

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ANÁPOLIS
UNIEVANGÉLICA – *CAMPUS CERES*
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

AS MEDIDAS DESCARCERIZADORAS COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO AO CAOS
CARCERÁRIO

Ceres - GO
2019

TYSON GONÇALVES SILVA

AS MEDIDAS DESCARCARIZADORAS COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO AO CAOS
CARCERÁRIO

Ceres - GO
2019

TYSON GONÇALVES SILVA

AS MEDIDAS DESCARCARIZADORAS COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO AO CAOS
CARCERÁRIO

Monografia apresentada à
UniEVANGÉLICA – Campus Ceres, Curso
de Graduação em Direito, 2019.

Orientador: Prof.º Esp. Laurentino Xavier
da Silva

Ceres-GO, junho de 2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

AS MEDIDAS DESCARCERIZADORAS COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO AO CAOS CARCERÁRIO

Monografia apresentada à
UniEVANGÉLICA – Campus Ceres, Curso
de Graduação em Direito, 2019.

Orientador: Prof.º Esp. Laurentino Xavier
da Silva

BANCA EXAMINADORA
Membros Componentes da Banca Examinadora

Presidente e Orientador: Prof.º Esp. Laurentino Xavier da Silva

Membro Titular UniEVANGÉLICA *Campus Ceres*

Membro Titular UniEVANGÉLICA *Campus Ceres*

AGRADECIMENTOS

Ao professor orientador, por ser capaz de demonstrar muito claramente o propósito de seriedade que envolve o Direito Penal e o Sistema Prisional, respectivamente como área e extensão do Direito responsáveis por trazer interferência a uma das garantias fundamentais mais caras ao homem: sua liberdade.

RESUMO

AS MEDIDAS DESCARCARIZADORAS COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO AO CAOS CARCERÁRIO

A presente pesquisa tem o propósito de estabelecer uma conexão entre o Sistema Prisional brasileiro e as alterações legislativas e jurisprudenciais visíveis no ordenamento jurídico brasileiro tendentes ao abandono do simples aprisionamento como resposta à criminalidade, vislumbrando estas como possíveis soluções à situação conflituosa que é realidade no cárcere nacional. No primeiro capítulo, foi traçada linha temporal atinente à evolução das penas, a contribuição de nomes relevantes à temática, esclarecimentos quanto aos movimentos do Direito Penal, conhecidos por oferecê-lo maior ou menor força de atuação e, ademais, uma análise de como a pena privativa de liberdade falhou no que possuía como projeto de resultado à época que foi instaurada. O segundo capítulo, na mesma esteira, delimita dificuldades responsáveis por tornar a privação da liberdade um equívoco, elenca os estabelecimentos penais previstos na legislação penal, verbera discursos advindos do conhecimento empírico quanto ao cárcere e, de fato, pormenoriza os problemas existentes, notadamente por meio de exemplos de superlotação carcerária no estado de Goiás. Por fim, o terceiro capítulo oferece exemplos que tornam possível enxergar na legislação pátria um afastamento da ideia que tem o cárcere como pedra angular. Em sua integralidade, a pesquisa foi feita tendo como base material bibliográfico sobre a matéria, ocasionalmente esbarrando em referências como o documentário nacional O Prisioneiro da Grade de Ferro, com direção de Paulo Sacramento. A análise, exercida de maneira holística, torna possível visualizar não só o que é credor de discordância atualmente, mas principalmente – e com maior relevância à pesquisa – como o Poder Público tem se portado ante tal conjuntura.

Palavras-chave: Direito Penal; Sistema Prisional; Pena; Liberdade; Medidas descarcarizadoras.

ABSTRACT

THE DISCHARGING MEASURES AS POSSIBLE SOLUTION TO THE CARCERARY CHAOS

The present research has the purpose of establishing a connection between the Brazilian Prison System and the legislative and jurisprudential changes visible in the Brazilian legal system tending to abandon the simple imprisonment as a response to crime, seeing these as possible solutions to the conflictual situation which are part of the current reality. In the first chapter, a timeline was made regarding the evolution of sentences, the contribution of relevant names to the theme, clarifications about the movements of criminal law, known for offering it more or less force of action, and, in addition, an analysis of how the deprivation of liberty failed in what was intended. The second chapter, in the same vein, delimits difficulties responsible for making deprivation of liberty a mistake, covers criminal establishments foreseen in criminal legislation, throw light on speeches derived from empirical knowledge about prison and, in fact, to detail the existing problems, especially through examples of overcrowding in the state of Goiás. Finally, the third chapter offers examples that make it possible to see in Brazilian legislation a departure from the idea that the prison is the final step. In its entirety, the research was done based on bibliographical material on the subject, occasionally bumping into references such as the national documentary O Prisioneiro da Grade de Ferro, directed by Paulo Sacramento. The analysis, carried out in a holistic way, makes it possible to visualize not only what is currently a creditor of discord, but mainly – and with greater relevance to research – how the government has dealt with the situation.

Keywords: Criminal Law; Prison system; Feather; Freedom; Decarcerizing measures.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PUNIR	11
1.1 Breve relato da história clássica das penas	11
1.2 A contribuição de Beccaria e Foucault à ideia das penas	14
1.3 Movimentos do Direito Penal.....	19
1.4 Falha no Sistema Prisional e seus resultados: fuga da pena	24
CAPÍTULO 2 OS PRISIONEIROS, AS GRADES DE FERRO E O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO	26
2.1 Os estabelecimentos penais previstos na Lei 7.210, de 11 de julho de 1984	26
2.2 “É falho!”: Sistema Prisional como fundamento à repetição de falas vazias	31
2.3 A superlotação carcerária e seus reflexos.....	33
2.4 O Estado de Coisas Inconstitucional – ADPF n.º 347/DF	37
CAPÍTULO 3 EXEMPLOS DO MOVIMENTO FUGA DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	39
3.1 Alterações à pena restritiva de direitos: Lei nº 7.209/84 e 9.714/98.....	41
3.2 Porte de drogas para consumo próprio: apontamentos jurisprudenciais.....	43
3.3 Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995: o Juizado Especial Criminal	46
3.3.1 Composição de danos.....	48
3.3.2 Transação penal.....	49
3.4 <i>Plea Bargaining</i> como possibilidade no ordenamento jurídico pátrio	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS.....	57

O pecado original da prisão é a própria prisão.

Lourival Almeida Trindade

INTRODUÇÃO

A pena privativa de liberdade é a pena por excelência. Todo nascimento de discussão que decida ultrapassar a problemática da criminalidade, tem como resultado mais lógico o aprisionamento corporal de uma pessoa – na espera de que esse período de confinamento traga algum resultado positivo a anterior situação em que se encontrava. No magistério obtido pelo Decreto Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Código Penal Brasileiro (CP), em seu artigo 32, as penas são: I) privativas de liberdade; II) restritivas de direito; e III) multa. Em que pese esse elenco feito pela legislação, e que se subdivide em outras tantas possibilidades que podem ser pormenorizadas, a exemplo das penas restritivas de direito; e para além da proposta de qualquer outro pensamento que seja mais útil posteriormente a tanto tempo de discussão de resultados do cárcere, não são visíveis ideias consideradas revolucionárias na intenção de torná-lo menos árduo, ao passo que não é possível dizimá-lo por completo da nossa realidade.

O momento atual de julgamentos correntes de vários nomes políticos envolvidos em escândalos de corrupção, e que têm sido midiaticizados a ponto de causar interesse no homem médio em relação ao que envolve o Direito Penal – cite-se como de maior relevância a Operação Lava Jato, responsável por levar para trás das grades o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva e alimentar discussões no Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade da pena ser cumprida após segunda instância – é responsável por, outra vez, trazer a discussão atinente ao Sistema Prisional à seara do comum e não exclusivamente acadêmico. Mas é de se lembrar também que o debate, em que pese a relevância, possui recorte que não encaixa partes importantes desse cenário e que são partícipes à mesma maneira, com a diferença de não ser mundialmente reconhecidos: os vários homens e mulheres que persistem em um Sistema Prisional que é tido por falho em sua execução.

É de se dizer: há muito se discute a temática do Sistema Prisional e seria de uma pretensão sem fundamentos buscar oferecer, quanto ao mesmo, uma pesquisa que seja capaz de enumerar respostas concretas para os eventuais problemas que podem ser apontados. Noutro sentido, mais vale a discussão reiterada sobre o que se considera ainda possível de ser alterado, que a inércia de preterir qualquer reflexão sobre o tema.

Essa continuidade, muito embora tenha tido início há tempos com a definição dos homens do que seriam as penas adequadamente interessantes de se impingir a terceiros; não obstante ter se assegurado cada vez mais de dar acompanhamento a uma 'evolução' humana e do que, por ela, considerar-se-ia como correto, fez encontrar, nessa pesquisa, seu ponto nevrálgico nos vários autores que optaram por questionar de maneira ativa a forma com que essas penas eram aplicadas. E, muito além do questionamento, estabeleceram métodos para que as mesmas fossem aplicadas e atingissem o que delas se espera como resultado.

Sublinhe-se: aparentemente, existe uma incapacidade governamental quanto a oferecer parâmetros considerados convergentes com os direitos humanos no Sistema Prisional brasileiro. Essa percepção não se sustenta de maneira exclusiva no ato de crítica que é destituída de qualquer fundamento. Conscientes de que a televisão, o jornal, o rádio, a internet, para enumerar âmbitos correntes, são fontes de informação que não podem ser observadas isoladamente e sem cuidado, é possível encampar uma ideia frequente e dissipada por todos os meios: as condições de precariedade que são rotina no Sistema Prisional.

O ponto que talvez seja irrenunciável de se dizer é o Código Penal ser legislação datada de 1940. De lá para cá, posicionamentos mudaram e foi junto a eles que a legislação caminhou, também no sentido de mudanças pontuais. Se não era possível uma organização plena do Sistema, mais correto seria relegar importância a formas de evitar que a privação da liberdade ocorresse. É sobre esse movimento na forma de se pensar o Direito Penal, mais especificamente a Execução Penal – conhecido como 'medidas descarcerizadoras' – e como esse movimento pode trazer possíveis reflexos ao Sistema, que se trata a presente pesquisa. Por 'medidas descarcerizadoras', compreenda-se as alterações legislativas, jurisprudenciais e até mesmo doutrinárias que tenham intenção de evitar o aprisionamento corpóreo e adotar formas diversas para que alguém cumpra determinada condenação.

A pesquisa tem por propósito estabelecer uma conexão entre a precariedade atual do Sistema – o que não representa, dizer, nenhum julgamento prévio, ao passo que é realidade que salta aos olhos – e as 'medidas descarcerizadoras', como alterações legislativas e jurisprudências tendentes a um afastamento da incidência da privação da liberdade, tendo-as como possíveis soluções ao inchaço populacional que está intimamente conectado aos seus conflitos.

Sem embargo, a motivação para a pesquisa surge concomitantemente aos vários questionamentos relacionados a esse Sistema e a premente impossibilidade de, depois de intentadas tantas discussões, encontrar e definir soluções que sejam fáceis, mágicas e capazes de uma resolução definitiva do que há como problema. Junto a isso, o *insight* obtido ao assistir ao filme-documentário nacional ‘O Prisioneiro da Grade de Ferro’, datado do ano de 2003, de direção de Paulo Sacramento, que se propõe a uma demonstração sem maiores firulas do cotidiano precário dos sujeitos que, à época, estavam presos no maior centro de detenção da América Latina: a antiga Casa de Detenção de São Paulo, mais conhecida como Carandiru.

A fim de que a pesquisa procedesse de forma mais aprofundada, no primeiro capítulo, em que é traçada breve linha histórica a respeito da evolução das penas, foi utilizada vasta bibliografia de penalistas contemporâneos – a citar: Guilherme de Souza Nucci, Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, Rogério Greco –, paralelamente a autores reconhecidamente tidos como clássicos ao estudo do Direito Penal como Cesare Beccaria e Michel Foucault. No segundo capítulo, concernente às demonstrações do estado atual do sistema carcerário, não olvidou-se da utilização também de importantes autores ao tema – a citar: Rogério Greco, Guilherme de Souza Nucci –, mas por se tratar de capítulo mais dinâmico, foi importante à sua constituição atenção redobrada a dispositivos legais, reportagens publicadas na rede mundial de computadores e decisões jurisprudências advindas, principalmente, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. O terceiro capítulo, último deles, elenca exemplos da legislação pátria que tornam possível visualizar o ‘desencarceramento’ em alterações legislativas, tendo especial importância as Leis nº 7.209/84, 9.714/98, 9.099/95 e, ainda, os debates relacionados à descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal e a discussão, no ordenamento jurídico atual, sobre o *Plea Bargaining*: modalidade de justiça negociada não imune a críticas e que tornou-se uma possibilidade no Brasil em 2019.

Em síntese, ao propor uma análise que tenha como foco o Sistema Prisional e, paralelamente, a busca por compreender como a legislação traz ou não interferências de toda ordem à forma com que o crime se manifesta em nossa sociedade, chega-se o mais próximo possível de uma percepção sobre como o Poder Público tem se portado diante do quadro atual e, para além disso, dá azo a concordâncias ou discordâncias quanto à forma mais acertada de impingir a alguém a punição que vem, quase sempre, pós cometimento de condutas criminosas.

CAPÍTULO 1 HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PUNIR

1.1 Breve relato da história clássica das penas

São de extrema pertinência as discussões sobre como a pena deve se dar aos indivíduos responsáveis pelo cometimento de delitos. Mas são também necessárias a essas discussões um aprofundamento que, quase sempre, não é lembrado quando dos conflitos relacionadas ao Direito Penal. Num momento inicial, e de forma que sirva de supedâneo à pesquisa por inteiro, é preciso compreender a ideia da punição como uma réplica à conduta delituosa praticada.

Nas palavras de Nucci (2015), a pena pode ser entendida como uma sanção oferecida pelo Estado ao criminoso, com caráter de retribuição à prática e que possui, também, uma preocupação preventiva quanto a acontecimentos futuros. Baseado nessa função múltipla é que se situa verdadeira variedade doutrinária de posicionamentos, quase genericamente convergidos a essa duplicidade enumerada numa ideia antecedente e remediável da conduta tida por criminosa.

Mas é de se entender, outrossim, que uma ressalva há de ser feita em relação a essa competência do Estado no que tange ao ato de redarguir injusto praticado contra determinada vítima: nem sempre existiu a figura da soberania governamental, com fincas no estabelecimento de uma relação hierárquica com os componentes da sociedade. Esse período anterior é recorrentemente discutido pela doutrina clássica, em três pontos sempre presentes, ao estabelecer os caminhos tomados pela 'ideia' de penalização à forma acertada que possuímos hoje.

Jesus (2011, p. 45) é dos que trazem uma definição mais abrangente e que torna possível uma concepção mais ampla a respeito de tal instituto. Conforme o respeitado professor e jurista, a pena é um dos meios dos qual se vale o Direito Penal, "constrangendo o autor da conduta punível a submeter-se a um mal que corresponda em gravidade ao dano por ele causado", conceito que pode ser encaixado em qualquer íterim da história do Direito Penal e continuar tendo sentido.

No respeitado ensinamento de Fernandes e Fernandes (2010), em tempos idos a questão da penalidade tinha como finalização uma oportunidade de vingança, expressando a resposta possível de ser dada pelo sujeito lesado. Ao oferecê-la, reduzia-se a resposta a réplica que não tinha preocupações quanto à

proporcionalidade. Em verdade, a busca encontrava respaldo em satisfação pessoal. Bem por isso, essa fase do Direito Penal restou conhecida como 'Vingança Privada'.

Consoante Mirabete e Fabbrini (2011), em muitas situações havia até mesmo demanda pela participação da família da vítima ou de seu grupo social, àquela época constituídos pelos membros da tribo. Exatamente no mesmo passo, a família do transgressor também se via envolvida e, inevitavelmente, incluía-se no resultado da ofensiva, em outro vislumbre concebível de que não existia qualquer tipo de proporção – ou individualização – nos métodos adotados.

Tais condutas tiveram amparo consuetudinário até o momento em que se festejou posicionamento mais ponderado, firmando-se assim a conhecida Lei de Talião. O passo sequencial ao delito era, em paralelo, uma resposta minimamente razoável. Um dos pontos que, de forma estreita, deu sustentação à nova normatização foi o Código de Hamurabi, ao verter um equilíbrio que anteriormente inexistia.

Passo próximo, houve uma conexão entre a igreja e a necessidade de punição que seria relegada a esses indivíduos. Noutra esteira, não mais se tinha como ideia o embate das atitudes criminosas com indivíduos comuns, e sim com divindades, portanto, a forma de se penalizar deveria ser diferente. A influência decisiva da religião nos aspectos penais não passou irrelevante. Junto ao sentido místico que era oferecido às punições nesse período e da delegação feita aos sacerdotes quanto à forma de punir, entendeu-se que as respostas advindas do delito deveriam intimidar e purificar a alma do criminoso (BITENCOURT, 2011).

A essa fase deu-se o nome 'Vingança Divina', exurgida na indefinição relacionada a destinação da alma dos sujeitos dos delitos posteriormente à morte. Carregada e fortemente influenciada por fundamentos religiosos, a pena foi utilizada como a representação máxima oferecida, àquela época, do temor que era regra em relação ao desconhecido (POLAINO, 2011).

Num terceiro momento houve, pelo Estado, considerável interferência. Frente à persistente dificuldade em configurar algo que fosse efetivo e a indispensabilidade de relacionar as penas às suas aplicações, surgiram variadas formas de implicar ao sujeito delituoso uma resposta. Essa fase, posterior a uma visível evolução social e constatação da importância do Estado na vida dos indivíduos, ficou conhecida como 'Vingança Pública'. Segundo Greco (2015), instauração que se deu fundamentada em uma melhor organização pública, na proteção do que representava e de quem representava o poder público – havia intenção protetiva que

ultrapassava a segurança social e chegava até mesmo à pessoa do príncipe. Ainda assim, outra oportunidade de dar continuidade às penas despóticas e arbitrárias, sendo que a crueldade e a severidade persistiram presentes até mesmo no exercício de punição que se encontrava nas mãos estatais.

No que toca a legislação penal brasileira, o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Código Penal (CP), traz apenas as modalidades de pena e a necessidade de que, em nosso ordenamento jurídico, sua existência seja imprescindivelmente antecedida por previsão legal. De se perceber, portanto, que a preocupação quanto à interpretação do que seria a pena e de como ela ofereceria ou não uma solução ao crime ficou a cargo da doutrina a respeito da temática.

Na continuidade desse caminho estabelecido, importa chegar às subdivisões que são feitas em relação às penas e aos povos que, primariamente, foram responsáveis pela produção de informações e de precedentes. O Direito Penal romano, como o primeiro deles e “servindo de liame entre o mundo antigo e o moderno” (PRADO, 1999), é um aos quais pode-se atribuir a inauguração de inúmeros institutos jurídicos tidos como hábito hoje em nosso ordenamento jurídico.

Dos mais importantes, um deles foi a dicotomia operada entre os crimes públicos e privados, estabelecendo maneiras diversas de punir os mesmos. Relevante, também, a composição, procedendo a uma devida tipificação de quais atos deveriam ou não ser considerados criminosos, numa expressão clara – ainda que de um período muito antigo – do princípio da reserva legal (BITENCOURT, 2011).

É possível enxergar até mesmo conexão com o direito pena atual, posto que sistematizaram tópicos como o “nexo causal, dolo, culpa, caso fortuito, inimputabilidade, menoridade, concurso de pessoas, penas e sua mediação” (BITENCOURT, 2011, p. 63) – minuciosamente estudados hoje na teoria do crime.

O Direito Penal germânico, citado também pela doutrina, assinala-se como outro importante marco de reação ao crime. A diferença fundamental deste e dos romanos deu-se justamente na forma de transmissão das normas: aqui, havia maior incidência e força nos costumes e menos prioridade à positivação escrita do que era considerado punível, ao passo que posicionamentos diametralmente opostos podiam ser encontrados ao se ter como referência grupos diferentes (GRECO, 2015).

Foi esse o período em que se operou uma mudança relacionada às questões penais, outra vez – sendo possível a concepção de que havia uma mutação recorrente sobre o Direito Penal, a fim de configurá-lo como adequado. Ocorreu a

passagem pela vingança de sangue, que era uma vertente vicinal da vingança privada, até dar, por fim, na composição, antes voluntária e depois obrigatória – em Prado (1999), tida como o dever de compensar o prejuízo perpetrado de maneira pecuniária, afastando a incidência da vingança por parte do indivíduo vitimado.

Por último, mas não em menor importância, exsurge o Direito Penal comum, integralizado por costumes locais, de Direito Feudal, de Direito Romano, de Direito Canônico e de Direito Comercial (BITENCOURT, 2011). Fusão tida como de extremo prestígio, ainda que pautada por diferentes arbitrariedades estatais, foi responsável por abrir caminho para o início do período do Direito Penal que, pela primeira vez, pensava em questões humanitárias. Iniciava-se o Iluminismo.

O Século das Luzes, como ficou conhecido, tornou-se fundamental à distinção que se tornou possível entre as penas com caráter de crueldade ou suplício e as penas posteriores, que obteriam caráter de didatismo e educação. Fabbrini e Mirabete (2011) estabelecem este como o momento que procedeu à intersecção entre as tantas características penais visíveis, possibilitando-se que se aproximassem, de maneira efetiva, de seus aspectos filosóficos e jurídicos. Enxergou-se que, não obstante as variadas mudanças operadas em relação às penas, crescia cada vez mais um movimento questionador da forma como isso era feito; um movimento que propunha dúvidas sobre o procedimento utilizado nesse retorno ao comportamento criminoso e se ele era genuinamente efetivo.

1.2 A contribuição de Beccaria e Foucault à ideia das penas

A explicação do sistema penal à época do Iluminismo era dada por uma diferenciação de classes sociais. De maneira explícita, a arbitrariedade dos juízes era manifestada na maneira que tomavam como pertinente para julgar um ou outro delito. Essas características, munidas do recém-chegado ideal de pensar o homem como de importância, foram propulsoras ao surgimento de reformadores, adeptos de ideais mais humanos e críticos à legislação penal vigente (BITENCOURT, 2011).

Entre uma variedade de nomes que alimentavam perguntas sobre o sistema penal da época, Cesare Beccaria (1738-1794) foi um dos autores que, concomitantemente a tantos outros, instaurou-se como crítico às formas com que as penas eram aplicadas e levantou apontamentos dos mais importantes e que são referência até os dias atuais em relação ao estudo penal. Segundo Fabbrini e Mirabete

(2011), longe de se fundamentar em vontades individuais, a inspiração de Beccaria deu-se no contrato social de Rousseau, estabelecendo, no que diz respeito à pena, caráter de utilidade que anteriormente despossuía e que deveria ser limitado pela já conhecida ideia de moral.

A renomada obra *Dos Delitos e das Penas*, de autoria de Beccaria, era enfática ao apontar as contrariedades do sistema penal, por meio de um texto que, ao mesmo tempo que se perfazia como tímido, era e adquiriu, com o passar do tempo, enorme relevância. Gomes (2014) é certo ao dizer que não havia por parte do autor a defesa de assuntos novos: o que houve foi a exposição de críticas que antes não eram feitas por receio à realidade do mortífero absolutismo que comandava o império.

Perceber as defesas que constituíram o reconhecimento que atualmente é dado a sua obra não é tarefa difícil. Posteriormente ao exercício de atos governamentais que não vinham pautados em nenhuma lógica ou respeito humano nos anos antecedentes, a menção a Montesquieu é salutar: as penas que não derivem de extrema necessidade do homem são tirânicas (BECCARIA, 1999). Essa fala, ainda que isolada, oferece uma visão de maior distância sobre qual a aplicação das penas e a necessidade de se criá-las: necessidade advinda do momento e não da vontade.

Dizia o autor (1999) que das respostas estatais ao crime deveria resultar ensinamentos com didatismo suficiente às outras pessoas não criminosas, numa ideia que pretendia educá-las a não esbarrar no preceito de normalidade e em sua conceituação do que era ou não entendido como transgressor.

Em determinado momento há de surgir aí o questionamento quanto à utilidade das penas e qual seria sua real necessidade. A esse propósito, defendia que a função primária das penas seria promover um afastamento entre o criminoso e a sociedade em que estava envolvido e inserido. Esse afastamento, para além de tocar na questão da liberdade, seria uma oportunidade de evidenciar a ‘correção’ a ser obtida por meio das penalidades. Sua defesa frequente era sustentada na ideia de que, mais eficiente que uma pena banhada por terror, seria a própria certeza da existência dessa pena. E, mais ainda, de pena que tocasse em questão fundamentalmente importante a todos as pessoas: a liberdade (BECCARIA, 1999).

Essas pessoas, uníssonas, é que representaram a impossibilidade de afastar o que eram do poder estatal de punir. Possuindo a doutrina de Beccaria uma aproximação apertada com a doutrina do contrato social, que coloca o povo como detentor do poder, de se entender também que é por meio desse contrato que há uma

cessão de liberdades ao legislador – a fim de que não possam cometer determinadas coisas. É no mesmo passo que se compreende que a supressão dessas liberdades preconiza uma vida mais pacífica (GOMES, 2014).

A Constituição Federal de 1988 também adota essa postura por meio do seu artigo 1º, parágrafo único, ao dizer que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.". Esse paralelismo, para além de se relacionar à participação indireta do povo, para citar um exemplo, por meio do sufrágio, assenta também múltiplos limites ao colocar o homem como uma fronteira: se da sua escolha depende a expressão do poderio governamental, também em respeito à dignidade inerente à sua existência é que esse poderio será exercido.

Numa época que, como todas, celebrava a liberdade e sua comunhão a todos os indivíduos, sem ressalvas, a lógica do nascimento da prisão pautou-se na delimitação de algo componente da ideia de exercício pleno da 'humanidade'. Diante de sua função restauradora, que de maneira secundária foi defendida como a única e importante utilidade dessa forma de penalidade, pela primeira vez havia quem opinasse contrariamente à primeira intenção das penas, que era fazer sofrer.

De mais a mais, ao menos uma constatação é possível: a aproximação de autores diversos ao tecer comentários sobre o surgimento das penas demonstra que releituras estão sempre sendo feitas e que a defesa é quase retilínea a um caminho. Em Beccaria (1999), inseridos na autonomia de se desfazer de uma parte da liberdade em prol do bem comum, haja vista que o medo e a criminalidade da época foram pontos fundamentais por dar ao soberano poder para legislar e aplicar essas leis aos delinquentes. E em Rousseau (1999), ao falar sobre a pena de morte e a dicotomia entre cidadão e inimigo, na ideia de que um malfetor, ao agir contra a sociedade, torna-se um traidor da pátria e merece arcar com as punições de se colocar como combativo a preestabelecida legislação de um país.

É de mérito indiscutível a menção que se faz a tais autores críticos às antigas formas de punição, cada um posto como característico da época de suas obras. Se Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, foi demarcador das ideias de penas com caráter mais humano, o século XX foi também pautado por reflexões relacionadas às penas anteriores, buscando esclarecer, outra vez, suas intenções.

Michel Foucault (1926-1984) é nome de peso ao nos dar, por meio da obra Vigiar e Punir, uma ideia do caminho traçado em relação a evolução das penas, mas

não fica adstrito a isso: na divisão de capítulos que o livro traz, uma delas em específico propõe elucidar sobre a punição e dissecar esse aparato do Estado para além do oferecido por Beccaria, complementando-o e, mais uma vez, arguindo-o.

É Foucault (2014, p. 73) que remonta a história com todos os seus atores, ao deixar expor muito claramente que os protestos contrários aos suplícios ganharam forma em toda a parte da segunda metade do século XVIII: “entre filósofos e teóricos do direito; entre juristas, magistrados e parlamentares; nos *cahiers de doléances* e entre legisladores das assembleias”. O questionamento se fundamentava num afastamento das penalidades despóticas, partindo da premissa de que existiria uma enorme diferença entre o vingar e o punir. Ainda que extremamente próximos.

Remontar a trajetória dos exemplos de penas que fizeram parte da história humanitária não é desarrazoado. Todos eles são eivados de uma lógica que delimitou a atuação daquela época e como tais atos foram funcionais à correção de condutas. Posteriormente a todo o período de suplício que se mencionou, em que a expiação possuía ares de importância sobre os corpos humanos, iniciou-se no século XVIII e XIX uma nova elaboração do conceito de punição. Inovadora, mas não integralmente, por ter sido criada de maneira apartada do aparelho judiciário e elaborada sustentada da ideia de verdadeira repartição dos indivíduos (FOUCAULT, 2014), a restrição da liberdade foi instaurada naquela época – para ser mantida, talvez até os dias atuais – como a atitude de maior relevância do Direito Penal.

Num salto de contextualização, para Nucci (2014), trata-se a prisão da privação de liberdade, dirimindo-se o direito constitucional de ir e vir feito por meio do recolhimento humano em uma instituição destinada para esse fim. A Constituição Federal de 1988 aduz que a prisão, no Brasil é dependente de uma decisão jurídica, partida de magistrado competente para tanto, por meio de previsão no artigo 5º, LXI, *in verbis*: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

A definição não encontra diferenças consideráveis com a idealização que deu início à delimitação dos corpos, inserida numa região ainda nebulosa do que representa o aparelho de justiça e resguardada em um local que não demanda mais tentativa de se esconder a fim de efetivar as ideias que possui – corretas ou não – quanto à formalização de sua experiência terapêutica (FOUCAULT, 2014).

No Brasil, a apresentação mais interessante de uma preocupação do poder legislativo, executivo e judiciário com as questões relacionadas à restrição da liberdade deu-se por meio da Reforma Penal de 1984. Consoante Anjos (2009), substituiu-se um sistema que tinha por premissa a manutenção do indivíduo no ambiente da prisão até que tivesse atingido a característica arbitrária de 'ressocialização', sem qualquer prazo pré-definido, pelo ideal de que a 'reintegração' deveria ser alcançada no prazo da pena, demonstrando o empenho que deveria ter o Estado a fim de obter sucesso na desejada reeducação.

As muitas matérias deixadas para trás e a instauração da Lei de Execução Penal (LEP) carregaram novos significados ao Direito Penal no país e estabeleceram contraponto de preocupação com a vida dos sujeitos inseridos no sistema. Àquele momento, demonstrou-se o conhecimento angariado sobre as falhas da privação da liberdade. Como dito em Foucault (2014), inconvenientes já esclarecidos e fundamentadores do caráter de periculosidade e inutilidade dessa modalidade de pena, ainda que, àquela época, não houvesse qualquer possibilidade de deixar o ato de discussão e partir para uma solução alternativa ao problema.

Todos esses pontos são fundamentais e prescindem a ideia de uma divisão, para citar um exemplo, das modalidades de pena que foram parte em ordenamentos jurídicos anteriores e que são parte em nosso ordenamento jurídico atual. O Código Penal, em seu artigo 32, preceitua que se obtém as possibilidades de fixação da pena: privativas de liberdade, restritivas de direito e multa.

É no aspecto de globalização que preside todas as relações sociais atuais que, tendo se passado tanto tempo e tendo sido tais questões feitas com verdadeira recorrência, a pergunta que se relaciona ao objetivo da legislação penal ainda possui sentido e importância. Fazê-la é lembrar todas as etapas que, das demonstrações corporais até a atuação dos sistemas penitenciários, foram responsáveis por compor a ideia que construímos a respeito da punição aos crimes e o que buscam conseguir.

Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 88) enumeram objetivos, numa composição que, na primeira meta, tem foco no respeito à segurança jurídica; a segunda se trata de proteção da sociedade, por meio de verdadeira 'defesa social' que deve ser destinada à parcela social a qual se considera vulnerável. Mas é esse o ponto em que ocorre uma bifurcação relacionada à dificuldade de inclusão no rol dos dignos de defesa de indivíduos que, teoricamente, encontram-se apartados da sociedade.

1.3 Movimentos do Direito Penal

Precisamente, Busato (2018) define o Direito Penal como o conjunto de normas estabelecidas na lei, aptas a descrever comportamentos que devem ser criminalizados por serem reprováveis e demandarem uma atitude responsiva do Estado. Essa definição, conjuntamente ao previsto na Constituição Federal de 1988, que preleciona, *in verbis*, em seu artigo 5º, inciso LIV, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal." Tal concatenação é suficiente para lembrar o caráter democrático que faz parte do ordenamento jurídico brasileiro e abre portas, ainda assim, à discussões quanto às variadas possibilidades de se aplicar esse mesmo Direito Penal.

Não obstante a ainda constante defesa por parte de determinada parcela de estudiosos de que haja forte interferência penal na vida daqueles aptos à sujeição, na simbólica hierarquia que delimita a posição do grupo que criminaliza e do grupo que é criminalizado (CERVINI, 2002), há ideias também que vão no caminho de questionar a legitimidade deste Direito Penal, posto da forma que está atualmente. Greco (2009) esclarece que a ideia de se resolver os problemas com o Direito Penal comprovadamente existe, mas falha, justamente por estarem os problemas para os quais se busca solução entranhados em uma incapacidade estatal de oferecer o que há de mais básico nas premissas de um governo: educação, saúde, trabalho, lazer e previdência social.

Enumerar todos esses pontos, que constitucionalmente são previstos como necessários à integração da dignidade humana, serve a uma exposição de como há um direcionamento diametralmente oposto entre os resultados que se busca alcançar, e os meios que são utilizados para isso. A seara penal, também e principalmente como o exercício do *jus puniendi*¹ por parte do Estado ao criar limites em relação ao que vale ou não a pena ousar interferir (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2015), mostra que a atenção dessa específica área do direito deveria se adstringir ao necessário.

É posteriormente a isso que se tem início formas variadas de compreensão do Direito Penal e da forma de aplica-lo. São eles: o Abolicionismo Penal, que se

¹ "O *jus puniendi* (ou *ius puniendi*) é o direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário (é a pena contida no tipo; por exemplo, no homicídio, de 6 a 20 anos) da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário (é o próprio tipo penal incriminador, por exemplo, art. 121 do CP: "Matar alguém"), causando um dano ou lesão jurídica." (ISHIDA, 2019)

aproxima, mas não se confunde com o Direito Penal Mínimo; o Garantismo Penal e o Direito Penal Máximo. As definições obtidas por meio de cada uma dessas categorias ganham interpretações diversas, mas conseguem traduzir a dificuldade que é tomar partido em um assunto que, eivado de questões humanitárias, não foi capaz ainda de estabelecer a solução para os problemas que vêm, primeiro, de dentro.

O primeiro deles, o Abolicionismo Penal, tem por escopo os questionamentos quanto a violência do Sistema Penal e a necessidade de sua manutenção para o exercício pleno do que entendemos como justiça. Tem ideia de crença nas leis naturais como bastantes ao estabelecimento de limites aos homens (ISHIDA, 2015) e defende a completa dissipação do cárcere, na definição objetiva de Beristain (2000, p. 137) quanto a ser seu significado “um triunfo da solidariedade sobre a vingança, o medo e o ódio, um triunfo da humanidade sobre si mesma”.

O ponto que oferece diferenças com o Direito Penal Mínimo reside justamente na defesa da pena privativa de liberdade: ao passo que nesse, ainda, existe uma defesa de atuação, ressalvadas algumas situações que demandam perguntas quanto a efetividade, naquele a necessidade de existência da pena privativa de liberdade é colocada completamente de lado, em desimportância.

Como destacado por Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar (2003, p. 648 *apud* Greco, p. 8):

Partindo da deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para resolver conflitos, postula o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferentemente informais. Seus mentores partem de diversas bases ideológicas, podendo ser assinalada de modo prevalentemente a fenomenológica, de Louk Hulsman, a marxista, da primeira fase de Thomas Mathiesen e, embora não tenha formalmente integrado o movimento, não parece temerário incluir nesta estruturalista, de Michel Foucault. (GRECO, 2009, p. 8)

Existe sempre utilidade em dizer que esses levantamentos quanto à incapacidade de atuação do sistema prisional não são novos e encontram dificuldade quanto à solução, sob a lente do atual ponto em que estão. Segundo Massimo Pavarini, em entrevista para a Folha de São Paulo, por Carvalho (2009), a construção do cárcere em 1700 possuía ares de ser algo positivo: hoje esse êxito é frequentemente colocado em cheque e, no que se refere aos apontamentos do que oferece como resultado, a reeducação nunca é uma das opções. Muito da defesa de um abolicionismo atual busca a adoção de novos métodos e um afastamento de antigas táticas que, anteriormente, eram postas como únicas.

O Direito Penal Mínimo, noutra vertente, atualiza a forma de aplicação do Direito Penal e oferece importância às garantias e tutelas das liberdades, trazendo a obrigatoriedade de certeza quanto a autoria de determinado crime para que o sujeito responsável seja, enfim, punido (FERRAJOLI, 2002). A imposição de limites parte de uma atitude de aplicação e até mesmo interpretativa, porque admitir que o Direito Penal Mínimo é uma aplicação possível tangencia a utilização de diversos princípios de orientação quanto à despenalização, para citar um exemplo (GRECO, 2009).

Existe contraste desse ponto com a opinião popular, e que é percebido de maneira muito recorrente quando dos estudos da temática, ao passo que é esse conhecimento profano o responsável por oferecer ao Direito Penal uma expectativa diversa do que o legislador e a principiologia do direito possuem. É mencionável, primeiramente, a saber, o que constitucionalmente, e de maneira implícita, se prevê a respeito da intervenção mínima que deve pautar a atuação do Direito Penal, relegando-se à essa específica seara apenas o que os cuidados de todas as outras áreas do Direito não foram capazes de solucionar. Nas palavras de Nucci (2015, p. 25), a visão de que a “a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (*prima ratio*)² do legislador para compor conflitos existentes em sociedade”.

Ato contínuo, o Garantismo Penal, como ponto intermediário entre as extremidades de teorias, esclarece os cuidados a serem observados na persecução penal. Trazendo à lume o embate sobre a dignidade necessária de observação, conforme Oliveira (2009), ao perceber o Direito Penal de forma mais humana e de aplicação menos repressiva ou, que, sendo repressiva, tenha por foco afastar estigmas relacionados ao cárcere e ao desrespeito que é usualmente tido como a forma exclusiva de se lidar com a criminalidade.

Consoante Andreucci (2014) ao falar do Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal – e sua colocação nesse ponto é estratégica à similitude com a teoria mencionada acima – o surgimento de tal posicionamento resta comprovado pela intersecção entre dois pontos tão extremados em relação à completa extirpação da pena e a completa corroboração do encarceramento em massa.

² *Prima ratio* e *ultima ratio* são expressões que dizem respeito à utilização do Direito Penal, na medida que o colocam como solução precípua ou atribuem-no a ideia de subsidiariedade emanada da principiologia relacionada a essa específica área. Conforme Arana (*apud* ARÊDES), “*hoy, el objetivo del derecho penal moderno sería alcanzar determinados resultados externos. Se afirma, en suma, que el derecho penal no sería más para el legislador ultima ratio, sino, en medida creciente, prima ratio*”. (ARÊDES, 2011)

Dizê-lo nos tempos atuais é de relevância porque condiciona a discussão aos índices alarmantes relacionados ao encarceramento e oferece um contraste com os ideias de estudiosos a respeito da eficácia desse meio quanto a solucionar ou não o crime. O mais recente relatório do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), datado de 2016, colaciona o expressivo número de 726.712 como o de indivíduos que são componentes do Sistema Prisional Brasileiro. Neste ponto, a discussão não se pauta pelo questionamento da utilidade de um número tão considerável, mas puramente tem a função de demonstrá-lo. E ratificar que, por meio dessa posição em específico, o exercício do Direito Penal pelo poder público se afasta do ponderado.

A aproximação entre o Direito Penal Mínimo e o Garantismo Penal é verdadeira, e, declaradamente, os dois se complementam. Ferrajoli (2002), precisamente, dá conta da impossibilidade de transmutação das ideias do Garantismo Penal à realidade, posto que fundamentada em inúmeros princípios e limitações ao poder estatal. Sua observação deve ser feita, portanto, estreitamente, a fim possibilitar a maior aproximação possível das 'regras' do Direito Penal, numa atuação que tem também o minimalismo como um de seus mais recorrentes objetivos.

O último deles, o Direito Penal Máximo, segundo Nucci (2015), é caracterizado por um modelo excessivo e representado pela rigidez dos três poderes previstos por Montesquieu: executivo, legislativo e judiciário se empenhariam na execução de absolutamente todas as punições, fazendo uma demonstração das mais claras do poderio estatal e da diferenciação que se exercida entre o mesmo e seus subordinados. Esse Direito Penal Máximo, como teoria das mais abstratas à qual se integra esse vertente mais dura do Direito Penal, conta também com outras vinculações que frequentemente lhe são feitas e que serão mencionadas abaixo.

Uma delas é a *Law and Order* (Lei e Ordem), política criminal que vigorou nos Estados Unidos em meados de 1980 e que propunha uma atuação policial incisiva e pautada pelo exercício de coibir pequenos delitos, em tentativa de que nas menores repressões se obtivesse o respeito às grandes normas. Consoante Greco (2009), repressão que se dava carregada por um movimento responsável por apregoar um discurso autoritário, capaz de dar à sociedade a impressão de ser a solução de todos os males que a atravessam. E ainda, agora de acordo com Lima (2011, p. 79), na clara instituição do Direito Penal como um remédio em que a única resposta possível à criminalidade seria "um tratamento penal mais duro, de baixa tolerância".

O maior exemplo disso pode ser obtido por meio da experiência em Nova Iorque, na década de 90, quando por meio de uma atividade que foi chamada de Tolerância Zero, o prefeito da época adotou postura tendente de concretização da utilização do Direito Penal de todas as formas possíveis e para a proteção de absolutamente todos os bens jurídicos (GRECO, 2009), apartado da ideia de subsidiariedade que se põe frequentemente em voga no ordenamento jurídico pátrio.

No mesmo passo, adjunta a tal política criminal, instituiu-se também a importância da *Broken Windows Theory* (Teoria das Janelas Quebradas). Esta, segundo Wacquant (2001), “uma pretensa teoria que sustenta que é lutando passo a passo contra os pequenos distúrbios cotidianos que se faz recuar as grandes patologias criminais.” A metáfora às janelas quebradas diz respeito ao clima de desordem e instabilidade, que seria uma influência ao aumento do número de crimes nos ambientes que contabilizassem essas características.

Das mais reconhecidas, e por isso mesmo não menos importante, a derradeira das enumerações trata-se do Direito Penal do Inimigo, abstraindo qualquer tipo de garantia que seria destinada ao indivíduo inserido em processo persecutório, numa defesa feita por Günter Jakobs e que separava os criminosos do remanescente social, mais precisamente entre inimigos e cidadãos do Estado (GRECO, 2009). Qualquer tipo de discurso nesse sentido não é encaminhado porque vai de encontro à integralidade do que é previsto constitucionalmente e também em legislações infralegais, tradutoras de cuidados relacionados aos indivíduos apenados, quaisquer que sejam as suas modalidades – penas restritivas de direitos, penas de multa e principalmente a mais gravosa delas, qual seja, a privativa de liberdade.

Ramos (2016, p. 341) evidencia a multiplicidade de sujeitos que, pelos anos, foram considerados “inimigos do Estado”: “cristãos na época romana, protestantes, judeus, homossexuais, ciganos e mais recentemente, os Balcãs, mulçumanos”. E embora todo ato de delimitar grupos como inimigos parta de pontos diferentes e seja apresentado, também, em razões continuamente diversas, é de se perceber que houve períodos na história em que se questionou tal segregação. E também por uma razão de outra ordem é que se decidiu que a dignidade da pessoa humana é inviolável, ainda que em um momento diferente não o tenha sido.

Um exemplo desse pensamento, já não tão recente, e esse encargo de atribuir direitos sem a feitura de distinções pode ser visto, por exemplo, por meio do Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992, promulgando o Pacto de São José da

Costa Rica. Seus artigos oferecem norte em relação às questões legislativas penais, formas de interpretação e até mesmo aplicabilidade, instituindo como certo sempre o caminho que seja mais favorável à pessoa que se sujeitará à lei, num posicionamento que também foi adotado pelo Código Penal atual (MIRABETE; FABBRINI, 2011).

Isto, por si só, e nesse ponto apenas a título de exemplificação, possibilita captar a transmutação da forma de pensar do ordenamento jurídico, que tem por função ser frequentemente repensada, mas também respeitada e levada a cabo.

1.4 Falha no Sistema Prisional e seus resultados: fuga da pena

No mesmo passo, elevando ainda o debate relativo às penas ao patamar de complexidade que possui, Beccaria (1999) era umas dos defensores da opinião de que mais eficiente que uma pena banhada por terror, seria a certeza da existência dessa pena e que ela seria efetivamente aplicada. Avocar essa fala – indigitada – e que explicita um caráter direcionador do Sistema Penal dá azo à possibilidade de um pensamento que, não novo, tem o propósito de afastar por completo do universo jurídico a vertente que vê sentido no puro e simples confinamento humano.

Após ter sido sancionada a Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 – a Lei de Execução Penal – foi possível visualizar com maior clareza o propósito do legislador pátrio em atribuir à execução penal – esse período normalmente tido como posterior ao trâmite processual penal e de cumprimento da sentença condenatória – uma corporificação que fosse mais humana e reintegradora de seus indivíduos.

É válido tomar o que se diz no artigo 1º da LEP ao expor o que, de fato, foi pensado como necessário pelo legislador, quando da criação da lei. Segundo o mencionado artigo, “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Nucci (2015) tem ensinamento que trilha o mesmo caminho, no dizer de que a execução penal representa a fase do processo em que se em que se exercem os comandos obtidos na sentença condenatória penal, com efeito, por meio da pena privativa de liberdade, da pena restritiva de direitos ou da pecuniária. Em que pese a menção igualitária de todas as possíveis penas a serem aplicadas ao condenado, não há como ignorar a relevância atual da qual é possuidora a pena privativa de liberdade. Trata-se de um cenário proliferado no sentido de se perceber tais características,

concorrentemente à busca pela reintegração de qualquer indivíduo que, embora preso, persiste humano e evadido dos reflexos que isso ocasiona (MIRABETE, 2000).

Contrariando o que se constrói quanto a tal instituto, a ineficácia da prisão em território brasileiro contabiliza um motivo sólido para que se considere falho e evadido de vício algo que deveria servir de colaboração à diminuição da criminalidade. Consoante Batista (2007), impende-se conceber que o fracasso da pena privativa de liberdade pode ser observado por meio das políticas criminais adotadas por determinado país. No Brasil, muito embora essa representação não possibilite definição completa, o vislumbre de uma política criminal que tem o encarceramento como objetivo pode ser observado no alto índice de prisões.

Dados obtidos por meio do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) (2016) elucidam que o Brasil ocupa o terceiro lugar no *ranking* mundial de pessoas presas. Não fosse suficiente o contingente numérico, o levantamento se preocupa também em apontar as condições de precariedade que subsistem como regra nas prisões nacionais e o perfil dos indivíduos que estão privados de sua liberdade – 40% deles apenas provisoriamente.

Portanto, os dados contradizem o que é proposto. Foi esse o ponto que fez surgir outra visão relativa à privação da liberdade, levando “a uma autêntica inversão de sinal: uma política criminal que postula a permanente redução do âmbito de incidência do sistema penal” (BATISTA, 2007, p. 36). Essa relativização, não obstante ser interferência à aplicação das penalidades, impulsionou o pensamento a artifícios que fossem eficazes e úteis para além do confinamento corpóreo. As penas restritivas de direito surgiram em momento de insatisfação. Sua inserção deu-se na necessidade de evitar que fossem colocados sob responsabilidade estatal indivíduos responsáveis pelo cometimento de crimes mais leves, num movimento que teve como ponto de partida a mencionada ‘fuga da pena’. A asserção adentrou no campo da discussão doutrinária a partir de 1970, ante a indigitada falha penal (NUCCI, 2014).

Tratar de como o Sistema Prisional atual funciona e fazer alusão à ‘fuga’ não é equivocado. É, na verdade, funcional à percepção de que, passados quase 50 anos, nada mudou consideravelmente, sendo justamente essa não-mudança o cenário que deu ímpeto à busca, esporádicas vezes, por formas de punição que não se prestassem exclusivamente ao confinamento do corpo. Principalmente, porque a experiência que se tem em relação ao confinamento do corpo pode ser representativa de muita coisa, menos uma resposta satisfativa.

CAPÍTULO 2 OS PRISIONEIROs, AS GRADES DE FERRO E O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

2.1 Os estabelecimentos penais previstos na Lei 7.210, de 11 de julho de 1984

Ensina-nos a Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto Lei nº 3.914 de 09 de Dezembro de 1941), por previsão do seu artigo 1º:

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (Decreto Lei nº 3.914 de 09 de Dezembro de 1941)

Notadamente, tem-se como crime toda conduta humana que viola algo que encontra positivamente no ordenamento jurídico penal, representando um afastamento entre o que é esperado dos indivíduos presentes na sociedade e a legislação. Mesma esteira, de se dizer que não há como subsumir taxativamente a ideia de ‘crime’ na indigitada definição, posto existirem inúmeros outros – a que são aplicadas multas ou penalidades diversas – inseridos em legislação esparsa e que, ainda assim, são constituintes da ideia que foi oferecida a tal instituto pela lei (QUEIROZ, 2008).

Se uma definição simplista não é possível em relação à nomenclatura, de maneira diferente o é em relação a uma das várias subdivisões que se tornam possíveis de serem feitas quanto ao crime. A título de ilustração, o potencial ofensivo desses pode ser alojado em uma pirâmide que se parte em três posições distintas: a primeira delas, acima, representando os crimes de maior potencial ofensivo; a segunda delas, colocada à metade, representando os crimes de médio potencial ofensivo; e a terceira, mais abaixo e a última delas, definindo os crimes menos graves e representativos de um menor potencial ofensivo.

Por potencial ofensivo, de acordo com Greco (2011), tem-se a maior ou menor probabilidade de que a prática delituosa seja atravessada em maior ou menor grau por atos que causem dano a vida ou à integridade física da vítima. Esse acareamento, que pode ser visualizado pelos artigos da lei 7.210 de 11 de julho de 1984, traduz nítida preocupação do legislador pátrio no que se refere a uma verdadeira individualização das penas e um escalonamento do que seria mais acertados à

destinação dos estabelecimentos penais e dos que o compõem – seja em relação ao condenado, ao submetido à medida de segurança ou ao preso provisório.

Os esclarecimentos quanto a esses estabelecimentos vêm preceituados no Título IV da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, a partir de seu artigo 82, e trazem peculiaridades que importam no não esquecimento de que, em que pese a condenação, tais ambientes se destinam exclusivamente à permanência de seres humanos. Pontos lembrados de maneira corrente respeitam a ideia de separação (e individualização dos condenados), previsão enxergada no artigo 84 do Código Penal; outrossim, o §2º do artigo 83, ao definir as especificidades dos estabelecimentos penais destinados à guarda das mulheres condenadas. De mais a mais – e em caminhar que adquire a mesma relevância – a limitação de lotação compatível com os fins aos quais se destina, inclusive a salubridade impossível de ser olvidada nos debates atinentes ao aprisionamento.

O artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal de 1988, ao trazer que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” e o artigo 38 do Código Penal ao prever que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”, unidos, representam ideia assecuratória das mais claras quanto aos direitos dessas pessoas. E vale a menção sempre presente, à mesma maneira, de que tais prerrogativas regularmente passam por uma tentativa de serem colocadas à parte, como se não fossem importantes. Ao que não assiste razão.

Seguindo a lógica que se pode obter por meio da separação piramidal, tem-se, portanto, em primeiro lugar, os presídios federais e as penitenciárias. Nas unidades federais estão compreendidos os presos que justificadamente demandem um distanciamento da sociedade e de outros presos de menor periculosidade, cerceados pela observação direta do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), promovendo a administração da pena privativa de liberdade de forma que seja justificável ao ser caráter de especialidade e excepcionalidade.

Cinco deles, atualmente, podem ser contabilizados – Catanduvas (PR), Campo Grande (MS), Porto Velho (RO), Mossoró (RN) e Brasília (DF), unidade inaugurada no primeiro semestre de 2018 (BRASIL, 2018) – e, ainda que surgidos tardiamente, vieram carregados por pressões sofridas pelo governo que, anos atrás, viu-se em um “beco sem saída” ante a existência de sujeitos que expunham, por todos os estados, a intenção de não mantê-los em seu cárcere (NUCCI, 2014, p. 261).

Preceitua o artigo 33, §1º, a, do Código Penal, incluírem-se no regime fechado a execução dos crimes que se dê em estabelecimento de segurança máxima ou média. Esse estabelecimento, em concordância com o artigo 87 da LEP, é a penitenciária, pautada pela incisiva atuação de agentes penitenciários devidamente cercados por imensas muralhas de proteção e regularmente adotantes de uma postura de vigilância. Outra vez, por circunscrever situação de privação de liberdade, a primazia pela segurança dos detentos é o que prevalece.

O segundo deles, medianamente inserido na classificação piramidal, é explicitado pelos crimes previstos no artigo 33, §1º, b, do Código Penal, tidos como de regime semiaberto e aptos a serem cumpridos em colônia agrícola, industrial ou qualquer outro ambiente que seja eivado de alguma similitude. Seu ambiente é pautado por maior simplicidade e menor rigor prisional, oferecendo maior vasão a uma segurança não suplantada na altura dos muros, mas na responsabilidade individual de cada um dos sujeitos ali inseridos, mister valorizados numa comparação que se torna possível de ser feita, a exemplo, com o regime fechado (MIRABETE, 2000).

Poderá, de acordo com o artigo 92 da LEP, ser alojado em compartimento coletivo que, entre outras coisas, limite a capacidade máxima tendente a atingir os objetivos de individualização da pena. Ensina Nucci (2014) ser, essa preocupação, fundamento importante da tarefa do Estado de buscar a sonhada reeducação.

A casa do albergado prevista no artigo 93 da LEP, incidente ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto e de limitação de fim de semana. O prédio deve ser separado dos outros estabelecimentos e sem qualquer tentativa de dificultar fuga (NUCCI, 2011) ou questionador da responsabilidade dos condenados, inseridos na parte mais baixa da pirâmide imaginária da potencialidade ofensiva dos crimes e responsáveis, portanto, por condutas tidas por menos graves.

Os hospitais de custódia ou tratamento psiquiátrico, previstos no artigo 99 da LEP, são responsáveis pelo tratamento dos sujeitos incidentes em penas de medidas de segurança, notadamente constituídos de aspectos de segurança utilizados em conjunto com as características médicas que participam da realidade da situação (NUCCI, 2014). E, por último, as cadeias públicas previstas no artigo 102 da Lei de Execução Penal como destinadas ao recolhimento dos presos provisórios. Conforme Mirabete (2000), sua explicação se dá em favor da Administração Criminal e da manutenção da proximidade entre o preso, sua família e de eventual inquérito policial que esteja sendo desenvolvido pautado em suposta prática delituosa.

2.2 Os números do Sistema Carcerário brasileiro

No debate com foco no Sistema Carcerário brasileiro, não obstante uma discussão fundada em sua ineficácia quanto a resultados, é imperioso demonstrar os números que o acompanham e, nessa demonstração, visualizar como a quantidade de sujeitos em um espaço tão curto talvez seja uma das razões de sua ineficácia.

Conforme esclarece o Infopen (2016), em seu levantamento de dados mais recente, em junho de 2016 a população brasileira ultrapassou, pela primeira vez, o vultoso número de 700 mil pessoas privadas de liberdade, ocupando o terceiro lugar na lista de países com mais pessoas presas no mundo. Os dados apresentados permitem inferir, ainda, a quantidade de presos provisórios que fazem parte do Sistema Prisional brasileiro, em contingente que os coloca próximos da metade total. Fazer esse apontamento torna-se importante ao passo que, em todo o mundo, os números dessa categoria pairam próximos de 25%, contrastados aos 40% nacionais (LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS: INFOPEN, 2016), em inclusão que se faz, dessas pessoas, em um ambiente que é nitidamente reprodutor de uma criminalidade que, como resultado, só oferece prejuízo.

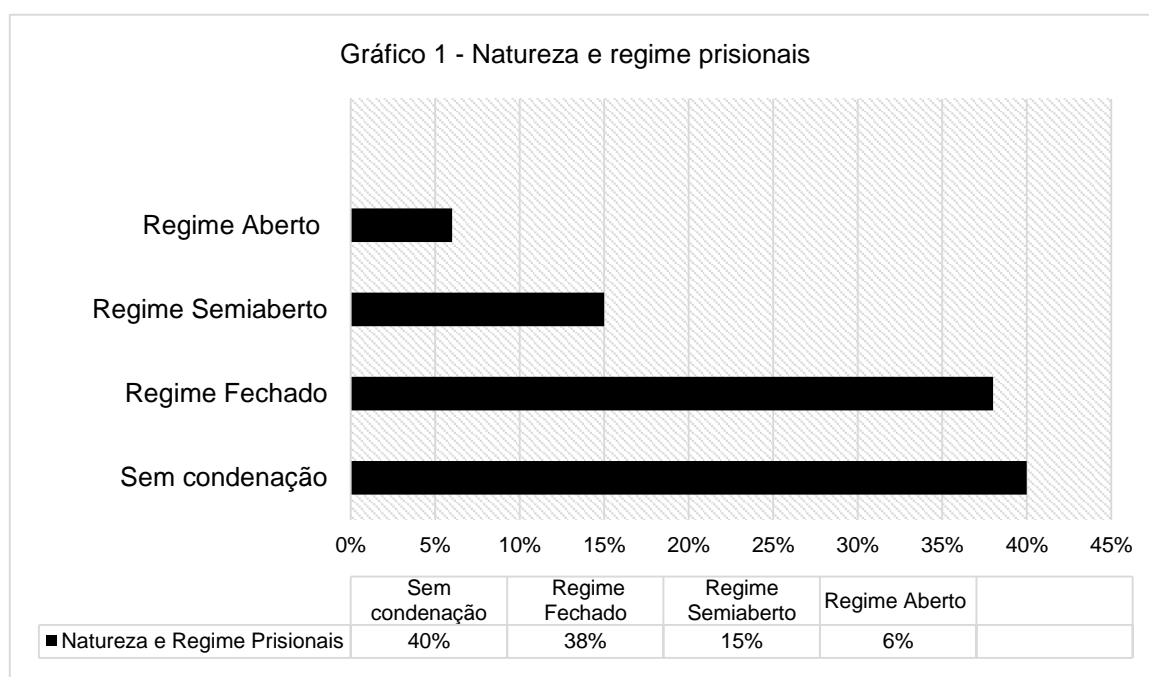


Gráfico 1 - Natureza e regime prisionais.

Fonte: Infopen.

Ponto similarmente relevante e que, de maneira corrente, põe-se em voga, diz respeito ao racismo institucional que permeia o Sistema Carcerário e como sua população é formada por características específicas, repetidamente vislumbradas, notadamente em relação às questões de classe social e raça com seus atores principais estabelecidos nas pessoas pobres e negras. Maringoni (2011) se propõe ao ensino de que, finalizado o período escravocrata, os negros foram abandonados à sorte de não possuírem qualquer perspectiva, posto que inseridos em uma sociedade de raízes racistas e que, mesmo posteriormente ao abolicionismo, foi eficaz na manutenção dos grupos que se colocavam nos pontos considerados de elite.

Flauzina (2006), outrossim, é uma das que, ao se expressar, colocam como fundamental à alocação desses sujeitos como alvos centrais do Direito Penal o fato de que nunca foi-lhes oferecida outra coisa que não o subjugo e a cristalização de um entendimento que os teve sempre como parte inferior da sociedade. Isto posto, os reflexos e as conexões possíveis entre Direito Penal, população negra e Sistema Carcerário talvez possibilitem explicar os dados atinentes a esse grupo em específico.

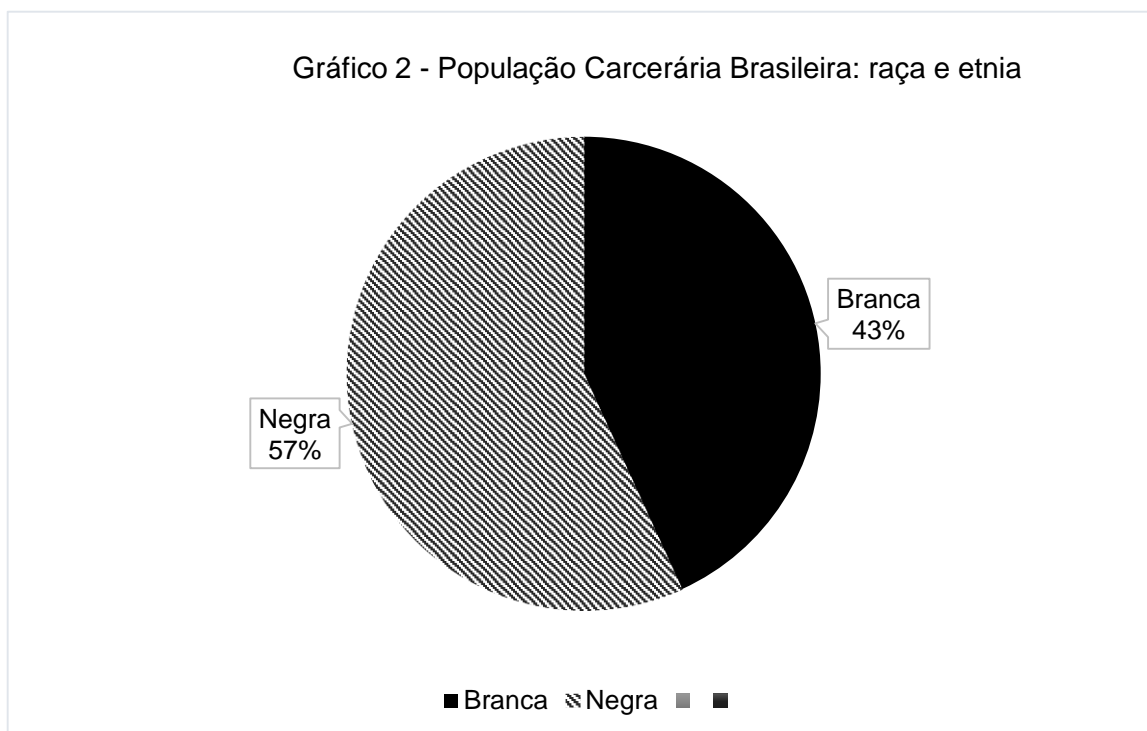


Gráfico 2. População Carcerária Brasileira: raça e etnia.

Fonte: Infopen.

Se em junho de 2016 havia, no Brasil, 762.712 pessoas privadas de sua liberdade, é útil delimitar que 689.510 encontravam-se sob administração das

Secretarias Estaduais de Administração Prisional e Justiça; 36.765 custodiados sob delegacias e ambientes atinentes à Secretaria de Segurança Pública; e apenas 437 pessoas sob a administração do Sistema Penitenciário Federal, de responsabilidade do Departamento Penitenciário Federal (Depen).

Foi também alvo de preocupação da pesquisa o levantamento dos dados de escolaridade de 70% da população privada de liberdade no país, restando próximo de 51% o índice de pessoas que, presas, possuíam apenas o Ensino Fundamental incompleto; esse número cai para 15% em se tratando dos sujeitos com Ensino Médio completo. Não há dados em relação às pessoas com Ensino Superior completo, o que demonstra outra tendência no Sistema Prisional.

Malgrado a existência de inúmeras instalações prisionais, e o discurso para que continuem, regularmente, sendo outras construídas, é possível notar o contrastante embate que se tem entre a ideia 'reintegradora' prevista pela lei e a expressiva quantidade de pessoas que são parte do Sistema. Entende Minayo e Constantino (2015) a possibilidade de serem, esses lugares, divididos de acordo com a sua degradação – em maior ou menor grau – enquanto persistem abarrotando em tempos de frio e calor uma imensa quantidade de pessoas expostas à multiplicidade de doenças que uma ambientação nessas condições denota. E participando ativamente do caráter ressocializador, atualmente, é mais um fundamento da prisão.

2.2 “É falho!”: Sistema Prisional como fundamento à repetição de falas vazias

O Sistema Prisional brasileiro é representado por uma máxima. E essa máxima, quase sempre, ainda que se mostre com pequenas diferenças a depender do locutor que a anuncia, é no sentido de realçar o quanto não remanescem dúvidas de ser, o Sistema Prisional, falho às situações que se propõe como solução. Utilizar-se dessa fala, no entanto, atualmente tornou-se até mesmo um estratagema de fuga a fim de que a repetição ocupe o lugar de uma verdadeira preocupação quanto a resolve-lo, posteriormente ao ato recorrente que é puramente questioná-lo; repetitivo a ponto de trazer impacto e acomodaticio a ponto de não pontuar nada válido (SÁ, 2010). A imputação de que existe no “cotidiano dos presos um estado de anomia regido pela violência” (BOARCCAACH, 2009, p. 133) é fundamental ao entendimento de como se desenvolve o interior do âmbito prisional.

Outrossim, não é só fundamentando como referência negativa a ausência de efeitos úteis da prisão que se chegará a qualquer resposta satisfatória. Há de se perquirir a partir de qual ponto sua atividade deixa de ser exclusiva e passa a contar também com o auxílio de uma sociedade que, nos dizeres de Baratta (*S/d, apud TRINDADE, 2003, p. 34*) alimenta uma relação de exclusão em que o detento é o excluído, e ela, diametralmente oposta, é a excludente. Essa contribuição não fica incólume em nenhum dos momentos – nem durante e nem depois do interregno prisional – e aumenta, cada vez mais, o distanciamento do que legalmente se prevê em relação à contribuição da sociedade à ressocialização.

Vale, outra vez, a menção à função precípua da pena: promover o afastamento do criminoso e demover os outros à prática daqueles atos (BECCARIA, 1999). O reeducando que, posto em liberdade, tenha por irrelevante o período em que se vira privado da mesma, não será demovido dos atos que o levaram anteriormente àquela situação: o discurso que dá funcionalidade ao sistema é atravessado de importância por todas as pessoas, mas principalmente em relação ao sujeito preso.

Em citação do relatório do Serviço Público de Orientação Penal e Inserção Social, mencionado por Batista (1990, p. 132), lê-se: "confusamente, nos espíritos, a prisão é concebida com apenas uma porta, a de entrada, o que dispensa a reflexão sobre o estado no qual os presos são libertados". Chega-se ao ponto em que remanescem mais dúvidas do que acertos em relação ao caráter reeducador do Sistema Prisional, que olvida sua função primária e coloca à disposição da sociedade sujeitos que, se não possuíam qualquer perspectiva, persistem sem tê-las.

A importância de tal perquirição é vislumbrada na ideia maniqueísta obtida por grande parte da população brasileira e fundamentada, de maneira corrente, pelas produções midiáticas que dividem pessoas na simplista classificação do 'bom' e do 'ruim'. Esse posicionamento, não sozinho, representa fundamento à possibilidade de não ser possível nunca uma pacificação em relação à atuação policial, ao Sistema Prisional e a como essas ferramentas estatais lidam com o crime. Ao mesmo tempo em que se tornam relevantes as críticas ao relação ao Sistema Carcerário, eleva-se também a importância desse instituto como que ofertador da harmonia social.

Atribuir ao Sistema Prisional a busca por soluções que, por certo, podem ser encontradas também por meio de outras buscas, é olvidar que o discurso de que sua função é exclusivamente profissionalizante em relação ao crime partiu do lugar de uma simples falácia para ser, enfim, confirmado por pesquisas das mais variadas.

2.3 A superlotação carcerária e seus reflexos

Buscar adotar um minimalismo delimitador dos problemas do Sistema Prisional não é tarefa simples. Pode-se dizer, talvez, ser a ideia até mesmo permeada de impossibilidade – e isso pelas mais variadas razões – mas principalmente porque toda discussão dessa égide envolve sujeitos de direitos; ou, ainda, em caminho diametralmente contrário ao que tomam as discussões envolvendo a temática, não foi possível vislumbrar ainda qualquer mudança tida por considerável e responsável por repensar o quadro, diante de sua atual conjuntura.

Se qualquer explicação relacionada à crise da execução penal pode ser explicada por um mecanismo que insere o preso em processo duplamente transformador, ao passo que o ‘descultura’ e o faz desaprender as normas sociais em que anteriormente vivia e o ‘acultura’, tornando-o cada vez mais acostumado às normas do estabelecimento penal e das pessoas com quem compartilha suas vivências (SANTOS, 2012), não deve ser de todo imprudente o crédito de acréscimo desses efeitos à superlotação carcerária, como um ponto ao qual se conectam, se não todos, grande parte dos problemas do Sistema Prisional.

Por entender o quão temerário pode ser tentar dissertar sobre vários tópicos, apontando para direções das mais diversificadas em relação às áreas críticas do Sistema – e para que o paralelo com as tratativas governamentais tidas como que de intenção alternativa à pena privativa de liberdade dê-se de forma menos esguelhada o possível – a pesquisa trará como delimitação desse registro a superlotação carcerária e como tal realidade oferece, não obstante as reconhecidas condições de inadequação à sobrevivência, uma maior importância a ser admitida em relação às medidas descarcerizadoras.

Quanto à Lei de Execução Penal, em que pese ter surgido com importância fundamental nas previsões atinentes ao cumprimento da pena, trouxe consigo, ao mesmo tempo, a característica de ser tida como ‘letra morta’ em pontos determinados e importantes à mesma maneira ao alcance do sucesso que seria aplicá-la em integralidade. No mencionado normativo, em seu artigo 88, lê-se, *in verbis*: “O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.” Em seu parágrafo único continua fazendo menção ao tamanho ideal (6 m² - seis metros quadrados) e a salubridade apta à vida digna de qualquer ser humano médio: aeração, insolação, condições térmicas. Por óbvio, isso é descumprido na

maioria dos estabelecimentos. A não identificação do que dispõe a legislação penal e o que ocorre na realidade alcança campo de autenticidade fundamentada, principalmente, por pesquisas sobre a área.

O Monitor da Violência, levantamento realizado por meio de parceria entre o G1 (Portal de Notícias do Grupo Globo), o Fórum Brasileiro de Segurança Pública e o Núcleo de Estudos e Violência da USP (2019, *online*) dá conta, entre outras coisas, da já mencionada superlotação que, em verdade, é a tônica dos dias atuais. Conforme demonstra, as 27 unidades federativas do país, sem exceções, seguem superlotadas e com uma média acima de 69,3% acima do que lhes seria a capacidade mais acertada. Bem por isso é dado azo à profusão de possibilidades quanto a críticas relacionadas ao que poderia ser melhorado e reinventado.

Não de hoje, são frequentes as notícias de rebeliões ou fugas, sendo válido mencionar, a tom de proximidade, situação ocorrida no estado de Goiás também no mês de abril, na cidade de Aparecida de Goiânia, em ocasião que trouxe como resultado a fuga de 24 detentos e, posteriormente ao confronto com os policiais, até mesmo a morte de um deles (JACOMETTO, 2019, *online*). Fernandes e Fernandes (2010, p. 371) acentuam a precariedade do Sistema Prisional elencando suas falhas em diversos pontos, mas que, em observação, podem sempre – e sempre são – agravados pelo alto índice de indivíduos ocupando o mesmo minúsculo espaço, conforme enumeram em detalhada exposição: “a carência de eficiente atendimento médico, a escassez de funcionários habilitados, a falta de assistência judiciária eficaz, a insalubridade das celas superlotadas, as aberrações e violências sexuais (...)”.

Denota importância a compreensão de que tais rebeliões não são de todo destituídas de fundamento. Vistas de forma individual, e por meio do cobrimento que a grande mídia correntemente faz desses eventos, poder-se-ia admitir qualquer daqueles atos como uma das tantas manifestações que, pelo conhecimento popular, são tidas como de ‘marginalidade’ típica desses espaços; de forma diferente, a divisão que reflete quanto a explicações para todas essas atitudes chega a uma resposta permeada por lógica. Convergindo a origem clara das rebeliões com chaves aos inúmeros fatores que tem o Sistema Carcerário como deplorável, conforme ensina Barbosa (2013, p. 13), é o ponto que permite compreender como toda atitude advinda dos presos vêm paralelamente à virtude do espaço onde sua liberdade é privada: “se a tentativa de fuga em algum momento envolveu o uso da violência contra o agente, normalmente o pagamento vem na mesma moeda, a “moeda da violência””.

Nesse mesmo diapasão, Assis (2008) é outro que as menciona como reivindicações, ainda que pautadas por cólera, de que os direitos desses sujeitos persistem sendo desrespeitados, simultaneamente à continuidade da postura impassível das autoridades aptas a projetar métodos que desintrinquem o problema. É comum que posteriormente às reivindicações tenham seguimento situações que, à mesma maneira do fato que gerou o pedido de mudanças, desvirtuem a ideia que se tem sobre as inúmeras garantias individuais que devem ser respeitadas. Ora, não há como olvidar-se de recobrar casos emblemáticos e que funcionam, na presente pesquisa, como marcadores de insatisfação com o Sistema Prisional, valendo citar a nacionalmente conhecida revolta explodida na Casa de Detenção Carandiru³.

A anteriormente apontada fuga de detentos em Aparecida de Goiânia-GO, mencione-se, teve como lugar de ocorrência a Casa de Provisória (CPP) – cadeia pública responsável por receber sujeitos presos provisoriamente. Fazer remissão à fuga em massa tem relevância nos momentos em que, feito um apanhado de dados quanto a qualidade do ambiente prisional no estado de Goiás, é justamente esse estabelecimento um dos vários a exprimirem o caráter de desumanidade e necessidade de mudança que permeia todo o debate.

Em relatório que tem por intenção fazer um levantamento a respeito da qualidade desses ambientes, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJ-GO) e a Corregedoria Geral da Justiça (2017) trouxeram números capazes de fundamentar, e se não explicar, ao menos funcionar como um questionamento frente aos inúmeros acontecimentos ali perpetrados: em que pese a capacidade para receber 600 presos, na data da visita havia 2.047 detentos, sendo 1.907 homens e 140 mulheres. Ato contínuo, em imagens das celas coletivas obtidas por meio de filmagens, onde havia suporte para oito presos, espremiavam-se, em média, dezoito – em um ambiente que chega aos 125% da capacidade que seria considerada ideal. Em outra ala, específica à acomodação de responsáveis pela prática de crimes sexuais e incidentes na Lei Maria da Penha, celas com capacidade para quatro, possuíam vinte homens.

Há outros tópicos com merecidas e controvertidas questões, por exemplo, no que se refere ao mau acondicionamento dos alimentos, ao passo que são

³ “No dia 2 de outubro de 1992, após uma invasão do Batalhão de Choque da Polícia Militar de São Paulo no Pavilhão 9, um dos pavilhões da Casa de Detenção de São Paulo, no bairro do Carandiru, 111 presos foram mortos, segundo informações oficiais. A invasão se deu com a intenção de conter uma rebelião causada por uma briga entre detentos. No dia seguinte, o evento ficou conhecido internacionalmente como Massacre do Carandiru.” (TAETS, 2018)

frequentemente entregues marmitas que se mostram impróprias para o consumo; a alta quantidade de doenças, juntamente à defasagem de material básico de higiene pessoal – fundamental à solução de grande parte das enfermidades; e, não imune às reclamações dos presos, pontos conexos aos problemas constatados: falta de atendimento médico, falta de medicamentos, falta de comida, tratamento inadequado com as visitas (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS; CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS, 2017, p. 447). De se pensar que tudo isso é agravado em um espaço que multiplica a quantidade de sujeitos presos, enquanto permanece inerte quanto à capacidade para abarca-los.

Aparentemente, quando Hassemer (2008, p. 233, *apud* ANJOS, 2009, p. 45) diz que a ressocialização “livra o estado punitivo da imagem de ódio do guarda do calabouço e divide com ele a dignidade do médico”, pauta-se numa imagem que tem a prisão com um ambiente de correção, mas que é composto por atributos que o dão entendimento mais amplo o que o simples ‘prender’. Nos momentos em que esses atributos deixam de existir, fazendo fixar maior enfoque sobre a carga de problemas, é que se tem a presença exclusiva do carrasco. Não há mais possibilidade de adotar como academicistas tais discussões que ganham cada vez mais a posição de preocupações necessárias e têm, outrossim, chegado até mesmo aos tribunais.

Dado o exposto, alguns julgados a serem colacionados, por exemplo, vêm do STJ, por meio da postura adotada no julgamento do HC 248.358 - RS, de relatoria de Maria Thereza de Assis Moura (2008), objetivo ao atribuir ao governo a responsabilidade relacionada à inadequação dos espaços para que a pena seja cumprida em consonância com a sentença condenatória: defendeu-se, nesses casos, até mesmo a inexorável necessidade de utilização da prisão domiciliar. Na mesma esteira o AgRg no HC 275.742 – RS, de relatoria de Sebastião Reis Júnior (2013), mencionando a dignidade da pessoa humana e todo o ideário que se conecta à individualização da pena, ao firmar entendimento que colocou a prisão domiciliar como o ato mais acertado do Poder Judiciário frente às condições de indignidade dispostas como realidade no ambiente da privação da liberdade. Talvez o maior exemplo de uma resposta do Poder Judiciário frente às violações contínuas dos direitos fundamentais em relação ao Sistema Prisional brasileiro seja o instituto denominado Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), já discutido e declarado pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

2.4 O Estado de Coisas Inconstitucional – ADPF n.º 347/DF

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 102, §1º, estabelece que o Supremo Tribunal Federal é competente para apreciar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Sabendo que a definição é a melhor forma de compreender a importância de uma determinada instituição no ordenamento jurídico, quanto ao que vem a ser ‘preceito fundamental’, nem a própria Carta Magna nem leis infraconstitucionais posteriores tiveram por preocupação delimitá-lo, ao passo que tal incumbência restou à doutrina. No magistério de Bulos (2000, p. 901, *apud* LENZA, 2018, p. 642) seriam os preceitos que, por sua importância, informariam o sistema constitucional e se estabeleceriam como alicerces a serem observados, principalmente em respeito a ideia adotada pelo constituinte originário.

Foi, aparentemente, eivado por esse mesmo ideal, que o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, buscou no STF, por meio dessa mesma arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF n.º 347 com pedido de liminar – o reconhecimento de verdadeiro ‘Estado de Coisas Inconstitucional’, notadamente no que se refere ao Sistema Prisional brasileiro e sua corrente desestruturação e omissão em resguardar os direitos e garantias da população carcerária.

Oriundo da Corte Constitucional da Colômbia, país com intenso caráter de ativismo judicial no tocante à proteção dos direitos fundamentais, a primeira manifestação dessa construção denominada ECI veio daquele país por meio de decisão diante da recusa das autoridades municipais quanto acatamento dos direitos previdenciários de um grupo de quarenta e cinco professores. Sendo contribuintes obrigatórios de fundo previdenciária de nome *Fundo de Prestación Social*, foram, ainda assim, alvo de recusa das autoridades municipais quanto à filiação, ante a utilização do discurso de que não havia orçamento suficiente. Datado do fim do século XX, a decisão da corte colombiana firmou entendimento de que a violação dos direitos fundamentais ali retratados advinham de falhas estruturais, e não da arbitrariedade de funcionários do Estado (DE GIORGI; VASCONCELOS, 2018).

A espessura da temática relacionada ao ECI traz posicionamentos dos mais desarmônicos, e é por meio dessa desarmonia que ele se estabelece às vezes como uma hipótese que não vem dispensada de análises negativas. Campos (2015), em tom de esclarecimento, que seu surgimento não vem condicionado a uma falha constitucional, senão, na verdade, uma incorreção na forma com que o Estado se

utiliza dos aparatos que dispõe quanto a efetivar o que lhe é incumbência. Streck (2015), de visão um pouco mais negativa, tem o ECI como expressão demasiadamente abrangente e que possibilitaria o ativismo judicial do Supremo, partindo da ideia de que se discutir a qualidade do Sistema Prisional é uma necessidade, há outras tantas que poderiam ser alvo de interferências do judiciário.

Em seu voto à Medida Cautelar na ADPF 347, o Senhor Ministro Marco Aurélio de Mendes de Faria Mello (2015) mencionou as condições do Sistema Penitenciário brasileiro, definindo-o como “vexaminoso” e fazendo uma interligação entre a situação e a supracitada superlotação que já é regra em todo o ambiente prisional. Posicionou-se quanto a violação generalizada dos direitos dos presos, a ponto de tornar-se necessária interferência judicial da Corte Suprema na tentativa de retirar o Poder Público do lugar de inércia e letargia que se encontra, ao não efetivar soluções aos já, de longa data, conhecidos problemas.

Citando o Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados (2009)

A superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário. (Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, 2009, p. 247).

Não obstante a notoriedade da controvérsia quanto a interferência do Poder Judiciário no Poder Executivo, e frise-se a separação de poderes que faz parte de nosso direito constitucional nacional, o STF, no julgamento, firmou-se ao oferecer como certo alguns ditames a serem observados pelos juízes e tribunais: 1) que sejam tão céleres quanto possível na realização de audiências de custódia, em tentativa de diminuição do encravamento das prisões; 2) na mesma esteira, que fossem liberados, sem limitações inócuas feitas pelo Poder Executivo, os valores acumulados no saldo do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), no intuito de viabilizar as mudanças e reformas necessárias ao correto funcionamento do Sistema Prisional.

O perfilhamento a um ideal de correção e restauração dos quadros atuais do cárcere é importante, mas é exemplo de atuação de apenas um dos poderes e até o presente momento não resultou satisfatório. Vale dizer, na pior das hipóteses: consegue ao menos ser simbólico à discordância dos moldes atuais da reeducação e oferecer impulso aos vários exemplos da legislação tidos por descarcerizadores.

CAPÍTULO 3 EXEMPLOS DO MOVIMENTO FUGA DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O século XVIII é situado como de importância por traduzir as variáveis relacionadas à punição por meio da pena privativa de liberdade. Se por um lado, tais ensinamentos fundamentaram grande parte dos estudos e um período considerável da história do Direito Penal, por outro, a segunda metade do século XX foi responsável por doutrinariamente apresentar a seara jurídica com alternativas diversas do indigitado – e reconhecido – encarceramento corpóreo (BRANDÃO, 2010).

A necessidade de repensar conceitos deu-se galgada numa possibilidade diferente da prisão, e com a intenção de que tal possibilidade fosse tomada como útil e constituinte de uma metodologia a ser utilizada pelo legislador, quando da positivação da norma, e pelos juízes, em fase de conhecimento ou de execução (DOTTI, 1988), em posicionamento que efetivamente consagra esses ideais como repressores à criminalidade, mas de forma que seja reintegradora.

Reverberar, de forma que amiúde é feita atualmente nas discussões relacionadas ao Sistema Penal brasileiro, a função da pena como resposta à criminalidade, dá abertura para que o assunto seja visualizado sobre dois enfoques dos mais distintos: retributivo e restaurativo. Colocá-los em paralelo não é desarrazoado e fornece, outra vez, oportunidade para que se perceba uma modificação na forma com que o Direito Penal tem se portado frente à punição. Segundo Nucci (2014), em visível esvaziamento da importância da simples retribuição ao cometimento de crimes – sendo essa a primeira resposta possível de ser oferecida – por uma vertente que, pautada na tentativa de restaurar, situa responsável e vítima numa posição de conciliação e numa esteira que tem as garantias fundamentais e o abandono da Vingança Privada como verdadeiras metas.

É majoritário, doutrinariamente, a necessidade de que o apenado seja socialmente reintegrado. Primeiro, em relação ao ambiente em que se encontra por período certo; segundo, em relação ao círculo social que o encontrará quando contabilizar todo o dito período. Mesquita Júnior (2010) é um dos autores situados como defensores do caráter de utilidade – e conseqüentemente restaurativo – das penas e o distanciamento de que o instituto tenha características de simples castigo.

A essa diversificação relacionada à punição, e à busca por novos métodos diferentes da prisão e efetivos à solução dos problemas da criminalidade, pode-se atribuir a expressão ‘medidas descarcerizadoras’. Em que pese a inferência prática que o nome provoca, sendo nítido perceber que sua ideia caminha no sentido de uma menor incidência da privação da liberdade e de uma redução dos números do cárcere, definir precisamente o termo persiste como um desafio não objetivamente alcançado.

Vale dizer: é acertado que o caráter de oficialidade presente nos liames do Direito Penal faz com que ele seja visto como mecânico, entabulado; sistematizado por uma dificuldade no que se refere até mesmo às oportunidades que são oferecidas quanto a acessá-lo. Carvalho (2010), sem embargo, faz o apontamento de que tais mecanismos diminuidores das taxas de encarceramento são relevantes, ao menos, à minoração desses efeitos que se impõem como tão perceptíveis:

Importante deixar claro que as medidas descarcerizadoras devem ser vistas como importantes mecanismos de desinstitucionalização, sendo sua aplicação inegavelmente mais vantajosa que qualquer espécie de encarceramento. O problema de pesquisa que move a investigação, porém, é até que ponto os substitutivos penais efetivamente diminuem o impacto do carcerário sobre os grupos vulneráveis, ou seja, se efetivamente são incorporados pelos sistemas político-legislativo, jurídico e executivo como alternativas ao processo criminal e à prisão ou se constituem instrumento aditivo de ampliação do controle social punitivo. (CARVALHO, 2010, p. 6)

Conectá-los à ideia obtida pela expressão da ‘fuga da pena’ torna-se tarefa sequencialmente lógica e faz evidente o surgimento de uma novo movimento característico por traçar um novo caminho quanto à forma de pensar o Direito Penal.

A fim de perceber o quão atual é essa atribuição de caráter auxiliar à prisão, os reformadores – estudiosos que defendiam uma alteração no que se refere à crueldade que era parte das penas, estando aí inseridos nomes como Beccaria e Bentham – não tiveram a oportunidade de visualizar outra coisa que não a restrição da liberdade dos indivíduos (BITENCOURT, 2011). Exemplos mencionáveis dessa atualização viriam a ocorrer na Rússia, com a inserção no âmbito penal da prestação de serviços, no ano de 1926; outro, de mesmo escopo, por meio do que na Inglaterra ficou conhecido por *Community Service Order*, e na Alemanha, em alterações ocorridas em 1975, ainda que tidas como menos inovadoras (BITENCOURT, *Op. Cit.*)

Semelhantemente, no Brasil a utilização da penas restritivas de direito deu-se posteriormente a instauração da Lei 7.209 de 11 de julho de 1984, que foi responsável por alterar inúmeros dispositivos do Código Penal. Concorrentemente à instituição da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, o acolhimento das novas

normatizações obtidas naquele ano no que se refere ao caráter do Direito Penal foram, e persistem, abarrotadas de considerável valor.

Em concordância com o que preleciona Bitencourt (2011, p. 515), tornou-se atitude indispensável repensar o modelo penal a fim de adequá-lo ao alcance dos resultados que se colocavam como possíveis, principalmente diante da percepção de que sua adoção nos períodos de curta duração, mais do que contraposições positivas, servia apenas à deterioração dos condenados – “sendo suficientes para corromper-lhes o senso moral”, no entanto. Por meio desses sujeitos que foram lidos como ‘delinquentes ocasionais’ é que se atribuiu como de necessidade do encarceramento os crimes de outra ordem, tidos por mais graves. E que prelecionavam, à mesma maneira, uma maior necessidade de repreensão por parte do Estado-juiz.

3.1 Alterações à pena restritiva de direitos: Lei nº 7.209/84 e 9.714/98

A indigitada lei 7.209, de 11 de julho de 1984, entre outras tantas alterações que trouxe ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – o Código Penal – foi responsável pela inserção de verdadeira subdivisão na legislação penal, anteriormente ausente, atinente às penas restritivas de direito. De maneira diferente do que era regra anteriormente ao que ficou conhecido como ‘Reforma Penal brasileira’ (BITENCOURT, 2011, p. 516), acolheu-se um sistema que tinha como premissa a substituição da pena privativa de liberdade abstratamente prevista na parte especial por outra alternativa, sendo necessário a esse deferimento pelo magistrado que o réu preenchesse determinados e específicos requisitos (PRADO, 1999).

No mesmo caminho, a Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998, foi responsável por trazer alterações ao artigo 43 do Código Penal, com fins à inclusão de outras tantas possibilidades alternativas à prisão. O assinalado artigo, que anteriormente contava com a prestação de serviços à comunidade, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana como as únicas possibilidades alternativas, passou a contabilizar também, posteriormente às mudanças, com as penas de prestação pecuniária e perda de bens e valores. No momento da fixação, o juiz ater-se-ia, a partir de então, ao artigo 44, I, II, e III do Código Penal no intuito de vislumbrar qualquer correção possivelmente mais próspera que a privação da liberdade. Os aduzidas penas, por meio de seus artigos, serão dissecadas a seguir.

A primeira delas, a prestação pecuniária, prevista no artigo 43, I, do Código Penal, consiste na disposição de determinado valor, fixado judicialmente, à vítima, seus dependentes ou qualquer outro tipo de entidade pública (PRADO, 1999). De acordo com Bitencourt (2011), com finalidade precípua de reparar o dano ocasionado pela infração penal, haja vista a previsão legal (art. 45, § 1º) de dedução do referido valor em eventual condenação em ação de reparação civil.

Em continuidade, a perda de bens ou valores prevista no artigo 43, II, refere-se a bens móveis, imóveis e valores aferíveis e moeda corrente. Segundo o que preceitua o § 3º do artigo 45 do Código Penal, ao final da linha de destinação de tais valores encontrar-se-á, ressalvada a legislação especial, o Fundo Penitenciário Nacional, estabelecendo como teto duas variáveis: o montante do prejuízo que se obteve ou qualquer lucro que contingentemente se tenha ganhado.

Vetado o inciso III, passa-se à prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, por meio do 43 e seu inciso IV. De acordo com prelecionado por Andreucci (2014, p.163), a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas tem como características a aptidão do indivíduo que se responsabilizará pela execução, a gratuidade das atividades e, mas que isso, as possibilidades territoriais que ocorra: “hospitais, orfanatos, escolas ou outros estabelecimentos congêneres”.

Inserto no inciso V do artigo 43, a interdição temporária de direitos encontra fundamentação verdadeiramente elucidativa no artigo 47 do Código Penal, por meio de lista taxativa, consignada, de maneira quase integral, em aspectos que afastam o indivíduo de situações nas quais participaria do poder público. Prado (1999) chama atenção ao cuidado necessário quanto a não confusão entre a interdição temporária para o exercício de cargo, função ou atividade pública, ou mandato eletivo, com a situação em que efetivamente está configurada a perda dessas oportunidades.

Por último, e talvez uma à qual se relegue maior conhecimento, a limitação de fim de semana vem sustentada em previsão do artigo 43 do CP, em seu inciso VI. Lopes (1999, p. 392 *apud* GRECO, 2015, p. 616) é um dos enfáticos quanto a não concordância com chamar tal método de “restrição de direitos”, posto que o que ocorre é verdadeira constrição de liberdade do indivíduo ao qual se sujeitará.

Malgrado exista informação na legislação brasileira que denote às penas restritivas de direito um caráter de substituição às penas privativas de liberdade (artigo 44, I, do Código Penal), já se fazem presentes no ordenamento jurídico atual exemplos em que a pena restritiva de direitos é a única aplicada – em exclusividade e sem

necessidade de trespassar as fases que levaria a uma substituição, atendidos os específicos requisitos para isso. Um deles, ainda que só indiretamente lido como exemplo de restrição de direitos, pode ser retirado da Lei 11.343/2006, responsável pela instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas.

Consoante prevê, em seu artigo 28, o delito de portar drogas necessárias ao consumo pessoal sujeitará o indivíduo a penas de advertência, prestação de serviços à comunidade ou medidas que, educativas, vêm respaldadas no obrigatório comparecimento a programas e cursos (NUCCI, 2015). A doutrina compreende essas respostas ao porte como que apartadas de uma intenção de aprisionar e próximas de um esclarecimento pautado na política repressora que é práxis no país.

Isto posto, de se mencionar que, de acordo com Carvalho (2010), os resultados que se tencionava obter com as modificações de 1984 não foram rapidamente alcançados. Vieram, no entanto, posteriormente, em dois pontos marcadamente notórios no seara penal, pontuados pela elaboração de duas outras legislações de mister importância: a Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) e a Lei 9.714/98 (Lei das Penas Alternativas).

3.2 Porte de drogas para consumo próprio: apontamentos jurisprudenciais

O atual cenário da legislação brasileira no que refere à questão das drogas encontra fundamento na Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Por meio da instituição de um Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, o legislador procurou estabelecer formas de definição do que seriam os usuários dependentes de drogas e maneiras efetivas de que a repressão ocorresse, estabelecendo variáveis atinentes à temática que colocam-se, recorrentemente, sob a arbitrariedade do julgador.

Controvertida no que trouxe de novo em relação à temática toxicológica – e utilizando, pela primeira vez, a nomenclatura ‘drogas’ para a definição do que trata em seu corpo legal – as dúvidas ganharam mais corpo do que esclarecimento, ao passo que se operou uma discussão jurisprudencial e doutrinária com escopo grande o suficiente para se colocar distante de qualquer possibilidade de finalização. O capítulo III tem por preocupação tratar dos crimes e das penas e em seu artigo 28, preceitua, *in verbis*:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. (Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006)

No primeiro plano, de se mencionar o que Rocha (2013, p. 14) definiu, em relação a legislação, como “demasiadamente subjetivo”: o texto legal não apresenta números, quantidades exatas e não é objetivo em relação a atitude que daria ensejo à aplicação de suas medidas inseridas como restauradoras. Esse é um dos mais lembrados problemas, posto que a atribuição ao arbítrio policial e ao judiciário quanto a dicotomia entre o uso pessoal e o tráfico possibilita interferências de várias ordens, inclusive morais, quanto a perceber e delimitar cada situação. Nucci (2016) é objetivo ao tratar dos problemas que a isso se relacionam, não obstante a inobservância do § 2º do artigo 28, fundamental a uma interpretação quanto a subsumir-se a conduta em uso pessoal ou tráfico, ponto que importa ao número de indivíduos que são provisoriamente presos; no mesmo caminho, a variada percepção dos magistrados quanto à quantidade que, no ato de portar, configuraria tráfico.

Num outro viés, e ainda pautado em críticas substanciais, é esse mesmo artigo 28 que se encontra em pauta no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, vindicando sua inconstitucionalidade diante de previsão contida na Constituição Federal (CF) de 1988 – artigo 5º, X – que resguarda as questões atinentes a vida privada e a possibilidade de autodeterminação de acordo com as próprias escolhas.

Caso emblemático e que serve, aqui, de exemplo, refere-se ao julgamento no RE 398.808, responsável pela discussão da autonomia do Estado para interferir privativamente na vida dos sujeitos – àquela época o ponto seria a necessidade ou não de autorização judicial para a entrega, pelos bancos, de informações bancárias de seus clientes. Ficou estabelecido, como demonstra Lenza (2018), o voto de autoria do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, responsável por dar destaque à intimidade e à privacidade, ao falar de fronteiras necessárias e aptas a consubstanciar os mais variados direitos e limitações que poderiam ser opostas ao poder estatal, em seu exercício de imposição. Se veio a ser entendimento que, nesse caso específico, o debate residiu nos entornos da privacidade relacionada à matéria bancária, o é da mesma maneira entender que o fundamento é similar ao debate posto atualmente: a vida privada e a diminuição da interferência estatal.

O esclarecimento que se obtém sobre o assunto, por meio de Fiore (2012), é dos mais importantes: o Estado se sustenta à legitimidade do proibicionismo,

utilizando-se de todos os seus esforços para impedir a circulação de drogas. Mas diferente do que era esperado por resposta, o século da proibição foi também o século do crescimento. Junto ao insucesso caminha a necessidade de adotar novas táticas.

Isto posto, adendos são imprescindíveis de serem postos em debate: o leque de possibilidades quanto ao que representou uma multiplicidade de artigos inseridos na legislação hodierna frequentemente estaciona nos tribunais e tribunais superiores, numa tentativa de esclarecimento quanto à forma de interpretá-los. O STF, para citar um exemplo, já se posicionou por meio do RE 430.105/RJ quanto a ter sido a previsão do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 um exemplo de despenalização. A Corte Constitucional firmou entendimento no sentido de que não houve descriminalização, posto que não houve *abolitio criminis*⁴.

Em assim sendo, julgado recente do Superior Tribunal de Justiça se preocupou em estabelecer a ocorrência ou não de reincidência, num caso de indivíduo que, anteriormente condenado em infração inculpada na Lei de Drogas, foi supervenientemente enquadrado em condenação por tráfico de drogas. O entendimento obtido quando do julgamento do Habeas Corpus (HC) n.º 453.437/SP, nas palavras do Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca, caminhou, portanto, no sentido de oferecer respaldo que fosse efetivo em seu esclarecimento:

[...] Contudo, as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 configurar reincidência. (STJ - HC: 453437 SP 2018/0135290-0, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 04/10/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/10/2018).

Em síntese, a tomada dos mencionados julgados de maneira isolada pode detratar o simbolismo que possuem em relação ao posicionamento adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito ao assunto. De diversa maneira, ao colacioná-los – o assinalado HC oriundo de SP, para citar jurisprudência recente, concomitantemente a iminência da decisão do STF quanto a uma possível

⁴ “Ocorre quando lei posterior deixa de considerar um fato como criminoso. Trata-se de lei posterior que revoga o tipo penal incriminador, passando o fato a ser considerado atípico. Como o comportamento deixou de constituir infração penal, o Estado perde a pretensão de impor ao agente qualquer pena, razão pela qual se opera a extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, III, do Código Penal.” (CAPEZ, 2018)

inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006 – joga feixe de luz dos mais nítidos sobre a temática drogas no momento atual.

Ainda em relação ao julgamento do RE 635.659 (2015), de relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, vale a menção de seu voto tendente a admitir o posicionamento de que o uso de drogas possui sim seus males – sendo o contato com o traficante talvez o mais próximo que se chegue de cometer um ilícito. Preleciona, em continuidade, a privacidade de um uso que causa danos específicos apenas ao sujeito que é usuário. E finaliza: a autolesão é criminalmente irrelevante.

Em que pese a fundamentação do nascimento da Lei de Drogas numa intenção de refrear os índices carcerários, demonstrações se colocam aos montes quanto a ineficácia configurada em relação aos outros países em que foi utilizado o mesmo método e quais propostas vieram posteriormente como solução aos problemas da temática; ainda, a colocação, em 2017, do Brasil no quarto lugar no *ranking* de países com maior número de presos (ALESSI; ALAMEDA; GALÁN, 2017).

Relatada entre duas máximas que frequentemente são trazidas à baila – a despenalização, entendida como a não aplicação de pena à conduta que persiste sendo considerada delito, e a descriminalização, ao desconsiderar que um ato é crime (NUCCI, 2014) – a opção mais viável é vislumbrar uma oportunidade de ‘descarcerização’ em relação ao porte e consumo pessoal de drogas, por meio do que anteriormente dito, foi tido por Carvalho (2010) como uma ‘desinstitucionalização’ em que a ‘fuga da pena’ – não só em relação aos crimes de menor potencial ofensivo, mas em relação a todos – é a resposta mais acertada a ser entregue à sociedade.

3.3 Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995: o Juizado Especial Criminal

A fundamentação para a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais vem da Carta Maior – a Constituição Federal de 1988 –, em mais uma dos inúmeros objetivos que propõe em relação à maneira de legislar e, para além disso, os critérios de interpretação que devem ser utilizados para com essas legislações. Segundo previsão de seu artigo 98, é responsabilidade relegada à União, ao Distrito Federal e aos Territórios e aos Estados a criação de juizados especiais competentes à conciliação, julgamento e execução das causas de menor potencial ofensivo. De maneira similar, preleciona o §1º ser competente lei federal para a mesma criação em sede de justiça federal.

O regramento veio representado pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que se refere à seara estadual, e por meio da Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, dispondo sobre o instituto na seara federal. Tendo exsurgido em meio aos questionamentos quanto a efetividade do Sistema Penal brasileiro, a Lei 9.099 postou-se como de relevância, abrindo espaço a novas tendências e angariou diversos apontamentos de outros ordenamentos jurídicos (GRINOVER, *et al.* 1997).

Não é muito tecer, mais uma vez, comentários quanto à oportunidade ‘descarcerizante’ que foi admitida em relação à lei dos Juizados Especiais Criminais - JECRIM, ao afastar a necessidade da privação de liberdade para inúmeros delitos e, sobremaneira, ampliar a possibilidade e autonomia do *Parquet* no oferecimento de soluções não tão invasivas como resposta às condutas delituosas. Como seu propósito, poder-se-ia pontuar a defesa de uma modalidade de justiça que fosse restaurativa e preocupada com a ideia de reintegração.

Assim sendo, torna-se possível enxergar a abertura que foi oferecida quanto a um direito penal minimamente considerado, tido como de *ultima ratio* e pautado em princípios que demandariam observância não só em relação à legislação específica, mas ao Direito Penal como um todo, não remanescendo maiores dúvidas quanto a inadequação que se opera se apanha quando da utilização do Direito Penal como solucionador, estando presente outros ramos do Direito (BITENCOURT, 2011). Bem por isso é que, neste espectro, as infrações de menor potencial ofensivo ganham preponderância e traduzem a desnecessidade de uma maior interferência penal.

Similarmente, e tal ponto talvez seja mais reconhecido como importante à uma discussão que se respalde no que alcança as necessidades populares, muito do oferecido pela Lei dos Juizados Especiais teve como foco o desentranhamento da dificuldade inserida no processo e a demora quanto a execução de atos. Admitida a possibilidade de transação e a desburocratização quanto aos procedimentos elencados como necessários de observação, a doutrina tem até se manifestado quanto a exaltar os benefícios da deformalização, por meio de harmonização legal entre a legislação, as necessidades sociais e o fato de que tais mudanças tornaram os trâmites processuais sobremaneira mais rápidos (NUCCI, 2014).

É no artigo 2º que se elencam os princípios orientadores do Juizado Especial Criminal: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, numa manifestação do legislador que frequentemente é colocada em discussão, no que tange à amplitude com que se pode interpretar a lei. A postura

consensual se mostra das mais claras – e perguntas surgem das mais variadas – como a questionadora, por exemplo, do paralelismo entre o Ministério Público (MP) e o acusado e se possuem condições igualitárias de acordarem, sem verticalizações.

Em tais situações, consoante Machado (1996, p. 203, *apud* TOURINHO NETO; FIGUEIRA JUNIOR, 2017, p. 531), torna-se digno de maior atenção o amparo, o cuidado e a proteção com a vítima do crime. Essa percepção de proteção ultrapassaria em muito a necessidade de simples punição da qual se afastou há tempos o Direito Penal (posto que ausente qualquer chance de Vingança Privada) e daria ênfase, ainda, às vantagens presentes nesse auxílio judicial que consegue ser desobstrutivo de maneira dúplice: toca no acesso à justiça e nos atores envolvidos no processo, de forma a atingir o considerado útil.

Nucci (2014) aponta entendimento diverso, ao defender que a referida lei oferece verdadeiro incentivo ao desrespeito à intervenção mínima e à subsidiariedade, princípios que são tidos como regra na seara penal, advindos da percepção de determinada parcela de sujeitos quanto aos resultados alcançados pela legislação especial em comparação com a justiça comum. Segundo o autor, esse é o ponto que viabilizaria um incremento do ordenamento jurídico com desnecessárias infrações de menor potencial ofensivo, instituídas sob a ótica de que a teórica celeridade seria determinante ao bom enfrentamento do pleito.

Com efeito, não sendo tudo isso, por si só, suficiente à inferência da mencionada mudança nos rumos do Direito Penal brasileiro, o artigo 2º, em sua parte final, e o artigo 72 da Lei 9.099/1995 deslocam o estudo a duas figuras notadamente representativas de uma atuação do Direito Penal que se tem por alternativamente considerada: a composição de danos e a transação penal.

3.3.1 Composição de danos

O direito tem se inclinado, e isso não é algo recente, à busca de solução de conflitos de maneira amigável e o mais judiciosa possível. A isso, costumeiramente, dá-se o nome de composição amigável. Se, no campo do direito processual civil, a proposta de participação amigável das partes e revolvimento de seus interesses dá se por meio da mediação e da conciliação, a possibilidade de uma concórdia em sede de Juizados Especiais Criminais (JECRIM) é encontrada quando a infração de menor potencial ofensivo expõe como fruto um dano material originador de uma composição.

A composição de danos encontra previsão no artigo 72 da Lei 9.099/95, inserta na audiência preliminar, presentes autor e vítima devidamente acompanhados de advogado e o representante do Ministério Público. Nesta fase, há a oportunidade de que as partes se manifestem conjuntamente e direcionem-se à uma conciliação em relação ao prejuízo sofrido, com a ajuda de um conciliador, pautado em esforço máximo “a fim de conseguir a paz social” (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 666). O artigo 74 da Lei 9.099/95 traz esclarecimentos quanto a obrigatoriedade de que a composição seja reduzida a termo e a irrecorribilidade de eventual sentença homologatória que venha a ser prolatada.

É lícito dizer: estão, cada vez mais, presentes o abandono de técnicas puramente punitivas, ainda que não seja um pensamento recorrente e participante do conhecimento popular. Entretanto, é de se deduzir que essa concepção, em meio a uma fase processual que cada vez mais busca abolir atitudes de Vingança Privada, é obsoleta (BERISTAIN, 2000) e não olvida que o Estado crie mecanismos que possibilitem diminuição no contingente de processo nos tribunais. Quanto ao Direito Penal, de forma similar, tal preocupação não é colocada como uma questão apartada.

Em sede de finalização, Tourinho Neto e Figueira Júnior (2017) são claros quanto aos resultados da adoção da medida, ao dissertarem que em se tratando ação penal privada ou condicionada – ao que se seu exercício dar-se-ia, sequencialmente, por meio de queixa e representação –, homologado o acordo pelo magistrado haverá automática e efetiva renúncia da vítima quanto a erigir a continuidade do processo ou, eventualmente, mudar de opinião posteriormente quanto a sua representação. Se isso não for feito, oportuniza-se à parte ou ao MP o oferecimento de denúncia ou queixa, conforme ensina o artigo 77 e parágrafos do JECRIM.

3.3.2 Transação penal

Apesar de o Processo Penal brasileiro contabilizar atitudes que participem de um ar de consensualismo, há por parte de alguns autores a defesa de que a transação penal é, em verdade, a única modalidade de justiça negociada presente no ordenamento jurídico pátrio (PACELLI, CALLEGARI, 2016). Por definição obtida pelo artigo 2º da lei que instituiu os Juizados Especiais Criminais - em meio às delimitações principiológicas atinentes ao seu procedimento – menciona-se a oportunidade de composição e, por fim, de transação. A transação penal, consoante Capez (2011), é

entendida como um acordo celebrado entre o responsável pela conduta delitiva e o representante do *Parquet*, no qual, dispensado a instauração de um processo para tanto, há a proposição de alguma medida de restrição de direitos.

Em concordância com o conteúdo elucidado por Fraga (1928, p. 11, *apud* TOURINHO NETO; FIGUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 684), “a palavra transação corresponde em vernáculo ao vocábulo latino *transactio*, deriva de *transigere*, verbo anfibológico formado da partícula *e*, preposição *trans*, além de, e de *agere*, conduzir”. Continua, fazendo atribuição de ultrapassagem a determinada situação, impondo-a um grau de solução, de terminação. Transacionar, portanto, pode ser compreendido como uma prática tendente à resolução: aqui, para ser mais específico, dos crimes de menor potencial ofensivo e das contravenções penais.

É possível angariar da Lei 9.099/95, em seu artigo 75, que sendo infrutífera a Composição Civil, abrir-se-á ao indivíduo oportunidade para que ofereça a queixa ou ao MP para que faça a representação. Em ocorrendo situação distinta, como nos casos de ação penal pública incondicionada, a prerrogativa para atuar propondo aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou multa será de exclusividade do *Parquet*. Não é muito repisar que a ele se atribui, por previsão do artigo 127 da Constituição Federal de 1988, a função de *Custos Legis*, fiscalizando a lei e sendo partícipe ativo de seu cumprimento. Mencionável também não constituir direito subjetivo do réu a proposta do MP, tornando-se para ele, eventualmente, até mesmo interessante a negativa de aceitação, no intuito de esvaziar qualquer discurso sobre sua autoria quanto à contravenção (BUSATO, 2018).

Se Angela Davis é enfática em sua fala de que “o encarceramento nunca resolveu os problemas para os quais pressupõe-se que seriam as respostas” (MARTINELLI, 2017), ainda que alimente um discurso diametralmente oposto, posto que abolicionista, do que tem levado a cabo a justiça brasileira, é, ainda assim, eivada de validade, pois sua correlação com normas representativas do abandono das penas é clara. Principalmente, ao alimentar o discurso do ato falho de privar a liberdade.

Em continuidade, importa dizer que a legislação menciona de maneira objetiva que a transação penal só pode ocorrer nos crimes de ação penal pública incondicionada ou nas que, condicionadas à representação, não se chegou à composição, por não ocorrer, em tais casos, engendramento legal de encargo à parte lesionada no que se refere à sua atuação para ver resolvido o crime, sendo isso feito pelo Ministério Público.

Noutra vertente, também das mais atuais, o exemplo contrário a isso pode ser obtido em julgado da 8ª turma do TRF-4 (2017) na Correição Parcial nº 5053190-76.2016.4.04.0000/SC, de relatoria do Desembargador Federal Leandro Paulsen: com base em anteriores e diversas jurisprudências sobre o tema, chegou-se à conclusão de que, respeitado o instituto, vigorariam os princípios da oportunidade e da disponibilidade, unidos à movimentação que retiraria o querelante do lugar de inércia em que costumeiramente é tido a fim de participar ativamente da relação processual. Esse recorte, embora possibilite oferecer atos mais céleres e uma resolução que, talvez mais rápido, encontre resultados satisfatórios à pessoa vitimada, não fica à exclusiva disposição do *Parquet*, não tendo esse “discricionabilidade absoluta, mas limitada, uma vez que a proposta de pena alternativa só poderá ser formulada se satisfeitas as exigências legais” (CAPEZ, 2018, p. 614). A previsão encontra-se no artigo 76, § 2º da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Homologada a transação, finalizam-se os poderes do magistrado e a única possibilidade são esclarecimentos obtidos por meio de eventuais embargos de declaração, a serem utilizados nos conhecidos casos de obscuridade, omissão, contradição ou dúvida que tenha surgido ao termo. Os pontos sequenciais do Juizado Especial Criminal possuem relevância, mas não denotam explicitamente aspectos característicos de um abandono da penalidade tipicamente despojadora de liberdade. Possível enxergar, entretanto, nas outras fases, a ideia impressa pela economia processual e celeridade que são parte do início ao fim do processo (GRINOVER, *et al.* 1997), com sentença proferida até mesmo em audiência (9.099/95, art. 28).

3.4 *Plea Bargaining* como possibilidade no ordenamento jurídico pátrio

No contexto que revisa a posição de importância do Ministério Público no ordenamento jurídico brasileiro, com suas funções atribuídas pela Constituição Federal de 1988 e sua precípua função de fiscal da lei, um novo assunto veio a lume e tornou-se uma efetiva possibilidade no que se refere à legislação brasileira: o *Plea Bargaining* – expressão que, de maneira livre, pode ser traduzida como uma negociação de confissão. O tema ganhou enfoque, mais uma vez, com as inúmeras notícias veiculadas na mídia nacional sobre a proposta levantada pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública do governo do Presidente Jair Bolsonaro – Sérgio

Fernando Moro: uma série de alterações na legislação que recebeu o nome de ‘Pacote Anticrime’ e em que tal modalidade de justiça negociada se incluía (MILITÃO, 2019).

Oriundo do sistema jurídico norte-americano, a ideia do *Plea* vai no caminho de sua tradução bruta. Alocado no momento de persecução penal, a depender das particularidades jurídicas de cada país, conforme Coltri (2019), as informações prestadas pelo acusado – confessando ou decidindo não discutir o mérito – podem resultar em uma contribuição que seja diminuidora da gravidade das sanções aplicadas ou livramento das acusações. Se, de acordo com Batista (2007, p. 102), a culpabilidade deve ser entendida como o “repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva”, no que tange à negociação que tem a acusação como principal ator, não há nem mesmo a incidência de uma responsabilidade que ignore a culpa, posto que colocada em segundo plano.

Uma das múltiplas críticas que se mostram pertinentes à respeito do tema se refere à atuação que, eventualmente enviesada por parte do MP, seria responsável por alimentar injustiça, em caminho completamente invertido do que tem como proposta a metodologia do direito. Oliveira e D’Avila (2019), em reportagem publicada no Estadão, aduzem que tal modelo fundamenta uma equação torta, tipicamente responsável por punir com menos rigor os culpados e aumentar o número de inocentes que são obrigados à assunção das respostas de um processo.

Em que pese a não desvinculação completa desse pensamento para com a realidade que representa, não é possível adotá-lo como o único correto, sendo certo também a existência de vantagens de determinadas ordens, em um paralelismo que se faz do modelo com o sistema prisional e carcerário atual e sua desqualificação para efetivar os resultados positivos que são manifestos como seus propósitos.

Conforme esclarece a Nota Técnica Conjunta PGR/SRI n. 105 (2019), inseridos nestes, a utilização do acordo penal fundamentado na autonomia da vontade das partes, reverberando ideia de consensualidade que já é recorrentemente utilizada no âmbito cível; ato contínuo, a redução dos custos processuais, do desgaste dos indivíduos envolvidos no processo e o caminho que é traçado rumo ao encontro de uma solução final – entre outros tantos, representativos de ferramentas para a realização mais ágil de uma justiça que se pautar por eficiência e por uma execução mais desburocratizada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa se prestou a uma análise entre o Sistema Prisional brasileiro e as medidas descarcerizadoras, assim entendidas as alterações legislativas – e até mesmo jurisprudenciais – características por demonstrar afastamento da privação da liberdade como a possibilidade mais interessante de condenação a ser impingida a um sujeito, posteriormente ao cometimento de ilícito.

Em aprofundamento ao vasto material que se fez aqui disponível, e não olvidando a reiterada importância a ser obtida pelos canais de informação (rádio, televisão, *internet*, anteriormente mencionados) e que permitiam perceber, até mesmo antes de ser finalizado o trabalho, a falha quanto aos resultados do Sistema Prisional brasileiro, é necessário reafirmar a compreensão de todo o caminho perfilado desde o início das penas, em suas várias modalidades, até a instalação definitiva do aprisionamento corpóreo como um espaço destinado à correção de pessoas.

Para além de uma explanação a respeito dos índices de reincidência, que não são foco e sequer foram mencionados nesse trabalho, atravessando o magistério obtido por meio da expressão ‘fuga da pena’, em que se declarou como necessária qualquer atitude alternativa e definitivamente mais efetiva que os métodos usuais, necessário alicerçar o entendimento de que o Sistema Prisional é falho também nas várias informações obtidas quanto à qualidade do que é oferecido às pessoas que abriga. É de se lembrar como respeitáveis todas as garantias fundamentais de importância mister à sociedade e à sua manifestação de uma forma que possa ser, verdadeiramente, democrática – ainda que esses aspectos tão importantes aos homens persistam sendo desrespeitados de maneira recorrente.

Outrossim, é válido dizer: qualquer apontamento que seja objetivo em relação ao Sistema e que não permita aberturas diversas quanto a soluções sempre pecará pelo excesso de rigor. De maneira ainda mais forte, por se tratar esta de uma pesquisa que procura estabelecer como possibilidade a conexão entre o conflito existente no cárcere e os vários movimentos legislativos nos quais podem ser visualizadas atitudes representativas de um abandono da privação da liberdade.

Deste modo, o objetivo geral da presente era analisar como as medidas descarcerizadoras poderiam representar uma solução aos problemas. Resta entender que o objetivo foi atingido. Estabeleceu-se determinado período como de início do

questionamento da forma como as penas eram aplicadas – iniciando-se, a exemplos citados, em Beccaria e Foucault. Posteriormente a esse período, ainda que nos dias atuais esse debate persista sendo feito, é nítida a tentativa que se faz no sentido de encontrar métodos que sejam diversos da práxis atual.

O primeiro objetivo era investigar o caminho traçado no que se refere à história das penas até a instauração da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Tal objetivo foi atingido, ao passo que tornou-se possível enxergar muito claramente o ideário de punição que sempre fez parte da história da humanidade. Passando por pontos relevantes como a Vingança Privada, a Vingança Divina e a Vingança Pública, mudanças ocorreram na forma de aplicação das penalidades aos sujeitos, mas resta ainda complicado afirmar que o que houve pode ser chamado de ‘evolução’: o Sistema Prisional, nada obstante tenha partido do ponto em que era representado pelo embate particular para chegar ao momento em que vigoram no Processo Penal princípios relevantes como o devido processo legal, ainda é composto por falhas – inclusive na concepção de que a privação da liberdade não teve os resultados positivos que foram imaginados quando de sua instauração.

O segundo objetivo era, na mesma esteira do que ficou esclarecido no primeiro capítulo, demonstrar a inaptidão do Sistema Prisional, ao menos da forma com que vem sendo executado, na obtenção da ressocialização que é tida como um de seus mais consagrados propósitos. Não é passível de discussão que o modo legalmente previsto, por exemplo, à forma dos estabelecimentos penais é acertado e, muito estreitamente, pensa a individualização da pena; a forma mais adequada de proporcionar algo satisfatório ao período que será destinado à condenação. De maneira diversa, o discurso que se posicionou até mesmo no lugar-comum quanto às condições desumanas do cárcere é corporificado por uma variedade de autores enfáticos nos dizeres de que a forma atual do Sistema não oferece nada positivo. Foi possível perceber que o debate chegou até mesmo aos tribunais superiores por meio de decisões esporádicas e, por ser, na presente, tratada de maneira mais robusta, ter dado causa até mesmo à declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, quanto a verdadeiro ‘Estado de Coisas Inconstitucional’ no que tange às prisões.

O terceiro objetivo, último deles, buscando ajustar-se como possível solução aos conflitos anteriormente apresentados, traz exemplos de legislações que podem ser lidas como descarcerizadoras, em postura de defesa ao afastamento da incidência da privação da liberdade como solução ao problema da criminalidade.

Posteriormente à adoção como correta da ideia obtida pela expressão ‘fuga da pena’, se não havia uma forma concreta de atingir a ressocialização, ao menos seriam encontrados métodos que fossem úteis à diminuição do inchado do Sistema Prisional. Concluiu-se por uma mudança na legislação brasileira, que teve início quando das alterações de 1984 na parte geral do Código Penal e instauração da Lei de Execução Penal, por meio das leis Lei nº 7.209/84 e, posteriormente, 9.714/98, que trouxeram diversos métodos alternativos de restrição de direitos como forma de punição.

No mesmo caminho, o tópico específico do porte de drogas para consumo próprio tornou-se também um ponto propiciador da percepção de que o Poder Público tem se tornado mais brando e progressista no que defende como correto. Foi possível perceber que a própria Lei 11.343/2006 ao elencar penas de, cite-se, advertência sobre os efeitos de drogas, juntamente à discussão quanto a constitucionalidade dessas penalidades, em pauta no STF, são capazes de anunciar uma inclinação à conduta que não entende as drogas como caso de segurança, mas, em direção claramente contrária, de saúde pública, e que devem ser tratada como tal.

À mesma maneira, a Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, responsável por oferecer maior autonomia ao Ministério Público e às vítimas, em uma atitude que encara a persecução penal como uma oportunidade de coloca-los em posição de proximidade a ponto de discutir o delito cometido. Sendo a composição de danos e a transação penal seus picos, o que oferecem vai no sentido de efetivar uma condução do processo que se dê de forma mais célere, menos desgastante, menos burocrática e, primordialmente, menos apta a privar a liberdade: a possibilidade de que a obrigação pecuniária ou as medidas restritivas sejam aplicadas de plano é uma de suas mais célebres inovações. O *Plea Bargaining* adentra aqui, outrossim, como outra oportunidade dar ao *Parquet* maior quantidade de armas a fim de que aja no processo.

A conclusão mais importante a ser obtida respeita a conexão existente entre as condições bárbaras do Sistema e as alterações legislativas do ordenamento jurídico brasileiro, entendendo-as como possíveis soluções. Dois vieses podem ser lidos de maneira muito nítida: o primeiro deles, no que tange à dificuldade existente – e que parte de influências punitivistas e encarceradoras – obstando a aplicabilidade efetiva das medidas alternativas que ganharam força posteriormente às mudanças de 1984. Repise-se: a força da pena privativa de liberdade, ainda que reconhecida pelas críticas que denota, persiste como um fato. O segundo deles, representando uma

resposta, é o que avista tais previsões legais como uma maneira indireta de diminuir o inchaço populacional. É esperar que a longo prazo a cultura de rigidez do Direito Penal seja elidida por outra fundamentação mais branda e razoável, no momento em que tais medidas serão enxergadas não exclusivamente como formas de solucionar um problema grave, mas como formas de aplicação do Direito.

Em finalização, não há como desmembrar as dificuldades existentes na feitura da pesquisa, esclarecidas estas na ausência de material que fosse contemporâneo à discussão, ainda que o tema seja alvo de inquirição há tempos. Junto a isso, o firmamento de um conhecimento empírico que entende qualquer investigação que busca modos de melhorar o Sistema como que ofertando preocupação a sujeitos que não a demandam. Um leque de possibilidades abre-se quanto a pesquisas futuras, *verbi gratia*, ultrapassar a simples análise da conexão existente entre desumanidade carcerária e as alterações legislativas, a fim de pensar outras medidas que poderiam contribuir a essa resposta que se dá à criminalidade.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Gil; ALAMEDA, David; GALÁN, Javier. **A bomba-relógio da população carcerária no Brasil**. El País, 2017. Disponível em:

<https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/05/politica/1483624203_712909.html>.

Acesso em: 14 de abr. 2019.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito penal**. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

ANJOS, Fernando Vernice dos. **Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13042010-145345/pt-br.php>> Acesso em: 28 mai. 2019.

ARÊDES, Sirlene Nunes. O conceito material de bem jurídico penal. **Revista de Direito FEAD-PHRONESIS**, n. 6, 2011. Disponível em:

<<http://revista.fead.br/index.php/dir/article/download/277/215>> Acesso em 15 mai. 2019.

ASSIS, Rafael Damaceno de. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. **Revista CEJ**, p. 74-78, 2008. Disponível em:

<<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/949/1122>> Acesso em 10 abr. 2019.

BARBOSA, Antonio Rafael. "Grade de ferro? Corrente de ouro!": circulação e relações no meio prisional. **Tempo soc.**, São Paulo, v. 25, n. 1, p. 107-129, Junho 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702013000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 22 mai. 2019.

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

_____. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Tradução de Cândido do Furtado Maia Neto. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral 1. 16 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BOARCCAIECH, Alessandro. **Os eleitos do cárcere**. São Paulo: Editora Porto de Ideias, 2009.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 05 mar. 2019.

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. CPI sistema carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009 (Série Ação Parlamentar; n. 384).

_____. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 02 mar. 2019.

_____. Lei de introdução do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais. **Decreto-lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941**. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm> Acesso em: 10 abr. 2019.

_____. **Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 23 mai. 2019.

_____. **Lei 7.209 de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm> Acesso em: 23 mai. 2019.

_____. **Lei 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. 1984. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em 17 abr. 2019.

_____. **Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9714.htm> Acesso em: 23 mai. 2019.

_____. **Lei 9.099, de 26 de Setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm> Acesso em 14 de abr. 2019.

_____. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – Infopen. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública. 2016.

_____. Nota Técnica nº 105/2019, de 15 de janeiro de 2019. **Acordo Penal. Constitucionalidade, Juridicidade, relevância e oportunidade da matéria.** Apoio à iniciativa legislativa. Nota Técnica Conjunta PGR/SRI. Brasília, DF.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Habeas Corpus 275.742.** Relator Sebastião Reis Junior, 10 de setembro de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 248.358.** Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 11 de abril de 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 453.437/SP.** Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta turma. Data do Julgamento: 04/10/2018. Data da Publicação: 15/10/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 347.** Partido Socialismo e Liberdade - Psol. Relator: Min. Marco Aurélio. União. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Brasília, 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 430.105-9/RJ.** Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Data do Julgamento: 13/02/2007. Data da Publicação: 27/04/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial 635.659/SP.** Voto do Relator. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Data do Julgamento: 08/12/2011. Data da Publicação: 28/11/2011.

_____. Tribunal Regional Federal (4.Região). **Correição Parcial nº 5053190-76.2016.4.04.0000/SC.** Corrigente: Ministério Público Federal. Corrigido: Juízo Federal da 1ª VF de Itajaí. Relator: Desembargador Federal Leandro Paulsen. Porto Alegre, RS, 8 de março de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8844800> Acesso em 14 de abr. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada.** São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal:** parte geral: volume 1. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão do “Estado de Coisas Inconstitucional”.** 2015. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://bdt.d.ibrict.br/vufind/Record/UERJ_9f19cd145c250c99ac13c9ee7b1f94b9> Acesso em: 25 abr. 2019.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Plea bargaining e justiça criminal consensual**: entre os ideias de funcionalidade e garantismo. Revista Custos Legis, v. 4, p. 1-26, 2012. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf> Acesso em 26 mai. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral. 22 ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018.

_____. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral: arts. 1º a 120. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CARVALHO, Mario Cesar. **Punir mais só piora crime e agrava a insegurança**. 2009. Entrevista publicada no acervo eletrônico da Folha de S. Paulo. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3108200916.htm>>. Acesso em: 15. mar. 2019.

CARVALHO, Salo. **Substitutivos Penais na Era do Grande Encarceramento**. In: Ruth Gauer. (Org.). Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II. 1. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, v. 01, p. 146-171.

CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

COLTRI, Flavia. **Lei Anticrime adota prática comum nos EUA e Inglaterra**. 2019. Publicado no acervo eletrônico do Jornal da USP. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/lei-anticrime-adota-pratica-comum-nos-eua-e-inglaterra/>>. Acesso em: 29 mai. 2019.

DE GIORGI, Raffaele; VASCONCELOS, Diego de Paiva. Os fatos e as declarações: reflexões sobre o Estado de Ilegalidade Difusa. **Rev. Direito Práx.** Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 480-503, mar. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662018000100480&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 mai. 2019.

DE OLIVEIRA, Fernando Antônio Sodré. Breves apontamentos sobre as políticas criminais e sua influência nos mecanismos de controle social formal. **Revista Direito em Debate**, v. 18, n. 31, 2009.

DOTTI, René Ariel. **Reforma penal brasileira**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1988.

FERNANDES, Valter; FERNANDES, Newton. **Criminologia integrada**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

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

IORE, Maurício. O lugar do Estado na questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas. **Novos estudos CEBRAP**, n. 92, p. 9-21, 2012.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

FRAGA, Affonso. **Da transação ante o Código Civil brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 1928, p. 11.

G1, *et al.* **Superlotação aumenta e número de presos provisórios volta a crescer no Brasil**. 2019. Reportagem publicada no acervo eletrônico do G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml>>

GOMES, Luiz Flávio. **Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie??** São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. 4 ed. Niterói: Editora Impetus, 2009.

_____. **Direito penal**. 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015.

GRINOVER, Ada *et al.* **Juizados Especiais Criminais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Tradução de Carlos Eduardo de Oliveira et. al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

ISHIDA, Válter Kenji. **Curso de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

_____. **Processo penal**. 7. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

JACOMETTO, Honório *et al.* **Após fuga de 24 presos da CPP de Aparecida de Goiânia, oito são recapturados e um morre, diz DGAP**. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2019/04/24/total-de-24-presos-fugiram-e-6-ficaram-feridos-apos-renderem-agentes-em-presidio-de-aparecida-de-goiania-diz-sindicato.ghtml>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

JESUS, Damásio de. **Direito penal - Parte geral**. 32 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018.

LIMA, Flávio Augusto Fontes de. **Justiça Terapêutica: em busca de um novo paradigma**. 2011. Tese (Doutorado em direito penal) – Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-09062011-142923/pt-br.php>> Acesso em: 20 abr. 2019.

LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Penas restritivas de direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MACHADO, Luiz Melíbio Uiraçaba. Princípios políticos dos Juizados Especiais. **Ajuris - Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, n. 67, p. 203.

MARINGONI, Gilberto. O destino dos negros após a Abolição. **Desafios do Desenvolvimento**, Brasília, p. 34 - 42, 01 dez. 2011.

MARTINELLI, Andréa. **Angela Davis**: 'o encarceramento em massa nunca trouxe soluções para conter a violência'. Pastoral Carcerária, 27 de julho de 2017. Disponível em: <<https://carceraria.org.br/mulher-encarcerada/angela-davis-o-encarceramento-em-massa-nunca-trouxe-solucoes-para-conter-a-violencia>> Acesso em 14 de abr. 2019.

MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. **Execução Criminal**: teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MILITÃO, Eduardo. **Moro quer adaptar no Brasil acordo usado nos EUA para diminuir processos**. UOL, Brasília, 05 de jan. 2019. Publicado no acervo eletrônico do UOL. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/01/05/moro-acordo-penal-plea-bargain-medida-eua.htm>> Acesso em 14 de abr. 2019.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; CONSTANTINO, Patricia (Org.). **Deserdados Sociais**: condições de vida e saúde dos presos do estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2015.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**: comentários à lei 7.210, de 11-7-84. 9 ed. rev., atual. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**, volume 1: parte geral, arts. 1º ao 120 do CP. 27. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A droga da Lei de Drogas**. 2016. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/droga-da-lei-de-drogas>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

_____. **Individualização da pena**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8. ed. rev., atual. e ampl. - Vol. 2. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

_____. **Manual de direito penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Theodoro Balducci de; D'ÁVILA, Fabio Roberto. 'Plea Bargain' e o pior os dois mundos. **Estadão**, 31 de jan. 2019. Disponível em:

<<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/plea-bargain-e-o-pior-dos-dois-mundos/>> Acesso em 14 de abr. 2019.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

POLAINO, Celso Gomes. **Adequação da pena: reflexões e sugestões**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-16042012-155518/pt-br.php>> Acesso em: 10 mar. 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 4. ed. rev., e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

ROCHA, Andréa Pires. Proibicionismo e a criminalização de adolescentes pobres por tráfico de drogas. **Serviço Social & Sociedade**, p. 561-580, 2013.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia clínica e psicologia criminal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**, parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. 2015. Artigo publicado no acervo eletrônico do Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 23. mai. 2019.

TAETS, Adriana Rezende Faria. **Por escrito: o Carandiru para além do Carandiru**. 2018. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS; CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. **Relatório de inspeção aos presídios de Goiás. Relatório**. Goiânia, 2017. Disponível em: <<https://sagresonline.com.br/images/Podcasts/2018/janeiro/04/tarde/relatorio.pdf>> Acesso em: 22 mai. 2019.

TRINDADE, Lourival Almeida. **A ressocialização uma (dis)função da pena de prisão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.