

EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: RESSOCIALIZAÇÃO, NEUTRALIZAÇÃO E POSSIBILIDADES

EXECUTION OF THE CUSTODIAL SENTENCE: RESOCIALIZATION, NEUTRALIZATION AND POSSIBILITIES

Marcondes Pereira de Oliveira¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A pena primitiva. 3. Legitimação e limites da pena criminal. 4. A pena criminal: cominação, aplicação e execução. Teoria unificadora dialética. 5. A pena privativa de liberdade. 6. Prisão e ressocialização. 7. Privatização das penitenciárias. 8. Facções prisionais: o crime organizado penitenciário e a criminalidade violenta. 9. RDD. 10. A separação dos autores de crimes de motivação irrepitível. 11. Conclusão. 12. Referências.

RESUMO: Esta prospecção científica tem por objetivo induzir à reflexão acerca da execução da pena privativa de liberdade e do ideário da ressocialização no Brasil. A execução da pena privativa de liberdade, no Brasil, tem sido realizada sem um direcionamento de busca por objetivos preconizados na legislação pertinente. Na situação caótica em que se encontra o sistema penitenciário, com presença de organizações penitenciárias do crime e conflito entre estas facções prisionais, torna-se dificultada a execução de programas de ressocialização. Em revisão bibliográfica, buscou-se a compreensão acerca das questões colocadas, as diretrizes e a política estatal desenvolvida, bem como se ocorre direcionamento para cumprimento do programa que a legislação destina à execução penal. Identifica-se, como uma mínima possibilidade de atender ao direito de ressocialização, uma necessária separação mínima dos indivíduos que compõem a massa carcerária, após uma seleção feita a partir de referências de personalidade, de mínima periculosidade, de antecedentes favoráveis e de uma motivação irrepitível do crime.

PALAVRAS-CHAVES: Execução penal. Teorias dos fins da pena. Pena privativa de liberdade. Ressocialização.

ABSTRACT: *This scientific research aims to induce reflection on the execution of the custodial sentence and the idea of resocialization in Brazil. The execution of the custodial sentence in Brazil has been carried out without directing the search for objectives set forth in the relevant legislation. In the chaotic situation in which the penitentiary system is found, with the presence of penitentiary organizations for crime and conflict between these prison factions, it is difficult to carry out re-socialization programs. In a bibliographic review, we sought to understand the questions raised, the guidelines and the state policy developed, as well as if there is a direction for compliance with the program that the legislation aims at criminal execution. It is identified, as a minimum possibility of meeting the right of resocialization, a necessary minimum separation of the individuals that make up the prison mass, after a selection made from personality references, of minimal dangerousness, of favorable background and of an unrepeatable motivation of the crime.*

KEYWORDS: *Penal execution. Theories of the ends of the penalty. Prison deprivation of liberty. Resocialization.*

1. INTRODUÇÃO

As estatísticas demonstram crescimento do tipo exponencial na quantidade de pessoas encarceradas no Brasil, de forma tal que os esforços estatais para criação de vagas em estabelecimentos prisionais não têm sido suficientes para suprir a demanda, resultando em superlotação dos presídios.

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Piauí. Mestre em Ciências Jurídico-Penais pela Universidade Autónoma de Lisboa – UAL.

A relação quantitativa, dentre os encarcerados, entre os do tipo réu provisório e os do tipo réu condenado, revela que o sistema judiciário não tem conseguido dar vazão satisfatória às demandas criminais, por consequência há muitas vagas do sistema prisional ocupadas por réus ainda não julgados em definitivo.

O gargalo do sistema judiciário não impõe somente essa consequência mais visível, mas acarreta grande demora nos julgamentos e resultados infrutíferos, tais como prescrição da pretensão punitiva e da pretensão executória.

Essas situações paradoxais demonstram que a crítica de que há uma pretensão de encarceramento em massa, por meio da expansão dos tipos penais e do recrudescimento do sistema de justiça criminal, inclusive com aumento do tempo de prisão, não é totalmente acertada, haja vista que oculta outro problema estatal, o da eficácia da teoria dos fins das penas.

O crescimento exponencial do número de crimes revela que o aumento dos tipos penais e o aumento das penas nos tipos penais já existentes não têm cumprido o seu papel de dissuadir a prática do delito, e o rigor no cumprimento das penas não tem evitado o fenômeno da reincidência.

Até a neutralização, através do aprisionamento, não tem surtido o efeito esperado. Não só o detento tem conseguido praticar crimes – dentro e fora do sistema –, como tem criado mais condições para o evento delituoso, através da organização do crime de tipo prisional, fenômeno no qual a atividade estatal de aplicar e executar pena, com o aprisionamento, tem fermentado o fenômeno, na medida em que os novos integrantes das facções prisionais são recrutados dentro do próprio sistema penitenciário.

Impossibilitada a realização dos fins a que se destina a pena privativa de liberdade, e com efeito adverso no sistema em que se insere, há que se repensar o modelo, o método e a forma, assim, agir de forma planejada, e não somente de forma reativa aos efeitos do fenômeno da organização da criminalidade prisional, como tem ocorrido.

2. A PENA PRIMITIVA

A ideia de que alguém possa infligir castigo a outrem, a despeito de que este houvera se portado de forma indevida, remete-se ao homem primitivo.

Pierangeli relata que conhecimentos de antropologia indicam que o homem primitivo, dotado de conhecimento limitado e advindo de mera observação, acreditava que seres fantásticos, sobrenaturais, teriam influência direta sobre o grupo comunitário, premiando ou castigando, a depender do comportamento dos seus integrantes. Daí que se tornaria imperioso que houvesse adequação da conduta humana, aliando-se ao que se entendesse desejo de tais seres, a fim de obter-se mais benevolência e menos castigo. Portanto, a origem da pena estaria ligada à religião, ao *totem*, ao *tabu*, à ideia de pecado, pelo que deveria se punir o indivíduo, a fim de evitar que tragédias se abatessem sobre a comunidade. Em sua síntese: “Como a infração totêmica representava uma ofensa ao ser sobrenatural, cuja ira recairia sobre o grupo, ou seja, tornava a expiação coletiva, era necessário que toda a comunidade participasse do ato de castigar, eximindo-se, assim, da vingança que ocorreria”.²

2 PIERANGELI, José Henrique. Das penas: tempos primitivos e legislações antigas. In **Escritos jurídico-penais**. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2006, p. 245.

Entretanto, em período primitivo, a pena era realizada de forma instintiva, assemelhando-se à vingança, conforme nos traz Liszt:

No início, ou seja, naquelas formas primitivas que podemos discernir nos albores da história da civilização humana, a pena é reação cega, instintiva e quase compulsiva, não determinada por representações finalistas da sociedade contra os transtornos exteriores das condições de vida do indivíduo ou de grupos de indivíduos.³

Esse fato conduziu a uma realidade adversa ao estilo comunitário, em que a vítima e seus familiares tendem a destruir o agressor e os familiares deste, implicando em lutas grupais, envolvendo toda a tribo e pondo-a em situação de vulnerabilidade, frente às tribos rivais. Portanto, nasce a necessidade de limitação da pena, a qual deveria ser proporcional ao mal praticado. Não existia nenhum princípio da responsabilização pessoal; a punição recaía sobre todos os implicados, independentemente se o autor do fato também teria sido punido.

Nesse contexto a pena de talião (*quod aliquis tale quid patitur, quale fecit*), aparece como limitador e como proporcionalidade entre a ofensa e a retaliação, existindo a forma talional em que a lei determinava similitude entre a ofensa e o castigo, bem como a forma do talião simbólico, no sentido de agredir a parte corporal que tivesse ligação ou representação com a ofensa (a mão do ladrão, a língua do caluniador, os órgãos sexuais do esturpador, o rosto da adúltera, etc.).⁴

Esse modelo de pena de talião esteve presente em inúmeras legislações antigas (Lei das XII Tábuas – Roma, Lei Mosaica – Moisés, Código Hamurabi – Babilônia etc.), e, além de significar a existência de um poder moderador, também teria sido passo importante para transposição da vingança privada à pena pública.⁵

Contudo, tem-se visto esse modelo como o projetor da ideia retribucionista e de imperativo categórico, tanto defendida por Emanuel Kant.

Basileu Garcia relembra que até bem próximo do final do século XVIII, antes do período humanitário do direito penal, surgido com o iluminismo, as penas não somente eram dramáticas em suas espécies em si (morte, amputações, castigos corporais, etc.), mas, principalmente na sua forma de execução (a execução da pena de morte se dava por esquartejamento, fogo, roda, forca e decapitação), havia uma pretensão de intimidação, como destaca:

Tôda a encenação das penas objetivava infundir o terror que se acreditava ter a virtude de arredar dos crimes. O escopo de intimidação era a mola central do Direito Penal. A morte não bastava para aplacar a vindicta pública. Comumente, arrasava-se a casa do sentenciado, confiscavam-se-lhe os bens, atingindo-se pessoas inocentes, com o que a pena se tornava aberrante, descurando a regra, a custo implantada e robustecida, da personalidade da responsabilidade. A infâmia alcançava os descendentes do morto.⁶

3 LISZT, Franz Von. **A idéia do fim do direito penal**. Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. 1ª Edição. São Paulo: Rideel, 2005, p. 14.

4 PIERANGELI, *Op. cit.* 246.

5 *Ibid, Ibidem.*

6 GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal, tomo I**, 4ª edição, revisada e atualizada, 33ª tiragem. São Paulo: Max Limonad, 1971, p. 16.

Portanto, havia um propósito, para além da mera retribuição, de que os demais integrantes da comunidade fossem dissuadidos da prática do tipo de fato pelo qual o acusado fora punido, uma intenção de prevenção geral.

3. LEGITIMAÇÃO E LIMITES DA PENA CRIMINAL

Há uma ideia de que, se alguém detém algum poder frente a outrem que, por sua vez, tenha cometido algo reprovável, aquele exerce seu poder para fins de afligir algum castigo sobre este, com o objetivo de reprovar o ato (potestade punitiva). Aqui se encerra a ideia da pena criminal. No Estado Moderno esse mecanismo haveria de ser regulamentado, e esta regulamentação careceria de fundamentos de legitimação (direito penal). No Estado de Direito⁷, uma fundamentação deveria possuir pressupostos e limites à pena estatal.

Segundo Roxin⁸, a fundamentar o direito estatal de punir a pessoa humana, se construiu basicamente três teorias: teoria da retribuição (1), teoria da prevenção especial (2) e teoria da prevenção geral (3).

A primeira, a teoria da retribuição, tem a sua formulação remetida a Kant, seguido por Hegel. Vejamos a descrição em Roxin:

Para ela, o sentido da pena assenta em que a culpabilidade do autor seja compensada mediante imposição de um mal penal. A justificação de tal procedimento não se depreende, para esta teoria, de quaisquer fins a alcançar com a pena, mas apenas da realização de uma idéia: a justiça.⁹

A ilustrar essa teoria, Kant, depois de afirmar que a pena é um imperativo categórico, indica um exemplo que ficou conhecido como a ilha de Kant, transcrito em Greco:

Mesmo que a sociedade civil fosse dissolver-se com o consenso de todos os seus membros (por ex., o povo que habita uma ilha decide separar-se e espalhar-se por todo o mundo), o último assassino que se encontra preso ainda teria de ser executado, para que a todos lhes seja imposto, aquilo que por seus fatos eles merecem, e para que a culpa pelo derramamento de sangue não permaneça apegada ao povo, que não insistiu nessa punição, pois esse povo poderá ser considerado partícipe dessa violação pública da justiça.¹⁰

7 Estado que concebe o indivíduo como pessoa humana: “E, efectivamente, para um ordenamento jurídico que não considere o indivíduo como objeto à mercê do poder do Estado nem como material humano que possa ser utilizado, mas sim como portador, plenamente equiparado a todos os outros, de um valor como pessoa, valor esse que é prévio ao Estado e que deve ser protegido por este, tem de ser inadmissível tal instrumentalização do homem.” ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Parte General, Tomo I - Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito** (1994). Tradução da 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión 1ª Edición (1997). Madrid: Civitas Ediciones SL, 2006, p. 24.

8 ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In **Problemas fundamentais de direito penal**. 3ª edição. Lisboa: Veja, 2004, p. 16.

9 *Ibid*, *Ibidem*.

10 GRECO, Luís. A ilha de Kant. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antônio (orgs.). **AAVV. Direito penal como crítica da pena**. Estudos em homenagem a Juarez Tavares. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 266.

Essa teoria predominou desde o século XVII até o século passado, existindo, ainda, nas legislações atuais, resquícios de sua dominância¹¹, cuja razões são postas por Roxin:

A circunstância de aqui confluírem numa poderosa corrente a tradição filosófica do idealismo e a tradição cristã que, no século passado, penetraram de múltiplas maneiras a cultura burguesa alemã, constituí certamente a razão pela qual a teoria da retribuição tem desde sempre imperado na Alemanha, contanto ainda no presente com o maior número de adeptos.¹²

A segunda, a teoria da prevenção especial, tende a justificar a pena, ao anunciar a pena como finalidade de evitar que aquele infrator concreto volte a delinquir, seja lhe impondo tratamento de correção (ressocialização), seja intimidando-o ou, ainda, deixando-o impossibilitado, mesmo que temporariamente, pela prisão, da prática de novo delito. Sua origem e dispersão são descritas em Roxin:

Esta teoria, que em sua formulação moderna precede da época do Iluminismo, retrocedeu no século XIX, pelas razões mencionadas no princípio, ante a teoria da retribuição; mas, por volta dos finais do século, ressurgiu com nova força graças ao penalista FRANZ VON LIST e à sua escola.¹³

No Programa de Marburgo, de 1883, Franz von Liszt se opõe à ideia de retribuição da pena, contida na filosofia de Kant e Hegel. Então, a partir da ideia de que a finalidade do direito penal é a proteção de bens jurídicos, em véspera de reforma do código penal alemão, coloca a necessidade imperiosa de impactar a execução da pena, porque é nesse âmbito exequível a ideia da prevenção especial. Assim, são apresentados os pilares da correção (1) – ressocialização –, da intimidação (2) e da inocuidade (3) – neutralização –, vinculados às categorias de delinquentes. Nesta síntese de Liszt:

As minhas propostas não têm o objetivo de abolir a medida da pena nem de eliminar a determinação judicial da pena. Em duas expressões, seja-me permitido resumir o que, de todo modo e imediatamente, deve-se perseguir: “inocuidade” dos incorrigíveis, correção dos corrigíveis. No mais, o resto virá por acréscimo.¹⁴

A terceira, a teoria da prevenção geral, lida com a capacidade de a legislação penal possuir efeitos de intimidação nas generalidades das pessoas, a ela afetas. Sua origem e influência são anotadas por Roxin:

Esta teoria tem em ANSELM v. FEUERBACH, o fundador da moderna ciência alemã do direito penal, o seu mais famoso representante, o qual nos princípios do século XIX baseou o seu influente sistema, com largas consequências, no pensamento da intimidação geral. Todavia, nos nossos dias, a concepção da prevenção geral não perdeu de modo algum a sua importância.¹⁵

11 Na atualidade, alinhado à filosofia de Kant e Hegel, porém, não coincidente com Jakobs, defendendo uma função de recomposição da relação jurídica invalidada pelo crime. Cf. KÖHLER, Michael. O conceito de pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Ano XXIV, n. 120 (maio/junho). São Paulo: RT, 2016, p. 96: “A sanção penal não é, portanto, um ‘mal’ empírico nem um ato moralizador (expição), nem tampouco constitui um misticismo sem nenhum propósito, mas sim um prejuízo ao agente no seu status jurídico fundamental para a necessária compensação pelo crime, de forma a restabelecer a validade geral da realidade jurídica atingida”.

12 ROXIN, *Op. cit.*, p. 17.

13 *Idem*, p. 20.

14 *Op. cit.*, p. 67.

15 *Op. cit.*, p. 23.

Já em 1764, quando Cesare Beccaria escreveu “*Dei delitti e delle pene*”, propunha que as penas tivessem por finalidade a prevenção, geral e especial, destacando que a importância estava mais em prevenir do que em punir, concluindo Beccaria, no título “XII FINS DAS PENAS”:

O fim, portanto, não é outro senão o de impedir o réu de fazer novos danos aos seus concidadãos e de dissuadir os outros de fazer o mesmo. Devem, assim, escolher-se as penas e o método de infligi-las de tal maneira que, observadas as devidas proporções, se produzirá um efeito mais eficaz e mais duradouro sobre os espíritos dos homens, e menos torturante sobre o corpo do réu.¹⁶

Recentemente, pelo motivo de qualquer delas persistirem suas influências no mesmo espaço-tempo, terminou-se por acatar um pouco de cada uma delas, num movimento que se denominou teoria unificadora.

4. A PENA CRIMINAL: COMINAÇÃO, APLICAÇÃO E EXECUÇÃO. TEORIA UNIFICADORA DIALÉTICA

Em 1966, a fundamentar o Projeto Alternativo – PA, antagônico ao Projeto de Código Penal alemão de 1962, Roxin¹⁷ insurge contra a ideia de unificação das teorias da pena, por mera adição ou justaposição, constrói a ideia de unificação das teorias, de forma a refutar por completo a teoria da retribuição, a partir da visão de necessidade de legitimação e de limitação da pena criminal.

Nesse caminho, identifica que a teoria da prevenção geral se dirigia unilateralmente para o momento da cominação de penas (legislativo), da mesma forma que a teoria da retribuição se dirigia ao momento da aplicação da pena (sentença), e igualmente a teoria da prevenção especial se dirigia, exclusivamente, ao momento da execução da pena (administração penitenciária), esquecendo, cada uma delas a seu tempo, os demais momentos de intervenção penal.¹⁸

Assim, no momento legislativo, quando se impõe mais fortemente a ideia de prevenção geral, haveria de prevalecer, como finalidade do direito penal, o princípio de proteção subsidiária de bens jurídicos e de garantia dos objetivos das prestações necessárias para a existência:

Resumindo, podemos assentar que as cominações penais só estão justificadas se tiverem em conta a dupla restrição contida no princípio de protecção subsidiária de prestações e bens jurídicos. Neste âmbito, o fim das disposições penais é o da prevenção geral.¹⁹

Em continuação, ter-se-ia o momento de aplicação e graduação da pena, em que a ideia da prevenção geral se agrega à ideia de prevenção especial, e a culpabilidade funcionaria como um limite na aplicação da pena:

Resumindo, pode dizer-se acerca da segunda fase de eficácia do direito penal, que a aplicação da pena serve para a protecção subsidiária e preventiva, tanto geral como individual, de bens jurídicos e de prestações estatais, através de um processo que

16 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução José Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 85.

17 *Op. cit.*, p. 25.

18 *Idem*, p. 26.

19 *Idem*, p. 31.

salvaguarde a autonomia da personalidade e que, ao impor a pena, esteja limitado pela medida da culpa.²⁰

Por fim, em relação ao momento da execução da pena, onde também coexistem as ideias de prevenção geral e especial, há a necessidade, inclusive garantida constitucionalmente, de respeitar a autonomia da pessoa humana.²¹

Roxin nomina essa sua ideia estratificada de “teoria unificadora dialética”, pois, ao acentuar, em antítese, os diversos pontos de vista, procura reuni-los em uma síntese, expressamente:

La pena sirve a los fines de prevención especial e general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivoespeciales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivogenerales.²²

Então, na atualidade, a posição que prevalece é a de que a pena criminal possa ter caráter exclusivamente para prevenção de futuros crimes, estratificada, assim, em linhas: “A base da solução aqui defendida para o problema dos fins da pena reside em que estes só podem ter natureza preventiva – seja de prevenção geral, positiva ou negativa, seja de prevenção especial, positiva ou negativa – não natureza retributiva”.²³

A prevenção geral positiva, ou prevenção integração, é obtida através do fortalecimento da confiança na ordem jurídica, além das expectativas comunitárias na manutenção de vigência da norma. Já em seu aspecto negativo, a prevenção geral ocorre pela via da intimidação ao anunciar uma pena no tipo penal. A prevenção especial positiva é buscada através da socialização, procurando-se a integração social do condenado específico. Já no aspecto negativo, a prevenção especial ocorre pela neutralização do condenado.

Ao perseguir essas finalidades, o ordenamento jurídico dispõe de diversas modalidades de penas, no caso do Brasil: as penas privativas de liberdade (reclusão e detenção), as penas restritivas de direito (prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana) e a pena de multa.

Para os fins do presente trabalho, importa adentrar na pena privativa de liberdade.

5. A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Liszt termina por eleger a pena de prisão como o tipo de pena que melhor se adapta à realização dos fins penais:

O valor de um sistema de penas efetivo depende da segurança e da elasticidade próprias para permitir o alcance de cada uma das três finalidades punitivas. E da mesma forma cabe

20 *Idem*, p. 40.

21 *Idem*, p. 41.

22 *Op. cit.*, p. 103.

23 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal, parte geral, questões fundamentais, a doutrina geral do crime, tomo I**. 1ª edição brasileira, 2ª edição portuguesa. São Paulo: Coimbra Editora/Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 78.

observar a respeito dos distintos meios de punição. Nisso reside a importância da pena privativa da liberdade, totalmente desprezada por Mittelstädt, pois como nenhuma outra é ela apropriada para se adaptar a todas as finalidades da pena. E por isso é chamada, sem dúvida alguma, a ocupar o primeiro e principal lugar dentro do sistema de penas.²⁴

A legislação brasileira traz como âncora a pena privativa de liberdade. Os tipos penais são construídos basicamente em função desse tipo de pena e da pena de multa. No momento da aplicação da pena é que se dá a substituição por penas alternativas. Assim, a pena privativa de liberdade é a moeda básica e conversível em penas de outras naturezas.

Em um sistema em que se está vedada a pena de morte, a pena privativa de liberdade se torna o ponto de convergência, onde se canalizam todos os excessos do sistema. Então, mesmo sem prisão por tempo indeterminado, sem prisão perpétua e com o limite temporal ao cumprimento do somatório das penas, a execução da pena privativa de liberdade é o nódulo problemático do sistema de execução de penas.

Há críticas que reputam o elevando número de encarceramento à expansão do direito penal, tendente a açambarcar, em sua tutela, novos bens jurídicos, bem como tendente a inibir novos riscos perturbadores do bens jurídico-penais tradicionais.

Entretanto, há evidências de que a taxa de ocorrência de crimes tradicionais cresceu muito acima da taxa de crescimento populacional, afinal, a cominação, a aplicação e a execução da pena são somente um dos mecanismos que se pode utilizar na prevenção de delitos.²⁵ O direito penal é somente o último estágio de contenção; as políticas públicas de educação, de desenvolvimento econômico com distribuição de renda e de segurança pública haveriam de ser barreiras inibidoras de delitos.

Luiz Flávio Gomes²⁶ aponta alto custo da criminalidade (4,4% do PIB, totalizando 283 bilhões, sendo 16 bilhões com encarceramento) – 1, baixa efetividade das lei incriminadoras (taxa de investigação menor do que 10% e taxa de impunidade acima de 90%) – 2, aumento das leis penais (180, em 60 anos) e recrudescimento da mesmas, contudo, aumento exponencial da criminalidade violenta (de quatro assassinatos para 30 para cada 100 mil habitantes), portanto, ausência da relação causa-efeito – 3, crescimento exponencial da taxa de encarceramento (mais de 720 mil), com concomitante crescimento exponencial da taxa de criminalidade, portanto, nem o efeito neutralizante, nem o efeito de intimidação têm impactado essa relação – 4.

Assim, o momento da execução da pena, fora o momento em que sempre o Estado fora deficiente no investimento financeiro, agora se torna problemático com o fenômeno que a crítica denomina de encarceramento em massa.

24 *Op. cit.*, p. 56.

25 Luiz Flávio Gomes remete a Cesare Beccaria em relação à necessidade de reformas socioeconômicas e educacionais, reestruturação do sistema de justiça penal, para além de uma pena que deve ser certa e rápida. Cfr. GOMES, Luiz Flávio. Reformas penais isoladas são insuficientes para diminuir a criminalidade. **Boletim Ibccrim**, n. 16, ano 27, março. 2019. ISSN 1676-3661. São Paulo: Ibccrim, 2019, p. 12.

26 *Idem*, p. 13.

Anabela Rodrigues²⁷ identifica, no atual momento, um paradoxo, em que o movimento “desinstitucionalização”, no sentido de esvaziar as prisões, da década anterior, se inverte, com a crescente utilização da pena privativa de liberdade, sem, contudo, desprezar as penas alternativas. Não seria tão somente o fato de se fazer uso preferencial da pena privativa de liberdade, mas também o fato de se fazer por espaço de tempo cada vez mais longo.

Nesse contexto, essa tendência teria surgido de um movimento de mera retribuição, mas associando-se a uma ideia de “nova penologia”²⁸, de origem americana, em que se trabalha o binômio segurança e periculosidade, entretanto, de forma não equilibrada, tornando o conceito de segurança, absoluto, e reinterpretando o conceito de perigosidade à luz da racionalidade econômica. Assim, haveria a neutralização, a incapacitação ou a inocuidade, pelo máximo de tempo possível²⁹, de indivíduos, seletivamente em função da periculosidade. O juízo de prognose, acerca do risco, é feito em relação a grupos ou classes de indivíduos. A privação de liberdade transmuda da pretensão ressocializadora para a realidade de neutralização, como sintetiza:

À luz desta lógica securitária, promove-se a ideia de que ‘a prisão funciona’ e fomenta-se uma estratégia punitiva institucional. Se a prisão não pode fazer mais nada, pode retardar o reinício da atividade criminosa por parte dos indivíduos perigosos. Esses períodos de tempo produzem a redução do(s) efeitos do crime na sociedade, embora sem mudar nem o delinquente nem a sociedade.³⁰

Assim, a aplicação de penas alternativas à privação de liberdade, quando aplicadas aos grupos de elevada perigosidade, resulta em mais encarceramento, na medida que o descumprimento destas resulta em pena privativa de liberdade³¹, daí o paradoxo.

A recente Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Pacote Anticrime) alterou o limite máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, ampliando de 30 para 40 anos³², impôs mais restrições na concessão do livramento condicional (Art. 83, III, alíneas “a” a “d”/Código Penal) e imprimiu novo

27 RODRIGUES, Anabela Miranda. Execução penal socializadora e o novo capitalismo – uma relação (im)possível?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Ano XXIII, n. 112 (janeiro/fevereiro). São Paulo: RT, 2015, p. 23.

28 E quais seriam as características, o método e o resultado dessa nova ordem: “Enquanto a ‘velha’ penologia era baseada no indivíduo e estava preocupada com as causas do crime, tendo em vista a sua ‘correção’, por contraposição, à ‘nova’ penologia passou a interessar o grupo de risco em que o indivíduo se insere, para o incapacitar, vigiar e controlar. Surgem novas técnicas penológicas – a monitorização eletrônica ou as técnicas estatísticas –, que têm por objetivo estabelecer níveis de risco e prever a periculosidade, para assim adequar o controlo aos níveis de risco apresentados por certos grupos de indivíduos. Em sede de segurança, cujo valor é sacralizado, isto implica que, substituída a culpa pela perigosidade, ao Estado exige-se que faça a gestão do risco (o crime), no pressuposto de que a sociedade renuncia a suportar qualquer percentagem desse risco. Quando a culpa define a fronteira absoluta da distribuição de riscos entre o indivíduo e a sociedade, recai sobre a sociedade o risco da reincidência; já na gestão eficientista do risco, todo o risco recai sobre o indivíduo, submetendo-o a uma intervenção de segurança e controlo de máxima intensidade.” *Idem*, p. 24

29 Cf: “A punição e a sua duração não dependem da natureza do crime, nem da personalidade do delinquente, mas sim da avaliação do perfil de risco, o que determina a duração do controlo: mais ou menos prolongado consoante a perigosidade.” *Idem*, p. 26.

30 *Idem*, p. 25.

31 “O aspecto em causa é o da ‘transincarceração’, resultante do sistema autopoietico criado pela proliferação de sanções que se reforçam mutuamente, e que permite o que já se chamou de ‘reciclagem’ do indivíduos, favorecendo a sua circulação por diferentes instâncias de controlo.” *Idem*, p. 26

32 CP. Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.

escalonamento de progressão de regime, no cumprimento de pena privativa de liberdade (Art. 112 da Lei 7210, de 11 de julho de 1984).

A implementação do instituto de Acordo de Não Persecução Penal – ANPP levará, por efeito reflexo, a uma maior celeridade no julgamento dos processos relativos aos crimes de alto poder ofensivo, portanto, maior desague no sistema carcerário, haja vista que a forma simplificada que se resolverá os crimes de médio potencial ofensivo destinará mais tempo disponível para o julgamento de processos que levam à pena de prisão.

Há que se repensar, a curto prazo, acerca da execução da pena privativa de liberdade.

6. PRISÃO E RESSOCIALIZAÇÃO

Bruno Ribeiro informa que, desde o positivismo criminológico, o conceito e o conteúdo da ressocialização têm se modificado bastante entre dois extremos: o máximo e o mínimo de conteúdo moral. Em um extremo, as proposições visam à modificação de personalidade do delinquente, noutro extremo, que esse delinquente tão somente passe a respeitar as normas vigentes. No primeiro extremo, o modelo da ideologia do tratamento, sedimentada na doutrina de defesa social de Filippo Gramatica e do positivismo correcionalista de Dorado Montero, ensejou normas permissivas de castração a condenados sexuais e de prisão por tempo indeterminado a condenados tidos de alta periculosidade social. Todavia, no início da década de 70, do século passado, fora substituída pela ideia de reintegração social, advinda da concepção de Giuseppe Bettiol, assim, essa nova concepção se funda na ideia de ressocialização como direito do apenado, conforme transcrição:

Essa nova concepção da função reintegração social da pena privativa de liberdade se assenta, portanto, na inadmissibilidade de processos que visem à reforma coativa da personalidade. O exercício do poder estatal não pode impossibilitar o exercício da liberdade de escolha dos indivíduos, que, por serem criminosos, não deixam de ser indivíduos. Neste sentido, a realização da idéia de ressocialização deve se dar por meio do oferecimento aos reclusos da possibilidade de participação nos diversos programas de tratamento penitenciário, possibilidade essa cuja efetivação depende da sua voluntária adesão. Os reclusos possuem, nessa configuração, direito à ressocialização, que, como todo direito, pode ou não ser exercido.³³

A reforma ao Código Penal Brasileiro de 1984, a qual modificou toda a parte geral e que é tida por Pierangeli³⁴ como um novo código, firma um direito penal de cunho liberal e prevê (Art. 59) que o julgador aplicará a pena, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador, na medida em que seja necessário e suficiente para reprovação daquele crime específico, e para a prevenção de crimes outros, tendo como realce objetivar a ressocialização, prevendo o exame criminológico (Art. 34 e 35) ao iniciar o cumprimento da pena de prisão.

33 RIBEIRO, Bruno de Moraes. As modificações recentes havidas no conceito de ressocialização ou reintegração social e a discussão atual acerca desse conceito. In: PRADO, Luiz Regis (coord.) **AAVV. Direito penal contemporâneo**. Estudos em homenagem a José Cerezo Mir. São Paulo: RT, 2007, p. 115.

34 PIERANGELI, José Henrique. Das penas e sua execução no novo código penal brasileiro. **Escritos jurídico-penais**. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2006, p. 165.

Nesse mesmo sentido, seguindo o princípio humanitário, pelo qual o condenado possui a dignidade inerente a todo ser humano, devendo as instâncias estatais se portarem a assegurar essa dignidade, foi editada, em 1984, a Lei de Execução Penal, propondo que a integração social se desse em cooperação com a comunidade, devendo haver uma classificação – segundo antecedentes e personalidade – do apenado para fins de individualização na execução da pena.

Adverte Pierangeli que o exame criminológico, previsto no Código Penal Brasileiro, não se confunde com o exame de personalidade da Lei de Execução Penal (Art. 9º), pois, enquanto o primeiro procura revelar o nível de responsabilidade, a capacidade para o crime, a capacidade para a correção e a culpabilidade do agente, o outro, o exame de personalidade, objetiva situar o indivíduo na escala ambiental e social. Suas considerações: “As duas perícias, a criminológica e a de personalidade, em conjunto, no sistema da nova legislação penal, tendem a fornecer os elementos indispensáveis para a detecção das causas do delito e de meios que orientem a prevenção, tanto geral como especial, principalmente desta”.³⁵

São ferramentas que se destinam à classificação dos apenados, observando as características pessoais de cada um, para fins de separação, assim, propiciando a aplicação do programa de execução da pena, inclusive a oferta de trabalho.

É fato que o Estado brasileiro tem descuidado da execução da pena, na medida em que edita uma norma de execução condizente com os princípios vigentes, todavia, não realiza a norma e, portanto, não executa os programas de ressocialização.

Anabela Rodrigues apresenta preocupações com o atendimento ao direito à ressocialização, em um mundo em que as soluções passam mais pela racionalidade econômica, em detrimento da racionalidade de princípio de solidariedade, sem esquecer que, para alguns Estados, há a barreira da escassez de bens a distribuir. Entretanto, crer na possibilidade de o caminho ser eficaz pela motivação e pela aderência aos programas de socialização através da ideia de contrato, cumprindo uma espécie de prestação de serviço aos encarcerados:

Trata-se de sublinhar a necessidade de colocar “serviços” na disponibilidade do recluso. São várias as hipóteses: prestar ajudas aos reclusos desfavorecidos, promovendo a igualdade real; restabelecer a saúde física e mental e diminuir as taxas de suicídio; dotá-los de competências sociais tais como, criar o seu próprio trabalho arranjar emprego.³⁶

Evidente que o atendimento ao direito de ressocialização requer não somente uma decisão na direção da implementação de programas tendentes ao cumprimento da política social, mas também o direcionamento de verbas ao custeio dessa implementação.

No caso do Brasil, pode-se compreender que foi editado o arcabouço normativo para o caminho da ressocialização, com a edição da Lei de Execução Penal, entretanto, não se cuidou de criar a estrutura para implantação do programa de ressocialização. Portanto, não se identifica, não se classifica, não se seleciona, não se separa o apenado, o que inviabiliza a oferta de trabalho, de estudo, de qualificação e de integração social.

35 *Idem*, p. 167.

36 *Op. cit.*, p. 31.

A realidade dos presídios brasileiros se resume em superlotação carcerária, convivência de presos cautelares com os apenados, insuficiência de estabelecimento do tipo colônia agrícola ou estabelecimento fabril, resultando em apenados com cumprimento de regime distinto, porém, recebendo o mesmo tratamento, impossibilidade de oferta de trabalho aos encarcerados e impossibilidade de execução de programas de integração social.

Dentre as diversas implementações recentes, tendentes a interferir na situação descrita, houve o movimento da privatização das prisões e a implementação de regime disciplinar diferenciado para presos perigosos.

7. PRIVATIZAÇÃO DAS PENITENCIÁRIAS

César Leal³⁷ relata que, em 1993, o Conselho Nacional Penitenciário reafirmou decisão anterior no sentido da possibilidade de unidades prisionais serem administradas pela iniciativa privada, assim, editando normas básicas do programa de privatização do sistema penitenciário brasileiro, tendo, na sequência, ocorrido experiências em alguns estados brasileiros, tais como Paraná, Ceará e Amazonas, conforme descreve Fernando Vasconcelos:

O primeiro ente federal a adotar tal medida foi o Estado do Paraná, que, todavia, encerrou a experiência no ano de 2006. À proposta também aderiram os Estados de Santa Catarina, Espírito Santo, Bahia, Ceará e Amazonas, sendo que, ao final do ano de 2008, eram 16 os presídios brasileiros terceirizados. A mais recente dessas experiências é realizada em Ribeirão das Neves, região metropolitana de Belo Horizonte, mas que ainda não foi analisada em razão de ter sido iniciada em 2013.³⁸

Esse sistema de privatização de penitenciária adotado no Brasil é do tipo modelo francês, em que há uma cogestão público-privada do sistema, em que o Estado cuida da direção e vigilância externa, enquanto a empresa contratada cuida da vigilância interna e demais serviços.

Os argumentos favoráveis à terceirização teriam sido o da redução de custos estatais (1), eficiência no serviço (2), desenvolvimento da gestão privada nessa área, a qual poderia ser copiada pelo setor público (3), possibilidade de melhoria da assistência e de reinserção social (4), oferta de trabalho produtivo (5), entre outras consequências.³⁹

Entretanto, inexistente demonstração de que ocorra uma redução de custos por parte do Estado, remanescendo sempre a intensão do setor privado de galgar novos mercados, sendo o sistema penitenciário uma das possibilidades de expansão de ganhos. César Leal descreve essa contabilidade:

No Brasil, não há espaço para dúvidas: a privatização é cara, muito cara. Em definitivo, o preço final é mais alto do que nas prisões comuns. O Estado constrói as prisões e as entrega às empresas, com as quais assina contratos que preveem o desembolso mensal

37 LEAL, César Barros. Privatização das prisões. **AAVV. Notáveis do Direito Penal**. Livro em homenagem à René Ariel Dotti. Brasília: Consulex, 2006, p. 106.

38 VASCONCELOS, Fernando Parente dos S. Privatização dos presídios: política de segurança pública?. **Revista Liberdades**. Número 26, julho/dezembro. São Paulo: IBCCRIM, 2018, p. 48.

39 LEAL, César Barros. *Op. cit.*, p. 111.

de importâncias consideráveis, de conformidade com o número de presos. Estas, por sua parte, ganham com o trabalho dos presos.⁴⁰

Há de registrar experiências que são tidas como positivas – e alternativas ao sistema de privatização –, ocorridas no Estado de São Paulo, em que uma entidade privada sem fins lucrativos, denominada Associação de Proteção ao Condenado – APAC, em parceria com o Estado, faz a administração privada do estabelecimento prisional estatal, com o fim de suprir o Estado na missão de ressocialização do condenado.⁴¹

Nesse tipo de gestão, o objetivo principal do terceiro intermediário é a aplicação do programa de ressocialização; já no modelo da privatização, o objetivo da empresa interessada é auferir lucro, como é próprio de qualquer empreendimento de mercado.

O momento em que se apresentou essa opção de terceirização dos estabelecimentos prisionais ocorre concomitante à situação de superlotação do sistema carcerário e ao fenômeno das facções prisionais, ambiente propício às rebeliões e outros distúrbios no seio do sistema prisional.

O fenômeno das facções prisionais está relacionado ao crime do tipo organizado, dentro e fora do sistema penitenciário, e à criminalidade violenta, correlação em que os detentos são cooptados para os quadros da facção, fortalecendo a organização para o crime e possibilitando o crescimento da criminalidade violenta.

8. FACÇÕES PRISIONAIS: O CRIME ORGANIZADO PENITENCIÁRIO E A CRIMINALIDADE VIOLENTA

Bruno Manso descreve, a partir de gravação de áudio e vídeo, cenas do massacre que as facções prisionais, Família do Norte – FDN e Comando Vermelho Rogério Lemgruber – CVRL, impuseram aos rivais integrantes da facção prisional mais conhecida do país, o Primeiro Comando da Capital – PCC, no início do ano de 2017, ocorrida no Complexo Penitenciário Anísio Jobim – COMPAJ, unidade privatizada, em Manaus, onde ocorreu 56 mortes, de um total de 133, ocorridas na sequência também nos Estados de Roraima e do Rio Grande do Norte, resultante do conflito entre facções prisionais, onde a descrição das cenas chocam mais do que os frios números:

Na primeira delas, um dos presos usa o celular pra filmar o resultado do massacre recém concluído. ‘O que acontece com o PCC? Preste atenção’, ele diz, enquanto outro detento retira de dentro de um cadáver acéfalo, com a ajuda de um fação, o coração de uma das vítimas. O órgão é depositado num balde branco, onde se mistura a outra vísceras e pedaços de carne. Na maior parte do tempo, as imagens do celular permanece fechada em close nos corpos decepados. ‘Fede pra porra isso’, comenta o narrador. Logo em seguida ele amplia a tomada de cena, e afinal é possível ver o açougue humano, entre baldes e pedaços de gente. ‘Cheio de coração do PCC’, diz o sujeito que filma. Pelo menos oito corpos sem cabeça aparecem jogados no pátio do presídio.⁴²

40 *Idem*, p. 117.

41 *Ibid*, p. 124.

42 MANSO, Bruno Paes. A metástase do PCC. **Revista Piauí**, nº 125, ano 11, fevereiro. São Paulo: Editora Abril, 2017, p. 24.

O que está por traz desse conflito é a expansão e nacionalização da facção PCC, que até o ano 2000 se restringia ao Estado de São Paulo, onde foi criada⁴³, coexistindo outra organização desse naipe no Estado do Rio de Janeiro, o Comando Vermelho – CV, o qual também se espalhou e mantém grupo regionais autônomos.

Bruno Manso informa que o massacre policial ocorrido em 1992 na Casa de Detenção do Carandiru teria sido usado pelos fundadores do PCC como memória para aglutinação na organização, sob a lógica da necessidade de solidariedade, tendo a facção, aos poucos, se imposto como “garantidora de um regime de autogestão da população carcerária”, inclusive usando como arma a violência real e simbólica de mortes perpetradas contra os inimigos.⁴⁴

Ocorre que, similar ao do PCC, opera-se o desenvolvimento da facção carioca Comando Vermelho – CV, sendo natural que o crescimento exponencial do número de detentos alimentasse a lógica das facções prisionais, consolidando umas e fazendo nascer outras tantas. Sendo que o exercício do poder da facção prisional ocorre dentro e fora do sistema, haja vista o poder de arrecadação de valores e o poder de determinação de ordens que são cumpridas de forma inquestionável. Essa lógica ocorre desta forma:

Como explicou o cientista político norte-americano *Bejamim Lessing*, professor da Universidade de Chicago e estudioso de gangues prisionais nos Estados Unidos e na América Latina, há um dilema a ser enfrentado quando se decide ampliar o sistema prisional. Em um aparente paradoxo, o encarceramento em massa tende a fortalecer o poder das lideranças presas. ‘Quanto maior a probabilidade de um criminoso ser preso, mais importante é para ele obedecer às regras estabelecidas pelas lideranças. Mesmo para aquele que está do lado de fora, mas que considera a possibilidade de ser preso, obedecer às regras das lideranças passa a funcionar como um seguro-prisão’, disse Lessing.⁴⁵

Além disso, existe uma lógica natural que o detento seja agregado em função dos benefícios associativos, tais como seguro-saúde, disponibilidade de advogados, assistência material à família etc., inclusive auxílios outros em relação a cometimentos de crimes e atos ilegais, tais como a realização de justiça extraestatal.

Outros fatores contribuíram não somente para o fortalecimento, mas também para com a expansão e nacionalização da organização, tais como transferências de lideranças para outros estados da federação, inclusive em estabelecimentos federais, o advento da telefonia móvel, entre outros.

Esses elementos foram percebidos quando da rebelião, em simultâneo, em 29 estabelecimentos prisionais paulistas, ocorrida no ano de 2001, conforme nos relata Bruno Manso:

As duas principais lideranças do PCC à época, Cesinha e Geleião, cumpriam pena em Piraquara, no Paraná. O governo paulista havia conseguido transferi-los para o estado vizinho, numa tentativa de minar a influência dos dois. Foi de lá, a centenas de quilômetros dos seus liderados, que eles deram o aval para o começo da megarrebelião. Uma central telefônica, operada pelo PCC, repassou o ‘Salve’ para os demais presídios em dezenove

43 Criado como um time de futebol em 31.08.1993, na Casa de Custódia de Taubaté, o Pinheirão. Cf. MANSO, Bruno Paes. *Op. cit.*, p. 24: “Naquele torneio entre detentos, as rivalidades iam além do esporte. Não forma poucos os casos de agressão durante as partidas. Para se defender, os jogadores de uma das equipes firmaram um pacto de união contra os rivais. Depois viram que era possível estender aquele tipo de solidariedade ao dia a dia da prisão, e também como tática para enfrentar os diretores da unidade carcerária. Nascia o PCC”.

44 *Idem*, p. 26.

45 *Ibid, ibidem*.

idades do estado, envolvendo cerca de 30 mil presos no levante. A revolta ganhou as telas da televisão e quebrou o silêncio que o estado vinha tentando manter sobre a força da facção.⁴⁶

O PCC é somente uma das facções prisionais, embora seja a maior e mais organizada, inclusive servindo de modelo e espelho para outros agrupamentos detectados no ambiente prisional, tais como Bonde dos 40 (MA), Firma (AL), Comando da Paz (BA), Guardiões do Estado (CE), Bala na Cara (RS), Sindicato RN (RN), Primeiro Grupo Catarinense (SC), etc.

Situação que se mostra interessante é a que o Estado procurou inicialmente fazer o isolamento das lideranças, enviando-as a outros estados da federação, principalmente com a construção dos presídios federais, depois teve que novamente fazer uma outra forma de isolamento de liderança via Regime Disciplinar Diferenciado – RDD e, agora, se ver obrigado a proceder com a separação dos presos, em conformidade com a facção à qual pertençam, simpatizem ou não mantenham animosidade, a fim de evitar o conflito faccional dentro de cada unidade prisional. Enfim, sem se aperceber que termina por não se preocupar com o delinquente eventual, que, ao adentrar ao sistema prisional, sem isolamento, termina por ser cooptado pela facção dominante na respectiva unidade prisional.

9. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – RDD

A megarebelião prisional provocada pelo PCC no ano de 2001, em São Paulo, teve como retaliação, por parte do Estado, a edição de resolução administrativa para isolamento das lideranças em regime disciplinar diferenciado do padrão, ou seja, colocação do detento em cela individual, em tempo integral, com tempo mínimo para banho de sol. Em 2003, a Lei 10.792, de 1º de dezembro, incorporou à legislação o RDD, com a configuração que é prevista no Art. 52 da Lei de Execução Penal, destinando-o ao apenado, ou ao preso provisório, que venha a subverter a ordem e a disciplina da unidade prisional, bem como àqueles que representem risco à ordem e à segurança prisional, ou à sociedade, agora, acrescida, com o advento do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), para que seja também aplicado aos detentos, sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada.

Salo de Carvalho retrata esse propósito da neutralização do sujeito preso, contudo, ainda capaz de representar ameaça ao mundo externo:

A partir de tais pressupostos é possível afirmar que o recrudescimento do controle disciplinar no interior do cárcere surge como iniciativa penal de dimensões complexas que, além concentrar objetivos de neutralização e incapacitação, responde também aos desejos imanentes de segurança e proteção decorrentes dos ‘medos ambientes’. Atualizados os propósitos penais, hoje o que está colocado é a necessária combinação entre a certeza de uma punição severa e eficaz complementada pelo propósito de proporcionar algum tipo de confiança capaz de reduzir, mesmo que parcialmente, as angústias coletivas.⁴⁷

Fato é que pretendeu o Estado, pelo rigor da disciplina e da neutralização do detento, dentro do próprio sistema penitenciário, dissuadi-lo da organização ilícita e impossibilitá-lo de cometer, ou determinar

46 *Idem*, p. 27.

47 CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O regime disciplinar diferenciado: Notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. **AAVV. Notáveis do Direito Penal**. Livro em homenagem à René Ariel Dotti. Brasília: Consulex, 2006, p. 509.

que se cometa, outros delitos, por assim dizer uma ferramenta construída para o reforço da segurança pública.

Uma medida que tem mais a ver com a prevenção especial negativa (superneutralização) do que com a prevenção especial positiva (reintegração social).

O Estado tem, nesse ponto, ao se preocupar em contingenciar os detentos não mais socializável, esquecido de atender ao direito de ressocialização do apenado ainda possível de integração social, mais ainda, coloca este à disponibilidade para engrossar as fileiras do crime organizado penitenciário.

É ideal haver uma triagem mínima, mesmo com investimento modesto, para uma separação de apenados, possibilitando o cumprimento de pena em estabelecimento de baixo custo, onde se possa ofertar programa destinado à ressocialização, inclusive trabalho, e evitar a interação com facção criminosa.

10. A SEPARAÇÃO DOS AUTORES DE CRIMES DE MOTIVAÇÃO IRREPETÍVEL

Já se tem afirmado que a fase da execução penal é a fase da pena criminal em que o Estado tem menos se preocupado, tem direcionado menos recursos e tem sempre postergado a implementação de projetos que são tidos como necessários a atender o direito de ressocialização do apenado.

O encarceramento, que até aqui se fez em escala exponencial, tende a acentuar a sua curva, haja vista a ausência de política pública capaz de impactar a criminalidade em momento anterior à ocorrência do evento criminoso⁴⁸, restando ao âmbito judicial a equalização do problema do crime, no estágio já da aplicação do direito penal.

Algumas ferramentas inovadoras, sejam tecnológicas ou legislativas, tais como processos eletrônicos, instrução com gravação audiovisual, retirada da agenda de instrução dos crimes de médio potencial ofensivo, etc., induzem maior disponibilidade de tempo judicial para os processos de crimes de alto potencial ofensivo e da criminalidade violenta e, assim, maior resolução de casos que resultaram em condenação à pena privativa de liberdade e, portanto, maior número de indivíduos serão enviados aos estabelecimentos prisionais que, por sua vez, continuarão com o número de vagas congeladas.

Da mesma forma que o caráter intimidatório, seja da legislação, seja da pena concreta, não atinge, respectivamente, determinados tipos de autores de crime e determinados apenados, os programas de ressocialização também não são eficazes em relação a determinados apenados, daí porque Liszt defendia que o efeito de intimidação, de correção e de neutralização haveria de se correlacionar a cada tipo de delincente. Assim, correção aos delinquentes capazes de correção, intimidação aos delinquentes não necessitados de correção e inocuidade aos delinquentes incorrigíveis.⁴⁹

Quando se deixa de implementar programas de ressocialização eficazes, perde-se a oportunidade de corrigir os apenados corrigíveis, restando a execução da pena como uma intimidação ao menos afeito e como uma neutralização temporária, pelo tempo da prisão, dos delinquentes incorrigíveis e não susceptíveis de intimidação.

48 Não se cuidou de implementar o ensinamento de Beccaria: *“Mais vale prevenir os delitos que puni-los”*. Cf. *Op. cit.*, p. 154.

49 *Op. cit.*, p. 58.

A indiferença que se relega ao apenado corrigível não é indiferente para o problema penitenciário, haja vista que ele estará pronto para colaborar com o crime organizado prisional.

Diz Liszt⁵⁰ que os crimes patrimoniais são em maior número e relacionados com a reincidência, sendo que, na atualidade, a estes veio se somar o crime de tráfico de entorpecentes. Uma mudança radical na política criminal de drogas poderia retirar, paulatinamente, o acesso da criminalidade organizada⁵¹ ao mercado do comércio de drogas ilícitas. É uma hipótese a se estudar.

Há crimes em que seus autores não possuem antecedentes, bem como a motivação verifica-se de curso único, revelando que muito dificilmente aquele autor voltaria novamente a praticá-lo. Isto ocorre muito nos crimes de sangue, mas também pode ocorrer em outros tipos penais.

Delinquentes não habituais, ocasionais, sem antecedentes, e autores de fatos de motivação irrepitível, corroborado pelos exames de personalidade e de periculosidade, podem ser o critério para uma separação de autores de crimes e de apenados, do restante da massa carcerária.

Com a separação criteriosa, poder-se-á ter o cumprimento de pena de prisão, em relação a esse apenados, com pouco investimento e a baixo custo, com oferta de trabalho e de programas de integração social, inclusive em estabelecimentos adaptados, onde se poderia ter a parceria com a sociedade civil, no modelo da APAC que nos mostrou Cesar Leal.⁵²

11. CONCLUSÃO

No Estado de modelo Democrático de Direito, o sistema de justiça penal tem como fundamento último o Contrato Social⁵³, assim, depois do movimento iluminista em que se inseriu Beccaria, as penas criminais disponíveis no arsenal são somente as dos tipos prisão, pecúnia e restrição de direitos, impossibilitando as penas de eliminação do indivíduo, as penas cruéis, as de banimento, as de caráter perpétuo e as de trabalho forçado.

De outra parte, e também como limitação do poder estatal de punir, as cominações, as aplicações e as execuções da pena criminal hão de estar devidamente fundamentadas e limitadas pela referência de

50 *Idem*, p. 62.

51 Um recorte da intervenção das facções criminais no comércio de drogas ilícitas Cf. em LIMA, Antônio dos Santos. Competição violenta e controle territorial: quadrilhas prisionais e conflito armado no mercado de drogas da grande Salvador. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Ano XXIV, n. 120 (maio/junho). São Paulo: RT, 2016, p. 417: “O mercado de drogas, que era operado por revendedores individuais, passou então a ser disputado e controlado por grupos armados coordenados de fora e de dentro dos presídios. A estrutura organizacional dessa nova configuração da operação do tráfico se baseia em regime de consignação das mercadorias ilegais vendidas, na exclusividade comercial e no amplo recurso ao uso de arma de fogo na proteção e expansão de áreas de varejo de drogas e na resolução de conflitos”.

52 *Op. cit.*, p. 124.

53 Cf. descrição em ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 31: “Tal é o problema fundamental que resolve o contrato social. A natureza do ato determina de tal sorte as cláusulas do contrato, que a menor modificação as tornaria vãs e nulas; de modo que, não tendo sido talvez nunca em forma anunciadas, são por toda a parte as mesmas, por toda a parte admitidas tacitamente e reconhecidas, até que, violado o pacto social, cada um torne a entrar em seus primitivos direitos e retome a liberdade natural, perdendo a liberdade de convenção, à qual sacrificou a primeira”.

culpabilidade, bem como devem estar assentes numa finalidade referida à sociedade ou à convivência em comunidade.

A ideia de sanção penal sem retorno para a sociedade e de pena criminal como imperativo categórico, próprios da teoria retribucionista da pena, não fazem mais sentido em um tipo de sociedade que se organiza com base num modelo de contrato social e mantém um sistema de justiça penal com base na tutela estatal de bens jurídicos do cidadão e no fortalecimento das cláusulas do pacto de vida em sociedade.

A ideia de proteção de bens jurídicos penalmente tutelados liga-se às teorias de prevenção, geral e especial – no cometimento de novos delitos –, que se credita como efeito da cominação, da aplicação e da execução da pena, devendo haver, no momento da execução da pena, maior atenção para os benefícios de caráter de prevenção especial positiva, de integração social, já que prevenção especial negativa, neutralização, é decorrência lógica da aplicação do *quantum* de pena, não exigindo qualquer esforço para a consecução dos efeitos.

A execução da pena privativa de liberdade se tornou o grande problema do sistema de justiça penal, em razão de não ter o Estado conseguido implementar os programas destinados à integração social dos apenados, no momento em que o fenômeno da superlotação dos estabelecimentos destinados ao cumprimento da pena de prisão tem impossibilitado a oferta de trabalho, separação dos detentos entre presos provisórios e apenados e a necessária avaliação dos efeitos do cumprimento da pena, concretamente em cada apenado.

Paralelo à impossibilidade de aferir os resultados da execução da pena, há a implementação de novo fator de criminalidade dentro do próprio sistema penitenciário, não somente através da organização do crime de tipo prisional e da fermentação desse fenômeno através do fornecimento de mais indivíduos a serem cooptados ou usados para efeito de fortalecimento das organizações do tipo criminal, mas também pelos conflitos havidos entre essas facções prisionais, fator que tem consumido mais recursos do sistema.

Privatizações de estabelecimentos prisionais, implementação de regime disciplinar diferenciado, criação de rede penitenciária na esfera federal, isolamento das lideranças de facções prisionais, separação de detentos em conformidade com suas declarações de afinidade ou não animosidade com a facção prisional presente em determinado setor considerado são apenas medidas reativas ao problema penitenciário, sem qualquer capacidade de resolução da problemática.

A inércia do Poder Executivo, relativamente ao setor da administração do sistema penitenciário e referente ao planejamento e alocação de verbas direcionadas à soluções para a problemática, não impede que outros setores, inclusive a sociedade civil, possam intervir, mesmo que em situações pontuais e em proposições que não demandem elevado custo, já que não tem ingerência na destinação de recursos.

A separação de detentos e apenados, em relação aos indivíduos cuja retrospectiva demonstre mínima possibilidade de reincidência, cujos exames de personalidade e periculosidade indiquem a adequação ou que a motivação para o crime demonstre que o cometimento de novo fato provavelmente não se repetirá, traz uma real possibilidade de cumprimento da prisão cautelar e/ou de cumprimento da pena em estabelecimentos diversos do estabelecimento no qual já se identifica a presença de facção prisional.

A separação se faz necessária, antes, para impedir a fermentação das facções prisionais, seja pela arregimentação de novos integrantes, seja pela arrecadação forçada de contribuições financeiras e, depois, para a proteção do apenado em relação ao poder das facções criminosas dentro dos estabelecimentos prisionais.

Ademais, se se estar a tratar de pessoas, previamente selecionadas em função de suas personalidades e da mínima periculosidade, além de elementos de antecedentes e de motivação do delito, que indiquem pequena possibilidade de reincidência, o cumprimento das prisões – cautelar e de execução – poderá ocorrer a baixos custos, em prédios públicos já existentes, porém adaptados para tais fins, e, se possível, com administração em parceria com entes da sociedade civil organizada.

Enfim, estaria o estado se preocupando não mais somente com a separação e isolamento dos irrecuperáveis, mas também com a classificação e separação para atender o direito de ressocialização do apenado recuperável ou necessitado de integração social.

12. REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução José Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O regime disciplinar diferenciado: Notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. **AAVV. Notáveis do Direito Penal**. Livro em homenagem à René Ariel Dotti. Brasília: Consulex, 2006.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal, parte geral, questões fundamentais, a doutrina geral do crime, tomo I*. 1ª edição brasileira, 2ª edição portuguesa. São Paulo: Coimbra Editora/Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal, tomo I**, 4ª edição, revisada e atualizada, 33ª tiragem. São Paulo: Max Limonad, 1971.

GOMES, Luiz Flávio. Reformas penais isoladas são insuficientes para diminuir a criminalidade. **Boletim Ibccrim**, n. 16, ano 27, março 2019. ISSN 1676-3661. São Paulo: Ibccrim, 2019.

GRECO, Luís. A ilha de Kant. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antônio (orgs.) **AAVV. Direito penal como crítica da pena**. Estudos em homenagem a Juarez Tavares. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

KÖHLER, Michael. O conceito de pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Ano XXIV, n. 120 (maio/junho). São Paulo: RT, 2016.

LIMA, Antônio dos Santos. Competição violenta e controle territorial: quadrilhas prisionais e conflito armado no mercado de drogas da grande Salvador. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Ano XXIV, n. 120 (maio/junho). São Paulo: RT, 2016.

LEAL, César Barros. Privatização das prisões. **AAVV. Notáveis do Direito Penal**. Livro em homenagem à René Ariel Dotti. Brasília: Consulex, 2006.

LISZT, Franz Von. **A idéia do fim do direito penal**. Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. 1ª Edição. São Paulo: Rideel, 2005.

MANSO, Bruno Paes. A metástase do PCC. **Revista Piauí**, nº 125, ano 11, fevereiro. São Paulo: Editora Abril, 2017.

PIERANGELI, José Henrique. Das penas: tempos primitivos e legislações antigas. **Escritos jurídico-penais**. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2006.

_____. Das penas e sua execução no novo código penal brasileiro. **Escritos jurídico-penais**. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2006.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. As modificações recentes havidas no conceito de ressocialização ou reintegração social e a discussão atual acerca desse conceito. In: PRADO, Luiz Regis (coord.) **AAVV. Direito penal contemporâneo**. Estudos em homenagem a José Cerezo Mir. São Paulo: RT, 2007.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Execução penal socializadora e o novo capitalismo – uma relação (im) possível?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Ano XXIII, n. 112 (janeiro/fevereiro). São Paulo: RT, 2015.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Parte General, Tomo I - Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito** (1994). Tradução da 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Reimpresión 1ª Edición (1997). Madrid: Civitas Ediciones SL, 2006.

_____. Sentido e limites da pena estatal. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3ª edição. Lisboa: Veja, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução Pietro Nassettti. São Paulo: Martin Claret, 2000.

VASCONCELOS, Fernando Parente dos S. Privatização dos presídios: política de segurança pública?. **Revista Liberdades**. Número 26, julho/dezembro. São Paulo: IBCCRIM, 2018. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=324>. ISSN:2175-5280. Acesso em: 26 abr. 2020.