernardo Feijoo. **Administrativização do direito penal na sociedade de risco**. São Paulo. Agosto. 2011. Revista Brasileira de Ciências Criminais.

com esta referência à expansão, o que se quer salientar, essencialmente, é que, do ponto de vista político-criminal, não vivemos uma fase caracterizada pela descriminalização, mas por um claro processo crescente de criminalização.

Segundo o entendimento de Silva-Sanchez³⁹ “a pena vê modificadas suas funções tradicionais, vendo-se transformada num instrumento de gestão da delinquência como macrorrisco social”.

No entendimento do penalista Hassemer⁴⁰ “não se deve aproveitar o direito penal como meio de transformação social e de asseguramento do futuro da sociedade, pois ofende os axiomas garantistas a que se encontra vinculado (...)”.

Bem como entende o supracitado penalista na conferência do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais⁴¹

(...) o direito penal deve voltar ao aspecto central, ao direito penal formal, a um campo no qual pode funcionar, que são os bens e direitos individuais, vida, liberdade (...) acredito que é necessário pensarmos em um novo campo do direito que não aplique pesadas sanções do direito penal, sobretudo as sanções de privação de liberdade e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores. Eu vou chamá-lo de Direito de Intervenção (...).

Nota-se que a expansão vivida pela direito penal é devido a diversos fatores, como mudança social, mídia, dentre outros tratados acima, diante disso, a finalidade do direito penal foi alterada, pois essa expansão trouxe uma ampliação aos riscos penalmente relevantes, conjuntamente com a flexibilização as regras de imputação e dos direitos e garantias.

Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/84-ARTIGO#_ftn1> Acesso em: 18.07.2016

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. – (Série as ciências criminais no século XXI; v. 11).

⁴⁰ HASSEMER. Winfried. **Crisis y características del moderno derecho penal**. Actualidade Penal. Madrid, nº 43/22 de 1993, p. 635-646.

⁴¹ HASSEMER. Winfried. **Perspectivas de uma política criminal**. São Paulo. Outubro. 1994. Revista Brasileira de Ciências Criminais. nº 08. p. 49.

Pode-se afirmar que criou-se uma sociedade do medo/risco, a qual anseia ferozmente por proteção, e entende que o único meio eficaz de garantir a tutela é o direito penal, com viés punitivo, tendo em vista que os demais ramos do direito (civil, administrativo...) não carregam a mesma seguridade.

A função da pena diante da expansão perdeu seu viés de retribuição, prevenção e ressocialização, tão logo sendo somente necessário, o afastamento da incidência da delinquência, ou seja, afastar o foco criminal.

Capítulo II

Análise de dados do sistema penitenciário no Brasil

2.1 Estatísticas do Infopen em consonância com Direito Penal

O presente estudo traz dados estatísticos coletados do banco de dados do sistema eletrônico de âmbito nacional o Infopen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), sistema de responsabilidade do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) conjuntamente com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), que controlam os índices carcerários no Brasil.

O Infopen⁴² é um sistema de informações e estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, com o fornecimento de dados prisionais pelos gestores dos estabelecimentos. Atua desde 2004 com a função de reunir esses dados sobre a população prisional em âmbito nacional. Com apoio do Depen, os organizadores vêm trabalhando em mudanças no que tange a coleta de dados com intuito de viabilizar na elaboração de políticas públicas mais adequadas a realidade prisional.

Segundo o último relatório feito pelo Infopen⁴³ no ano de 2014, a população carcerária no Brasil chegou a 607 mil presos, dentre os sistemas penitenciários (estaduais e federais) e carceragens de delegacia, desconsiderando o albergue domiciliar. Em contrapartida, o número de vagas chega a ser um pouco maior que a metade do número de presos, estimadas 376 mil e chegando ao déficit de 231 mil vagas, ou seja, na proporção fornecida pelo relatório, um estabelecimento prisional que comportaria 10 presos, hoje está por volta de 16, dividindo o mesmo espaço. Esses dados são alarmantes para o sistema prisional brasileiro e mostra a superlotação de suas prisões.

O Brasil em comparação aos países com maior população carcerária encontra-se em quarto lugar, perdendo apenas para os EUA (2,2 milhões), China (1, 6 milhões) e Rússia (670 mil). Entretanto, apesar de ter uma

⁴² DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)**. 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf> Acesso em 24.04.2016

⁴³ *Ibidem*

população carcerária menor que os três países citados, a taxa de ocupação no Brasil – referente ao número de presos em relação ao número de vagas – é a mais crescente. Em análise durante os anos de 2008 a 2013⁴⁴ os EUA, China e Rússia tiveram um déficit na taxa de aprisionamento, restando um saldo “negativo” de prisões, em contrapartida, o Brasil elevou sua taxa em 33% mostrando a grave realidade brasileira, ou seja, está se prendendo mais.

Entre o período de 2000 e 2014⁴⁵ a taxa de aprisionamento aumentou cerca de 119% tendo em vista que nos anos 2000 haviam cerca de 137 presos para cada 100 mil habitantes. Em 2014 esse número chegou a 299 pessoas. Se esse ritmo de encarceramento continuar no Brasil, em 2022 terá uma população carcerária que ultrapassará o número de 1 milhão de presos. E é sobre este número alarmante que se encontra a base do presente estudo.

No grupo de crimes contra o patrimônio, o furto simples, tipificado pelo artigo 155 *caput* do Código Penal, lidera o ranking com o número de 14, 7 mil presos⁴⁶. Nos dados traçados pelo relatório⁴⁷ afirma-se que 04 em cada 10 registros de prisões correspondem a crimes contra o patrimônio, e cerca de 1 em cada 10 são correspondentes ao furto simples, crime esse passível de pena alternativa à prisão.

O crime de furto com previsão no dispositivo legal do Código Penal⁴⁸

Art. 155 – Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:
Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

(...)

§ 2º – Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa (...).

A reclusão deverá ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto (artigo 33 *caput* CP), porém, os condenados pelo crime de furto simples, são

⁴⁴ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)**. 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf> Acesso em 24.04.2016

⁴⁵ *Ibidem*

⁴⁶ *Ibidem*

⁴⁷ *Ibidem*

⁴⁸ Vade Mecum Compacto. **Código Penal**. 9ª Ed. Atual e Ampl. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 511.

em sua maioria, condenados em regime fechado, sem conversão em restritivas de direitos.

O Título V na seção II do Código Penal trata das penas restritivas de direito, o artigo 43 do Código Penal prevê especificadamente as penas, quais sejam, prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidade pública, interdição temporária de direitos e limitação do fim de semana. Essas penas são cabíveis quando a pena privativa de liberdade não for superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa (artigo 44, inciso I do CP).

É interessante observar que a condenação pelo crime de furto na modalidade simples pode chegar a pena máxima em abstrato em quatro anos, como exposto, os crimes cometidos até no máximo cominado legal, cabe à conversão em restritivas de direito, porém, diante dos dados⁴⁹ analisados mostra-se que a realidade é contrária.

Conforme o entendimento de Martinson⁵⁰

(...) na atualidade, cinco anos podem significar uma segregação muito prolongada, que provavelmente impedirá a ressocialização do delinquente. Para impedir efeitos negativos da prisão (...) na sociedade moderna a imposição de uma pena de cinco anos a uma pessoa pode ter efeitos tão negativos em termos ressocializadores, quanto os que existiam quando se impunha uma pena de vinte anos na primeira metade do século XX (...).

Posiciona-se de forma semelhante Bitencourt⁵¹

O isolamento da pessoa, excluindo-a da vida social normal – mesmo que seja internada em uma ‘jaula de ouro’ – é um dos efeitos mais graves da pena privativa de liberdade, sendo que em muitos casos irreversível. É

⁴⁹ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)**. 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf> Acesso em 24.04.2016

⁵⁰ MARTINSON. Robert. *Apud* BITENCOURT. Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão – causas e alternativas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 163.

⁵¹ BITENCOURT. Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão – causas e alternativas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 167.

possível pretender que a pena privativa de liberdade ressocialize por meio da exclusão e do isolamento.

Analisando-se que cerca de 14 mil presos⁵² da população carcerária brasileira estão com sua liberdade restrita pelo crime de furto simples, que desse contingente, X estejam presos pela condenação do referido crime, se essa quantia estivesse cumprindo a pena em liberdade, através das restritivas de direito é certo que haveria diminuição no número de presos, podendo não ser significativa para quem prende, mas a forma como se conduz a punição de um delinquente faz toda diferença para quem está cumprindo. O Brasil enfrenta uma superpopulação em seus presídios, sem condições mínimas de sobrevivência, como em um ambiente que comportaria 10 presos, hoje se encontram 16. Imagine 16 pessoas presas em uma cela? 16 pessoas.

Com base no entendimento de Manoel Pedro Pimentel⁵³ “É antiga, portanto, a ideia de que o ambiente do cárcere deve ser evitado (...) casos em que a breve passagem do condenado pela prisão não enseje qualquer trabalho de ressocialização (...)” pode-se afirmar que não é de agora a necessidade de melhoria do cárcere, há tempos constata-se a necessidade de buscar meios alternativos a da pena de prisão. Os presos ficam, por vez, sem perspectiva, planejamento ou estrutura para que sua ressocialização seja efetivada, fazendo com que, infelizmente, muito encarcerados passem o seu tempo pensando mais em como fugir da cadeia ou como tornar-se um líder nela – criação de subcultura carcerária –, do que de fato tentar ser um indivíduo “sociável”.

2.2 A falibilidade do cumprimento de pena em regime fechado e os elevados índices de reincidência

⁵² DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)**. 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf> Acesso em 24.04.2016

⁵³ PIMENTEL. Manoel Pedro. *Apud* GRECO. Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2012. p. 528.

Nas palavras de Sergio García Ramirez⁵⁴ “a prisão, em vez de frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade. Não traz nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda sorte de vícios e degradações”.

Bem como salienta Bitencourt⁵⁵

A literatura especializada tem-se ocupado frequentemente da crueldade e da desumanização existente no ambiente carcerário (...) as graves deficiências das prisões não se limitam a narrações de alguns países; ao contrário, existem centros penitenciários em que a ofensa à dignidade humana é rotineira (...) as deficiências prisionais apresentam características semelhantes, como maus-tratos verbais ou de fato; superpopulação carcerária, o que também leva a uma drástica redução do aproveitamento de outras atividades que o centro penal deve proporcionar (...) elevado índice de consumo de drogas (...) ambiente propício a violência (...).

Se os condenados tivessem garantias previstas pela legislação rigorosamente cumpridas, seria certo de que sairiam da prisão sujeitos melhores, tendo a pena cumprindo seu papel de ressocializar o preso para que volte conviver em sociedade. Dentre as garantias constitucionais do condenado vale destacar algumas do artigo 5º da Magna Carta de 88

III – ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
VII – prestação de assistência religiosa;
XLV – nenhuma pena passará a pessoa do condenado;
XLVI – a lei regulará a individualização da pena;
XLIX – assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Sabe-se que dificilmente essas garantias são respeitadas no cumprimento da pena, porque o tratamento dado ao preso é completamente desumano, porém, não é pelo fato do sujeito ter cometido um delito que deixou de ser um ser humano, devendo respeitar como tal.

⁵⁴ RAMIREZ. Sergio García. *Apud* BITENCOURT. Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão – causas e alternativas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 165.

⁵⁵ BITENCOURT. Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão – causas e alternativas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 163.

Na falta de respeito às garantias individuais que se encontra o nosso maior problema, se o preso, como já explanado, encontra-se em um ambiente totalmente degradante sem condições de molda-lo como indivíduo aceitável socialmente, ao se tornar um egresso, sem nenhum suporte estatal ou ações de políticas públicas, quais serão as chances de voltar a delinquir ou continuar delinquindo? Quais as chances desse indivíduo torna-se um reincidente? Por essa razão que o investimento em políticas públicas – sem interesses partidários – seria o meio mais favorável para amenizar os efeitos da prisão.

Prender deveria ser a exceção, infelizmente em nosso sistema jurídico é a regra. Mesmo que os operadores do direito tenham consciência que a pena de prisão é falha, continuam prendendo, mesmo sabendo das condições degradantes que vivem os presídios brasileiros, continua encarcerando massivamente, como se prender trouxesse a sensação de dever cumprido perante a sociedade. Nesse raciocínio se vê a incidência da expansão do direito penal⁵⁶ “ocorrendo à ampliação da punição, ou seja, o direito penal simbólico tem-se utilizado do punitivismo para alcançar seus fins”.

Porém, o sentimento de “dever cumprido” atinge o maior prejudicado dessa relação toda, o preso. Nossas prisões tornam os condenados por crimes menores, verdadeiros criminosos, o famoso jargão “entra ladrão de galinha, sai um criminoso em potencial” nunca foi tão condizente com a realidade enfrentada pelo país.

O instituto da reincidência está previsto no artigo 63 do Código Penal que dispõe⁵⁷ “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. Ou seja, reincidir significa repetir a infração, devendo o infrator ter trânsito em julgado de sentença penal condenatória por crime anterior e cometer novo crime.

Diante da análise da função/finalidade da pena, das correntes do abolicionismo/minimalismo, bem como o utilitarismo e a expansão do direito penal, nota-se que direito penal sofreu inúmeras alterações no que diz respeito

⁵⁶ MIGUEL. Érika Andrade. **A expansão do direito penal**. São Paulo. Abril. 2011. DireitoNet. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6251/A-expansao-do-Direito-Penal>> Acesso em 15.07.16.

⁵⁷ Vade Mecum Compacto. **Código Penal**. 9ª Ed. Atual e Ampl. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 500.

a pena, buscando amoldar-se de forma a atender os interesses sociais. Porém, essas alterações apesar de satisfazer a sociedade, trouxe prejuízo à parte mais fraca dessa relação, o preso. Pode-se afirmar que a prisão – devido sua falibilidade – não é capaz de prevenir a reincidência, por isso, os meios alternativos de pena, que permitem ao autor do delito efetuar a reparação do dano torna-se muito mais coerente do que prender.

Bitencourt entende que os altos índices reincidência não seria a única culpada pelo fracasso da pena de prisão e que sua erradicação não seria o suficiente para diminuir esse índice, como afirmado⁵⁸ “os altos índices de reincidência também não podem levar a conclusão radical de que o sistema penal fracassou totalmente, a ponto de tornar-se necessária a extinção da prisão”.

Porém, o presente estudo não se posiciona a fim de extinguir a prisão, mas sim, utilizar os meios alternativos de pena, já previstos em nosso ordenamento jurídico. Dar ênfase as penas restritivas de direitos, que sejam investidas e lembradas pelos governantes e que tenham maior aplicação e sejam mais relevantes em crimes cabíveis de meios alternativos de pena.

⁵⁸ BITENCOURT. Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão – causas e alternativas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 171.

Capítulo III

Das penas restritivas de direito

3.1 Penas restritivas de direito

A pena é resposta dada pelo Estado frente à prática de infração penal, deve-se, porém, ao aplicar a pena, respeitar os princípios basilares da dignidade da pessoa humana e do direito penal e processual, como visto no capítulo I do presente estudo. “Um estado que procura ser garantidor dos direitos (...) deve encontrar limites ao seu direito de punir (...)”⁵⁹.

As penas na antiguidade, independentemente do delito cometido, tinha o viés punitivo sob a égide da tortura, logo então, veio o iluminismo para abrandar os anseios de vingança por parte da população, pois não era humanamente aceitável que tratassem seus semelhantes de forma tão desumana e aflitiva.

Apesar de a sociedade ter passado por grandes escaladas no que tange a aplicação da pena, pode ser dizer que nos dias atuais a forma como se tem utilizado a pena é com viés vingativo, podendo assemelhar-se as penas antigas. Greco⁶⁰ em igual posicionamento defende que

O sistema de penas, infelizmente não caminha numa escala ascendente (...) a sociedade, amedrontada com a elevação do índice de criminalidade, induzida pelos políticos oportunistas, cada vez mais apregoa a criação de penas cruéis, tais como castração, nos casos de crime de estupro, ou mesmo a pena de morte (...).

Segundo Roxin⁶¹

A teoria da retribuição não encontra sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil (...) o mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a

⁵⁹ GRECO. Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2012. p. 469

⁶⁰ *Ibidem*. p. 472

⁶¹ ROXIN. Claus. *Apud*. GRECO. Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2012. p. 473

culpabilidade do autor pelo fato cometido (...) A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já conhecida da antiguidade, permanece viva na consciência dos profanos com certa naturalidade: a pena deve ser justa e pressupões que corresponda a sua duração e intensidade com a gravidade do delito (...).

Com base nesse posicionamento é possível afirmar que a sociedade realmente acredita que o cumprimento da pena feita em cárcere seria a forma mais justa de pagamento pelo delito cometido, pois a aplicação de restritiva de direito ou pena de multa traz a sociedade a sensação de que a justiça não foi feita, traz o sentimento de impunidade.

A denominada “pena restritiva de direito” é uma previsão trazida pelo legislador no Código Penal de 1940 com alteração da Lei 9714/1998 que inseriu novas medidas restritivas aos artigos já previstos. A intenção de se usar a pena restritiva de direitos foi dar ao condenado à oportunidade de se cumprir a pena em “liberdade”.

Em análise do artigo 44 do CP cabe ressaltar determinados pontos, o inciso I prevê o máximo de pena cominada para que ocorra a substituição, pena máxima em quatro anos, em crimes que não há violência ou grave ameaça à vítima; os incisos II e III prevêem os fatores de impedimento basilares em que não poderá enquadrar o condenado⁶²

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

(...)

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

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

(...)

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento

⁶² Vade Mecum Compacto. **Código Penal**. 9ª Ed. Atual e Ampl. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 497.

injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.
(...)

O parágrafo 3º garante que mesmo que o condenado seja reincidente, o juiz poderá substituir desde que não seja reincidente em mesmo crime. Nota-se que nesse parágrafo o legislador quis frear a prática reiterada do delito, ou seja, está sendo dada a oportunidade de não cumprir a pena em regime fechado, porém, não se deve repetir essa conduta. E por fim, terá o condenado sua pena restritiva de direito convertida em privativa de liberdade, caso haja descumprimento injustificado da restrição, como prevê o parágrafo 4º do referido artigo.

3.2 Propostas atuais do Ministério da Justiça em relação aos meios alternativos de pena e ADPF 347 do Supremo Tribunal Federal

No dia 02 de maio do presente ano o Ministro da Justiça, Eugênio Aragão, publicou uma portaria instituindo a Política Nacional de Alternativa Penais⁶³, essa medida tem por viés orientar ações, projetos e estratégias para a aplicação de meios alternativos de pena, com intuito de reduzir o número de presos até o ano de 2019.

O órgão responsável pelo projeto será o Departamento Penitenciário Nacional – conhecido no presente estudo, responsável por trazer dados alarmantes das penitenciárias no Brasil –. Segundo o diretor geral Renato de Vitto, “esse projeto representa um avanço nas políticas penitenciárias do país”, tendo em vista que o crescimento carcerário no Brasil está ocorrendo de forma exponencial.

⁶³ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Ministério da Justiça**. Brasília. 2016. Disponível em < <http://www.justica.gov.br/noticias/ministerio-da-justica-institui-politica-nacional-de-alternativas-penais>> Acesso em 01.07.2016

Esse programa visa organizar e dar suporte para que o judiciário possa fazer o melhor uso dessas penas alternativas. Segundo a proposta do Departamento Penitenciário⁶⁴, a iniciativa será de

- i. Ampliação e qualificação da rede de serviços de acompanhamento das alternativas penais, com promoção do enfoque restaurativo das medidas;
- ii. Fomento ao controle e à participação social nos processos de formulação, implementação, monitoramento e avaliação da política de alternativas penais;
- iii. Promoção do desencarceramento e da intervenção penal mínima;
- iv. Enfrentamento à cultura do encarceramento e desenvolvimento de ações de sensibilização da sociedade e do sistema de justiça criminal sobre a agenda de alternativas penais e o custo social do aprisionamento em massa e
- v. Qualificação da gestão da informação.

A importância de ter um movimento ou demonstração de interesse acerca do problema pelos grandes responsáveis sociais e políticos, traz a sensação de que pensar sobre o desencarceramento e meios alternativos de pena não é em vão. Há uma vontade de mudar o contexto nacional acerca dos problemas encontrados em nossas penitenciárias.

É importante destacar o julgamento da medida cautelar ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 347 do Supremo Tribunal Federal ajuizada pelo PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) requerendo a violação de direitos fundamentais da população carcerária, pleiteando que o Supremo imponha a adoção de providências para sanar lesões a preceitos fundamentais previstos na CF, decorrentes de atos e omissões dos poderes públicos no tratamento da questão prisional no país.

A medida cautelar determina que compete⁶⁵

⁶⁴ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Ministério da Justiça**. Brasília. 2016. Disponível em < <http://www.justica.gov.br/noticias/ministerio-da-justica-institui-politica-nacional-de-alternativas-penais>> Acesso em 01.07.2016

⁶⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Poder Judiciário**. Brasília. 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>> Acesso em 01.07.2016

- I. aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão;
- II. aos juízes que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo;
- III. à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Argumentou que o Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), criado pela Lei Complementar 79/1994, e que reúne recursos destinados à melhoria do sistema carcerário, é sistematicamente contingenciado pelo Poder Executivo, devendo fazer uso do mesmo para sua real função.

Já o Advogado Geral da União, Luís Inácio Adams, afirmou não ser o contingenciamento de recursos o fator impeditivo a execução e realização de projetos, mas a má aplicação da legislação pelos estados, desistências e incapacidades de execução.

Portanto, frente aos problemas enfrentados, nota-se que o poder público tem consciência do que está ocorrendo nas penitenciárias e que cabe a ele efetivar os projetos e programas existentes a amenizar ou até solucionar o problema da superlotação carcerária.

Considerações finais

A finalidade do estudo foi analisar a superlotação dos presídios, a falta de aparato estatal para os condenados em conexão com os elevados índices de reincidência no Brasil bem como pesquisar o porquê da inaplicabilidade das medidas restritivas de direito e buscar soluções cabíveis e viáveis.

Em resposta vimos que o sistema carcerário no Brasil tem passado por sérios problemas, tendo em vista que hoje se prende mais, mesmo sem ter condições básicas para receber o preso, tendo por motivo da superlotação dos presídios o fato de que hoje no Brasil, prende-se sem necessidade, pelo simples fato de fazer justiça social, como se fosse uma vingança coletiva.

Em contrapartida ao invés de tentar amenizar esse problema continua o cumprimento de pena em regime fechado, o que por vezes, são submetidos os presos a condições desumanas, que poderão ficar durante anos.

O Estado não desprende muito esforço para mudar essa realidade, no capítulo III trouxe-se um posicionamento do Ministério da Justiça acerca da utilização das medidas alternativas, bem como o julgamento da medida cautelar ADPF 47 do STF, é um posicionamento recente, mas que se efetivado renderá bons frutos,

A possível solução trazida foi de dar um enfoque maior as penas restritivas de direito já previstas no ordenamento jurídico. Como relatado, o uso das penas restritivas de direito seria em casos de crime de furto simples (sem violência ou grave ameaça à vítima e pena máxima em abstrato de 4 anos), o que segundo o relatório do Departamento Penitenciário analisado é um dos que mais prende no Brasil.

Sabendo de todos os entraves para solucionar esse problema, a solução mais viável e que necessitaria de muito movimento por parte do poder público são as penas restritivas de direito. É certo que iria precisar de uma melhora em sua aplicabilidade, mas se for do interesse público esse movimento não seria de todo inviável, e poderia dar um pontapé na concepção de que o condenado estando fora do ambiente prisional, não estaria cumprindo sua pena.

O estudo, portanto, buscou de forma sucinta tratar de um problema enfrentado pelos pensadores do Direito Penal e pela criminologia. Através da definição da pena e sua função pudemos constatar que na prática o

apontamento não se faz presente em seu viés punitivo, ou seja, a função da pena não é cumprida.

Pode-se dizer que há um ciclo vicioso do âmbito prisional o uso das penas restritivas resolveria muito, pois bem, ao utiliza-la um número considerável de presos não estariam nas prisões, não estando, em primeiro lugar, expostos a subcultura carcerária. Em segundo, estariam realizando algo que realmente o tornasse um indivíduo digno, ou seja, estaria prestando um serviço à comunidade, estaria sendo ressocializado, como indivíduo apto para voltar à sociedade de fato, não voltando a cometer crimes, pois a função das medidas alternativas seria mostrar para o sujeito que “o crime não compensa”.

Sintetizando, o uso das restritivas, reduziria o número de presos na cadeia, traria um efetivo cumprimento de pena, possuiria um prático acompanhamento, reinserindo o indivíduo na sociedade e como consequência reduzindo a reincidência.

Referências

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão – causas e alternativas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 1. 17ª ed. revisada; ampliada e atualizada: Saraiva, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

HASSEMER, Winfried. **Crisis y características del moderno derecho penal**. Actualidade Penal. Madrid, nº 43/22 de 1993.

_____. **Perspectivas de uma política criminal**. São Paulo. Outubro. 1994. Revista Brasileira de Ciências Criminais. nº 08.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. – (Série as ciências criminais no século XXI; v. 11).

VADE MECUM COMPACTO. **Código Penal**. 9ª Ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARBOSA, Júnio Alves Braga. **Do princípio da utilidade**. São Paulo. Março. 2005. DireitoNet. Disponível em:
<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1938/Do-Principio-da-Utilidade>>
Acesso em 29.06.16.

DE OLIVEIRA, Mara Elisa. **Breve análise sobre o abolicionismo e o minimalismo**. JusNavigandi. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22596/breve-analise-sobre-o-abolicionismo-e-o-minimalismo>> Acesso em 29.06.16.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)**. 2014. Pág. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf> Acesso em 24.04.2016.

_____. **Ministério da Justiça**. Brasília. 2016. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/noticias/ministerio-da-justica-institui-politica-nacional-de-alternativas-penais>> Acesso em 01.07.2016

MIGUEL, Érika Andrade. **A expansão do direito penal**. São Paulo. Abril. 2011. DireitoNet. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6251/A-expansao-do-Direito-Penal>> Acesso em 15.07.16.

SANCHEZ, Bernardo Feijoo. **Administrativização do direito penal na sociedade de risco**. São Paulo. Agosto. 2011. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/84-ARTIGO#_ftn1> Acesso em: 18.07.2016

SÓ HISTÓRIA. **Revista Eletrônica**. [S.l.: s.n] Disponível em <<http://www.sohistoria.com.br/resumos/revolucaoindustrial.php>>. Acesso em 15.07.2016

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Poder Judiciário**. Brasília. 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>> Acesso em 01.07.2016

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **O sistema penal e a proposta relegitimante minimalista: o utilitarismo penal reformado de Luigi Ferrajoli**. Empório do Direito. 2015. Disponível em: <<http://emporiოდireito.com.br/o-sistema-penal-e-a-proposta-relegitimante-minimalista-o-utilitarismo-penal-reformado-de-luigi-ferrajoli-por/>> Acesso em 21.06.16