

**ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

ABDIAS BATISTA DA SILVA NETO

**RESSOCIALIZAÇÃO: CONCEITO DISTANTE FRENTE AO ATUAL
SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

**CARUARU
2016**

ABDIAS BATISTA DA SILVA NETO

**RESSOCIALIZAÇÃO: CONCEITO DISTANTE FRENTE AO ATUAL
SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida, como requisito parcial, para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Mestre Adrielmo de Moura Silva.

CARUARU
2016

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: __/__/__

Presidente: Prof. Msc. Adrielmo de Moura Silva

Primeiro Avaliador: Professor

Segundo Avaliador: Professor

“Quando se torna hábito, o bom uso da liberdade chama-se virtude; e quando se torna hábito, o mau uso da liberdade chama-se vício.”

Jacques –BenigneBossuet

DEDICATÓRIA

Dedico a Deus, fonte inspiradora para o meu contínuo aperfeiçoamento como ser humano e por ser o meu sustentáculo frente às adversidades da vida. A toda minha família, especialmente minha esposa, Rafaella Meneses, pelo amor, paciência e força para que o verbo desistir não fizesse parte da minha graduação; Ao meu filho Raul, pelo privilégio de ser seu pai e receber seu constante amor, alegria e carinho; Aos meus pais por terem me educado a ser uma pessoa do bem e sempre terem me incentivado nos meus estudos. A minha irmã Roberta Sales, exemplo ímpar de jurista. Aos meus colegas de curso, pela união necessária nessa jornada. Aos meus colegas da Polícia Militar de Pernambuco, que contribuíram para conciliar trabalho e vida acadêmica.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal discutir acerca da efetiva ressocialização dos presos, tendo em vista que estamos sob a égide de um sistema denominado (Nova Defesa Social) que tem por finalidade principal educar, ao invés de punir. Porém, os quantitativos sociais indicam que o sistema carcerário não educa, ou seja, é falido (segundo alguns estudos a taxa de reincidência no Brasil chega até a 70%). Isto porque, a prisão como recurso absoluto para o enfrentamento do crime, implica inevitavelmente nos altos índices de reincidência, vez que o cárcere em si, por muitos é visto como “escola do crime”. Medidas distintas da prisão evitam, assim, uma quebra deste ciclo vicioso. O trabalho se justifica para apresentar meios alternativos que podem solucionar este problema, ou minimizá-lo, como a prevalência da prisão domiciliar, a Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), as Audiências de Custódia implantadas recentemente pelo Conselho Nacional de Justiça e a Lei nº 13.257/15 (Lei da 1ª Infância). Tais garantismos penais para os infratores de menor e médio potencial ofensivo estão se demonstrando como medida mais legítima que a prisão, além de preverem benefícios para o réu preso e servirem como forma de desafogamento do sistema carcerário brasileiro atual.

PALAVRAS CHAVE: Sistema Carcerário – Ressocialização – Medidas Alternativas de Prisão- Garantismo.

ABSTRACT

This paper aims to discuss about the effective rehabilitation of prisoners, given that we are under the umbrella of a system called (New Social Defence) whose main purpose to educate, instead of punishing. However, the social quantitative indicate that the prison system does not educate, or is bankrupt (according to some studies recidivism rate in Brazil reaches 70%). This is because the prison as an absolute asset to face the crime inevitably implies the high rates of recidivism, as the prison itself, for many it is seen as “crime scholl”. Different imprisonment thus prevent a breack this vicious cycle. The work is justified to provide alternative means that can solve this problem, or minimize it, as the prevalence of domiciliary prison, Law nº 9.099/95 (Law Especial Courts), the Custody Audience hearings recently implemented by the National Council of Justice and Law nº 13.257/15 (Law of Childhood). Such criminal garantismos for minor offenders and high offensive potential are demonstrating how more legitimate as the jail and of providing benefits for the convicted defendant and serve as a form bottlenecking of the current brazilian prison system.

KEYWORDS:Prison system -Resocialization–Prison Alternative Measures

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 EVOLUÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE	11
1.2 Origem das penas	11
1.2 Evolução do sistema punitivo	14
1.3 Espécies de penas e proibições de pena de caráter perpétuo e de morte	16
2. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL E A APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	20
2.1 Penitenciárias Brasileiras.....	20
2.2 Direitos Humanos e as violações da dignidade do preso.....	22
3.3 Direitos fundamentais estendidos aos presos pela CF/88.....	23
3. A INEXISTÊNCIA DE UM SISTEMA PUNITIVO COM RESSOCIALIZAÇÃO E SUAS PROBLEMÁTICAS E MEIOS ALTERNATIVOS AS PRISÕES.....	27
3.1 Desigualdade social: fator de contribuição para delitos.....	27
3.2 Reincidência: prova da falha no sistema penal.....	28
3.3 Prisão domiciliar: uma execução da pena privativa de liberdade	30
3.4 Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais e a transação penal, como fórmula a não sequencia de processo.....	32
3.5 Audiências de Custódia: Certeza de efetividade judicial.....	36
3.6 Lei 13.257/16 – Lei da 1ª Infância: um direito estendido ao menor.....	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42
REFERÊNCIAS	45

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, o aumento da aplicação das penas privativas de liberdade, devido ao crescimento da criminalidade, chegou a uma proporção tal que o sistema carcerário brasileiro está cada vez mais defasado, abarrotado, falido, sendo objeto de críticas não só pelos que defendem a efetividade da garantia dos direitos humanos aos presos, mas grande parte da população brasileira que se sente inconformada com os custos que são obrigadas a terem para manterem esse sistema.

Diante deste problema de ordem pública, juristas, sociólogos, políticos, entre outros, estudam maneiras de corrigir esta celeuma, já que as prisões no Brasil não cumprem com uma de suas principais finalidades – a de ressocializar, ou reeducar os detentos.

Como será narrado no desenvolvimento do trabalho, as penas modificaram-se de acordo com as diferentes épocas e o anseio social, como quando eram aplicados os suplícios públicos (castigos corporais que aludiam a uma verdadeira peça teatral), como estes mecanismos mexeram na época, mormente na Europa do século XVII e foram desaparecendo com o passar do tempo, pois como explica Foucault (1997) a punição passou a ser mais velada no processo penal, tendo em vista que o espetáculo passou a ser visto de modo pejorativo pela população, havendo a inversão dos papéis: o carrasco passou a ser visto como criminoso, os juízes os assassinos e o supliciado um objeto de piedade e de admiração do público.

As penas, então, passaram a ter um caráter punitivo mais subliminar sob o pretexto de terem se tornado humanitárias, principalmentedepois da barbárie cometida pelo ditador alemão AdolfHitler, com conceitos humanitários e ideais iluministas oriundos da própria França, delatada por Foucault como país palco dos suplícios.

Assim, a pena privativa de liberdade tornou-se o principal meio de coerção em consonância com a aplicabilidade do Art.32 do Código Penal. As penas são: I- privativas de liberdade II- restritivas de direitos; III – multa.

Ocorre que, face ao alto índice de cometimento de crimes de maior potencial ofensivo, é alarmante a quantidade de pessoas que são punidas com a privação do direito à liberdade, aumentando significativamente à população carcerária brasileira,

assim a manutenção de presos tem se tornado um problema cada vez mais sério, posto que, como falado, as penitenciárias enfrentam vários problemas – mormente a superpopulação carcerária – e não estão cumprindo com um dos seus principais objetivos: a ressocialização.

Segundo o art. 1º da LEP: “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.”

Malgrado a letra do dispositivo legal supranarrado ser bem claro, é inegável que efetivamente a integração do preso à sociedade é algo bem utópico, ficando somente no mundo das ideias, haja vista que, como será abordado neste trabalho, nem os encarcerados recebem meios do Estado para voltarem de fato ao convívio social, sendo-lhes privados vários direitos garantidos pela CF/88 e pela legislação infraconstitucional, bem como, é mínimo o número de presos que de fato se ressocializam, levando em consideração o alto número de reincidentes.

Para muitos, as penitenciárias brasileiras são verdadeiras escolas do crime, muitos que cumprem a pena e saem do sistema carcerário, voltam à sociedade mais perigosos do que quando foram excluídos do convívio social.

No primeiro capítulo, falaremos sobre as penas. Como surgiu esse instituto que visa punir aquele que cometeu uma infração ou descumpriu normas vigentes no ordenamento jurídico ou nos costumes das épocas. Será realizado um breve histórico de como as penas “evoluíram”, deixando de se materializarem no corpo do condenado, para, em regra, subtrair deste o seu direito de ir e vir. Por fim, cingiremos ao Brasil, demonstrando quais são as penas aplicáveis no nosso sistema penal, diferenciando-as e explicando quando elas são aplicáveis ao caso concreto, chegando, por último, a pena capital, que é, em regra, vedada.

No terceiro capítulo, discorreremos acerca do sistema penitenciário brasileiro, enfatizando como ocorre, de fato, o emprego dos Direitos Humanos aos presos. Para tanto, faremos um breve histórico das mudanças ocorridas nas penitenciárias brasileiras, até chegar aos dias atuais, onde a aplicação dos Direitos Humanos quase não ocorre face ao óbice encontrado nos presídios devido aos inúmeros problemas de ordem pública, sendo mister salientar que utilizaremos como base para análise e estudo sobre tais questionamentos fontes de diversos autores consagrados no meio jurídico que propunham saídas alternativas a medida de

prisão, além de abordar a história da violência nas prisões e de que forma o poder dentro destas instituições é exercido.

No quarto capítulo, discutiremos o problema cerne do presente trabalho: A ressocialização. Por que problemas sociais, como a desigualdade econômica, é um fator que contribui significativamente para não reinserção do indivíduo na sociedade. Ademais, provaremos a falha no sistema penitenciário brasileiro (que prega a ressocialização), contrapondo-se pelo número de reincidentes. Outrossim, sugerimos uma saída para o problema da quase inexistência de recuperação, embasados em institutos jurídicos novos, como a prevalência da prisão domiciliar, a inovação das audiências de custódia e a chamada “Lei da Primeira Infância”, que visam precipuamente manter em sociedade as pessoas que cometem pequenos delitos, dando-lhes uma segunda chance para não terem sua liberdade privada e, assim, tentar recuperar o sistema prisional brasileiro.

2 EVOLUÇÃO DAS PENAS

2.1 Origem das Penas

E inexplicável na época atual as penas vividas no contexto ocorridas na França entre os séculos XVII e XIX, narradas por Michel Foucault em sua obra *Vigiar e Punir*, os suplícios a exposição do condenado, eram espécie de vingança, nas quais a crueldade era legalizada, determinada pelo rei, soberano, de uma monarquia absoluta. A punição funcionava para preservar a autoridade do monarca, punição e publicidade tinham um significado central para a justiça real naquela época. Os crimes praticados dentre eles havia uma conotação contra a lei e que o criminoso era um inimigo do príncipe.

Uma das primeiras formas de punições existentes foram impostas com a Lei do Talião, ea forma de composição, espécies de vingança privada, sendo a primeira uma forma onde o autor do delito teria como castigo igual o crime por ele cometido, a justa retribuição,mas este revide a maioria das vezes não tinha proporção com a ofensa,na concepção de Azevedo Franco, veem um grande avanço para a época, “porque veio estabelecer entre a ofensa e a reação, uma proporção, uma equivalência, que não existia na vingança privada, na fase anterior.”¹, tem como relação a máxima: “olho por olho, dente por dente.”colhido como principio de diversos códigos como o de Hamurabi e pela Lei das XII Tábuas.

Já na composição, é demonstrado um certo avanço do direito punitivo, que consistia na compra da pena pelo ofensor, pelo direito de punir da vítima. Portanto,como forma de pagamento eram oferecidosmoedas, gado, vestes e outras formas de intermediação.

Segundo René Dotti, a composição caracterizava-se por um abrandamento das penas violentas que se dirigiam contra o corpo do condenado (morte, mutilação, etc.), e a expressão de utilidade social que deve ser inerente a todas as sanções criminais.²

Após o período, a vingança privada esta passa a ser divina, o objetivo era de conter a criminalidade embora não tenha conseguido criar um efeito inibitório,

¹ AZEVEDO FRANCO, Ary. **Direito Penal** – 1ªparte. Rio de Janeiro: Editora Almeida Marques, 1889, p. 436.

² DOTTI, René. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p.125.

quanto a prática de crimes. O cárcere, como instrumento espiritual do castigo, foi introduzido pelo Direito Canônico, posto que, pelo sofrimento e na solidão, “a alma do homem se depura e purga o pecado.”³

O cárcere era uma forma de retenção provisória do indivíduo, até a imposição de uma pena, condicionada de castigos corporais, açoites, banimento, e galés (que consistia no recrutamento daqueles que cumpriam penas, os prisioneiros eram retirados dos cárceres e acorrentados às embarcações de guerra), dentre outras.

É importante para compreender o sistema penitenciário atual, a informação de que em sua origem, a prisão cautelar é anterior à existência da prisão-pena, a qual só veio a existir depois que a humanidade conheceu o instituto da privação da liberdade. Assim, antes de ser uma espécie de sanção, a prisão foi destinada a reter o condenado até a efetiva execução de sua punição, a qual era sempre corporal ou infamante.⁴

Nas lições de Gilberto Ferreira, resumidamente, o instituto da pena viu-se dividido em períodos e finalidades, da seguinte forma:

Vingança Privada – A punição tinha uma única finalidade: a vingança. Não havia nenhuma preocupação com o princípio da proporcionalidade entre o crime e o castigo. Foi a época da pena do Talião.

Vingança divina – A pena era aplicada com o fim de atingir os objetivos traçados pela divindade, por uma autoridade superior, nunca com o fim de satisfazer os interesses sociais ou da vítima;

Período Humanitário: Prega o fim do castigo como pena, pugnando pela humanização dela e da própria prisão. É o início da busca de oferecer ao condenado dignidade e respeito;

Período Científico- A pena deve ser aplicada de acordo com o tipo de crime praticado e com a periculosidade do agente.

Nova Defesa Social – Meta atual, iniciada em 1945, cujo enfoque maior é a recuperação do criminoso, já que a pena tem finalidade reeducativa e de proteção à sociedade.⁵

³ RUIZ FUNES, Mariano. **A crise nas prisões**. Ed. Saraiva, São Paulo, 1953, p.63.

⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. São Paulo: Saraiva. 2000, p.207.

⁵ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997, p.p. 25/30

A Nova Defesa Social tem por objetivo reeducar a pessoa, trabalhando com a mesma para que não volte à criminalidade, primando pela efetivação dos direitos fundamentais e, por outro lado, garantir a segurança coletiva pública ou cidadã.

O conceito de defesa social não é antagônico ao de respeito a direitos fundamentais, tendo em vista que o conceito de defesa social e até mesmo a sua errônea simplificação para sinônimo de segurança pública não pode excluir a ideia de respeito aos direitos e garantias fundamentais do infrator.⁶

Segundo Rogério Greco⁷:

Muito se tem discutido ultimamente a respeito das funções que devem ser atribuídas às penas. O nosso Código Penal, por intermédio de seu art. 59, prevê que as penas devam ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Assim, de acordo com nossa legislação penal, entendendo que a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais.

A discussão principal deste trabalho é saber como é que se reprova o mal e previne o crime, quando as estatísticas demonstram que os presos, apesar de, na maioria, terem algum sentimento de arrependimento pelo crime praticado, o quantitativo de presos, mesmo arrependidos, tornou-se um problema público de várias ordens.

No seu livro *O Futuro Alternativo das Prisões*⁸, Edmundo Oliveira fala que para as penas realizarem plenamente os seus fins, a pena de prisão deve ser:

- a) proporcional à gravidade do crime e à culpabilidade do agente;
- b) impulsora do senso de responsabilidade;
- c) eficaz na defesa da sociedade;
- d) reparadora do dano causado;
- e) exemplar para todos;
- f) tranquilizadora dos homens de bem;
- g) medicinal para o próprio delinquente;
- h) alicerce para o exercício da cidadania;
- i) caminho para a retomada dos sonhos na vida familiar e comunitária.

Dessa forma, tendo em vista o período da Nova Defesa Social, a pena deve ter um caráter não só punitivo, mas e, principalmente, educador. Fora abolido assim,

⁶GOMES, Geder Luiz Rocha. **A Substituição da Prisão: Alternativas Penais: legitimidade e adequação.** São Paulo: JusPodivm, 2008.p.222.

⁷ GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** Niterói- RJ : Editora Impetus, 2012, p.72.

⁸OLIVEIRA, Edmundo. **O Futuro Alternativo das Prisões.** Rio de Janeiro. Forense, 2002, p 11.

para a pena, a ideia de que uma ação gera uma reação, porque como explica Fernando de Oliveira, seria pesar em demasia um dos pratos da balança, sendo considerada para o autor iníqua e contraproducente.

O ideal almejado hodiernamente é, sem dúvida, o caráter educador da pena. Educa o delinquente e educa a sociedade, pois a medida em que a pena pune, serve além da garantia para o homem de bem, meio intimidador para que este não pratique crimes sob pena de ser punido com a restrição de direitos, como até a perda da liberdade.

2.2 Evolução do Sistema Punitivo

As barbáries cometidas durante o período da 2ª guerra mundial, seguindo as leis ditatoriais do Nazismo e Fascismo, fizeram com que a humanidade refletisse a crise política em que estava envolvida, não permitindo mais que nenhum Estado possa se sobrepôr à justiça, vindo despertar o interesse dos direitos humanos pela comunidade internacional, para que estes genocídios cometidos durante essa época fossem inadmissíveis. Se a Segunda Guerra significou o rompimento com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reestruturação.

Norberto Bobbio, complementa dizendo que o início da era dos direitos é reconhecido com o pós-guerra, já que “somente depois da 2ª Guerra Mundial é que esse problema passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo – pela primeira vez na história – todos os povos”.⁹

Fazendo uma abordagem nos principais marcos históricos que influenciaram para a evolução dos direitos humanos, encontramos na afirmativa de Adeildo Nunes (2005) A declaração do Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em outubro de 1789, pela Assembléia Nacional Constituinte Francesa, inspirada nas ideias dos seus revolucionários – mormente por concepções originárias de Montesquieu – consagrava: “ Nenhum homem pode ser acusado, sentenciado, nem preso senão nos casos determinados pela lei e segundo as formas que ela tem prescrito. Os que solicitam, executam ou fazem executar ordens arbitrárias, devem ser castigados.”

A partir da evolução dos direitos humanos e das demais convenções mundiais, sendo impossível definir um marco cronológico para tal avanço, mas que é recente,

⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 49.

se comparado a data da existência da raça humana, começa a ser formado um constitucionalismo mundial, com a finalidade de proteger os direitos do homem contra as arbitrariedades estatais. Nesta presente carta Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada unanimemente pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, foi à primeira organização internacional que abrangeu quase a totalidade dos povos da Terra, ao afirmar que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.”¹⁰

No Brasil essas condições foram instalando-se por meio da nossa carta constitucional insculpida em clausulas pétreas que dão direitos e garantias individuais ao cidadão, e através de tratados e convenções internacionais, na matéria de direitos humanos, as quais são inseridas por meio de emendas constitucionais no nosso ordenamento, por meio do processo legislativo.

Dentre elas a que esta gravada no Artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal do Brasil “Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento degradante ou desumano”. Um dos artigos mais desprezados pelo próprio Estado brasileiro.

Dentro de um ponto de vista normativista, a liberdade é definida pelas normas jurídicas, sendo sua medida a prática de atos que não tenham sido vedados em lei.

Para Kelsen¹¹, portanto, o principio da liberdade é delimitado pela existência de normas que impeçam o cidadão de ter um determinado comportamento; se não existem normas que vedem tal conduta, ele tem plena liberdade para realizá-la. É o chamado “dever ser”.

Na historia das práticas delituais a sociedade requer o posicionamento do estado em coibir a execução de novos crimes, como também apunição frente ao responsável incidente no juízo de culpabilidade do agente, com a imposição de medida conveniente. O estado assume sua obrigação de aplicar o Direito Penal quando não mais for possível a conservação da ordem judicial por outros meios de reação. Considerando a fragmentariedade da norma penal e a excepcionalidade da prisão.

2.3 Espécies de Penas e Proibições de Pena de Caráter Perpétuo e de Morte

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 17

¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**; Tradução João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p.13.

Já na primeira Constituição Brasileira, de 25 de março de 1824, outorgada por Dom Pedro I, ficou abolida definitivamente os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis, assegurando a prisão. Sendo uma das primeiras constituições a incluir no seu texto, um rol de direitos e garantias individuais, como o citado em seu art. 179 “A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Politicos dos Cidadãos Bazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.”

Como define Luciano Maia, essa constituição trazia as definições legais da segurança, da higiene e do arejamento das cadeias, bem como da triagem classificatória dos presos conforme a natureza de seus crimes. Embora tenham sido princípios vazios, pelo não cumprimento das normas expostas.

Há várias razões pelas quais a velha lei ‘olho por olho, dente por dente’ deve desaparecer dos códigos. Em primeiro lugar, não deveria ser permitido ao homem destruir a única coisa que ele não pode restituir, a vida. Além disso, acredito que a pena capital não serve a nenhum propósito útil e é apenas uma espécie de vingança. Um erro, por maior que seja, não se repara com a morte. E se, como já tem acontecido, o condenado não é realmente culpado, então a tragédia é completa. Tais casos são naturalmente muito raros; mas o julgamento dos júris não é infalível. Há sempre a possibilidade de que um inocente sofra a pena máxima¹²

Neste sentido Ferrajoli, esclarece que, “acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e quantidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irreduzivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas[...] um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinquentes”.¹³

Preceitua o Código Penal no seu artigo 32 os tipos de penas existentes na legislação brasileira:

¹² ELLIOTT, Robert G. **387!!!Mateio-os Por Ordem**. Escrito em colaboração com Albert. R. Beatty, Rio de Janeiro, 1992. p. 315

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 4 ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2014, p. 318.

Art. 32 As penas são: I – privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III – de multa”.

Nestas espécies de penas do inciso I, incluem-se, os tipos de privação de liberdade, reclusão e detenção. As restritivas de direito são aplicadas para as Contravenções Penais, podendo ser aplicada a pena de prisão simples. As multas podem ser aplicadas sozinhas e cumulativamente.

Segundo Guilherme Nucci, pena é a sanção imposta pelo Estado, por meio de ação penal, ao criminoso como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes.

As penas restritivas de liberdade dividem-se em duas espécies, sejam elas: as penas de *Reclusão* e a de *Detenção*, sendo diferenciadas, pela forma de cumprimento da pena, a primeira iniciada em regime fechado e a outra em regime semiaberto ou aberto. Se bem que há uma tendência visando abolir essa conceituação e deixando apenas pela efetivação do cumprimento da pena privativa de liberdade em seus três níveis de regime: *regime fechado*, *regime semiaberto* e *regime aberto*. Ainda sob a observância, no que determina os critérios previstos no art. 59 do CPB, para a fixação da pena.

Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos da qual o Brasil é signatário, em seu artigo 4. Que trata sobre o direito à vida, ela se permeia em seu artigo 3. “Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido. No entanto há a possibilidade de tal pena em caso de guerra declarada, não há de se negar que o bem jurídico mais precioso, fosse passível de tal barganha.

O princípio da legalidade juntamente com separação de poderes, representam um limite para a atuação do estado, da sua forma autoritária, proibindo recurso à analogia *in malam partem*, pois já traz formulas prontas para aplicação da lei, como afirma Assis Toledo, “da afirmação de que só a lei pode criar crimes e penas resulta, como corolário, a proibição da inovação do direito consuetudinário para a fundamentação ou agravamento da pena, como ocorreu no direito romano e medieval.”

14

Tal princípio vem insculpido no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal Brasileira, com o que igualmente preconiza o Código Penal em seu artigo primeiro. “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa

¹⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**, 5º Ed. Saraiva, 1994. p.25.

cominação legal”, conhecido por meio da expressão latina *nullapoenasine lege*. O cidadão tem assegurado o seu direito, não podendo o Estado inovar nesse campo, sob prejuízo à incolumidade do cidadão.

É polêmica a discussão sobre o tema “prisão perpétua”, por mais tempo que um condenado fique na prisão esta duração não pode ultrapassar 30 anos. É o que aduz o nosso Código Penal em seu art. 75:

Art. 75 O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não podem ser superior a 30 (trinta) anos”.
 §1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30(trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

Geralmente aplicado a crimes contra a vida. Importante ressaltar que o legislador contemporâneo a época de criação do código, quando arbitrou esse período a expectativa média de vida era bem menor do que as médias atuais, o que ensejam na mente de alguns doutrinadores aumentar-se o tempo para aplicação desta pena.

O Poder Constituinte Originário proibiu à aplicação da pena de morte, com uma ressalva na aplicação da pena para crimes militares, em caso de guerra declarada. No entanto, há a impossibilidade para esta pena capital nos crimes comuns, são de matérias imutáveis, cláusulas pétreas impossíveis de serem negociadas. Se bem que a sociedade quando se depara com um crime que tenha certa gravidade movida por um sentimento de vingança, exige uma punição bem maior do que a da norma positivada.

Como preleciona Luigi Ferrajoli, para a sociedade pode até ser suficiente que a maioria dos culpados seja condenada, mas o maior interesse é de que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Isso porque os direitos dos cidadãos estão ameaçados não somente pelos delitos, mas também pelas penas arbitrárias.¹⁵

Sem tentar observar os direitos e garantias fundamentais as quais buscam protegê-los contra as arbitrariedades estatais cometidas anteriormente, é como se esta parcela estivesse isenta de conflitos.

Um fator que deve ser notado, é que a grande parcela atingida pelo Direito Penal consiste naqueles que não tem o mínimo de condições para sua subsistência,

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: São Paulo: Editora Revista, 2010.p. 549.

tal fato consiste na abstinência dos governos em resolverem problemas da sociedade através da criação de políticas públicas, objetivando o fornecimento de direitos básicos ao cidadão, tais como: educação, saúde, alimentação etc.

2 SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL E A APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

2.1 Penitenciárias Brasileiras

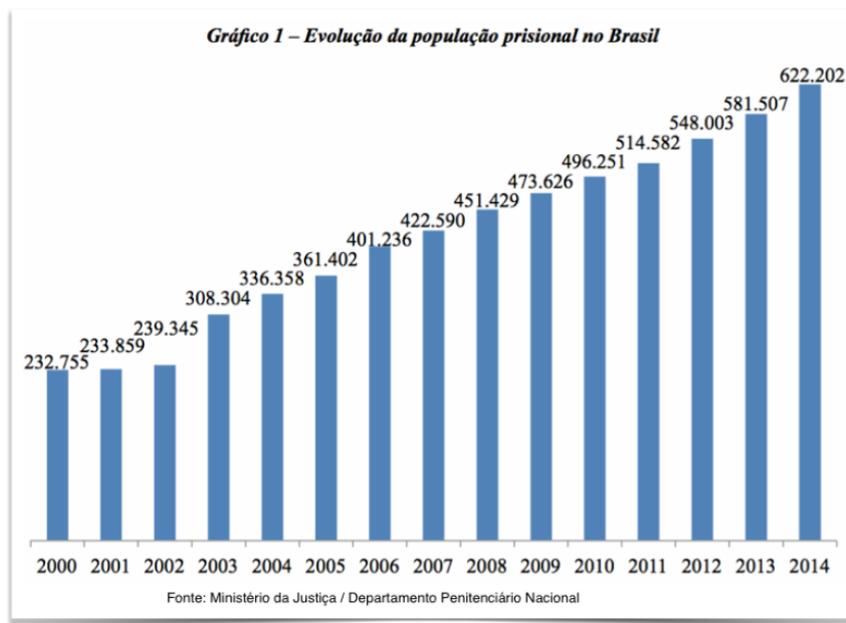
Um estudo realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional, divulgado em 26 de abril de 2016 pelo Ministério da Justiça, demonstra que em 2014, o Brasil tinha 622.202 presos, um número superior à população da cidade de Aracajú¹⁶.

O Departamento Penitenciário Nacional aponta que cerca de 250 mil presos são pessoas que ainda não foram julgadas em 1º instância, isto é, esperam a sentença e, portanto, são presos provisórios.

De acordo com o Estatuto do Idoso, muitos desses encarcerados que esperam julgamento seriam sentenciados a pena não privativa de liberdade.

Nota-se, portanto, falha também no sistema judiciário, tendo em vista que os operadores do Direito, não conseguem também cumprir com o que próprio sistema utopicamente prega: uma razoável duração do processo.

Este mesmo estudo demonstra que entre 2000 e 2014 houve um crescimento de 167% do número de presos, como se observa no gráfico a seguir:



¹⁶ RODRIGUES, Fernando. **Número de presos no Brasil mais que dobra em 14 anos**. Disponível em: < <http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2016/04/26/numero-de-presos-no-brasil-mais-que-dobra-em-14-anos/> >. Acesso em maio de 2016.

Estes dados comprovam a ineficiência do sistema prisional, tendo em vista que se estamos em uma fase em que o instituto da pena é de educar, o quantitativo deveria diminuir e não aumentar de modo exacerbado, como está ocorrendo.

O estudo também discorre que em 2014, faltavam mais de 250 mil vagas nas penitenciárias brasileiras¹⁷.

Então, surge uma indagação: Se um dos maiores óbices à efetiva ressocialização dos presos é o superlotamento nas prisões, é mais viável criar mais penitenciárias para alocar estes presos em demasia ou buscar um meio alternativo para solucionar o problema, tendo em vista que é retirado principalmente do cidadão de bem os custos para manter o encarceramento dos condenados?

A proposta não é deixar de punir o infrator, mas de ser levado em consideração que a prisão deve ser ao máximo evitada pelo Poder Judiciário, dando primazia às penas não restritivas de liberdade, como as prisões domiciliares.

Entretanto, para alguns, a “implementação” de tais medidas, como dar primazia à prisão domiciliar e não à pena privativa de liberdade, gera um certo desconforto, tendo em vista a deficiência da segurança pública e o sentimento de impunidade da sociedade em relação aos delinquentes.

Todavia, o problema da quase inexistência de efetiva ressocialização dos presos e o superlotamento das prisões, nos remete a raciocinar medidas mais eficazes.

Senão, vejamos:

O Brasil tem a 4ª maior população prisional do planeta, superando a Índia, país com 1,2 bilhões de habitantes.

A média mundial de presos para número de habitantes é de 144 presos para 100 mil pessoas. No Brasil, são 306 presos para cada 100 mil habitantes.

Dessa forma, o problema da superlotação da população carcerária, acrescida da ressocialização fracassada, da falta de número de vagas para os detentos e o alto gasto público, reclama que medidas alternativas à prisão sejam priorizadas.

¹⁷ RODRIGUES, Fernando. **Número de presos no Brasil mais que dobra em 14 anos**. Disponível em: < <http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2016/04/26/numero-de-presos-no-brasil-mais-que-dobra-em-14-anos/>>. Acesso em maio de 2016.

O gráfico elaborado pelo Ministério da Justiça e pelo Departamento Penitenciário Nacional, compara a população carcerária brasileira com a de outros países, o que aponta também que países de primeiro mundo, capitalistas, mas não distributivos, como os Estados Unidos, também possui um alto índice de encarcerados:¹⁸

Quadro 2 - Países com maior população prisional do mundo

Posição	País	População Prisional	Ano de Referência
1	Estados Unidos da América	2.217.000	2013
2	China	1.657.812	2014
3	Rússia	644.237	2015
4	Brasil	622.202	2014
5	Índia	418.536	2014
6	Tailândia	314.858	2015
7	México	255.138	2015
8	Irã	225.624	2014
9	Turquia	176.268	2015
10	Indonésia	173.713	2015

Fonte: Ministério da Justiça / Departamento Penitenciário Nacional

2.2 Direitos Humanos e as Violações da Dignidade dos Presos

Se o sistema de ressocialização funcionasse, os próprios Direitos Humanos não chegariam a ser, como muitas vezes é chamado, de direito de bandido ou um mero ramo do Direito tido por utópico e ineficaz.

Este mesmo entendimento é compartilhado por Vasconcelos, Queiroz e Calixto:

¹⁸RODRIGUES, Fernando. **Número de presos no Brasil mais que dobra em 14 anos**. Disponível em: < <http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2016/04/26/numero-de-presos-no-brasil-mais-que-dobra-em-14-anos/>>. Acesso em maio de 2016.

Temos uma legislação pertinente sobre o assunto, os ordenamentos jurídicos trazem uma realidade utópica sobre os estabelecimentos penais e as garantias aos apenados. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Lei de Execução Penal e a Constituição Federal do Brasil, trazem normas em que estabelecem os traços ideais das Penitenciárias, mas de um modo geral contradiz o que foi exposto por estes ordenamentos.

O cenário de rebeliões, fugas e o crescente aumento da criminalidade e da violência dos presos, são em parte resultados da situação degradante em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro, que viola os direitos fundamentais da pessoa humana e submete a condições precárias a vida em cárcere.

Várias são as convenções, ONGs (Organizações não Governamentais) e estatutos que lutam e reivindicam os direitos dos detentos, os enxergando como sujeitos capazes que devem pagar sua dívida para com a sociedade, mas que o Estado ao tutelar a sua liberdade, deve fornecer todos os subsídios e as devidas condições para que aquele cidadão seja reeducado e posteriormente ressocializado, estas devem ser as metas prioritárias e superiores à punição dos delitos cometidos.¹⁹

Com os problemas atuais apresentados pela falta de ressocialização do sistema carcerário, os Direitos Humanos ficam em segundo plano, não conseguindo cumprir, assim, seus objetivos. Depreende-se, portanto que o problema relativo à efetiva ressocialização dos presos acaba sendo um dos piores vilões para as violações da dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais dos detentos.

2.3 Direitos Fundamentais Estendidos aos Presos pela CF/88

O Direito Constitucional mostra uma íntima ligação com o Direito Penal, uma vez que toda norma penal deve estar em consonância com o ordenamento maior. O artigo 5º traz diversas garantias a serem aplicadas quanto a pessoa do preso, na verdade tem este uma limitação dos direitos que correspondem à pena e a medida de segurança que lhe foram destinadas, continuando a ser sujeito de direito.

¹⁹ CALIXTO, Gerlana Araújo de Medeiros; QUEIROZ, Ruth Fabrícia de Figueiroa; VASCONCELOS, Diego Santos de. **A Precariedade no Sistema Penitenciário Brasileiro – Violação dos Direitos Humanos**. Âmbito Jurídico, 2001.

A título de exemplo:

Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante(art. 5º, III, da Constituição Brasileira);

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido (art. 5º, XLV, da Constituição Brasileira);

A pena será cumprida em estabelecimento distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado(art. 5º, XLVIII, da Constituição Brasileira);

É assegurado aos presos o respeito á integridade física e moral(art. 5º, XLIX, da Constituição Brasileira);

Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal(art. 5º, LIV, da Constituição Brasileira);

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(art. 5º, LXI, da Constituição Brasileira);

A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e á família do preso ou á pessoa por ele indicada(art. 5º, LXII da Constituição Brasileira);

O preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial(art. 5º, LXIV, da Constituição Brasileira);

A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária(art. 5º, LXV, da Constituição Brasileira);

Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança(art. 5º, LXVI, da Constituição Brasileira);

Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.(art. 5º, LXVII, da Constituição Brasileira);

Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso do poder (art. 5º, LXVIII, da Constituição Brasileira).

Conforme observa, Maurício Antonio Ribeiro Lopes²⁰

O Direito Penal funda-se na Constituição, no sentido de que as normas que o constituem ou são elas próprias normas formalmente constitucionais ou são autorizadas ou delegadas por outras normas constitucionais. A Constituição – como regra geral – não contém normas penais completas, isto é, não prevê condutas nem as censura através de penas ou medidas de segurança, mas contém disposições de Direito Penal que determinam em parte o conteúdo de normas penais.

Falando em Brasil, alguns destes direitos garantidos pelo art. 5º, núcleo petrificado da Constituição Federal claramente não são efetivados, devido a ausência do cumprimento das normas, no processo judiciário concomitante ao cárcere, em que vários direitos do imputado são desrespeitados.

As condições do sistema penitenciário brasileiro demonstram, *per si*, uma das claras inobservâncias ao preceito constitucional fundamental aos Direitos Humanos, como à não submissão do preso a tratamento cruel ou degradante.

Para a professora Maria Thereza Rocha de Assis Moura²¹

O processo de deterioração do desumano sistema carcerário é evidente: prisões superlotadas, sem lugar para todos; muitos dormem no chão de cimento, em colchões de espuma imundos, ou sobre cobertor. Onde o espaço no chão não é suficiente para permitir que todos se deitem, os presos se revezam; o meio ambiente é insalubre; os doentes são, muitas vezes, misturados com os sadios; há ratos, baratas; os programas educativos, recreativos e profissionalizantes quase inexistem; a falta de consideração pela dignidade dos presos é notória.

²⁰ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.98.

²¹ Moura, Maria Thereza Rocha de Assis. Boletim IBCCRIM, nº83, outubro de 1999, p. 10.

É com base nesses argumentos expressivos e reais que a professora Maria Theresa *apud* Nunes²², afirma que:

Sabidamente, o cárcere não reabilita, nem reintegra o condenado à Sociedade, é preciso evitar, pelo menos, para os pequenos e médios infratores, a prisão, impondo-lhes penas alternativas. Vislumbra-se, destarte, que o sistema penitenciário nacional precisa ser revisto, repensado e primordialmente planejado para o futuro, o que os resultados serão cada vez piores e incongruentes com os anseios sociais.

O problema parece ser, mas não é, somente, a superlotação carcerária, porém um sistema de execução penal falido, que não cumpre o seu principal objetivo: que é reeducar.

Dessa forma, o presente trabalho almeja a efetiva ressocialização, considerando não somente a superlotação no sistema carcerário brasileiro que ao invés de ressocializar, acaba contaminando mais ainda o recluso, e, também de garantir aos presos que ao menos seus direitos como pessoa, assegurados ao longo do art. 5º da Constituição Federal e em legislações esparsa

²² NUNES, Adeildo. **A Realidade das Prisões Brasileiras**. Nossa Livraria, Recife, 2005. p. 243.

3. A INEXISTENCIA DE UM SISTEMA PUNITIVO COM RESSOCIALIZAÇÃO E SUAS PROBLEMÁTICAS E MEIOS ALTERNATIVOS ÀS PRISÕES

3.1 Desigualdade Social: Fator de Contribuição Para Delitos

Pesquisas do IBGE apontam que mais de 60% da população carcerária é negra ou parda, que desse percentual a maior parte é pobre e tem baixo grau de escolaridade. Estes fatos não são novidade para um país construído à base da escravidão dos negros e de ser colonizada por uma metrópole capitalista como Portugal.²³

Observa-se, portanto, que o problema está enraizado desde o início da “civilidade” brasileira, tendo em vista que os negros trazidos da África e índios foram punidos por serem negros e índios. Acorrentados pelo fato de serem negros e índios e quando deixaram de ser propriedade da elite branca, foram abandonados pelo governo e obrigados a construir uma história dentro de um país estigmatizado e manchado pelo preconceito.

Para Rafael Custódio²⁴, coordenador da ONG Programa de Justiça e Conectas: “O retrato pintado pelo Ministério da Justiça é claro ao determinar quem é o alvo preferencial da política penitenciária: o jovem, negro e pobre. O sistema penal é seletivo.”

Os dados demonstram que parece que não fora superada à fase lombrosiana em que a antropologia criminal se esboçava no protótipo do delinquente, defendendo que o criminoso possuía traços que o identificavam. A teoria lombrosiana voltou-se especificamente à negros, imigrantes pobres e mestiços, tendo como um dos maiores adeptos no Brasil, o médico maranhense Raymundo Nina Rodrigues.

Como professor de medicina legal, Lombroso criou a ciência da antropologia criminal e um livro chamado *O homem delinquente*, sua obra mais famosa. Nesse livro, Lombroso realizou um estudo sistemático, expondo traços marcantes que caracterizam os seres vivos, como portadores de anomalias anatomopatológicas capazes de impulsioná-los à criminalidade.

²³ONG CONECTAS. Negros correspondem a mais de 60% da população carcerária. Disponível em: <http://www.afropress.com/post.asp?id=17721>. Acesso em fevereiro de 2016.

²⁴CUSTÓDIO, Rafael. Disponível em: <http://www.afropress.com/post.asp?id=17721>. Acesso em fevereiro de 2016.

O capítulo intitulado “Antropometria e fisionomia de 3.939 criminosos” apresenta um quadro de precisões insólitas. Nessa análise, assassinos e ladrões têm um perfil feio, amplitude torácica, assimetria facial, cabelos negros e crespos, pele morena, nariz aquilino, adunco e disforme, maxilares desenvolvidos, caninos crescidos, orelhas volumosas e de abano, crânio achatado, fronte deprimida, arcadas superciliares proeminentes, grande distância dos zigomas (ossos da maçã do rosto), enormes e espessas sobrancelhas, incidência positiva de epilepsia, uso de gírias, além de tatuagem pelo corpo²⁵

A fase da Antropologia Criminal lombrosiana pode até ter sido substituída, porém a influência que esta teoria ainda traz, disseminando-se como um câncer em metastase – subliminarmente – é indubitável, posto que a maior parte da população carcerária seja negra.

3.2 Reincidência: Prova da Falha no Sistema Penal

Como ajustar uma penalidade ao infrator sem torná-lo ainda mais refém do sistema, o qual oprime a grande maioria da população.

Segundo o jurista Luiz Flávio Gomes²⁶, o encarceramento massivo é tirânico e abusivo, sendo instrumento do sistema capitalista não-evoluído e extrativista. A mídia, por sua vez, exerce também um grande poder na população, criando uma mentalidade de punição mais severa para o criminoso

Para Gomes, os criminosos não-violentos poderiam ser castigados com penas alternativas, tendo em vista a verdadeira bestialidade do atual Sistema Carcerário que de 1990 a 2012 obteve um aumento de 508% da população carcerária.

O sistema carcerário dá uma impressão que todas as prisões são legítimas porque além do sentimento de segurança pública, há a ressocialização, o que é cediço que, na verdade, não ocorre, levando em consideração a alta taxa de reincidência. Um sistema que deveria educar para que a pessoa não volte à criminalidade, acaba sendo um dos principais responsáveis pela mesma.

O sistema capitalista brasileiro tem um *modus operandi* que o preso deve ser visto como um “degenerado da natureza” e, por isso, há forte repressão do Estado. Porém, este mecanismo burguês é camufladamente voltado somente para

²⁵ MAIA, Clarissa Nunes. **História das prisões no Brasil**. volume 2, Ed. Rocco. Rio de Janeiro, 2009.

²⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Brasil: Reincidência de até 70%**. Ano 2014. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/brasil-reincidencia-de-ate-70/>> Acesso em maio de 2016.

as classes tidas como perigosas: ralé e proletariado.

Em países capitalistas evoluídos e distributivos, como a Noruega, a Suécia e a Dinamarca, a pena é proporcional ao crime. Por exemplo, empobrecimento em caso de corrupção. Já num país capitalista, selvagem e extrativista, como o Brasil, a política é massiva e irracional²⁷.

Assim, o nosso sistema, na realidade, prefere repreender a educar, o que acarreta no problema do aumento da criminalidade. A ressocialização, que deveria ser a “cura” do preso, é uma enfermidade.

[...] é possível afirmar que o endurecimento penal, novamente, não interferiu na criminalidade registrada, mas concorreu para o agravamento de um problema bastante sério -a superpopulação prisional.²⁸

Luciano Losekann, juiz do Conselho Nacional de Justiça, em entrevista dada ao Repórter Record²⁹, diz que os presídios são dominados pelas facções criminosas e não mais pelo poder público. Para o magistrado, o cárcere só serve para manter detido, por determinado período de tempo. Que não ressocializa, pelo contrário, é um fator estimulante do crime.

Precisar a taxa de reincidência é uma tarefa difícil, aberta e não-conclusiva, porém estudiosos tem buscado métodos de como desenvolver a pesquisa e chegar a níveis aproximados.

O critério utilizado pelo professor Luiz Flávio Gomes é o critério jurídico. Ou seja, só é reincidente a pessoa que pratica novo crime após uma sentença transitada em julgado. Desta feita, estão excluídos todos os presos provisórios e os que praticam a chamada “reiteração”.

A reiteração seria a repetição da prática criminosa até a prisão, como no caso de vários roubos até que o meliante seja preso.

²⁷GOMES, Luiz Flávio. **Brasil: Reincidência de até 70%**. Ano 2014. Disponível em:<<http://institutoavantebrasil.com.br/brasil-reincidencia-de-ate-70/>> Acesso em maio de 2016.

²⁸GOMES, Geder Luiz Rocha. **A Substituição da Prisão: Alternativas Penais: legitimidade e adequação**. São Paulo: JusPodivm, 2008.p. 43.

²⁹ REPÓRTER RECORD. **Sistema Prisional Brasileiro**. 29/07/12. Disponível em:<<https://www.youtube.com/watch?v=UUa9LsO7Xlg>>. Acesso fevereiro de 2016.

Assim, a taxa de reincidência no Brasil é de 47,7%. Porém, várias outras pesquisas que utilizam métodos diferentes, apontam que a taxa reincidência criminal no Brasil chega a quase 70%.³⁰

Para Gomes, “Os Estados devem atender cada um dos elos da cadeia e promover mecanismos que permitam vincular os processos que ocorrem em cada elo, desde a polícia, passando pelos ministérios públicos, os tribunais e o sistema penitenciário”

O percentual de reincidência nas mulheres é menor do que nos homens, isto ocorre porque muitas mulheres presas não tem uma personalidade voltada para o crime e grande parte chegaram às prisões por influência de seus parceiros.

Cumprido ressaltar, por fim, que a reincidência em negros é menor que nos brancos e que quanto menor a faixa-etária, maior o índice de reincidência, fatos que desmistificam todo o arquétipo lombrosiano do criminoso, falado anteriormente

3.3 Prisão Domiciliar: uma execução da pena privativa de liberdade

A prisão domiciliar está prevista no art. 117 da LEP, com alteração dada pela Lei 12.403/11.

Trata-se, em síntese, do recolhimento do indiciado ou condenado à sua residência, dela só podendo sair por meio de autorização judicial.

A prisão domiciliar pode ser concedida pela Justiça a presos de qualquer um dos regimes de prisão – fechado, semiaberto e aberto. Para requerer o direito, a pessoa pode estar cumprindo sentença ou aguardando julgamento, em prisão provisória. Em geral, a prisão domiciliar é concedida a presos com problemas de saúde que não podem ser tratados na prisão ou quando não há unidade prisional própria para o cumprimento de determinado regime, como o semiaberto, por exemplo³¹

Esta modalidade de prisão, para ser concedida pelo magistrado, precisa

³⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Brasil: Reincidência de até 70%**. Ano 2014. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/brasil-reincidencia-de-ate-70/>> Acesso em fevereiro de 2016.

³¹ MONTENEGRO, Manuel. **CNJ Divulga Dados da Nova População Carcerária**. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <www.cnj.jus.br/component/acymailing/archive/view/listid-4-boletim-do-magistrado/mailid-5632-boletim-do-magistrado-09062014>. Acesso em maio de 2016.

preencher os requisitos do art. 318 do CPP:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I – maior de 80 (oitenta) anos;

II – extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV – *gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.*

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo[5].

Porém, a doutrina e a jurisprudência vem entendendo que não há a necessidade do preso estar extremamente debilitado por motivo de doença grave, sendo concedida a casos específicos que a falha do sistema prisional pode comprometer com a integridade física do recluso, sendo preferível que este se mantenha preso em casa.

E estando com a saúde comprometida, acometido por uma doença terminal ou que se não tratada pode levar a um risco de morte, como câncer, é sensato e humanitário que o magistrado conceda a prisão domiciliar como destaca o advogado Miguel Dias Pinheiro *apud* Nunes.³²

Os detentos brasileiros sofrem dupla penalidade: a da prisão propriamente dita e da doença, às vezes, incurável, geralmente adquirida no cárcere, como AIDS, câncer, hepatite, lepra e outras, num descaso inominável das nossas autoridades públicas. Neste sentido esclarece o advogado, “é humana e socialmente inaceitável que um Juiz, a título de estar cumprindo a letra da lei, não reconheça ao preso doente o benefício da prisão domiciliar ou até mesmo a liberdade”, até porque negar esse benefício, seria, na opinião do advogado um homicídio oficial.

Esta modalidade de prisão ficou famosa com a aprovação do uso das tornozeleiras eletrônicas pela Lei 12.258/10, que possibilitou a vários presos cumprirem pena ou aguardarem julgamento em sua própria residência.

³² NUNES, Adeildo. **A Realidade das Prisões Brasileiras**. Nossa Livraria, Recife, 2005. p.121.

Segundo dados de 2014 do Conselho Nacional de Justiça, o número de presos que estão em prisão domiciliar é de 147.937.³³

Destarte, a prisão domiciliar apresenta-se não como um meio alternativo à prisão, mas um meio alternativo à prisão em uma penitenciária. Medida que deve ser tomada pelos magistrados quando se apresentar necessária, haja vista que diminuiu a grande celeuma que é a superpopulação carcerária.

3.4 Lei 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais Criminais Especiais, e a transação penal, como fórmula a não sequencia de processo.

Buscando a humanização das penas e a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, a Carta Constitucional de 88 se consubstancia através da implementação de leis infraconstitucionais, a exemplo da lei 9.099/95, a qual introduziu a criação dos Juizados Especiais, procurando evitar a aplicação da pena de prisão para casos de contravenção penal, buscando também uma maior celeridade processual.

A função “*jus puniendi*”, é exercida, já que esta é um poder-dever e não uma faculdade, outrossim, é mantida assegurada a intervenção mínima penal do Estado, pois salvaguarda direitos do cidadão com a aplicação de penas alternativas.

Nesse contexto é preciso destacar a reflexão estabelecida pela *teoria do garantismocreditada* a Luigi Ferrajoli, em sua obra *Derecho y Razón*, que busca o alcance de uma proposta minimizadora da intervenção penal, através do uso deflacionado dos bens jurídicos penais e das proibições legais, como premissa para sua legitimação.³⁴

Assim, respeita-se a garantia do Direito Penal, através do princípio da *fragmentariedade*, preocupando-se com os bens jurídicos ofendidos gravemente, sem que o Estado deixe de exercer a sua forma de controle e garanta a liberdade e a autonomia do indivíduo.

³³ MONTENEGRO, Manuel. **CNJ Divulga Dados da Nova População Carcerária**. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: www.cnj.jus.br/component/acymailing/archive/view/listid-4-boletim-do-magistrado/mailid-5632-boletim-do-magistrado-09062014>. Acesso em maio de 2016.

³⁴ GOMES, Geder Luiz Rocha. **A Substituição da Prisão: Alternativas Penais: legitimidade e adequação**. São Paulo: JusPodivm, 2008. p.64.

Ocorre uma verdadeira antítese envolvendo a liberdade do homem e poder do Estado, segundo o que defende o garantismo à luz do conceito de Estado Democrático de Direito deverá aumentar ao máximo possível a liberdade do homem (indivíduo), ao passo que, deverá diminuir ao mínimo possível o poder estatal. Este é o contexto do plano de fundo do garantismo, ou seja, deve se ampliar o espectro da esfera de liberdade do indivíduo e diminuir ao patamar mínimo necessário o poder do Estado.³⁵

A atuação destes Juizados, dá primazia pela celeridade processual, tendo em vista que se ocupa em tratar basicamente acerca de crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, àqueles que não ofendem tanto aos bens e valores jurídicos tutelados pelo Direito Penal.

O sistema dos Juizados Especiais Criminais contempla penas restritivas de direito e multas, sem, contudo, submeter o autor da contravenção penal a perda de sua condição de primariedade (como quando o imputado é beneficiado pela transação penal), evitando o flagelo da pena privativa de liberdade.

A previsão legal está contida na Constituição Federal de 1988, em dois dispositivos constitucionais, aqui citados:

Art. 24 Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

X – criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, promovidos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos na hipótese previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

³⁵BRANCO, Sérgio ZoghbiCastelo. **Garantismo Penal**. Disponível em <sergiozoghbi.jusbrasil.com.br/artigos/111903743/garantismo-penal> Acesso em novembro de 2015.

Destarte, em 26 de setembro de 1995, fora finalmente sancionada a Lei 9.099/95, que disciplina os Juizados Especiais:

De igual modo inovador, a Lei 9.099/95 inaugura a possibilidade de acordo entre o Estado e o infrator, inédito no sistema penal pátrio, com a previsão da transação penal (artigo 76), permitindo que o Ministério Público proponha aplicação de pena restritiva de direitos ou multas, como alternativa ao oferecimento da denúncia, produzindo um efeito de contenção da incidência da pena privativa de liberdade.³⁶

Mostrando-se como alternativa ao Direito Penal brasileiro, até mesmo para desafogar o grande número de processos que tramitam pertinentes a infrações de menor potencial ofensivo, a Lei segue algumas imposições para apreciação pela maneira diferenciada com que trata os submetidos por meio da justiça consensual, evitando que o autor da contravenção seja condenado, colocando os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na medida que se desiguam, assim, aquele que comete um crime grave deve ser compelido a maior interferência e persecução estatal do que aquele que comete um delito que não fere tanto aos bens e valores tutelados pelo Direito.

Essas medidas fazem parte de políticas internacionais de alternativas penais à prisão, possibilitando aos juízes e membros do Ministério Público, imporem ao condenado, em caráter substitutivo da pena de detenção ou de reclusão, desde que atendidos alguns requisitos relacionados com a pessoa do delinquente (como não ter cometido infração penal nos últimos cinco anos e o ilícito por ele perpetrado tratar-se de crime não apenado com pena cominada superior a dois anos.)

Fruto de uma série de Congressos Internacionais Penitenciários iniciados em 1872, cogitou-se da criação de uma política de penas distintas da pena de prisão e após diversos Congressos realizados pela ONU durante o século XX, sempre pontuando pela aplicação de alternativas penais à prisão, por ocasião do VII Congresso em 1990, foram editadas as denominadas Regras de Tóquio consideradas marca histórica para o tema[...]

[...] As alternativas penais à prisão, tal como disciplinadas nas Regras de Tóquio, são aqui conceitualmente definidas e constituem realidade presente em grande parte dos países atualmente, e no

³⁶ GOMES, Geder Luiz Rocha. **A Substituição da Prisão: Alternativas Penais: legitimidade e adequação.** São Paulo: JusPodivm, 2008. p.109.

Brasil foram fomentadas pela Lei 7.209/84 e expandidas, entre outras, pelas Leis 9.099/95 e 9.714/98.³⁷

Não obstante a Constituição Federal de 1988 já vislumbrar a aplicação de penas alternativas à prisão com previsão da criação dos Juizados Especiais, observa-se que a implantação dos anseios da ONU, só veio concretizar-se no Brasil em 1995, com a criação dos Juizados Especiais.

No contexto da lei 9.714/98 inspirada na vertente filosófica de acordo com as modernas escolas de Direito Penal, que propunham a instituição de novas penas alternativas, prometendo uma evolução do elenco das penas já existentes no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

É importante ressaltar o veto das penas de recolhimento domiciliar, a qual estaria contida no inciso III do art. 43, como o veto do § 1º do art. 44, a qual fazia referência a pena de admoestação verbal ao condenado, além do veto ao § 4º do art. 45, por se tratar de igual pena do inciso III do art. 43 do ainda projeto de Lei.

A Lei 9.099/95 definiu as infrações penais de menor potencial ofensivo, priorizando a aplicação de alternativas penais à prisão para tais delitos e a Lei 9.714/98 alargou o rol de penas restritivas de direito além do alcance das hipóteses de sua aplicação, permitindo uma definição doutrinária, aqui efetivada, das infrações de menor potencial ofensivo, estruturando, normativamente, no Brasil, o denominado *sistema penal alternativo à prisão*.

No ano de 2006, houve uma alteração a qual proporcionou uma abrangência maior pelos Juizados Especiais Criminais, quando alterado o quantitativo da pena máxima cominada, que era de 01 (um) ano, possibilitando negociação nos Juizados por crimes de pena máxima cominada em 02 (dois) anos.

Desta forma, vê-se que em concordância com o anseio mundial por uma política de não encarceramento, posto as consequências do mesmo, a legislação infraconstitucional supriu a lacuna existente no ordenamento jurídico no tocante à penas alternativas à prisão.

³⁷ GOMES, Geder Luiz Rocha. **A Substituição da Prisão: Alternativas Penais: legitimidade e adequação**. São Paulo: JusPodivm, 2008.p.223.

3.5 Audiências de Custódia: certeza de efetividade judicial.

A Audiência de Custódia já se encontrava em Tratados e Convenções Internacionais dos quais o Brasil é signatário, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1992 (Pacto de San José da Costa Rica), que dizem:

Art. 9. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.
2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.
3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.
4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.
5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à repartição.

Do mesmo modo, o art. 7.5. Pacto de San José da Costa Rica

Toda pessoa presa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em um prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Assim, a Audiência de Custódia visa que o preso em flagrante delito deve ser apresentado num prazo razoável (o TJ/SP estabeleceu o prazo de 24 horas) a um

juiz para que seja avaliada a real necessidade de manter a pessoa presa, observando o magistrado se cabe fiança, relaxamento de prisão, liberdade provisória ou algumas das medidas de caráter educativo, como o uso de tornozeleiras eletrônicas.

Todavia, só veio a ser posta em prática em 2015, pela iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O primeiro tribunal brasileiro a realizar Audiência de Custódia, com parceria do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério da Justiça, foi o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Sobre o tema, o Jornal G1/RN recentemente publicou uma matéria onde dizia que o presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Ricardo Lewandowski, reuniu-se com presidentes de Tribunais de Justiça de todo o país, para incentivar o combate à cultura do encarceramento por meio da concretização do projeto Audiências de Custódia.³⁸

É imperioso ressaltar que o experimento do Tribunal de Justiça de São Paulo diminuiu em números considerados o gênero das prisões provisórias, já no início de sua atuação no mês de fevereiro no estado.

Depois de iniciadas em São Paulo, as Audiências de Custódia foram implantadas nos estados do Espírito Santo, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Paraná, Rio Grande do Sul, Amazonas Tocantins e Goiás.

Pernambuco foi o décimo primeiro estado a implantar a Audiência de Custódia no dia 14 de agosto de 2015, observando que ainda não Fora estendidasnas cidades do interior, a audiência inaugural aconteceu na cidade do Recife, e contou com a participação do presidente do Supremo Tribunal Federal, o ministro Ricardo Lewandowski.

Partindo de princípios do Pacto de San José da Costa Rica (1992), do qual o Brasil é signatário, as audiências de custódia também fomentam eficiência logística e de inteligência do Estado, além de reduzirem gastos públicos com o sistema carcerário possibilitando economia de até R\$ 4,2 bilhões em todo o país³⁹.

³⁸ EVANGELISTA, Israel. **Você sabe como é e como funciona a audiência de custódia**. 2015. Disponível em: <http://jurisrael.jusbrasil.com.br/artigos/218131081/voce-sabe-o-que-e-e-como-funciona-a-audiencia-de-custodia>. Acesso em meio de 2016.

³⁹ CNJ. **Audiência de Custódia chega a onze adesões com lançamento em Pernambuco**. Disponível em: www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80149-audiencia-de-custodia-chega-a-onze-adesoes-com-lancamento-em-pernambuco. Acesso em fevereiro de 2016.

Vê-se, portanto, que tal medida visa não somente evitar prisões ilegais, mas também serve como meio alternativo para o desafogamento do sistema penitenciário brasileiro, como se depreende do próprio Conselho Nacional de Justiça:

Depois da implantação das Audiências de Custódia já foi possível se verificar a redução dos números de prisões desnecessárias no Brasil e esse panorama é ainda mais evidente sobre às suspeitas de práticas de furto.

A conduta, que tem pena de um a quatro anos de detenção e multa, é considerada um delito de baixo potencial ofensivo, pois no seu núcleo de atividade não há violência nem grave ameaça vinculada à prática delitiva. O crime de furto é, pelos dados informados pelo CNJ, o crime mais comum entre os casos de liberdade provisória em aplicação substitutiva da prisão cautelar.

Em São Paulo, registrou-se 3.999 flagrantes de furto, de março a dezembro do ano passado e desse total, apenas 29,13% foram convertidos em prisão preventiva, já no Estado de Minas Gerais 5.081 pessoas foram presas em flagrante e passaram pelo procedimento, sendo que 42% receberam liberdade provisória com medida cautelar.⁴⁰

Portanto, é indubitável que a Audiência de Custódia vem preservando o direito à liberdade do imputado, quando cabível, além de evitar a superlotação do sistema carcerário e as consequências provindas desta restrição de liberdade.

O crime de furto, por não ensejar nenhuma violência à vítima, deve ser tratado pelo Direito Penal brasileiro hodierno como uma espécie de crime que deve ser analisado com rapidez pela autoridade judiciária, tendo em vista que não há violência e que, muitas vezes, o infrator é primário e não apresenta periculosidade suficiente para que se mantenha segregado cautelarmente com o falacioso argumento de preservação da efetiva garantia da instrução processual criminal.

A nova Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), em seu art. 28 inova estabelecendo penas alternativas à prisão diretamente no tipo, sem a necessidade de âncora na privação de liberdade, iniciativa que merece os aplausos da doutrina progressista, adepta de uma intervenção penal pautada na minimização do poder de punir do Estado, maximizando o respeito aos direitos e garantias do indivíduo,

⁴⁰ CNJ. **Furto é o crime mais comum a receber concessão de liberdade provisória em Audiência de Custódia.** Disponível em: <<https://www.flickr.com/photos/jam343/2078410>>. Acesso em fevereiro de 2016.

em consonância com os princípios constitucionais postos, mormente o de resguardo à dignidade da pessoa humana.⁴¹

O crime que trata o art. 28 da supramencionada Lei, é comumente substituído pelo crime que trata o art. 33, o que é um verdadeiro absurdo, pois o indivíduo que consome drogas, não raras vezes, é posto como traficante. Um erro crasso que é cometido desde a abordagem policial e que pode ser sanado pelo juiz através da Audiência de Custódia.

3.6 Lei 13.257/16- Lei da 1ª Infância: um direito estendido ao menor.

Não foi por acaso que no dia 08 de março de 2016 (dia da mulher) foi sancionada a Lei 13.257 de 2016, que dispõe sobre políticas públicas para a primeira infância e altera o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Processo Penal e a Consolidação das Leis Trabalhistas.

No tocante à parte processual penal, esta Lei preserva a integridade social e psicológica da criança de até 6 (seis) anos, abrindo espaço para conversão de prisões preventivas, pela prisão domiciliar. Para todo o efeito, é claro que a Lei visa assegurar o direito da criança e não da mãe delinquente, porém, é uma alternativa que vem contribuindo para a desnecessidade da manutenção da segregação em prisões e desafogamento, pequeno, mas significativo, do problema da superlotação carcerária, cumprindo ressaltar que o pai também pode ter a prisão convertida quando a criança não tem por quem a proteja.

A compreensão quanto a importância do convívio entre pais e filhos aparece com mais força, talvez, nas alterações promovidas no Código de Processo Penal.

A fim de evitar prejuízo ao desenvolvimento infantil ou impedir a inexistência de pessoa encarregada da assistência, o que poderia importar em acolhimento e despersonalização dos cuidados, a nova redação do artigo 318 do Código de Processo Penal autoriza o deferimento de prisão domiciliar à gestante, à mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos ou ao homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos de idade incompletos.

⁴¹GOMES, Geder Luiz Rocha. **A Substituição da Prisão: Alternativas Penais: legitimidade e adequação.** São Paulo: JusPodivm, 2008.p.143.

Essa norma foi aplicada pelo ministro Rogério Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça, um dia após a publicação da lei para decidir o HC 351.494-SP e deferir prisão domiciliar em favor de jovem mãe grávida da segunda gestação, tendo o primeiro filho dois anos de idade⁴²

Segue o em anexo ao trabalho a decisão do habeas corpus que o ministro do STJ, Rogério Schietti Cruz, concedeu liminar para substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar no caso de uma mãe de 19 anos, presa por tráfico, grávida e com um filho de dois anos:

Aplicando a nova Lei, os juízes de 1ª instância já estão concedendo o convertimento das prisões preventivas às domiciliares:

PROCESSO: 00020818120168140005 [...]. Decido. Analisando detalhadamente os autos, bem como a par das razões contidas no pedido defensivo, chego a conclusão que deve ser substituída a prisão preventiva da acusada Fernanda de Oliveira pela prisão domiciliar. Explico: A prisão domiciliar tem cabimento, entre outras situações, quando a mulher estiver com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, nos termos do art. 318, V, do CPP, que teve o acréscimo de tal hipótese pela lei nº 13.257/2016. No caso concreto, foi juntado certidão de nascimento da filha da acusada o qual faz prova que a criança possui 01 (um) ano de idade e encontra-se em fase que necessita de cuidados especiais, bem como acompanhamento da sua genitora, ora requerente. Por conseguinte, o art. 40, da LEP, exige de todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios; sendo que o direito à saúde vem reafirmado no art. 41, VII, do mesmo Diploma. E mais, atualmente o próprio Código de Processo Penal veio a disciplinar a prisão domiciliar para presos, sejam provisórios ou condenados. O referido benefício era previsto somente para réus em cumprimento de pena em regime aberto (art. 117, da LEP). Porém, com este dispositivo, passou a ser possível para os presos provisórios e a todos os demais, independentemente do regime, com requisitos como se vê, mais flexíveis. Nesse passo, verifica-se que o documento apresentado pela defesa da acusada Fernanda se fez prova idônea dos requisitos para alcançar o benefício. Ademais, verifico que a ré não responde a outros processos e possui residência fixa. Nesse sentido é a orientação dos Tribunais [...]⁴³

⁴² CRUZ, Elisa. **O Marco Legal da Primeira Infância Sob a Ótica da Defensoria Pública**. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/tribuna-defensoria-marco-legal-primeira-infancia-otica-defensoria-publicaV>. Acesso em maio de 2016.

⁴³ JUSBRASIL. Disponível em: www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/333946858/andamento-do-processo-n-0002081-8120168140005-altamira-email-05-05-2016-do-tjpa?ref=topic_feed. Acesso em maio de 2016.

Assim, a logística da Lei 13.257/16, além de preservar a primeira infância da criança, tem esse aspecto implícito de desafogamento do sistema penitenciário, no que tange principalmente à mulheres que possuem filhos até os 12 anos e não apresentam um grau de periculosidade que justifique sua segregação cautelar em uma penitenciária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela produção dos temas abordados neste trabalho, depreende-se que as penas foram se moldando de acordo com os períodos sociais. As penas passaram da Lei de Talião, onde o crime era punido de acordo com o brocardo jurídico “olho por olho, dente por dente”, às torturas, como o suplício, denunciadas pelo filósofo francês Michel Foucault, em sua obra *Vigiar e Punir -A História da Violência nas Prisões*.

As penitenciárias brasileiras não respeitam os Direitos Humanos, considerando que a maioria dos presos estão cumprindo pena em regime fechado e estão sendo “educados” de forma degradante e desumana.

Não obstante a Constituição Federal de 1988, vedar a prisão perpétua e a de morte (salvo em casos de guerra declarada), cumpre salientar que, para grande parte da população brasileira, o cárcere é uma verdadeira escola do crime.

Vislumbrou-se, outrossim, que as penitenciárias brasileiras comportam um alto número de presos que extrapolam as vagas existentes.

A superlotação carcerária, fruto de uma política prisional camufladamente ressocializadora, quando é, na verdade, punitiva, acaba sendo um dos maiores óbices para a diminuição da criminalidade e reincidência dos presos, haja vista que o sistema carcerário não cumpre sua principal finalidade, qual seja: a de reeducar.

Não obstante a problemática acerca da efetiva ressocialização dos que cumprem pena em regime fechado. Pela produção do presente trabalho, chegou-se a conclusão de que malgrado a quantidade de presos nas penitenciárias brasileiras ser negra, é menor a taxa de reincidência de negros.

Posto isto, coloca-se em terra o discurso lombrosiano de que negros são seres propensos ao crime.

A reincidência vem crescendo no sistema penal e carcerário brasileiro. demonstrando dados como: quanto menor a faixa etária, maior o índice de reincidência. Mulheres também apresentam taxa de reincidência menor do que dos homens, posto que, como explicado no trabalho monográfico, muitas mulheres se aliciam ao crime por causa do seu companheiro.

Tendo em vista todos os problemas, chegou-se à conclusão que a polícia, os Ministérios Públicos, Advogados e Juízes devem ter como princípio a primazia da pena não privativa de liberdade, quando o acusado comete um crime não-violento, é primário e, portanto, não tem uma personalidade voltada ao crime, e, por, isso, deve ser garantido o seu direito de responder o processo criminal em liberdade, desafogando, assim, a população do sistema carcerário.

No Brasil, mormente nos últimos anos, foi-se implantando leis que garantem ao acusado, pena não privativa de liberdade em unidade prisional, como ocorre com a prisão domiciliar, com a Lei dos Juizados Especiais Criminais, com as Audiências de Custódia e, por fim, com a Lei da 1ª infância, tendo em vista que a “sempre” segregação cautelar, ao invés de ser um remédio, acaba sendo uma enfermidade para a sociedade em geral.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO FRANCO, Ary. **Direito Penal** – 1ª.parte. Rio de Janeiro: Editora Almeida Marques, 1889.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e Das Penas** – Tradução Flório de Angelis. Bauru: Edipro, 1993.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 49.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 3 de outubro de 1941. VadeMecum. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Lei de execução Penal. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984.

_____. Lei nº. 9.099/95, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre o procedimentos do Juizado Especial.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 24 de agosto de 2006.

_____. Lei nº 13.257 de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância.

.CALIXTO, Gerlana Araújo de Medeiros; QUEIROZ, Ruth Fabrícia de Figueiroa; VASCONCELOS, Diego Santos de. **A Precariedade no Sistema Penitenciário Brasileiro – Violação dos Direitos Humanos**. Âmbito Jurídico, 2001.

CNJ. **Audiência de Custódia chega a onze adesões com lançamento em Pernambuco**. Disponível em: www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80149-audiencia-de-custodia-chega-a-onze-adesoes-com-lancamento-em-pernambuco. Acesso em fevereiro de 2016.

CNJ. **Furto é o crime mais comum a receber concessão de liberdade provisória em Audiência de Custódia**. Disponível em: <https://www.flickr.com/photos/jam343/2078410>. Acesso em fevereiro de 2016.

CRUZ, Elisa. **O Marco Legal da Primeira Infância Sob a Ótica da Defensoria Pública**. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/tribuna-defensoria-marco-legal-primeira-infancia-otica-defensoria-publicaV>. Acesso em maio de 2016.

CUSTÓDIO, Rafael. Disponível em: <http://www.afropress.com/post.asp?id=17721>. Acesso em fevereiro de 2016.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php. Acesso em 29 março de 2016.

DOTTI, René. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

ELLIOTT, Robert G. **387!!!Mateio-os Por Ordem**. Escrito em colaboração com Albert. R.Beauty, Rio de Janeiro, 1992.

EVANGELISTA, Israel. **Você sabe como é e como funciona a audiência de custódia**. 2015. Disponível em: <http://jurisrael.jusbrasil.com.br/artigos/218131081/voce-sabe-o-que-e-e-como-funciona-a-audiencia-de-custodia>. Acesso em meio de 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 4 ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2014.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. São Paulo: Saraiva. 2000.

GOMES, Geder Luiz Rocha. **A Substituição da Prisão: Alternativas Penais: legitimidade e adequação**. São Paulo: JusPodivm, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Brasil: Reincidência de até 70%**. Ano 2014. Disponível em: <http://institutoavantebrasil.com.br/brasil-reincidencia-de-ate-70/> Acesso em fevereiro de 2016.

GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Niterói- RJ :Editora Impetus, 2012.

KELSEN , Hans. **Teoria pura do Direito**; Tradução João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal.**São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MAIA, Clarissa Nunes. **História das prisões no Brasil.** volume 2, Ed. Rocco. Rio de Janeiro, 2009.

MONTENEGRO, Manuel. **CNJ Divulga Dados da Nova População Carcerária.** Agência CNJ de Notícias. Disponível em: www.cnj.jus.br/component/acymailing/archive/view/listid-4-boletim-do-magistrado/mailid-5632-boletim-do-magistrado-09062014>. Acesso em maio de 2016.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Boletim IBCCRIM, nº83, outubro de 1999.

NUNES, Adeildo. **A Realidade das Prisões Brasileiras.** Nossa Livraria, Recife, 2005.

OLIVEIRA, Edmundo. **O Futuro Alternativo das Prisões.** Rio de Janeiro. Forense, 2002.

ONG CONECTAS. Negros **correspondem a mais de 60% da população carcerária.** Disponível em: <http://www.afropress.com/post.asp?id=17721>. Acesso em fevereiro de 2016

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea.** Curitiba: Juruá, 2006.

REPORTER RECORD. **Sistema Prisional Brasileiro.** 29/07/12. Disponível em:<<https://www.youtube.com/watch?v=UUa9LsO7Xlg>>. Acesso fevereiro de 2016.

RODRIGUES, Fernando. **Número de presos no Brasil mais que dobra em 14 anos.**

Disponível em:<<http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2016/04/26/numero-de-presos-no-brasil-mais-que-dobra-em-14-anos/>>. Acesso em maio de 2016.

RUIZ FUNES, Mariano. **A crise nas prisões.**Ed. Saraiva, São Paulo, 1953.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**, 5º Ed. Saraiva, 1994.