

A DEMOCRACIA BRASILEIRA E A PENA PRIVATIVA  
DE LIBERDADE: ALTERNATIVAS QUE PRESERVAM  
A DIGNIDADE HUMANA

*THE BRAZILAIN DEMOCRACY AND THE PRIVATE  
SENTENCE OF FREEDOM: ALTERNATIVES THAT  
PRESERVE THE HUMAN DIGNITY*

*Neuro José Zambam\**

*Airton Juarez Ickert\*\**

**Resumo:** A dignidade humana é um valor fundamental para as sociedades democráticas. Na sociedade brasileira que tem na sua Constituição a garantia dos direitos como referência inegociável e balizadores do seu ordenamento, as pessoas precisam perceber e usufruir dos seus direitos e valores mais importantes, dos quais se pode destacar a liberdade. O pleno exercício da liberdade representa a maioria política e as condições de equidade social. A pena privativa de liberdade, quando necessária, precisa ter como meta a

\* Doutor em Filosofia pela PUCRS. Professor dos Cursos de Direito e Administração da Faculdade Meridional - IMED. Membro do Grupo de Trabalho, Ética e cidadania da Anpof (Associação Nacional dos Programas de Pós-graduação em Filosofia). Pesquisador da Faculdade Meridional do Grupo de Pesquisa: Novas Tecnologias, marcos regulatórios e reconhecimento de direitos na diversidade cultural, coordenado pela Profa. PhD Salete Oro Boff. E-mail: <neurojose@hotmail.com>.

\*\* Bacharel em Direito pela Faculdade Meridional - IMED de Passo Fundo. Servidor público militar. E-mail: <airtonickert@yahoo.com.br>. Este artigo é fruto do estudo e elaboração do Trabalho de Conclusão de Curso, requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do Prof. Dr. Neuro José Zambam.

recuperação e reintegração da pessoa na sociedade. Essa reflexão propõe o aprofundamento do debate sobre as graves deficiências do sistema prisional brasileiro e a emergência de alternativas que visam à punição dos culpados pelos delitos cometidos e a sua reinserção social utilizando métodos que preservem a dignidade humana e a condição de sujeito de direitos dos envolvidos. Destaca-se: a privatização dos presídios, o monitoramento eletrônico dos detentos e a justiça restaurativa. Esse é um debate essencial para as condições de justiça numa sociedade complexa e desigual.

**Palavras-chave:** Democracia. Dignidade humana. Justiça.

**Abstract:** The human dignity is a fundamental value for the democratic societies. In Brazilian society that has in its constitution the guaranty of rights as a reference non-negotiable and makers of their organization, people need to realize and enjoy their rights and most important values, of which we can highlight the freedom. The full exercise of freedom represents the politician majority and the conditions for social equity. The sentence of imprisonment, when needed, must aim the rehabilitation and reintegration of the individual in society. This reflection proposes a deeper debate on the severe deficiencies of the Brazilian prison system and the emergency of alternatives that aim the punishment of those who committed crimes and their social reintegration using methods that preserve human dignity and the status of subject of rights of those involved. Stands out: the privatization of prisons, the electronic monitoring of prisoners and the restorative justice. This debate is essential to the conditions of justice in a complex and unequal society.

**Keywords:** Democracy. Human dignity. Justice.

## Introdução

Considerando as deficiências existentes no sistema prisional brasileiro e sua consequente impossibilidade de efetivar a dignidade humana daqueles que ali cumprem as penas, esta reflexão tem como objetivo mais importante propor o debate sobre a origem e finalidade da pena. Apresenta-se, também, algumas concepções sobre o tema. Atenta-se de maneira especial, para a possibilidade de aplicação de alternativas para a execução penal, cujo principal objetivo é a garantia de ressocialização com dignidade.

A Lei de Execuções Penais descreve como deve ser aplicada a pena e quais as garantias dadas ao detento, de acordo com o estabelecido na Constituição Federal. No entanto, o atual sistema penitenciário não vem obtendo êxito em suas prerrogativas, e sequer oferece aos presos as garantias mínimas previstas que garantem humanidade e dignidade, levando-o a tornar-se mais degenerado se comparado ao momento em que ingressou no sistema.

O processo de aplicação da pena contempla a concepção de alguns penalistas, confrontando as diferentes opiniões para melhor evidenciar as possibilidades de efetivar as determinações legais em vista das condições de justiça. O debate sobre o sistema carcerário, considerando sua precariedade, é fundamental para a sociedade brasileira e precisa envolver especialmente os poderes executivo, legislativo e judiciário, juntamente com as organizações sociais.

É notória a crise que existe no sistema carcerário brasileiro, particularmente, dominado pelas facções do crime organizado e outras formas de corrupção. As buscas de novas alternativas supõem, também, uma mudança estrutural e de concepção sobre os presos como sujeitos de direito. Para dar conta desse debate, no Brasil e em nível internacional, buscam-se medidas que possam substituir a pena de prisão por outras, como: a privatização dos presídios, o monitoramento eletrônico dos detentos e a justiça restaurativa. Essa nova postura tem como principais metas a diminuição da criminalidade, a ressocialização dos detentos, a recuperação da sua dignidade, tanto na prevenção de futuros delitos quanto evitaria possíveis reincidências.

## 1. Sobre o conceito e os objetivos da pena

A característica fundamental do ser humano é a sua necessidade de viver em sociedade onde as pessoas se reúnem, cultivam e realizam objetivos comuns. A existência de normas, acordos e tratados comuns é essencial porque garantem a satisfação das necessidades mais importantes, como as condições de vida, a proteção do patrimônio e outros. Nesse contexto a liberdade pode muitas vezes ser relativizada.

A aplicação de penas ou sanções visa coibir aquelas ações e condutas que ameaçam a vida em sociedade e a proteção dos bens mais importantes. Para Aníbal Bruno (*apud* SHECAIRA, 2002, p. 182), “pena é a sanção, consistente na privação de determinados bens jurídicos, que o Estado impõe contra a prática de um fato definido na lei como crime”

Sendo o homem violento por natureza, diz-se que o primeiro ramo do Direito concretamente concebido, antes mesmo de existir qualquer resquício de organização estatal, foi o Direito Penal, mais especificamente aquele alusivo à hoje denominada parte especial dos atuais códigos penais, pois, de plano, buscou-se estabelecer quais seriam as condutas consideradas proibidas, bem como suas respectivas sanções. Ester Eliana Hauser descreve sobre os fins da pena: “Ela é o instrumento que permite a realização da unção do sistema penal. A pena assume, assim, por seu caráter instrumental a finalidade do próprio sistema. De modo que para compreender a função do sistema penal precisamos desvendar os fins da pena, eis que aquele busca seu fundamento e conseqüente legitimidade nesta finalidade. Então somente fins legítimos e realizáveis justificam o sistema dando-lhe um caráter de racionalidade e legitimidade, e não de arbitrariedade” (1997. p. 7).

Segundo o ensinamento de Hauser, o atual sistema penal é construído sobre dois pilares basilares: a incriminação de comportamentos considerados lesivos a determinados bens e interesses, e a penalização daqueles que tiverem tais comportamentos. Portanto, em seu entendimento, pena é a reação ao ato danoso conceituado como crime, que ofenda a um bem juridicamente protegido.

As teorias que tentam justificar a aplicação da pena foram divididas em duas grandes vertentes: as Teorias Absolutas e as Teorias Relativas. A primeira concebe pena como um fim em si mesma, prescindindo de qualquer outra finalidade; enquanto que a segunda baseia-se na ideia de defesa social, entendendo ser a função da pena, inibir o quanto possível, a prática de novos delitos. Diante das vertentes apontadas, em suma, deve-se punir para: compensar uma prática delituosa, intimidar a ação de futuros delinquentes, consolidar o sentimento de confiança na lei, proteger temporariamente a sociedade das ações do criminoso e reabilitar o infrator.

Após os pensamentos iluministas, o Direito Penal passou a ser estudado de forma mais científica e metodológica. E, a partir de então, os estudiosos não mais se limitaram ao exame da legislação, passando a desenvolver conceitos e teorias jurídicas, sociais e antropológicas, dividindo de forma abrangente o fenômeno criminal, bem como a verdadeira função de alguns institutos penais. As Escolas Penais constituíram sistemas de teorias político-jurídicas e filosóficas que expressavam o pensamento dos juristas sobre as questões criminais fundamentais, firmando uma doutrina sobre o Direito Penal com a finalidade das penas e o direito de punir. Dentre as escolas penais destacam-se a Escola Clássica e a Escola Positiva.

Os clássicos afirmavam que o crime é ato de livre arbítrio do indivíduo, o qual escolhe entre o bem e o mal. Foi sobre esta concepção que se assentou a construção teórica do sistema punitivo clássico que por quase cem anos delimitou um Direito Penal do fato e teve como principal expoente Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria: “[...] baseado na noção (liberal) de livre-arbítrio e responsabilidade moral, no qual a imputabilidade e a gravidade objetiva do crime constituem a medida para uma penalidade dosimétrica, vista, então, como retribuição proporcionada ao crime, com uma rígida vigência do princípio da legalidade dos delitos e das penas” (ANDRADE, 2003. p. 59).

A pena criminal é retributiva ao mal causado, ou seja, é um mal justo que se contrapõe ao mal injusto, não assumindo caráter utilitarista<sup>1</sup> (recuperação, prevenção de crimes e defesa da sociedade) o que não significa dizer que os clássicos tenham ignorado todo o fundamento utilitário da pena.

---

1 Doutrina que diz que a pena deve ter sua utilidade que seria a recuperação do delincente e sua reinserção social.

A escola positiva pode ser dividida em três fases e cada uma delas tem seu principal representante, que são: Cesare Lombroso (1835-1909), Rafael Garofalo (1851-1934) e Eurico Ferri (1856-1929). Primeiramente teve-se a fase antropológica, de Cesare Lombroso, médico, que desenvolveu a ideia da existência de um criminoso nato. Estudou o cadáver de diversos criminosos, procurando encontrar elementos que os distinguissem dos demais homens. Após anos de pesquisa declarou que os criminosos já nasciam delinquentes e que apresentavam deformações e anomalias anatômicas, físicas e psicológicas que o levam a prática do delito. Em um segundo momento surge à fase jurídica, de Rafael Garofalo, partindo do darwinismo social (aplicação da teoria da seleção natural de Darwin à sociedade), tratava com certo ceticismo a readaptação do criminoso, assumindo posições radicais em favor da pena de morte aos delinquentes que não tivessem absoluta capacidade de adaptação, eliminando-os da sociedade. A preocupação não encontrava-se somente com a correção (recuperação), mas com a incapacitação do delinquente (prevenção especial sem objetivo ressocializador). Por fim tem-se a fase sociológica de Eurico Ferri, considerado o criador da sociologia criminal, que seguiu o pensamento dos seus antecessores, Lombroso e Garofalo, conforme Bitencourt (2009, p.59), aderindo o fundamento principal do positivismo: a defesa social e a prevenção mediante intimidação; porém deu ênfase em sua tese para o papel ressocializador da pena, acreditando assim, que grande parte dos criminosos era passível de correção, sendo apenas alguns dos criminosos habituais (a minoria) seriam inadapáveis. Também, foi responsável pela expansão do trinômio causal do delito, embasado em fatores antropológicos, sociais e físicos. Atualmente, a pena tem uma tríplice finalidade: retributiva, preventiva e ressocializadora.

A história humana não pode ser desvinculada do Direito Penal, pois o crime acontece desde o princípio, confundindo-se com a própria história da humanidade. Ela surge com o homem e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, tal qual sombra sinistra, nunca dele se afastou. Por outro lado a história do Direito Penal se confunde com a história da pena, tendo em vista que para toda transgressão torna-se necessário um ordenamento coercitivo capaz de garantir a convivência harmoniosa nas sociedades.

O Direito Penal pode ser analisado em períodos históricos, os quais não guardam absoluta independência entre si, mas permeiam-se, misturam-se, porém cada fase possui suas características próprias. Tais fases são denominadas de vingança privada, vingança divina, vingança pública, período humanitário e período científico ou criminológico.

Com a finalidade de evitar o retrocesso a uma vingança privada ou divina, o Estado é eleito, em virtude de sua soberania, como detentor do monopólio do poder punitivo, capaz de impor sanções penais de forma coercitiva a quem viola os direitos fundamentais de outrem, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade, etc. A aplicação de penalidades por parte do Estado, todavia, somente será legítima se forem respeitadas as finalidades da pena e o respeito aos direitos e garantias individuais e sociais.

## 2. A evolução e os objetivos da pena privativa de liberdade

A humanidade experimentou inúmeras penas ao longo da história com o objetivo de coibir, corrigir e unir os delitos praticados. Já na antiguidade, eram comuns as penas de expulsão quando um indivíduo praticava um crime contra indivíduos do mesmo grupo e a guerra de sangue quando o delito fosse praticado contra membro de outros grupos rivais. Nesse período a pena consistia em pura vingança. Segundo Bitencourt (1993, p. 14), na maioria das culturas da antiguidade, as penas eram as mais terríveis possíveis, como a pena de morte, o banimento, o açoitamento, as amputações, o espancamento e vários tipos de torturas.

Os principais doutrinadores penais são praticamente unânimes em admitir que a pena privativa de liberdade, assim como o sistema penal, é algo novo e teve a influência dos pensadores do período iluminista, com destaque especial para Beccaria, que em sua obra “Dos delitos e das penas” começou a ecoar a voz da indignação com relação às penas desumanas, as quais estavam sendo aplicadas sob a

falsa bandeira da legalidade. Conforme ensina Bitencourt (1993, p. 14), “a antiguidade desconheceu totalmente a privação de liberdade, estritamente considerada como sanção penal. Embora seja inegável que o encarceramento de delinquentes existiu desde tempos imemoráveis, não tinha caráter de pena e repousava em outras razões.”

O certo é que cativeiros e calabouços sempre existiram, porém não possuíam um caráter de pena em si mesma, mas serviam como local de custódia onde os réus ficavam detidos nas prisões até que fossem julgados ou executados. Quem nunca ouviu a história Bíblica de José “o jovem sonhador” que foi preso para aguardar seu julgamento por ter sido acusado pela mulher de seu senhor “Potifar”, de tentativa de estupro. Esse fato aconteceu no Egito, cerca de 2.500 anos antes de Cristo, conforme relato do livro de Gênesis (39, 20). “E o senhor de José o tomou e o entregou na casa do cárcere, no lugar onde os presos do rei estavam presos; assim, esteve ali na casa do cárcere”.

Como já demonstrado, prisão não era a pena em si mesma, e sim apenas um lugar onde o acusado esperava sua sentença, conforme ensinamentos do professor Mirabete: “Antes do século XVII, a prisão era apenas um estabelecimento de custódia, em que ficavam detidas pessoas acusadas de crime, à espera da sentença, bem como doentes mentais e pessoas privadas do convívio social por condutas consideradas desviantes (prostitutas, mendigos etc.) ou questões políticas” (1997, p. 26).

A pena privativa de liberdade foi uma inovação no mundo do direito, que teve toda sua filosofia criminal questionada, principalmente, por Beccaria, que queria mais justiça e proporcionalidade na aplicação das penas, conforme ensina Muakad: “A privação de liberdade já representou algum freio do comportamento humano, sendo vista com respeito ou, pelo menos, conseguindo, em uma determinada época da história, fazer surtirem os efeitos da política criminal. Enfim, olhando-se para o passado, verificar-se-á que as penas privativas de liberdade, mesmo cumpridas em regime fechado, representaram um progresso no sistema penitenciário vigente até então”. (1996. p. 48).

No Brasil, segundo o artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal e artigo 32 do Código Penal, a pena privativa de liberdade é a mais grave das sanções previstas e é conceituada por Monteiro de Barros (1997, p. 72) como: “A que restringe o direito de ir e vir do condenado, infligindo-lhe um determinado tipo de prisão” que pode ser a reclusão ou a detenção, com o objetivo de proteger bens que são juridicamente tutelados. A Constituição Federal, nos artigos 1º e 5º proporcionam ao preso, todas as garantias fundamentais de um Estado Democrático de Direito, exceto à privação de liberdade, fato pelo qual podemos dizer que todos os direitos que são assegurados aos que não transgrediram a lei também são assegurados aos presos. O país possui uma Constituição Cidadã e um Estado Democrático de Direito onde todos são vistos como sujeitos de direitos, porém a realidade dos presídios demonstra que algo precisa ser mudado quanto à efetivação das garantias a serem aplicadas aos detentos brasileiros.

A pena privativa de liberdade que por óbvio, é cumprida em estabelecimentos prisionais, isto é, em uma instituição totalitária, que segundo Thompson (1993, p. 22): “envolve o indivíduo a ela submetido em toda a extensão de sua personalidade”, com seu pequeno espaço, torna-se um obstáculo no atendimento das necessidades para efetivar a ressocialização. Dessa forma, as instituições totais se caracterizam pelo seu fechamento, trazendo uma grande barreira entre o mundo interno e o mundo externo. As características de uma instituição total são descritas por Bitencourt:

A instituição total, envolvente por natureza, transforma o interno em um ser passivo. Todas as suas necessidades, de vestuário, lazer, etc., dependem da instituição. O interno pode adaptar-se facilmente a modos de ser passivos, encontrando o equilíbrio ou gratificação psicológica em seu exercício. Na instituição total, geralmente, não se permite que o interno seja responsável por alguma iniciativa, e o que interessa efetivamente é sua adesão às regras do sistema penitenciário. (2004, p. 166).

Outro grande prejuízo à ressocialização é o que Orlando Soares (2003, p. 281) conceitua de “escola de crime” ou, na definição de Rodrigo Moretto (2005, p. 120), “a universidade do crime”, ou seja,

as penitenciárias, na contramão de sua finalidade, têm se tornado terrenos férteis para a criminalização:

Em regra, qualquer que seja o estabelecimento prisional, tudo ali contribui para o aniquilamento do interno: a promiscuidade, a vida em massa, os castigos degradantes, as humilhações, a convivência com os piores facínoras, as aberrações e violências sexuais, a ociosidade, as violações dos direitos humanos, a convivência homossexual, a perda de contato com a sociedade em geral, a privação do relacionamento familiar, até mesmo o aspecto um tanto caricaturesco das chamadas visitas íntimas, quando a esposa ou companheira do interno penetra em sua cela, sob os olhares curiosos e cobiçantes dos demais, que muitas vezes permanecem solitários, sem ter alguém quem os visite. (SOARES, 2003. p. 281).

O presídio central de Porto Alegre é apenas um exemplo de tantas penitenciárias existentes no país, onde os presos são obrigados a conviver com pessoas que possuem vários tipos de doenças em uma mesma cela apertada. Veja o comentário da entrevista realizada por Luiz Flávio Gomes em um presídio do Espírito Santo e publicada posteriormente em artigo pela Jusbrasil:

Vários estão doentes e dividem apenas dois banheiros. A grande maioria é preso provisório, jovens que foram pegos no crime. “Os banheiros estão entupidos. Tem preso com tuberculose, gonorréia. Todo mundo tem que revezar entre as redes e ficar agachado. Um dorme um dia, outro dorme no outro. Tem rato e barata na caixa d’água, infiltração”, descreveu, com o rosto entre as grades, Jefferson Rodrigo, 22 anos, que cumpre pena por assalto à mão armada. “Aqui só gera mais ódio e raiva. Nossa família vem aqui e nos vê nessa humilhação. Quem está aqui porque roubou vai sair querendo matar para descontar tudo”, desabafou. Alguns centímetros acima de Rodrigo, com pelo menos mais dois presos entre eles, Francis Pinheiro, 27 anos, detido por furto, relatou uma sensação de sufocamento: “A gente respira o ar que sai da boca do parceiro.” Segundo outro companheiro de cela Caio César, 19 anos, preso por roubo à mão armada, lá dentro “tem epidemia de furúnculo, coceira, muita dor de barriga.” Disponível em: (GOMES, 2011, s/p.).

Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), a população carcerária do Brasil no ano de 2009 era 473.626 pessoas, sendo que havia apenas 294.684 vagas, isto corresponde a 50% superior a capacidade, estes dados em linhas gerais, sendo que em algumas penitenciárias a superlotação supera a 100%. Esta realidade pode ser vista em todos os Estados brasileiros, sendo o mais grave problema que aflige nosso sistema prisional, trazendo todo tipo de consequências, como, por exemplo, propagação de bactérias e toda sorte de doenças. Estes são apenas exemplos da situação carcerária do País, que necessita tomar sérias providências a fim de melhorar a estrutura física dos estabelecimentos prisionais, pois devido a superlotação muitos presos dormem no chão de suas celas, às vezes no banheiro, junto ao buraco do esgoto e outros amarrados às grades das celas ou pendurados em redes, alimentando grande indignação contra tudo e contra todos. Nestas condições que vivem, falar em ressocialização é apenas uma grande falácia.

O Estado, através dos presídios, está formando criminosos, agravando o problema da criminalidade. É claro que não há “soluções mágicas” para os problemas sociais, contudo, existem caminhos que podem ser seguidos no sentido de minimizar a médio prazo, e talvez até resolver em longo prazo a crise que se instaurou no sistema carcerário brasileiro. Além de trabalhar com políticas de base, fornecendo subsídios necessários para que a população de baixa renda tenha condições de crescer e desenvolver, como educação, saúde, moradia, emprego, formação profissional, entre outras iniciativas que previnam a disseminação do crime em sua origem. Hoje, já existem alternativas que estão sendo elaboradas e aplicadas em alguns países europeus e norte americanos para atuar nos casos em que a prevenção não chegou a tempo e o crime já ocorreu, são medidas que buscam amenizar as agressões da prisão tradicional, levando em conta a dignidade do preso, buscando resgatar os princípios e finalidades que legitimam o Estado na aplicação da pena. Essas alternativas apresentam-se com base eficaz na prevenção do delito e na restauração do agressor, se comparado ao sistema majoritariamente adotado.

### 3. O debate sobre as principais propostas de substituição da pena privativa de liberdade

Considerando a precariedade do sistema carcerário brasileiro e dos limites das normas, a sociedade precisa encontrar alternativas para, de um lado coibir os delitos e, por outro, responder às exigências de tratar os presos com dignidade e ressocializá-los, que é o principal objetivo de uma pena. Nesta busca, os poderes executivo, legislativo e judiciário procuram medidas no sentido de substituir a pena privativa de liberdade, como é o caso da nossa Lei Estadual nº 13.044/08 que autoriza o monitoramento de presos com uso de tornozeleiras, ou as iniciativas de privatização dos presídios, que já ocorrem em três estabelecimentos prisionais no Brasil, ou ainda a nova tendência de origem européia: a Justiça Restaurativa.

Embora as três alternativas sejam diferentes em sua aplicabilidade, divergentes do ponto de vista filosófico e jurídico, defendidas por doutrinadores com pontos de vista opostos sobre a Justiça Criminal (exemplo dessa diferença pode ser encontrado entre o doutrinador Fernando Capez, que defende a privatização dos estabelecimentos prisionais e os doutrinadores garantistas que defendem a Justiça restaurativa). Todos serão analisados por apresentarem um ponto convergente (pelo menos na promessa): acabar com a superlotação dos presídios e garantir aos apenados as condições mínimas de dignidade da pessoa humana.

O monitoramento eletrônico (tornozeleiras) já vem sendo usado em vários países e são apresentados em duas tecnologias de funcionamento: o primeiro consiste no monitoramento dos apenados via satélite (GPS) enquanto o outro, por frequência de rádio (IRF), emite um aviso ao operador do sistema que imediatamente informa a autoridade policial local, por exemplo, quando o apenado ultrapassa os limites definidos, no caso de uma prisão domiciliar. Hoje o mecanismo parte de uma ideia de que quem um dia cumpriu pena é considerado criminoso e por esse motivo deve ser vigiado, com isso aplica-se aos regimes aberto e semi-aberto, como um complemento

à punição original. O que se precisa é uma lei que regulamente o uso de tal tecnologia em substituição à prisão, ao menos de réus primários, que cometeram algum delito, mas não são perigosos diante da sociedade, para que os mesmos não tenham que ficar nos presídios superlotados do país, em companhia de elementos que possuem muita experiência no crime, onde se torna impossível a ressocialização.

Como ressocializar um indivíduo sem o inserir na sociedade? Com as tornozeleiras o delinquente poderá (pelo menos enquanto réu primário, cuja porcentagem em nossos presídios ultrapassa os 50%) continuar trabalhando, estudando e procurando uma vida que o distancie do crime. Não se está falando em impunidade, de modo nenhum, pois existem no sistema brasileiro, várias alternativas, para que mesmo o indivíduo não estando atrás das grades, sinta o poder do Estado lhe cobrando pelo delito.

Apresenta-se a privatização como um meio de evitar a superlotação e garantir um mínimo de dignidade ao apenado, pois conforme Fernando Capez em entrevista à Vilbégina Monteiro, divulgada no site *Datavenia*, a privatização é uma necessidade:

É melhor que esse lixo que existe hoje. Nós temos depósitos humanos, escolas de crime, fábrica de rebeliões. O Estado não tem recurso para gerir, para construir os presídios. A privatização deve ser enfrentada não do ponto de vista ideológico ou jurídico, se sou a favor ou contra. Tem que ser enfrentada como uma necessidade absolutamente insuperável. Ou privatizamos os presídios; aumentamos o número de presídios; melhoramos as condições de vida e da readaptação social do preso sem necessidade do investimento do Estado, ou vamos continuar assistindo essas cenas que envergonham nossa nação perante o mundo. Portanto, a privatização não é a questão de escolha, mas uma necessidade indiscutível; é um fato. (2011, s/p.).

Os Estados brasileiros estão em constante crise financeira e com essa falta de verba o fator criminológico tem se agravado diante da omissão dos setores públicos. A experiência mostra que o Estado não tem condições ou não quer agir no sentido de construir um sistema carcerário que ofereça dignidade ao detento, fornecendo uma estrutura onde se torne possível falar em ressocialização.

A privatização foi uma das alternativas utilizadas por países desenvolvidos para dar fim à crise do sistema, unindo a qualidade do serviço privado aos fins propostos pela aplicação da pena privativa de liberdade. De forma que, as verbas do Estado possam garantir programas de prevenção primária ao crime com políticas públicas voltadas às populações que se encontram em áreas de risco e de pobreza, evitando o surgimento de novos detentos em um futuro próximo, ou seja, uma nova geração de infratores.

Existem dois modelos de Privatização de presídios: o modelo Norte Americano e o modelo Francês. Conforme informações constantes no site da OAB/MS, nos Estados Unidos a privatização é total, abrangendo a direção e gerenciamento do preso à iniciativa privada, que o acompanhará até o final de sua pena, ficando o detento inteiramente nas mãos do administrador. A aplicação desse sistema seria inconstitucional em nosso país, pois a Carta Magna torna indelegável o poder jurisdicional do Estado, que contempla o tempo da prisão e a execução penal. Para que tal modelo seja implantado no Brasil é necessária uma modificação em nossa constituição, fato que pode ser repensado pelos legisladores tendo em vista que já deu certo no sistema penitenciário americano. Já no modelo Francês, o qual não encontra restrição legal para sua implantação no Brasil, o Estado permanece junto à iniciativa privada em uma gestão mista dos estabelecimentos penitenciários. Isto significa que, o Estado continua com a direção geral, administração da pena, segurança externa dos estabelecimentos e com a função jurisdicional; cabendo ao ente privado a construção dos presídios e seu gerenciamento, incluindo a guarda interna dos apenados, e toda a parte de desenvolvimento das atividades dos presos como trabalho, educação, saúde física e mental, alimentação, transporte, laser, assistência social e espiritual.

A Justiça Restaurativa é um novo modelo de justiça que veio para somar com a justiça tradicional afim de diminuir o clima de insegurança que é sentido pela sociedade. Seu objetivo está voltado para a resolução dos problemas onde as pessoas afetadas diretamente pelo crime terão a oportunidade de conversar e entender a causa real do conflito, com o objetivo de restaurar a harmonia entre as partes e determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado.

É uma abordagem ao crime como um problema com a sociedade e que deve ser resolvida a partir desta, observando um conjunto de princípios norteadores entre indivíduos e comunidades, de modo a criar uma sociedade mais civilizada. Pode ser visto como uma filosofia, pois é uma nova forma de se fazer justiça, é uma mudança de paradigma, ou seja, uma nova forma de olhar e pensar o crime. Para Pedro Scuro Neto,

fazer justiça do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e a suas consequências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causados pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstituir, reconstruir; de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem a oportunidade de participar do processo restaurativo. (2000, p. 22).

Para uma melhor compreensão da filosofia adotada pela justiça restaurativa demonstram-se algumas diferenças adotadas em comparação com a justiça convencional, a qual possui em seus moldes atuais um caráter retributivo:

<i>JUSTIÇA RETRIBUTIVA</i>	<i>JUSTIÇA RESTAURATIVA</i>
Aborda o crime a partir do criminoso	Aborda o crime a partir do contexto social
O comportamento indevido gera culpa	O comportamento indevido gera responsabilidade e obrigações
A culpa é absoluta, ou é culpado, ou não é	A culpa gera graus de responsabilidade
A ofensa é redimida assumindo o castigo	A ofensa é redimida com o arrependimento e a reparação
A ofensa é contra a sociedade em abstrato	A ofensa é primeiro contra a vítima
Uso dogmático do Direito Penal Positivo	Uso crítico e alternativo do Direito Positivo
O ritual é solene e público	O ritual é comunitário com as pessoas envolvidas
O processo decisório fica a cargo das autoridades	O processo decisório é compartilhado com as pessoas envolvidas
As penas são privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa.	As penas são pedido de desculpas, reparação, restituição, prestação de serviços comunitários.

Fonte: adaptado pelo autor da Coletânea de artigos do Ministério da Justiça e 2 Seminários de Justiça Restaurativa, 2011.

A meta dessa alternativa ao direito penal é manter um alto controle (disciplina, limites) e um alto apoio (encorajamento, sustentação) ao infrator que será responsabilizado pelos danos cometidos, tendo o dever de reparar o dano causado, conforme decisão final onde todos, inclusive as partes possuem participação, e ao mesmo tempo recebe apoio no sentido de não retornar à prática de infrações penais.

Para Zher (1990) citado por Leoberto Brancher<sup>2</sup>, no 1º Seminário de Justiça Restaurativa, realizado na Faculdade Anhanguera, Passo Fundo, nos dias 1 e 2 de setembro de 2011: “a verdadeira responsabilidade consiste em olhar de frente para os atos que praticamos, significa estimular o ofensor a compreender o impacto do seu comportamento, os danos que causou e instá-lo a adotar medidas para corrigir tudo que for possível.”

Segundo Brancher em dados oficiais do Rio Grande do Sul, em apenas 16,8% dos casos, as partes aceitavam a troca da justiça penal pela justiça restaurativa a qual é por adesão e aplicada aos crimes onde há uma vítima definida e o ofensor não nega os fatos. Tanto o agressor quanto a vítima tem que concordar em negociar, mesmo que em alguns casos a vítima seja representada. A baixa aceitação faz parte de nossa cultura que ainda é de retribuição e porque não estamos prontos para perdoar uma transgressão. Em suas palavras “quando ao invés de matar uma formiga que nos mordeu, formos capazes de retirá-la e colocá-la em um local seguro seremos plenamente capazes de entender a filosofia da justiça restaurativa.”

Os Modelos de Justiça Restaurativa predominantes são: a mediação, as conferências e os círculos de sentença. A mediação ocorre entre a vítima e o agressor orientado pelo mediador, este modelo apresenta apoio a ambos, orientando ao agressor sobre os danos causados à vítima através de sua ação criminosa e buscando conscientizá-lo de que deve reparar o prejuízo causado, e a vítima deve ser orientada para que apresente ao agressor seu sofrimento e busque o ressarcimento como forma substitutiva ao encarceramento.

---

2 Juiz de direito, coordenador do Núcleo de Justiça Restaurativa da Escola da AJURIS.

O importante na Justiça Restaurativa é a revolução na forma de pensar o crime, poder dissociar a ação do agente, isto é, ele não é um criminoso, e sim, ele fez um ato considerado inaceitável que chamamos de crime. Até por que o ato considerado como crime tem muito a ver com o local e o tempo, isto significa que o que é crime no Brasil pode não ser crime em outro país; o que foi crime no passado hoje já não é mais considerado como ato criminoso, como por exemplo, o adultério e o consumo de drogas. Por esse e muitos outros fatores a Justiça Restaurativa busca trazer ao centro do processo a vítima, o agressor e a sociedade para debater, em igualdade equitativa de condições, a agressão, e decidir o que é considerado a melhor forma de punir àquele ato ocorrido em contexto histórico e social específico.

Estas alternativas apresentam-se como “válvulas de escape” para a crise do sistema carcerário, tendo em vista a situação desumana de quem incorre em um ato considerado criminoso. É por causa da ineficácia do atual sistema que surgem alternativas que valorizem a dignidade do ser humano, mesmo sabendo que é merecedor de punição justa por sua conduta.

## Conclusão

A situação em que se encontram os estabelecimentos prisionais no Brasil, atualmente, desafia a capacidade reflexiva e propositiva da sociedade e dos gestores públicos no sentido de encontrar formas de combater e prevenir a superlotação, concretizar a ressocialização e garantir a efetivação do princípio da dignidade humana. Sendo que, as principais tendências abordadas nessa reflexão primaram por esse objetivo.

Destaca-se que a garantia da dignidade humana é o modo privilegiado de ressocialização do preso e, também, referência para que não tenha motivos para reincidir no erro cometido.

O debate ocorre em muitos contextos, normalmente centrado nos problemas da segurança, entretanto, são insuficientes as propostas que tem como meta oferecer alternativas de recuperação ou oportunidades para que o preso possa reorganizar a sua vida individual, familiar e social. As deficiências começam nas políticas de prevenção, nas oportunidades de profissionalização, na organização do espaço urbano de lazer e do cuidado com o equilíbrio social. A sociedade normalmente prefere condenar aqueles que não agem como ela espera, ao invés de apoiar a busca de soluções que podem corrigir os problemas na sua origem.

São inúmeras as influências que levam uma pessoa a cometer certos erros ou crimes, por isso não se pode restringir a abordagem apenas a fatores de ordem social. Entretanto, no Brasil existem inúmeras evidências que denunciam as desigualdades como o principal fator de origem da delinquência, simbolizado no jargão: “são somente pobres e pretos que vão para a cadeia”.

A pena privativa de liberdade é a solução para diversos delitos, especialmente os crimes, entretanto os estabelecimentos prisionais brasileiros tornaram-se “uma fábrica de criminosos”. As alternativas apresentadas representam a evolução da comunidade acompanhada das novas tecnologias como importantes meios que auxiliam a recuperação das pessoas. Da mesma forma indicam para a adoção de medidas mais humanas e equitativas conformes aos Direitos Humanos. O cumprimento de uma pena não pode ser acompanhado pela perda da dignidade humana. É essencial a mudança de atitudes.

Esse é um debate que contribui com as pessoas e instituições comprometidas com os Direitos Humanos e com os responsáveis pelas políticas de recuperação e ressocialização dos presos. A correção das injustiças está diretamente relacionada com a garantia dos direitos. Uma sociedade democrática tem sua identidade pautada pelo compromisso com a garantia dos direitos e não com seu controle ou negação. A mudança do sistema prisional brasileiro e a adoção de penas alternativas à privação da liberdade representam a evolução da democracia, e é por isso que esse debate precisa ser permanente.

## Referências bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal Parte Geral*. São Paulo. Saraiva. 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.

CAPEZ, Fernando. *Privatização dos presídios*. Disponível em: <<http://datavenia.net/entrevistas/000012032002.htm>>. Acesso em: 12/09/11.

*Coletânea de artigos e 2 Seminários de Justiça Restaurativa*. Passo Fundo e Porto Alegre. Disponível em: <[http://www.idcb.org.br/documentos/sobre%20justrestau/LivroJustca\\_restaurativa.pdf](http://www.idcb.org.br/documentos/sobre%20justrestau/LivroJustca_restaurativa.pdf)> Acesso em: 12/09/11.

DEPEN – *Departamento Penitenciário Nacional*. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRNN.htm>>. Acesso em 10/08/11.

GOMES, Luiz Flávio. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1273354/situacao-caotica-dos-presidios-brasileiros-vergonha-que-nos-distancia-da-civilizacao>> Acesso em: 12/09/11.

HAUSER, Ester Eliana. *A Pena e o Sistema Penal: Algumas considerações sobre a sua legitimidade*. Ijuí. Unijuí, 1997.

MIRABETE, Julio e FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 24. ed. revista e atualizada, São Paulo: Atlas S.A., 2.008.

MORETO, Rodrigo. *Crítica Interdisciplinar da Pena de Prisão: Controle do Espaço na Sociedade do Tempo*. Rio de Janeiro: Lúmen, 2005.

MUAKAD, Irene Batista. *Pena Privativa de Liberdade*. São Paulo: Atlas, 1996.

NETO, Pedro Scuro. *Modelo de Justiça para o século XXI*. Revista da Emarf, Rio de Janeiro, v. 6, 2000.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da Pena*. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002.

SOARES, Orlando. *Curso de Criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

**Recebido em:** outubro 2011

**Aprovado em:** novembro 2011