



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Uma análise jurídica sobre o sistema penitenciário brasileiro
Medidas para reduzir os danos

MARCELLE RASCHIK RICHE

Rio de Janeiro
2016

MARCELLE RASCHIK RICHE

**Uma análise jurídica sobre o sistema penitenciário brasileiro
Medidas para reduzir os danos**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2016

UMA ANÁLISE JURÍDICA SOBRE O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO MEDIDAS PARA REDUZIR OS DANOS

Marcelle Raschik Riche

Graduada pela Universidade Federal do Estado
do Rio de Janeiro. Servidora Pública.

Resumo: A superlotação e as condições degradantes dos presídios no Brasil geram graves danos àqueles que ingressam no sistema carcerário. Trata-se de realidade que não pode ser ignorada pela sociedade nem pelo poder público, pois violadora de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e de direitos previstos na lei de execução penal. Assim, tais danos devem ser evitados e, quando já consumados, reparados. A essência do trabalho é abordar as propostas que visam melhorar as condições de cumprimento da pena, propostas que visam a evitar que novos danos ocorram e também propostas que visam reparar os danos já consumados.

Palavras-chave: Direito Penal. Finalidades da Pena. Responsabilidade Civil.

Sumário: Introdução. 1. Finalidades do cárcere. 2. Superlotação e condições precárias. 3. Redução dos danos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a situação do cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil. Procura-se analisar se os presídios cumprem o papel de ressocialização do preso e as possíveis formas de reduzir os danos morais oriundos da superlotação dos presídios.

Para tal, serão exploradas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, a fim de discutir as várias propostas de redução dos danos decorrentes das condições degradantes do cárcere.

A Lei n. 7.210/1984 institui a função social da pena, qual seja, a ressocialização do detento. Ocorre que a realidade está muito distante disso. Essa situação gera as seguintes reflexões: é possível que a finalidade ressocializadora da pena seja alcançada? Diante das

condições precárias de cumprimento da pena, quais são formas de evitar o cometimento de danos aos presos e quais são as formas de reparação dos danos já consumados?

O tema é controvertido na doutrina e na jurisprudência e merece atenção, uma vez que é sempre questionada a atuação do poder judiciário na efetivação de direitos fundamentais em uma postura ativista.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as teorias acerca da finalidade da pena privativa de liberdade e qual foi o modelo adotado pelo Brasil.

Segue-se analisando, no segundo capítulo, quais as reais condições de cumprimento da pena, as violações aos direitos fundamentais que são cometidas no cárcere e se, diante delas, é possível que a ressocialização do preso seja alcançada.

O terceiro capítulo destina-se a examinar a necessidade de se buscar formas de evitar que novos abusos sejam cometidos, através de intervenção do poder judiciário na concretização dos direitos fundamentais e as formas de reparação dos danos já consumados.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza parcialmente exploratória e qualitativa.

1. FINALIDADES DO CÁRCERE

De acordo com o artigo 59 do Código Penal, a pena deve ser necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Dessa forma, o magistrado, ao cominar a pena, deve ponderar o mal praticado e a conduta do agente, a fim de se chegar a um resultado justo, sempre atentando para os princípios constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para tratar da finalidade da pena, a doutrina se divide em três grupos de teorias, a teoria absoluta, a teoria relativa e a teoria mista. São diferentes formas de abordagem científica da pena, a fim de solucionar o problema da criminalidade.

Para os adeptos da teoria absoluta, também chamada de teoria retributiva da pena, a pena retribui um mal praticado. A pena é tida como um instrumento de vingança contra aquele que praticou o crime. Assim, não há um fim socialmente útil para o cárcere, sendo este um fim em si mesmo, ou seja, um castigo.

A teoria absoluta da pena surge no contexto do Estado absolutista. Nesse sentido, explica Bitencourt:

Na pessoa do rei concentrava-se não só o Estado, mas também todo o poder legal e de justiça. A idéia que então se tinha da pena era a de ser um castigo com o qual se expiava o mal (pecado) cometido. De certa forma, no regime do Estado absolutista, impunha-se a pena a quem, agindo contra o soberano, rebelava-se também, em sentido mais que figurado, contra o próprio Deus.¹

A teoria relativa da pena, também chamada de teoria preventiva, atribui à pena a missão de evitar que no futuro se cometam novas infrações penais. Essas teorias surgem no contexto do iluminismo, na transição do Estado Absoluto para o Estado Liberal. Percebeu-se que era melhor prevenir os delitos do que puni-los. Essa teoria se funda no critério da prevenção, se bipartindo em teoria preventiva especial e teoria preventiva geral.

A prevenção geral busca um controle da violência, de forma a reduzi-la ou até evitá-la. Essa teoria é direcionada à coletividade. A prevenção geral pode ser negativa ou positiva. Pela prevenção geral negativa, a pena aplicada no caso concreto repercute na sociedade, intimidando e desestimulando o cometimento novos delitos. Pela prevenção geral positiva, a pena reforça a confiança da sociedade na validade e na força de suas normas, gerando uma necessidade de observância de certos valores para o convívio social.

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 133.

Por outro lado, a prevenção especial é direcionada a pessoa do condenado. Essa teoria também se subdivide em prevenção especial positiva e prevenção geral negativa.

Para a prevenção especial positiva, a finalidade da pena é a ressocialização daquele que praticou o crime, através de sua correção, buscando que esse indivíduo desista de cometer novos delitos. A pena é uma forma de tratamento do condenado que, através dela, se tornaria apto ao convívio social. Entende-se necessário adequar o sujeito ao seu retorno à vida em sociedade, pois era comum que o mesmo voltasse a delinquir quando do cumprimento de sua pena.

Pela prevenção especial negativa, aquele que praticou o crime é neutralizado através da sua segregação. Busca-se evitar a reincidência através da neutralização total do sujeito, por meio de penas perpétuas, penas de morte e isolamento.

A teoria mista ou unificadora surge, no início do século XX, como uma forma de unificar as teorias supracitadas. A pena seria capaz de retribuir o mal praticado, mas também seria capaz de desestimular a prática de novos delitos e ressocializar o condenado. Assim, a finalidade de retribuição e a finalidade de prevenção coexistem. Para os adeptos dessa teoria, não basta que a pena tenha uma finalidade, pois os fenômenos sociais são complexos, gerando consequências diversas. Essa teoria parte de uma visão crítica às teorias monistas da pena.

Assim afirma Bitencourt:

As teorias unificadoras partem da crítica às soluções monistas, ou seja, às teses sustentadas pelas teorias absolutas ou relativas da pena. Sustentam que essa 'unidimensionalidade, em um ou outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal, com consequências graves para a segurança e os direitos fundamentais do Homem'. Este é um dos argumentos básicos que ressaltam a necessidade de adotar uma teoria que abranja a pluralidade funcional desta.²

Por muitos anos, a pena possuiu apenas a finalidade de repressão. Posteriormente, ela passou a ocupar uma função de prevenção. Nos dias atuais, utiliza-se a conjugação das

² Ibid., p. 155.

duas principais finalidades da pena, quais sejam, a reprovação e a prevenção social, de forma a tentar se evitar que o apenado volte a delinquir.

Observa-se que o Código Penal Brasileiro adotou a teoria mista ou unificadora da pena, pois, conforme já destacado, o artigo 59 traz tanto a necessidade de prevenção quanto a necessidade de reprovação do crime. Não há prevalência do caráter retributivo ou do caráter preventivo, pois ambos coexistem, sem que haja hierarquia.

Percebe-se que, juntamente com a evolução da sociedade, as teorias das finalidades da pena foram evoluindo e se afastando das penas violentas e corporais, passando para penas mais humanizadas, buscando uma adequação à visão garantista de direito penal e aos princípios constitucionais.

É importante destacar que a pena deve buscar um fim compatível com os princípios constitucionais, visto que vivemos a chamada constitucionalização do direito penal. Assim, o cárcere deve ser visto como medida excepcional, de *ultima ratio*, somente sendo viável quando não existirem outras formas no ordenamento jurídico de conservar a ordem social. O direito penal deve ser pautado, sobretudo, pelo princípio da mínima intervenção e pelo seu caráter subsidiário, decorrência lógica do princípio da dignidade humana.

2. SUPERLOTAÇÃO E CONDIÇÕES PRECÁRIAS

Em 2014, um relatório feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ³ sobre a população carcerária brasileira apontou que o déficit de vagas do sistema chega ao número de 728.235. Isso porque o total de pessoas presas ou com mandado de prisão em aberto é de 1.085.454, enquanto que a capacidade do sistema é 357.219 vagas. Em razão dos novos dados

³Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf > .
Acesso em: 29 de fev. 2016

divulgados, o Brasil passa a ter a terceira maior população prisional do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China.

Verifica-se que a crise do sistema carcerário brasileiro não tem como única causa a falta de vagas nos estabelecimentos prisionais, outro fator determinante para o agravamento da situação é a precariedade das instituições carcerárias e as condições subumanas na qual vivem os presos.

Recentemente, em maio de 2015, o Partido Socialista e Liberdade ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 defendendo que o sistema carcerário brasileiro passa por um “Estado de Coisas Inconstitucional” e requerendo que o STF declare a violação de preceitos fundamentais da Constituição Federal perpetrada no âmbito desse sistema. O objetivo da ação é fazer com que o poder judiciário determine que os entes federativos adotem providencias objetivando sanar tais violações.

O termo “Estado de Coisas Inconstitucional” surgiu na Colômbia em 1997 e descreve uma situação em que há uma violação generalizada de direitos fundamentais de um grande número de pessoas. A violação de tais direitos se consolida com a inércia do poder público ou mesmo com sua incapacidade em adotar medidas a fim de reverter tal situação gravosa.

De acordo com o Ministro Marco Aurélio, relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347:

A maior parte desses detentos está sujeita a condições como superlotação, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.⁴

Nesse sentido, são diversos os fatores que contribuíram para a atual realidade do sistema prisional brasileiro. O cenário atual é de completa inobservância pelo Estado de

⁴ Disponível em: <<http://m.stf.gov.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>> Acesso em: 02 de fev. 2016.

algumas exigências mínimas para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Isso porque, diferentemente do que se observa prática, a administração do cárcere deve zelar pela proteção dos direitos fundamentais das pessoas que nele se encontram, a fim de possibilitar o alcance das finalidades da pena em questão.

O primeiro fator a contribuir para a supracitada crise é o total descaso do Estado com o tema. Nesse sentido, explica Rogério Greco:

A causa do preso, definitivamente, não angaria a simpatia dos governantes que, mesmo veladamente, no fundo, a aceitam como forma de punição para aquele que praticou a infração penal. Na verdade, o comportamento dos governantes é um reflexo daquilo que a sociedade pensa sobre o tratamento que deve ser dirigido aos presos.⁵

Observa-se que a manutenção de presídios aptos a cumprir com a finalidade para a qual foram criados não é pauta relevante para o governo. Em última análise, trata-se de reflexo dos interesses da sociedade, que não pensa no tema como um problema, mas sim como uma punição merecida àquele que cometeu o crime.

Outro fator que pode ser elencado para a análise da questão é a fiscalização ineficiente do sistema prisional pelos órgãos competentes. O Poder Judiciário, a Defensoria Pública e, principalmente, o Ministério Público devem tomar medidas conjuntas que visem o combate à corrupção, ao desvio de verbas públicas e que fiscalizem a administração de tais recursos públicos. Assim, a culpa pela falência do sistema não deve ser exclusivamente atribuída ao Poder Executivo.

A ausência da fiscalização adequada dos presídios inclui também a ausência de fiscalização sobre as pessoas que neles trabalham. O cenário atual é de total despreparo dos funcionários que atuam dentro do sistema prisional. Nesse sentido, uma parcela desses funcionários se aproveita da situação de superioridade em que se encontram para auferir vantagens dos presos e de seus familiares.

⁵ GRECO, Rogério. *Sistema Prisional – Colapso Atual e Soluções Alternativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 226.

Rogério Greco alerta que:

Como já vimos, não é incomum, inclusive, que funcionários cometam violências sexuais contra os presos ou seus familiares, até mesmo como forma de favorecimento para ingresso de algo que seria normalmente proibido (drogas, armas, telefones celulares etc.). As mulheres que visitam seus maridos, ou algum parente aprisionado no sistema, são humilhadas com revistas vexatórias, obrigadas a ficar completamente nuas, muitas vezes sob os olhares e toques de homens que não deveriam e nem poderiam estar cumprindo aquelas funções.⁶

Além do despreparo daqueles que estão em contato imediato com o preso, o poder público falha mais uma vez ao não oferecer ao encarcerado programas capazes de estimular a sua ressocialização. Isso contribui para a ociosidade dentro do cárcere e também para que os criminosos contumazes que se encontram encarcerados exerçam influência sobre aqueles que ingressaram no sistema pela primeira vez.

Nesse sentido, o quadro atual de superlotação dos presídios brasileiros retrata a total falência do Estado em reinserir o condenado na sociedade. O excesso de leis penais incriminadoras e o uso desenfreado da privação cautelar da liberdade são fatores decisivos para a superlotação do cárcere.

A pena privativa de liberdade, que teve seu surgimento intrinsecamente ligado à substituição das penas cruéis, atualmente não consegue garantir as necessidades mais básicas do condenado, nem mesmo a dignidade daquele que ingressa no sistema.

Dessa forma, vários são os fatores que contribuíram para que chegássemos ao atual quadro de precariedade do sistema prisional brasileiro. A falta de investimentos e o descaso do poder público e da sociedade em geral sedimentaram um verdadeiro cenário de caos e falência do sistema, incapaz de reinserir o preso na sociedade.

3. REDUÇÃO DOS DANOS

⁶ GRECO, op. cit., p. 230/231.

Sabe-se que o sistema prisional brasileiro está em crise, tanto porque não consegue cumprir as finalidades para as quais a pena privativa de liberdade foi criada, como também porque não consegue garantir a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais mínimos do preso.

Na ADPF 347, sustenta-se que apenas uma atuação conjunta de diversos órgãos públicos e autoridades públicas seria capaz de superar tal quadro. Nesse sentido, diversas são as medidas que podem ser tomadas, como a fundamentação das decisões que decretam prisões cautelares, a realização de audiência de custódia e a imposição de penas alternativas à prisão quando possível.

Tais medidas servem para evitar que novos danos sejam causados àqueles que ingressam no sistema carcerário. Porém, muito se discute sobre a reparação dos danos já causados em virtude da violação de direitos fundamentais dentro de estabelecimentos prisionais.

No Recurso Extraordinário nº 580252, o Ministro Luís Roberto Barroso sustentou a remição de dias de pena no lugar de indenização pecuniária aos presos que sofrem danos morais durante o cumprimento da pena privativa de liberdade. A ação em questão discute a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de superlotação em presídios.

Assim, sustenta o Ministro Luís Roberto Barroso:

É preciso, assim, adotar um mecanismo de reparação alternativo, que confira primazia ao ressarcimento in natura ou na forma específica dos danos, por meio da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal. A indenização em pecúnia deve ostentar caráter subsidiário, sendo cabível apenas nas hipóteses em que o preso já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição.⁷

Nesse sentido dispõe o art. 126 da Lei de Execuções Penais que o “condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”⁸.

⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252LRB.pdf>> Acesso em: 02 de fev. 2016.

O Estado é responsável por garantir condições mínimas para o cumprimento da pena, pela guarda e segurança daqueles que ingressam no sistema carcerário. Quando falha nesse dever, surge a obrigação de reparar os danos sofridos. Assim, na visão do Ministro, a indenização em dinheiro não seria a primeira resposta do Estado, pois pouco eficiente para a reparação dos danos morais experimentados.

A remição surgiria como forma alternativa de reparação, que atenderia melhor os interesses do apenado. A reparação em dinheiro ficaria restrita às hipóteses em que o detento já tenha cumprido a pena integralmente. Assim, o Estado não teria gastos com centenas de milhares de indenizações, podendo, em tese, investir esse dinheiro na melhoria do sistema como um todo.

Nesse contexto, Barroso sugere que haja redução de um dia para cada três dias de cumprimento de pena em caso de violação grave aos direitos da personalidade do preso. Para violações mais leves, aplicar-se-ia a remição mínima de um dia para cada sete dias de cumprimento de pena.

Ainda tratando de formas de reparar os danos sofridos no cárcere, a privatização das prisões surge como uma medida que visa solucionar a crise carcerária vivida em diversos países do mundo. Essa medida começou a ganhar destaque nos Estados Unidos, no final da década de 80, em um contexto de superlotação e alto custo para manutenção dos presídios. `

No modelo norte americano, de privatização total, os presídios se transformariam em empresas privadas, com ideais de eficiência e qualidade de serviço. O modelo brasileiro, de privatização parcial, diferentemente do anterior, é caracterizado por uma dupla responsabilidade, do Estado e da empresa que administram conjuntamente o presídio.

Nesse sentido, explica Rogério Greco:

É importante ressaltar que, no mundo, os países que adotaram a terceirização ou mesmo a privatização completa do sistema prisional não conseguiram resolver, completamente os problemas carcerários. Os erros continuam a acontecer. No

⁸ BRASIL, Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

entanto, embora ainda ocorram com frequência, não podemos negar que houve uma melhora significativa da qualidade de vida dos detentos. Isto porque a cobrança a uma empresa privada, sobretudo com a aplicação das penalidades existentes no contrato pela falta de cumprimento das cláusulas nele previstas, tornam a efetivação dos serviços prometidos muito mais fácil. As empresas que não cumprirem o pactuado estarão, portanto, sujeitas a multas altíssimas as quais, possivelmente, se não saldadas, acarretarão sua saída do mercado.⁹

Assim, sustenta-se que o poder público deve promover políticas que visem eliminar ou mesmo reduzir as violações à dignidade do preso. A pena privativa de liberdade deve ser reservada aos delitos mais graves, não podendo ser usada de forma indiscriminada, dentro do contexto brasileiro de inflação legislativa. Além disso, o tempo de cumprimento da pena deve ser respeitado, não se admitindo que o apenado permaneça no cárcere por mais tempo do que aquele fixado na sentença. Ainda, verbas devem ser reservadas à construção de novos presídios, permitindo condições mínimas de cumprimento da pena.

Tais medidas visam a impedir que novos danos ocorram. Contudo, isso não significa que os danos já perpetrados aos detentos devam permanecer impunes. Seja através da proposta do Ministro Luís Roberto Barroso de remição da pena, ou mesmo através da reparação pecuniária, o dano deve ser reparado. Nesse sentido, não deve ser acolhido o argumento, muitas vezes sustentado pelo Estado, de que tal indenização não gera melhora no sistema carcerário como um todo.

CONCLUSÃO

Como exposto, a lei de execução penal instituiu a função social da pena, qual seja, a ressocialização do detento. Tal lei garante diversos direitos aos presos, a fim de resguardar a dignidade da pessoa humana, mas não traz as formas para assegurá-los. A realidade atual vivida no cárcere brasileiro é de superlotação, de ambientes insalubres e condições

⁹ GRECO, op. cit., p. 240.

desumanas. Por outro lado, a sociedade brasileira busca penas cada vez mais severas e mais longas, desejo esse que acaba se refletindo nas políticas públicas.

Apesar das diversas deficiências do sistema prisional apontadas ao longo do trabalho, sabe-se que a pena privativa de liberdade é uma medida necessária na forma com que a sociedade atual foi concebida, ou seja, no sistema jurídico vigente. Porém, os estabelecimentos prisionais não podem funcionar como verdadeiras escolas do crime. Para que isso não ocorra, a ressocialização do preso se faz necessária, seja para concretizar os valores previstos no texto constitucional, seja porque o preso de hoje amanhã retornará à vida em sociedade.

São diversas as propostas para redução dos danos oriundos das condições degradantes do cárcere. Em um primeiro momento, as condutas que podem ser suficientemente repreendidas por outros ramos do direito devem ser descriminalizadas, adotando-se a postura do direito penal mínimo. Além disso, o poder público deve promover políticas que visem diminuir as violações perpetradas no cárcere, respeitando o tempo de cumprimento da pena e destinando verbas à manutenção do sistema prisional em condições mínimas. Por outro lado, após o dano já ter sido consumado, deve ser efetivada a sua reparação, seja através da remição da pena, ou mesmo através da reparação pecuniária.

Dessa forma, a sociedade e as autoridades devem se conscientizar no sentido de buscar trazer a humanidade para o cumprimento da pena privativa de liberdade, efetivando os valores previstos na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal e mesmo, por último, evitando que os egressos do sistema carcerário voltem a delinquir.

REFERÊNCIAS

GRECO, Rogério. *Sistema Prisional – Colapso Atual e Soluções Alternativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 580252 Relator: Ministro Teori Zavascki.
Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>> .
Acesso em: 13 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 Relator: Ministro Marco Aurélio Mello.
Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385>> . Acesso em:
13 set. 2015.

BRASIL, Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

Conselho Nacional de Justiça. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Disponível em:
< http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf> .
Acesso em : 13 set. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2014.