



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO**

ARNALDO BARBOSA ESCOREL JÚNIOR

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE:

O papel do terceiro setor nas políticas públicas de socialização da pena e
inclusão do egresso

**PROF^a DR^a MARÍLIA MONTENEGRO PESSOA DE MELLO
ORIENTADORA**

**RECIFE/PE
2012**

ARNALDO BARBOSA ESCOREL JÚNIOR

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE:

O papel do terceiro setor nas políticas públicas de socialização da pena e inclusão do egresso

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Doutora Marília Montenegro Pessoa de Mello

Área: Direito Penal e Criminologia.

**RECIFE/PE
2012**

E74p

Escorel Júnior, Arnaldo Barbosa

Pena privativa de liberdade: o papel do terceiro setor nas políticas públicas de socialização da pena e inclusão do egresso / Arnaldo Barbosa Escorel Júnior ; orientadora Marília Montenegro Pessoa de Mello, 2012. 188 f. : il.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, 2012.

1. Direito penal. 2. Inclusão social. 3. Reintegração social. 4. Pena (direito). 5. Parceria pública-privada. I.Título.

CDU 343

ARNALDO BARBOSA ESCOREL JÚNIOR

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE:

O papel do terceiro setor nas políticas públicas de socialização da pena e inclusão do egresso

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da UNICAP, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a Doutora Marília Montenegro Pessoa de Mello

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Marília Montenegro Pessoa de Mello

Presidente da Banca

UNICAP – “Universidade Católica de Pernambuco”

Prof. Dr. José Luiz de Amorim Ratton Júnior

Primeiro Examinador Externo

UFPE – “Universidade Federal de Pernambuco”

Prof. Dr. Ricardo Vital de Almeida

Segundo Examinador Externo

UGR – “Universidade de Granada” – Espanha

UEPB – “Universidade Estadual da Paraíba”

Dissertação defendida e aprovada em 19 de março de 2012.

RECIFE

2012

Dedico este trabalho ao meu pai (*in memoriam*) e a minha mãe; à minha companheira; minhas filhas; meus irmãos; meus amigos, e todas as pessoas que me incentivaram nessa trajetória.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, fonte de toda sabedoria, por ter me carregado nos braços nos momentos mais difíceis e por ter comemorado comigo, no silêncio de minha fé, os momentos de alegria, ao longo de todo esse curso.

Aos meus pais, Arnaldo (*in memoriam*), que me imbuíu de força paradigmática ao longo dessa vida, e a minha mãe, Lúcia que, de igual maneira, sempre se dedicou a me moldar nesse referencial de amor e dedicação.

As minhas filhas Amanda e Larissa, razão do meu viver, pela minha ausência durante o curso, e a meus irmãos, André e Luciana, cujo desejo de orgulhá-los me fez perseverar.

A minha companheira Renata, por todo amor, carinho, dedicação e auxílio que tem me dispensado, e por ter acreditado em mim em todos os momentos.

Agradeço a professora Marília Montengro Pessoa de Mello, pela paciência e pela compreensão com as minhas limitações, mas, principalmente, pela ética de ter me orientado naquilo que resolvi estudar.

Agradeço, igualmente, ao Professor George Browne Rego, que não mediu esforços em moldar minha formação acadêmica, bem como a Professora Theresa Nobrega, que me auxiliou na estreita interligação entre o direito criminal e o direito administrativo.

Ao amigo Ney Robson Pereira de Medeiros, cujo auxílio na análise do banco de dados no Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba permitiu a construção de elementos hábeis às pretensões desse trabalho.

Aos meus amigos do curso do mestrado em direito, pela força, pela amizade, por todos os momentos vividos juntos durante esta empreitada. Obrigado pela amizade.

A diretoria da FACESF – Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco – que se propôs a investir na minha formação acadêmica, a qual me orgulha pertencer ao seu quadro docente.

Enfim, a todos aqueles que direta ou indiretamente me ajudaram na conclusão desta fase de vida, pelo qual sou eternamente grato.

Não existe um homem mau que não se possa tornar bom para alguma coisa.

Jean-Jacques Rousseau

RESUMO

Esta dissertação dedica-se ao estudo das consequências da aplicabilidade da pena privativa de liberdade e das condições de possibilidade de legitimá-la, através de propósitos ressocializadores. Parte-se do princípio de que a pena carcerária é um mal que ainda se apresenta necessário, e para tanto não merece total extinção, mas sim significativas reformas. Toma-se como base dessa hipótese a desvinculação dos crimes que atingem bens jurídicos de maior relevância e propostas alternativas de encarceramento. Como fundamento, analisa-se os reflexos do encarceramento e suas diferentes propostas, enquanto medida indutora à reincidência, pretendendo sugerir propostas de modificação dos caminhos que provocam o sempre crescente índice de reincidência, embasando-se na participação da sociedade nos processos de reconstrução da dignidade profissional do apenado e do egresso. Nesse contexto, sugere-se que as parcerias entre o poder público e a iniciativa privada haveriam por emprestar ferramentas hábeis a esse desiderato, sugerindo o estudo e a implementação de estratégias que minimizem os efeitos perniciosos da pena convencional. O propósito último é estabelecer processos interativos que liguem a sociedade ao infrator com vista à inclusão desse último à vida social.

Palavras-chave: Pena privativa de liberdade - reincidência criminal - parcerias público/privadas - inclusão social.

ABSTRACT

The broad aim of this dissertation is critically develop a social and legal analysis of the actual, situation of the political system of imprisonment in the penitentiaries of Brazil. Specifically, the focus of the research is directed toward those people who were condemned to imprisonment through long length sentences, due to have been accused and convicted of serious crimes against individuals, the social order and its security. The hypothesis raised here – based upon careful empirical observations – is that the State, alone, is weak and unprepared to cope with programs of re-socialization of these people; there is no serious academic and educational strategies directed to help them to reach dignity and professional and social respectability; nor have been introduced effective policies toward a professional training, or re-training, in order to integrate them in industrial or commercial activities. By contrast, what has happened is that prisons have frequently be transformed in a web of delinquency, tying, inside and outside the prisons, criminal leaders and their gangs. So, once they leave prison, (when and if they do) they are again engaged in different types of criminal actions. Objectively, this research tries to conceive a new and revolutionary project, on the basis of establishing agreements between state partners and private ones, concentrating both money, social services, and technologies, able to provide educational and professional means and efforts, not only in order to low the level of criminality, but mainly to create new and more effective alternatives to the prisoners to reach moral, social and professional reintegration within the community, as well as regain their citizenship.

Keywords: Sentence of imprisonment - criminal recidivism - public / private partnerships - social inclusion.

SIGLAS

APAC	- Associação de Proteção e Assistência aos Condenados
BNB	- Banco do Nordeste do Brasil
CF	- Constituição Federal
CIR	- Centro Integrado de Ressocialização
CLT	- Consolidação das Leis Trabalhistas
CNI	- Confederação Nacional da Indústria
CNJ	- Conselho Nacional de Justiça
CNPq	- Conselho nacional de desenvolvimento científico e tecnológico
CONAP	- Companhia Nacional de Administração Prisional
CP	- Código Penal
CPP	- Código de Processo Penal
CrCP	- Crimes Contra a Pessoa
CrP	- Crimes Patrimoniais
DEPEN	- Departamento Penitenciário Nacional
Fecomércio	- Federação do Comércio de Bens e de Serviços do Estado da Paraíba
Fiep	- Federação das Indústrias da Paraíba
IBGE	- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IBGE	- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ICMS	- Imposto sobre circulação de Mercadorias e Serviços
INAP	- Instituto Nacional de Administração Prisional
JECRIM	- Juizados Especiais Criminais
LEP	- Lei de Execução Penal
ONG	- Organizações Não Governamentais
OS	- Organizações Sociais
OSCIP	- Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público
PB	- Paraíba
PE	- Pernambuco
PIRC	- Penitenciária Industrial Regional do Cariri
PNUD	- Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
PPP	- Parcerias Público/Privadas
PSMA	- Penitenciária de Segurança Máxima
SENAC	- Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial
SENAI	- Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial
SESC	- Serviço Social do Comércio
SURSIS	- Suspensão Condicional
TJPB	- Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba
UEPB	- Universidade Estadual da Paraíba
UFRJ	- Universidade Federal do Rio de Janeiro
UNB	- Universidade Federal de Brasília
VEP	- Vara de Execução Penal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I – A PROBLEMÁTICA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE...	5
1.1. A busca perene por uma melhor forma de punir.....	5
1.1.1. As propostas abolicionistas e minimalistas do sistema penal.....	9
1.2. A teoria garantista a sua incursão na execução da pena.....	17
1.3. Princípios constitucionais que regem a aplicação da pena.....	23
1.4. Análise das espécies de punição.....	31
1.5. Reflexo do ambiente carcerário no estímulo à reincidência criminal.....	35
1.6. Considerações.....	39
CAPÍTULO II – REINCIDÊNCIA CRIMINAL: AS DIFICULDADES NO PROCESSO DE INCLUSÃO SOCIAL.....	42
2.1. A reincidência criminal.....	43
2.1.1. O reflexo da reincidência e o princípio da presunção de inocência.....	46
2.2. Os crimes patrimoniais como obstáculo à reinserção social.....	48
2.3. Interligação do objetivo patrimonial nos crimes de maior potencial ofensivo.....	51
2.3.1. Conceito de crimes de maior potencial ofensivo.....	52
2.3.2. A visão estatística dos crimes de maior potencial ofensivo.....	57
2.3.3. A cifra oculta das estatísticas criminais.....	61
2.4. O efeito circular da reincidência.....	63
2.4.1. Os movimentos eficientistas.....	66
2.5. A realidade criminológica do egresso: bases da criminalidade.....	69
2.5.1. A primeira base: a criminalidade de rua.....	70
2.5.2. A segunda base: o efeito provocado pelo tempo de encarceramento.....	75
2.5.2.1. Reflexo do encarceramento na reincidência.....	75
2.6. Considerações.....	90
CAPÍTULO III – A CONTEMPORÂNEA DIFICULDADE EM SE ESTABELE-CER A INCLUSÃO SOCIAL DO EGRESSO.....	93
3.1. Objetividade na inclusão do egresso como indivíduo produtivo.....	93
3.2. Direito penal mínimo, direito penal máximo: a proteção do mais fraco.....	96

3.2.1. Responsabilidade do Estado com a proteção do mais fraco: O direito penal do inimigo.....	98
3.2.2. A contribuição da sociedade na diminuição do abismo social do egresso.....	101
3.3. O trabalho e a educação como elementos da inclusão social do egresso.....	103
3.4. Experiências de inclusão social destinadas ao egresso.....	106
3.4.1. O Projeto Começar de Novo do Conselho Nacional de Justiça.....	106
3.4.2. Os projetos que incentivam a participação das instituições privadas.....	108
3.4.3. O modelo da APAC – Associação de Proteção e Assistência aos Condenados.....	112
3.4.4. Justiça restaurativa na execução penal.....	118
3.5. A adequação das propostas de trabalho e educação, com fins de inclusão social.....	121
3.6. Considerações.....	123
CAPÍTULO IV – PARTICIPAÇÃO POPULAR NA EXECUÇÃO DA PENA: ELEMENTOS DE TRANSFORMAÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL.....	125
4.1. Ressocialização. Ou na verdade: Dessocialização.....	126
4.2. Discriminação: o espaço que se deve ocupar.....	128
4.3. A discriminação positiva <i>versus</i> dignidade do egresso.....	134
4.4. Enquadramento do egresso na proposta de inclusão social.....	136
4.5. Gestão participativa: adesão da sociedade ao processo de inclusão social.....	138
4.6. O terceiro setor como vetor da gestão participativa.....	142
4.7. Institutos de participação popular na Administração Pública	145
4.7.1. Organizações não governamentais.....	147
4.7.2. Entidades de utilidade pública.....	148
4.7.3. Serviços sociais autônomos.....	149
4.7.4. Organizações sociais.....	150
4.7.5. Organizações da sociedade civil de interesse público - OSCIP.....	152
4.7.6. As parcerias público/privadas.....	154
4.8. Modelos de atuação da sociedade na implementação da gestão participativa.....	162
4.8.1. Limitação e abrangência da competência entre os cooperados.....	165
4.8.2. Possíveis benefícios no desempenho das atividades pactuadas.....	167
4.8.3. Objetivos e pretensos resultados oriundos dos projetos implementados..	169
4.8.4. A execução das atividades e o mercado consumerista.....	171
4.8.5. Análise dos projetos cooperativos à luz da legislação trabalhista.....	172

4.8.6. Interferência no mercado de trabalho com os projetos inclusivos.....	173
4.8.7. Resultados da inclusão social nos índices de reincidência criminal.....	175
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	176
REFERÊNCIAS.....	182

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende promover uma reflexão em torno da problemática da pena preventiva de liberdade; o seu fundamental propósito consiste na busca de novas alternativas que minimizem as consequências decorrentes do aprisionamento convencional o qual tem-se demonstrado não só inócuo mas, sobretudo, contrário às propostas oficiais de recuperação dos detentos. Embora não se desconheça que há uma concomitância de causas concorrentes na etiologia do problema e nas condições de possibilidade de intervenções funcionais sobre ele, o foco da presente análise concentra-se num aspecto que – poder-se-ia dizer – representa uma condição básica, essencial e inarredável ao equacionamento da questão, a saber: desenhar, administrativa e pedagogicamente, uma nova forma de gestão.

Assim, do ponto de vista metodológico, concebeu-se um modelo alternativo de gestão, o qual, longe de desonerar a responsabilidade do Estado perante um dos mais cruciais problemas da atualidade, pretende acrescê-la com o inestimável concurso das organizações privadas. Essas, em parceria com o poder público, num esforço conjunto - supõe-se - poderiam contribuir para minimizar as devastadoras conseqüências da proliferação da criminalidade que, afinal de contas, tem no sistema prisional, um dos seus mais perniciosos núcleos de proliferação, afetando e irradiando-se por todas as instâncias da vida social.

Dentre as mazelas do sistema prisional brasileiro, uma das variáveis que de logo salta à vista é o esgotamento do espaço físico, em decorrência da superlotação carcerária. Sua incidência, mormente nos moldes em que tradicionalmente sua proposta foi concebida e implementada, denota, sobejamente, a inviabilidade de instituir políticas públicas hábeis a promover a recuperação do apenado; ao revés, as penitenciárias e os presídios se tornaram como que escolas que diplomam para a delinqüência tanto em torno dos seus muros, como fora deles.

Para tanto, a presente propositura pretende buscar subsidios nos estudos hodiernos sobre a política criminal. Neste aspecto, quando se reconhece que ainda não é possível abdicar da pena privativa de liberdade, reduzir ao máximo o campo de sua atuação aparenta ser uma imperiosa necessidade. A partir deste enfoque, a aplicabilidade do direito penal voltar-se-ia para os crimes que ainda reclamam a prisão como meio retributivo.

Acredita-se que muito dessa dificuldade de se substituir a prisão por outra maneira que redunde numa diminuição da necessidade de delinquir e que, ao mesmo tempo, sirva de efeito reparador àquelas pessoas que foram vítimas de ações delitivas, está sediada na

dificuldade de se gerir um direito punitivo no Estado Democrático de Direito, quando o seu discurso é objeto de vários questionamentos.

De fato, o direito penal evoluiu quando legitimou as medidas alternativas ao cárcere, aplicáveis de acordo com a menor lesividade da infração, criando formas de se evitar o encarceramento de indivíduos que cometeram crimes de menor potencial ofensivo, bem como, estabelecendo patamares para evitar o cumprimento da pena privativa de liberdade de acordo com as características peculiares de determinados tipos penais, a exemplo das penas restritivas de direitos, dos institutos de suspensão condicional da pena e do processo, da composição dos danos entre os envolvidos no fato delituoso, e da possibilidade de conferir benefícios despenalizadores oferecidos pelo Estado ao autor do fato. Sob esse aspecto, o direito penal pode ampliar a sua esfera de legitimação.

Ocorre que, nas hipóteses de atuação do direito penal, no que concerne aos crimes que demandam penas mais severas, o que se requer dessa legitimidade não acontece. A postura do direito penal, nesses casos, contradiz o seu próprio discurso, quando são afastadas todas as garantias de um Estado Liberal, para impor ações que podem ser interpretadas como retrógradas ao estado liberal democrático, na qual o direito de liberdade não é o único a ser castrado com a pena. Vê-se, assim, um eterno estado de legitimidade e deslegitimidade do direito penal.

Enquanto esse conflito de legitimação se restringia ao ambiente carcerário, cuja realidade somente poderia ser reconhecida pelas pessoas que atuavam no sistema punitivo, a máscara que encobria sua deslegitimação era percebida, apenas, por aqueles que se dedicavam a mudar o sistema punitivo. Contudo, se restringindo a descumprir os seus próprios preceitos, o sistema penal fez inchar as penitenciárias e presídios de maneira que a visão da realidade carcerária começa a incomodar a sociedade civil, que se considera, cada vez mais, ameaçada por toda essa propensão dos apenados a continuar na criminalidade.

Mesmo com os esforços acadêmicos para anunciar que este fim poderia ser trágico, os apelos midiáticos, políticos, e consumeiristas de um capitalismo globalizado, alimentam essa fogueira que teima em não se apagar. Eis que o presente trabalho tentará somar esforços, não apenas no sentido de “nadar contra a corrente” – se convencendo de que o direito punitivo está deslegitimado e não há mais nada a fazer, além de proclamar a falência da sociedade após colher os frutos dessa exclusão – mas sim de atuar em outra vertente, ou seja, aquela que, reconhecendo a deslegitimação do discurso jurídico-penal, encontra uma brecha para discutir a diminuição da população carcerária.

Para tanto, será necessário tomar como fundamento teórico estudos sobre o direito de punir, com base na obra de Beccaria, e as reflexões de Ferrajoli acerca das idéias garantistas, restrito aos crimes de maior potencial ofensivo, para se chegar ao conceito de que a pena privativa de liberdade, levada às últimas conseqüências, atua de forma a dissociar o indivíduo da sociedade civil (fenômeno que se passará a chamar de “dessocialização”). Com isso, entender que o apenado e o egresso do sistema penitenciário não encontram meios espontâneos – mesmo que assim deseje – de se inserir novamente na sociedade civil, e por isso, somente lhe resta a criminalidade como contraponto a toda essa campanha de segregação social, significa vencer uma etapa necessária ao enfrentamento da problemática.

Desta maneira se poderá erguer uma discussão sobre os motivos e circunstâncias da reincidência criminal, com o propósito de encontrar um ponto crucial, capaz de significar a razão da crescente ampliação da população carcerária. Uma vez atingido esse desiderato, o estudo concentrar-se-á em evidenciar alguma maneira de interferir na diminuição dessa reincidência, não com base no princípio retributivo e preventivo da pena, mas sim, na consideração dos danos que ela provoca aos indivíduos que se submetem ao cárcere, e sugerir ações no sentido de devolver a dignidade do indivíduo penalizado, perdida no ambiente carcerário, utilizando-se, para tanto, o potencial dos apenados, adquirido através de propostas de uma gestão diferenciada do trabalho e da educação, regida ao longo do cumprimento da pena.

Contudo, afigura-se como uma melhor propensão a obter bons resultados, se a utilização do trabalho e da educação, durante o cumprimento da pena, não servir, apenas, à velha proposta de ocupar as mentes vazias, na utilização da mão de obra do apenado na confecção de produtos que não tenham interesse comercial ou como mero enriquecimento explorador de terceiros. O trabalho e a educação devem servir como meio de atrair a atenção da sociedade à realidade das pessoas que estão confinadas na clausura da prisão, chamando à responsabilidade de seus responsáveis para contribuir efetivamente para diminuição do contingente de presos, desconsiderados enquanto potenciais produtivos e em decrescente perigo ao meio livre. Isto demandaria uma melhor explicitação, ou seja, indicando algumas propostas de por em prática o trabalho e de um programa educativo voltado para o aprisionado.

Uma das maneiras de atuação seria através das parcerias público/privadas, nos moldes da colaboração mútua, engajar o Estado e a sociedade, unindo força comum no sentido de motivar o próprio apenado construir a sua dignidade, respeito e profissionalismo,

ao longo do decurso do tempo de sua reprimenda, tornando-o, assim, capaz de ocupar, licitamente, um lugar no mercado de trabalho.

Propõe-se, assim, uma maneira de utilização do trabalho e da educação no caminho da inclusão social do apenado e egresso do sistema penitenciário, com a participação da sociedade e do poder público na aspiração luta pela redução da criminalidade.

Entender e provocar discussões sobre a maneira com que se deve conduzir a colaboração mútua entre o poder público e a sociedade civil, na construção da dignidade profissional do apenado, com propósitos de diminuir a perda de cidadãos para criminalidade, é o pretensioso objetivo desse trabalho.

Com efeito, dedicar-se-á o primeiro capítulo a uma visão panorâmica da pena, seus fundamentos e princípios, culminando com a constatação de que o sistema punitivo está deslegitimado, mercê da sua ineficácia, no que concerne ao seu propósito de ressocialização do apenado. No segundo capítulo, pretende-se estabelecer uma articulação entre a variável tempo de encarceramento e os índices de reincidência criminal, na busca de um elo que interligue a criminalidade da rua às vivências carcerárias.

No terceiro capítulo, acrescentar-se-á pesquisa empírica para obtenção de dados estatísticos aptos a iluminar e fortalecer o debate sobre a reincidência criminal, analisando as ações positivas e negativas voltadas ao propósito inclusivo. Com esses dados será possível apresentar uma reformulação das idéias, tornando-as mais sintônicas com as modernas contribuições provenientes do garantismo, no que concerne às propostas de combate a exclusão social dos ex-presos, com amparo numa filosofia unitária e embasada na construção da dignidade do apenado.

Ao final, no quarto e último capítulo, pretende-se demonstrar que ao se reconhecer o efeito “dessocializador” da pena privativa de liberdade, passa-se a atuar em outra vertente criminológica, esta que está voltada para a saída dos presídios, e não para sua entrada, dedicando-se especial importância à forma com que o apenado de hoje se transformará no indivíduo do amanhã, ajudando-o nesse trajeto de volta ao convívio social.

Como sustentáculo da proposta deste trabalho, utilizar-se-á a pesquisa teórica, analítica e, quando possível, empírica, através da utilização de documentos e dados estatísticos, bem como na seleção de entrevistas semiestruturadas que sirvam como instrumentos de convicção dos objetivos propostos.

CAPÍTULO I – A PROBLEMÁTICA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

1.1. A busca perene por uma melhor forma de punir.

A discussão em torno da natureza e necessidade da pena é farta, e já produz estudos há vários anos, com incursões profícuas na seara de sua aplicação, tanto no que diz respeito à ampliação, como – bem mais perseguido – a sua minimização, com propostas abolicionistas.

O anúncio da existência de um processo de falência do discurso jurídico-penal, quando sugere a ineficácia de sua aplicabilidade no âmbito do crescimento da população envolvida na criminalidade, estimula uma maciça discussão sobre a própria existência do direito punitivo.

Embora esse debate se trave na fase cognitiva da ação penal, pretende-se analisar o direito penal, a partir de dados empíricos, teóricos e analíticos, no passo seguinte, ou seja, na fase da execução da pena, observando as diferentes características e peculiares problemas, bem como a necessidade, proporcionalidade e objetivos da medida constritiva.

Ao longo das modificações da pena, sempre se questionou a sua real necessidade, uma vez que a sanção aplicada ao indivíduo é exercida após o cometimento do delito, e o tempo de incidência dessa punição, dia após dia, se afasta de sua motivação, emergindo no senso comum dos que compõem a sociedade, dúvidas sobre a proporcionalidade da punição. Segundo Beccaria, “se existisse escala precisa e universal de penas e delitos, teríamos medida provável e comum dos graus de tirania e de liberdade, do fundo de humanidade o de malícia das diversas ações¹”.

De fato, construir um padrão que pudesse estabelecer uma equiparação entre a punição e o seu crime correspondente, dentro de um conceito de justiça, a um desafio bastante sedutor e até necessariamente ontológico, quando não fadado ao insucesso, principalmente diante das inúmeras vertentes que cercam os efeitos provocados pela pena, em especial a carcerária.

A reclamada construção do equilíbrio entre crime e dano demanda estudos incansáveis sobre o direito de punir, em especial sobre as medidas desproporcionais que, ora dirigem a sociedade para a produção legislativa de penas mais duras, ora remetem o legislador a transformá-las em medidas diversas da prisão.

1 BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas. 2. ed. São Paulo: RT [ed. 1764], 1999. p. 28.

Não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. (...) Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas.(...) Entre esses dois extremos encontram-se todas as ações opostas ao bem comum, chamadas *delitos*, que vão decrescendo, por graus insensíveis, do mais grave ao mais leve. Se a geometria fosse adaptável às ínfimas e obscuras combinações das ações humanas, deveria existir uma escala paralela de penas, descendo da mais forte para a mais fraca, mas bastará ao sábio legislador assinalar os pontos principais, sem alterar-lhes a ordem, não cominando, para os delitos de primeiro grau, as penas do último².

Construiu-se, então, a partir da obra de Beccaria, uma concepção de que a pena aplicada deveria ser diretamente proporcional ao dano causado pela conduta criminosa, com ênfase ao fato de que a sanção em abstrato, como efeito retributivo, não deveria estabelecer, já na fase legislativa, um descompasso entre a proteção exigida ao bem jurídico protegido e a sua correspondente previsão de contuda.

Ocorre que, quando se tratava de pena carcerária, os propósitos de aferição dessa proporcionalidade, cuja vertente estaria voltada para a tentativa de ressocializar o infrator, já aparentava não condizer com os reflexos oriundos do encarceramento. Daí crescia a crítica sobre a legitimidade do discurso penal.

Explica-se, então, a perda da legitimação do discurso jurídico-penal, quando, a exemplo do cárcere, a execução da pena demonstra ser antagônica ao próprio comando normativo, transferindo ao infrator uma situação de vitimação, isto é, a violência aplicada ao indivíduo pelo sistema penal, durante o cumprimento da pena, não condiz com as garantias humanistas preconizadas na legislação. Assim já destacava o próprio Beccaria, quando procurava fundamentar o instituto da punição sempre atrelado ao sentimento do homem:

Que as leis sejam, pois, casos particulares, mas que o legislador seja brando, indulgente, humano. Sábio arquiteto, faça surgir seu edifício na base do amor próprio e que o interesse geral seja o resultado dos interesses de cada um, não sendo ele constrangido, com leis parciais e remédios estapafúrdios a separar, sempre, o bem público do bem particular e para alçar o simulacro da salvação pública sobre o temor e sobre a desconfiança³.

O autor anunciava um ideal de melhor aplicação da punição, quando evidenciava os dois lados de vitimização, ou seja, um lado daquele que sofreu a violência do crime e o outro lado que sofrerá a violência da punição, sendo, então, necessário que o aplicador da reprimenda decidisse com humanidade. No entanto, o mesmo sentimento que pune, também acompanha a execução dessa pena, nutrida por lamúrias e sofrimento humanos. Seria “desumano” crer que, acompanhando a forma da privação de liberdade, não se forçasse a um comparativo com o reflexo do dano causado e sua real necessidade.

² BECCARIA, Cesare Bonesana. Op. Cit. P. 37-38.

³ BECCARIA, Cesare Bonesana. Op. Cit. P. 137.

Vivenciando-se, à época de sua prisão, as penas de suplício, a guinada de pensamentos sobre a punição advinda de Beccaria, fundamentou o início das discussões sobre a limitação do poder punitivo. Nesse enfoque, o “direito de punir” começava a navegar entre o poder absolutista e a necessidade da punição, muito pelo fato do referido autor ter sentido as agruras do cárcere. “Toda pena, que não derive de absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica, proposição esta que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive de absoluta necessidade é tirânico⁴”.

Apesar da importante transposição da pena de suplício para a pena deambulatória, os reflexos das penas privativas de liberdade, no que pertine ao critério “necessidade”, demandam reflexões sobre a sua função tirânica.

E nesse aspecto, mesmo decorridos quase duzentos anos depois de instalado o debate sobre as penas carcerárias, Michel Foucault, na obra “Vigiar e Punir”, evidenciou a problemática carcerária com relação aos objetivos por ela preconizados, em especial o anunciado caráter ressocializador:

O encarceramento nunca se confunde com a simples privação de liberdade. É, ou deve ser em todo caso, um mecanismo diferenciado e finalizado. Diferenciado pois não deve ter: a mesma forma, consoante se trate de um indiciado ou de um condenado, de um contraventor ou de um criminoso: cadeia, casa de correção, penitenciária devem em princípio corresponder mais ou menos a essas diferenças, e realizar um castigo não só graduado em intensidade, mas diversificado em seus objetivos⁵.

Veja que este entendimento se amolda ao que Beccaria desejava, e foi mais além, postulava que além de proporcional, a pena deveria ser diferenciada com relação aos indivíduos. Não somente o crime precisa de uma pena justa e balizada ao dano causado, mas que o indivíduo que o pratica também seja analisado de acordo com suas peculiaridades. E nesse diapasão, haveria uma melhor propensão a diminuir a violência causada pela punição.

Foucault ainda enfatiza a natureza da prisão, destacando que “se a pena infligida pela lei tem como objetivo principal a reparação do crime, ela pretende também que o culpado se emende (...)”⁶, só se podendo justificar pelos seus “efeitos corretivos e readaptadores”⁷.

4 BECCARIA, Cesare Bonesana. Op. Cit. P. 28.

5 FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. (Tradução de Raquel Ramallete). 27ª ed. Petrópolis – RJ: Vozes, 1987. p. 262.

6 FOUCAULT, Michel. Op. Cit. p. 262.

7 Mas a obviedade da prisão se fundamenta também em seu papel, suposto ou exigido, de aparelho para transformar os indivíduos. Como não seria a prisão imediatamente aceita, pois se só o que ela faz, ao encarcerar, ao retrainar, ao tornar dócil, é reproduzir, podendo sempre acentuá-los um pouco, todos os mecanismos que encontramos no corpo social? A prisão: um quartel um pouco estrito, uma escola sem indulgência, uma oficina sombria, mas, levando ao fundo, nada de qualitativamente diferente. Esse duplo fundamento — jurídico-econômico por um lado, técnico-disciplinar por outro — fez a prisão aparecer como a forma mais imediata e mais civilizada de todas as penas. E foi esse duplo funcionamento que lhe deu imediata solidez. Uma coisa, com efeito, é clara: a prisão não foi primeiro uma privação de liberdade a que se teria dado em seguida uma função técnica de correção; ela foi desde o início uma “detenção legal” encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação de liberdade permite fazer funcionar no sistema legal. Em suma, o encarceramento penal, desde o início do século XIX, recobriu ao mesmo tempo a privação de liberdade e a transformação técnica dos indivíduos. FOUCAULT, Michel. Op. Cit. p. 262.

Falhando em seus propósitos, a prisão – nos moldes em que se encontra fundamentada - mantém-se justificada, de fato, por uma constatação preocupante: no aspecto da segregação, ela teima em ser a única forma de se punir os crimes que atingem os bens jurídicos de maiores relevâncias. “Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E, entretanto, não ‘vemos’ o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão⁸”.

Certamente que a prisão se apresenta como uma solução que demanda outra solução. A sua permanência, então, se justificaria na própria movimentação social que deseja a segregação dos indivíduos que lhe aflinge, posto que, em determinados casos, não se apresenta plausível qualquer outra forma de excluir as pessoas que descumprem as normas da boa convivência.

Assim, Foucault enfatiza que a privação de liberdade é um mal necessário, com vistas à manutenção da estabilidade social, e com o especial desejo de impedir o estabelecimento da anarquia. Com isso, o debate ultrapassou a linha divisória entre a pretensão de punir e a execução dessa punição, permeando, desta forma, a necessidade da punição diretamente atrelada à maneira de se punir. Como pano de fundo dessa problemática sedia-se a atuação de um direito penal absolutista e de um direito penal liberalista.

Essa “obviedade” da prisão, de que nos destacamos tão mal, se fundamenta em primeiro lugar na forma simples da “privação de liberdade”. Como não seria a prisão a pena por excelência numa sociedade em que a liberdade é um bem que pertence a todos da mesma maneira e ao qual cada um está ligado por um sentimento “universal e constante”? Sua perda tem portanto o mesmo preço para todos⁹.

No meio dessa vertente está, justamente, a privação de liberdade, como bem jurídico de tutela especial. A manutenção da pena carcerária se baseia nessa importância generalizada que, mesmo num Estado penal liberal, onde a democracia direciona os julgados, ainda é destoante dessa equivalência entre dano e pena. E, desta maneira, àqueles que se submetem aos seus efeitos, encontram um Estado penal absolutista direcionando o cumprimento da pena, bem diverso do que estabelecem as normas jurídicas sobre a matéria.

Nessa ótica, aparenta-se que a problemática se encontra na proporcionalidade entre o dano e sua reprimenda. Propõe-se, então, um estudo sobre a execução da pena, em especial a da privação de liberdade, com o propósito de sugerir adequações na sua aplicação, dentro do conceito de melhor punir, utilizando-se, para tanto, análises sobre o desdobramento das

8 FOUCAULT, Michel. Op. Cit. p. 261.

9 FOUCAULT, Michel. Op. Cit. p. 261.

consequências do tempo de encarceramento e o trajeto percorrido por aqueles que enfrentaram os seus efeitos.

Para tanto, não se pode deixar de considerar a insistente política liberal de aplicação do direito penal, em que se respeitem os direitos dos indivíduos submetidos ao arbítrio do sistema punitivo, com afã de uma execução da reprimenda de maneira diversa a de, apenas, mais uma forma de violência.

1.1.1. As propostas abolicionistas e minimalistas do sistema penal.

Combater essa forma de violência do Estado promoveu maciça discussão acerca da necessidade e abrangência do direito punitivo. Dentre os destaques, figuram as propostas abolicionistas e as minimalistas.

Defendido por importantes expressões da criminologia (Foucault; Hulsman; Mathiesen), o movimento abolicionista afirma que as desvantagens do direito penal são maiores do que os seus benefícios, propondo-se, primeiramente, a substituí-lo, ou, se não se conseguir, quase extinguí-lo. Para tanto, recorrem a métodos, pressupostos filosóficos e táticas diversificadas. Nas palavras de Zaffaroni, “O abolicionismo representa a mais original e radical proposta político-criminal dos últimos anos, a ponto de ter seu mérito reconhecido até mesmo por seus mais severos críticos¹⁰”.

De fato, as teorias abolicionistas seduzem os defensores de uma política criminal baseada no sistema punitivo, mas acredita-se que a simples hipótese de não contar com o simbolismo da punição, demove a pretensão de adesão dos críticos desse movimento, mantendo-os atrelado a sensação de proteção.

Com essa vertente, o abolicionismo fragmenta-se em diversas variantes. Entre as mais emblemáticas:

1) a estrutural (Michel Foucault), que embora não tenha se declarado, expressamente, abolicionista, deixa espaço a essa interpretação quando evidencia a debilidade que sofre o poder, quando se utiliza da violência¹¹;

2) a fenomenológica-historicista (Nils Christie), que constata a “destrutividade das relações comunitárias do sistema penal, seu caráter dissolvente das relações de horizontalidade e os consequentes perigos e danos da verticalização corporativa¹²”;

10 ZAFFARONI, Eugênio Raul. Em busca das penas perdidas. Rio de Janeiro: Revan, 1991. P. 98.

11 ZAFFARONI, Eugênio Raul. Op. Cit. 1991. P. 102.

12 ZAFFARONI, Eugênio Raul. Op. Cit. 1991. P. 101.

3) a materialista (Thomas Mathiesen), que se estabelece dentro de uma crítica às construções teóricas que não se fundamentem no plano prático, destacando as eternas oposição e competição entre o abolicionismo e o sistema¹³; e

4) a fenomenológica (Louk Hulsman), que “conclui ser o sistema penal um problema em si mesmo”, tornando-se “preferível abolí-lo totalmente como sistema repressivo¹⁴”.

Na ótica de Louk Hulsman, com base na constatação de que “a efetiva criminalização é um fato raro e excepcional¹⁵”, buscam-se *alternativas* ao direito punitivo, diante da exegese de que os conflitos podem ser resolvidos sem a participação da justiça criminal.

Quando retrara a raridade da criminalização, pretende-se exemplificar o rol dos crimes que não integram os dados oficiais, turvando o verdadeiro nível de criminalidade de uma determinada região, o que demanda ações, por vezes errônea, em busca de controlar aquilo que não se sabe o que é, e como se desenvolve. Diante dessa vertente, e quase expondo que a falha na criminalização termina por provocar injustiças, a solução partiria de procedimentos diversos do que trata o sistema penal.

Quase todos os fatos problemáticos para alguém (pessoa, órgão ou movimento) podem ser enfrentados em um procedimento legal, de um modo ou de outro (justiça criminal, civil ou administrativa); na realidade, muito poucos efetivamente o são, como indicam os números negativos, tanto da justiça criminal como das outras formas de justiça. A maior parte das alternativas à justiça criminal é de natureza predominantemente não-legal. Estas alternativas, geralmente, não são “invenções” de pessoas envolvidas na definição das regras penais ou legais, sendo assim aplicadas, quantitativamente, por quem se acha direta ou indiretamente envolvido em fatos problemáticos (...) sempre foi assim, ainda é assim e, provavelmente, o será também no futuro¹⁶.

Em que pesem as possibilidades de atribuir a outros ramos do direito a tarefa de retribuir o ilícito praticado, através de formas diversas do sistema penal, alguns gêneros de delitos terminam por dificultar essa substituição, visto que suas naturezas se chocam com o interesse de punibilidade daqueles que são vitimados, dificultando, para estes casos, a adesão de qualquer modalidade alternativa à sistemática prisional.

Demonstra-se, desta forma, que a base do abolicionismo sedia-se na desnecessidade da intervenção do sistema penal, quando outras formas de resolução dos problemas, seja legal ou não-legal, podem significar melhores resultados para os envolvidos,

13 ZAFFARONI, Eugênio Raul. Op. Cit. 1991. P. 99/100.

14 ZAFFARONI, Eugênio Raul. Op. Cit. 1991. P. 98.

15 HULSMAN, Louk. Curso livre de abolicionismo penal. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 49.

16 HULSMAN, Louk. Op. Cit. p. 54.

na certeza de que “a justiça criminal distorce o modo pelo qual ‘imaginamos’ os fatos criminalizáveis¹⁷”.

Contudo, reconhece Louk Hulsman que:

Não é possível oferecer uma fórmula preconcebida de procedimentos alternativos no enfrentamento do crime. Se quisermos progredir no campo das alternativas, devemos abandonar a organização cultural e social da justiça criminal. A justiça criminal versa sobre a figura do criminoso, baseia-se na atribuição de culpa e tem um ponto de vista de “juízo universal” do mundo. Não fornece, pois, as informações e o contexto no qual definir e enfrentar, de modo emancipatório, situações problemáticas¹⁸.

Aí sediar-se-ia uma base capaz de transpor o sistema penal para o seu completo abolicionismo, ou seja, a mudança de visão cultural e social do conceito de justiça criminal. Contudo, há de se reconhecer que é tão utópico abolir um sistema punitivo milenar, quanto esperar que a organização cultural e social se modifique, afastando, por conseguinte, o suposto protecionismo que emana do sistema penal.

A exemplo do abolicionismo, se opõem a deslegitimação do sistema penal os chamados movimentos minimalistas – estes que, enfatize-se, não se tratam de correntes contrárias aqueles, mas sim de vertentes diferentes em oposição ao conceito do sistema punitivo -. No mesmo sentido, também se subdividem em correntes distintas, e dentre elas: a) minimalismo como meio para o abolicionismo (Baratta e Zaffaroni); e b) minimalismo como fim em si mesmo (Ferrajoli).

Como o abolicionismo não reconhece a relegitimação do sistema penal, ou seja, na possibilidade do discurso jurídico-penal refletir a realidade, uma vez que conclui que a sua deslegitimação se apresenta como estrutura irreversível, o minimalismo como meio desenvolve estratégias de curto e médio prazo, para servir como transição para o abolicionismo, cuja finalidade é a desejada.

Assim revela Alessandro Baratta:

Numa política criminal alternativa, ...o momento penal só pode ter um papel relativo e, em certos casos, ‘provisório’. (...) A relativização do momento penal como técnica de construção e de resolução de problemas sociais significa, antes de mais nada, a sua integração numa perspectiva extra-penal mais complexa de reconstrução dos problemas em vista de uma resposta adequada e orgânica a estes¹⁹.

17 HULSMAN, Louk. Op. Cit. p. 55.

18 HULSMAN, Louk. Op. Cit. p. 68.

19 BARATTA, Alessandro. Sobre a Criminologia crítica e sua função na política criminal In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA, IX, 1983, Viena: Faculdade de Direito de Coimbra, 1983. p. 160.

Na concepção de Baratta, “o sistema penal encontra-se deslegitimado, e apesar de seu objetivo final ser a abolição deste sistema, admite a dificuldade política e cultural de substituí-lo a curto prazo²⁰”.

Com o mesmo propósito, mas com outra vertente, o minimalismo é mais real e possível, posto que não deseja afastar por completo – pelo menos *a priori* – o sistema punitivo. Ele promove meios de se utilizar uma atuação reparativa sem que imponha a violência da pena. Com ações seletivas, pretende construir, gradativamente, uma visão diferente da justiça criminal, almejando uma mudança a curto e médio prazo da cultura social. Caso consiga atingir seu desiderato, o abolicionismo seria a etapa final, uma vez que a adesão social estaria mais receptiva.

Prossegue Baratta afirmando que a pena de prisão é uma violência institucional, e que essa violência é utilizada pela minoria privilegiada da sociedade em detrimento do direito de todos. Por essa razão, o direito penal seria seletivo, gerando muito mais conflito do que se propõe a resolvê-los. E diante dessa realidade, o direito penal seria incapaz de realizar as funções declaradas em seu discurso oficial, tornando-se deslegitimado.

Assim seu fundamento, dentro de uma proposta de contenção dessa violência, seria através de “uma articulação programática para uma mínima intervenção penal com base em requisitos mínimos de respeito aos direitos humanos pela lei penal²¹”.

Para tanto, almejando-se a redução de condutas criminalizáveis, ou simplesmente “descriminalização”, bem como a redução de pena de determinados crimes, ou seja, “despenalização”, o minimalismo acompanha os anseios sociais, uma vez que responde a expectativa de valoração do ser humano, diante de condutas ilícitas mais brandas, e que afrontam com menor potencial lesivo os bens jurídicos sob tutela penal.

Ocorre que, na hipótese de alcançar o abolicionismo, as dificuldades são as mesmas, ou seja, a adesão cultural e social de uma diferente forma de se fazer justiça criminal.

Quando Baratta enquadra os princípios que serviriam ao minimalismo – os quais serão alvos de análise no tópico 1.3 -, a exemplo da legalidade; taxatividade, irretroatividade da lei penal; proporcionalidade; subsidiariedade; primazia da vítima; da não intervenção útil; da preservação das garantias formais; entre tantos, demonstra se utilizar de vários postulados do garantismo penal, com os quais deveria sediar-se a menor intervenção do estado penal nas relações de conflitos dos cidadãos.

20 BARATTA, Alessandro. Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. Doctrina penal, Buenos Aires, n. 40, 1987. p. 624

21 BARATTA, Alessandro. Op. Cit. 1987. p. 624.

Apesar de defenderem a mesma corrente, Zaffaroni apresenta um modelo de minimalismo diferente do de Baratta, denominado “realismo marginal latino-americano”, que sugere uma ação voltada ao caso concreto, afirmando que “deste ângulo, o direito penal mínimo apresentar-se-ia como um momento do caminho abolicionista²²”.

Observe-se que Zaffaroni defende o abolicionismo como fim, e para tanto aponta que o caminho natural deverá ser através da incorporação dos propósitos minimalistas na resolução de conflitos. Contudo, traduz que a realidade latino-americana merece um relevo especial, diante da sua formação cultural ser diversa da apresentada por Baratta, e, desta maneira, haveria por sugerir uma minimalismo diferenciado.

Em nossa opinião, o direito penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deselegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça; ou seja, como um momento do ‘unfinished’ de Mathiesen e não como um objetivo ‘fechado’ ou ‘aberto’. O sistema penal parece estar deslegitimado tanto em termos empíricos quanto preceptivos, uma vez que não vemos obstáculos à concepção de uma estrutura social na qual seja desnecessário o sistema punitivo abstrato e formal, tal como o demonstra a experiência histórica e antropológica²³.

Nessa proposta, o minimalismo naturalmente impulsionaria o sistema criminal para uma futura abolição, embora reconheça que ele aparenta ser inalcançável. Zaffaroni defende que os conflitos devem ser resolvidos sem a presença do poder do sistema penal, de maneira que fosse afastada a verticalização desse poder, como forma de reduzir o discurso jurídico-penal, uma vez que a solução seria menos violenta.

A proposta na qual deve apoiar-se um direito penal mínimo não é o velho argumento iluminista e, sim, o argumento de que o direito penal, como programação de operacionalidade do órgão judiciário, deve permanecer e, inclusive, ampliar seu âmbito, de maneira que a intervenção desse órgão se torne menos violenta do que outras formas ou modelos de decisão de conflitos efetivamente disponíveis²⁴.

Na realidade latino-americana, o efeito verticalizador da violência do Estado traduz mais danos e, portanto, seria mais útil minimizar seus efeitos através de intervenções sem a presença desta violência. Ocorre que, novamente, a cultura do protecionismo do sistema penal impede a adesão de uma proposta, mesmo que distante, de sua concepção. E por isso que o direito penal enfrenta a crise de legitimidade.

Reconhecer essa deslegitimação - posto que “o discurso jurídico-penal seria racional se fosse *coerente e verdadeiro*²⁵” -, apresenta-se como elemento essencial na

22 ZAFFARONI, Eugênio Raul. Op. Cit. 1991. P. 105.

23 ZAFFARONI, Eugênio Raul. Op. Cit. 1991. P. 106.

24 ZAFFARONI, Eugênio Raul. Op. Cit. 1991. P. 106/107.

25 ZAFFARONI, Eugênio Raul. Op. Cit. 1991. P. 16.

construção de Zaffaroni das propostas minimalistas, e por isso ele se mantém crédulo na possibilidade de servir como meio para o abolicionismo.

Seria completamente ingênuo acreditar que o verdadeiro poder do sistema penal seja exercido, por exemplo, quando suas agências detêm, processam e condenam um homicídio. Esse poder que se exerce muito eventualmente, de maneira altamente seletiva e rodeada de ampla publicidade através dos meios de comunicação social de massa, é ínfimo se comparado com o poder de controle que os órgãos do sistema penal exercem sobre qualquer conduta pública ou privada através da interiorização dessa vigilância disciplinar por grande parte da população²⁶.

Demonstra-se, então, ser uma preocupação especial o poder de controle do sistema punitivo, que se materializa com a eterna vigilância disciplinar, ou, em outra vertente, na sensação de proteção que emerge deste poder de vigilância simbólica.

O antagonismo na leitura do discurso jurídico-penal dificulta a própria evolução da pena. Ao se enxergar na pena os propósitos controladores das condutas sociais, é coerente reconhecer que existem reações a esta forma de violência, legitimando inversamente às pretensões do poder punitivo, e urgindo a participação da criminologia neste processo de melhoramento.

A partir dessas contribuições teóricas, o sistema penal já não podia permanecer fora dos limites da criminologia, convertendo-se em seu objetivo ao revelar-se como mecanismo da realidade “criminal”. Por isso, afirmamos que as investigações interacionistas e fenomenológicas constituem o golpe deslegitimador mais forte recebido pelo exercício de poder do sistema penal, do qual o discurso jurídico-penal não mais poderá recuperar-se, a não ser fechando-se hermeticamente a qualquer dado de realidade, por menor que seja, isto é, estruturando-se como um delírio social²⁷.

Vê-se que, “responder à deslegitimação do sistema penal significa encontrar *uma resposta que contribua para diminuir a violência atual, quebrando sua curva ascendente*²⁸”. Entender o sistema penal como palco da criminologia, em que diversas ciências atuam no sentido de entender os motivos da criminalidade, abre um espaço para a diferente vertente minimalista, ou seja, a que acredita na relegitimação do sistema penal.

Luigi Ferrajoli, por sua vez, encampa a corrente minimalista como fim em si mesmo, almejando, apenas, a menor intervenção penal e a prisão em última hipótese. Parte do princípio que apesar de deslegitimado, o sistema penal pode ser relegitimado. A base desse fundamento está no contraponto entre os custos de uma sociedade anárquica, em face da manutenção do sistema penal carcerário, demonstrando que esta é menos danosa do que

26 ZAFFARONI, Eugênio Raul. Op. cit. 1991. p. 24.

27 ZAFFARONI, Eugênio Raul. Op. cit. 1991. p. 61.

28 ZAFFARONI, Eugênio Raul. Op. cit. 1991. p. 155.

aquela. Outra vertente se firma nas teorias do garantismo, como condutor do processo de minimização do sistema penal.

Impondo às proibições e às penas duas finalidades distintas e concorrentes, que são, respectivamente, o máximo de bem-estar possível dos não desviantes e o mínimo de mal-estar necessário dos desviantes, dentro do objetivo geral da máxima tutela dos direitos de uns e dos outros, da limitação dos arbítrios e da minimização da violência na sociedade²⁹.

O garantismo, como proposta de atuação do direito penal mínimo, enfatiza a distribuição igualitária do sistema penal, que se preocupa com os membros de uma sociedade que não se desvia das condutas ditas aceitáveis, como, também, com aqueles que se desviaram da figurativa normalidade social. Somente assim, para o autor, seria possível obter uma doutrina de justificação.

O minimalismo de Ferrajoli equaciona a importância do sistema penal para a manutenção da estabilidade social, enquanto órgão de regulação social, sem, contudo, se desvencilhar da obrigatoriedade de minimizar os efeitos provocados pela punição, demonstrando, assim, um contraponto entre a possibilidade de atuação das propostas minimalistas e a realidade que ainda legitima o sistema penal.

Com um discurso que não almeja atingir o abolicionismo, o minimalismo em si mesmo termina por não sofrer as reações sociais e culturais, contrárias a abolição do sistema penal, ao tempo em que encontra solo fértil para implementar a política criminal de menor intervenção do Estado.

Nas propostas abolicionistas, ainda recaem outras figuras que se mesclam com as propostas minimalistas, uma vez que a natureza da perspectiva não é a de excluir o direito penal, mas de minimizar a sua abrangência. Fala-se em *discriminalização* e em *diversificação*. A primeira acompanha a própria evolução social, onde os conflitos são modificados e a permissibilidade da conduta social é alterada, ao tempo em que as relações sociais sofrem interferência da política social, não mais considerando determinada conduta como ilícito penal. A segunda proposta age como substituta da inaplicabilidade da primeira, em casos que são desaconselhados a *descriminalização*, reduzindo o potencial punitivo do direito penal, cuja sanção recairia em modelos alternativos ou despenalizadores. Aqui já se fala em manter a punição, contudo reduzida ao máximo em face da menor intervenção do direito punitivo.

Contudo, adverte Roxin, essa vertente impulsionaria o direito penal em sentido inverso, ou seja, na sua expansão, uma vez que a punição desprovida do cárcere aos pequenos e médios delitos fomentariam um considerável aumento nos dispositivos penais.

29 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do garantismo penal. 3ª ed. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 312/313.

As críticas se baseiam, e com certa coerência, no efeito colateral provocado por políticas criminais minimalistas, baseadas na menor intervenção penal, no que concerne aos crimes de menor lesividade. O então simbolismo do sistema punitivo, em face da certeza de que a punição não resultará no cárcere, ao invés de diminuir as condutas criminais, termina por ampliar a sua existência. Quando não ameaçados por penas privativas de liberdade, demonstra-se um abrandamento das condutas ilícitas e, por conseguinte, vivencia-se a diminuição da vigilância disciplinar do sistema penal.

Quanto mais aumentarem os dispositivos penais e, em consequência deles, os delitos, tanto menos será possível reagir à maioria dos crimes com penas privativas de liberdade. As instituições carcerárias e também os recursos financeiros necessários para uma execução penal humana estão muito aquém do necessário. Além disso, uma imposição massificada de penas privativas de liberdade não é político-criminalmente desejável. Pois o fato de que, nos delitos pequenos e médios, que constituem a maior parte dos crimes, não é possível uma (re)socialização através das penas privativas de liberdade³⁰.

Contudo, reconhece-se que, mesmo com essa vertente expansionista, torna-se conflitante punir crimes de menor gravidade com penas carcerárias, ressalvadas logicamente situações de habitualidade/reincidência, principalmente diante das vertentes minimalistas. Com ênfase, vislumbrar-se-ia um amplo antagonismo em aspirar propósitos ressocializadores e ao mesmo tempo criminalizar com penas dessocializadoras os pequenos e médios delitos.

Na primeira vertente (alternativas ao direito penal), a proposta é substituir a punição pela conciliação que, como afirma Roxin, se materializa através “de um combate às causas sociais da delinquência e, se for o caso, de medidas conciliatórias extra-estatais, indenizações reparatórias e similares³¹”. Neste caso, o crime aconteceria, mas o direito penal não serviria para atuar sobre ele, e sim as medidas substitutivas.

Outro caminho mencionado pelo autor seria a prevenção. Esta que tomaria lugar da punição, e reforçaria o caráter preventivo, fortalecendo a estrutura estatal de vigilância de todos os cidadãos. A esse respeito Roxin pontifica:

Surge então a pergunta se, através de uma vigilância tão perfeita quanto possível, se pode e deve levar a criminalidade ao desaparecimento. O direito penal seria, assim, somente uma última rede de interceptação daqueles atos que não se conseguissem evitar desta maneira. Estes poderiam ser tratados de modo suave, conseguindo-se quase que uma abolição das sanções repressivas. (...) Para a variante totalitária desse modo de vigilância, a resposta deve ser de pronto negativa. Isto não só por causa da contrariedade dessas concepções ao Estado de direito, como também pelo fato de que regimes autoritários costumam punir com ainda maior severidade os fatos que não conseguem prevenir³².

30 ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 573.

31 ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal? Doutrinas essenciais: Direito penal. São Paulo: RT, 2010, p. 571.

32 ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 573.

Assim, o direito penal sugere seu direcionamento não para uma abolição, mas sim para uma suavização. Dentro desta perspectiva de “suavidade”, encontra-se o minimalismo. Tanto as propostas abolicionistas, quanto as minimalistas, reservam um percentual de condutas delituosas que haveriam de ter dificuldades em se encaixar nos seus respectivos princípios, mas que, para conter a violência do sistema penal, precisariam estar abrangidas pelo garantismo.

Por conta disso, neste trabalho, preferiu-se discutir mais o minimalismo do que o abolicionismo, dedicando um relevo à dualidade desse último movimento, no que tange às possibilidades de relegitimação do sistema penal. Encontrar essa dicotomia nos posicionamentos dos autores citados se fez mais enfático do que abranger o entendimento de todos os autores abolicionistas e minimalistas.

1.2. A teoria garantista a sua incursão na execução da pena.

Das teorias reformadoras do sistema penal, o minimalismo de Ferrajoli encontra mais aderência aos propósitos desse trabalho, em virtude de seus objetivos permitirem a idéia de relegitimação do direito penal. De antemão, destaca-se que não há dicotomia entre abolicionismo e minimalismo, capaz de obrigar-se a escolha de um ou outro, de forma a tornar incompatível a coexistência de ambos os movimentos. A esse respeito Vera Regina Pereira de Andrade esclarece:

É que abolicionismo e minimalismo não podem ser encerrados numa dicotomia ou bipolarização estática, pois os minimalismos teóricos, partindo da deslegitimação, não são bipolares, mas complementares ou contraditórios. E, assim, se dialetizam com os abolicionismos, seja porque os modelos incorporam a razão abolicionista (Alessandro Baratta e Raúl Zaffaroni) e a ela são reconduzidos, taticamente; seja porque instauram a polêmica, ou seja, a antítese dialética em relação a ela (Ferrajoli), o que desemboca no plano da argumentação.

De outra parte, ainda no campo das idéias, posicionar-se pelos modelos minimalistas que são comprometidos com o abolicionismo ignorando este compromisso é inconseqüente perante os modelos e relegitimador perante o sistema penal. Não é conseqüente sustentar como fim minimalismos que se propõem como meios. O minimalismo de Ferrajoli, ao contrário, se propõe como fim, e neste sentido polemiza com o abolicionismo, e de certo modo contribuiu para vulgarizar a oposição abolicionismo x garantismo, que não tem lugar quando se abre o leque minimalista; quando se tem por referência outros modelos e outros pressupostos analíticos³³.

Em princípio, os movimentos abolicionistas e minimalistas aparentam sediar um conflito de polos antagônicos. Contudo, essa vertente somente foi inserida na discussão por

33 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos e Abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. Revista da ESMESC, v.13, n. 19, 2006. p. 479/480. disponível em: <http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/2-1247232936.PDF>. Acesso em 03.01.2012.

causa das diversas modalidades de minimalismo, em especial o proposto por Luigi Ferrajoli. Entendendo que o abolicionismo do sistema penal é o fim perseguido, e que o minimalismo proposto por Alexandro Baratta e Raúl Zaffaroni serve como meio para se alcançar este mesmo desiderato – diferenciação exposta no tópico anterior –, em síntese, tudo se revestia em movimento em prol do abolicionismo do sistema penal. Ao estabelecer uma espécie de minimização da atuação do sistema penal como meta única a ser atingida, Ferrajoli destoou das demais correntes, embora guardasse a sua filosofia.

No minimalismo garantista de Ferrajoli, “a pena, de qualquer modo que se justifique ou circunscreva, é de fato uma segunda violência que se acrescenta ao delito e que é programada e executada por uma coletividade organizada contra o solitário indivíduo³⁴”. Completa o autor afirmando que:

Se a propriedade privada foi dita por Beccaria *um terrível e talvez desnecessário direito*, o poder de punir e de julgar resta seguramente, como escreveram Montesquieu e Condorcet, o mais *terrível e odioso* dos poderes: aquele que se exercita de maneira mais violenta e direita sobre as pessoas e no qual se manifesta de forma mais conflitante o relacionamento entre o Estado e o cidadão, entre a autoridade e liberdade, entre segurança social e direitos individuais³⁵.

Eis que, cada vez mais, no que tange ao direito de punir, busca-se uma teoria que mantenha inalteradas as garantias democráticas na utilização desse poder punitivo. Assim, encontra-se sedimentada na teoria garantista, com esteio na menor intervenção do Estado penal, os preceitos democráticos exigidos na aplicação e execução da pena. É nela que se pode encontrar um amparo ao fundamento de punir.

“Garantismo”, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia de sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário³⁶.

Encontra-se, portanto, sediada na teoria garantista as bases para a presente postulação. A proteção dos mais fracos, dentro de suas peculiaridades, vivenciadas com respeito aos direitos humanos, e a dignidade valorada durante a execução da punição, constitui o postulado necessário para se alcançar qualquer objetivo proposto, e dentre eles, a menor violência possível.

34 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 15.

35 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 15.

36 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 312.

Ainda completa o autor, quando trata da “pena”, enfatizando que ela “é justificada não apenas *ne peccetur*, ou seja, no interesse de outros, mas, também, *ne punietur*, vale dizer, no interesse do réu a não sofrer suplícios maiores”³⁷.

Desta forma, Ferrajoli³⁸ formulou os dez axiomas do garantismo penal com base no princípio da legalidade, assim dispostos: A1) *Nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime) - princípio da *retributividade* ou da consequência da pena em relação ao delito; A2) *Nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei) – princípio da *legalidade*, no sentido lato ou no sentido estrito; A3) *Nulla Lex (poenalis) sine necessitate* (não há lei penal sem necessidade) – princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; A4) *Nulla necessitas sine injuria* (não há necessidade sem violência) – princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; A5) *Nulla injuria sine actione* (não há violência sem ação) – princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação; A6) *Nulla actio sine culpa* (não há ação sem culpado) – princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; A7) *Nulla culpa sine iudicio* (não há culpado sem justiça) – princípio da *jurisdicionariade*, também no sentido lato ou no sentido estrito; A8) *Nullum iudicium sine accusatione* (não há julgamento sem acusação) – princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; A9) *Nulla accusatio sine probatione* (não há acusação sem prova) – princípio do *ônus da prova* ou da verificação; A10) *Nulla probatio sine defensione* (não há prova sem defesa) – princípio do *contraditório* e da *defesa*, ou falseabilidade.

Em sede cognitiva, os axiomas garantistas, devidamente conectados uns aos outros, representam a formulação da responsabilidade penal, possibilitando a aplicação democrática da sanção ao delito praticado. Contudo, acredita-se que o universo do delito promova ao cidadão infrator uma lacuna além do pacto social, que o retira da convivência natural com os demais membros da sociedade, desde o ato delitivo, até o retorno incondicional ao seio social.

A pena, quando aplicada ao sujeito, se “temporaliza” no tempo de vida do sujeito. Isto é, seu transcurso seguirá a fluir do tempo natural no qual transcorre a vida biológica do sujeito: seguirá seu gradual envelhecimento, e poderá, inclusive, ser interrompida pela morte. Neste caso, o tempo objetivo impedirá o cumprimento do termo que o direito lhe havia fixado³⁹.

Parte-se do princípio de que, uma vez perpetrada a conduta proibitiva, o infrator somente retornará ao meio social por definitivo quando extinta sua punibilidade, numa demonstração de retorno à sociedade após ter arcado com o ônus de sua conduta infracional.

37 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 313.

38 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 91.

39 MESSUTI, Ana. O tempo como pena. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 43.

A tutela do direito penal, por assim dizer, está sediada a margem da conduta lícita, e sua obrigação há de ser a de impedir que seus tutelados deixem essa margem permissiva, ao tempo em que se pretende obter o retorno dos infratores à sociedade, devidamente recuperados, os quais, por força de suas inserções na criminalidade, infringiram as condutas proibidas pelo direito punitivo.

Enquanto sujeito passível de cumprir uma pena imposta, o infrator ainda está marginalizado, pois a aplicação da pena *in concreta* permite ao Estado o exercício do *jus puniendi*, porém sem a certeza de executar a sanção.

Deste modo, emerge que o garantismo não estaria, apenas, limitado à aplicação da pena, mas também, e primordialmente, a sua execução, na forma de outro axioma, ou seja, *Nulla executione efficacia sine poena certa*. Reclama-se, assim, por um princípio retributivista/utilitarista, necessário e adequado a estabelecer uma correta reprimenda.

Embora se tente conceber a imprestabilidade da pena, como forma de conter a criminalidade, a máxima de Platão⁴⁰ (*o que foi feito não pode ser desfeito*), conduz o entendimento de que a pena ainda não perdeu a habilidade de retribuir o mal causado, e de possibilitar que o infrator não venha novamente a delinquir.

Ocorre que, ao observar o *modus operandi* na execução da medida constritiva, percebe-se que essa “habilidade” chega, na grande maioria das vezes, a extrapolar o limite retributivo, transformando-se numa ação violenta, e ferindo a idéia de equilíbrio e proporcionalidade.

E por essa razão, Ferrajoli afirma que “é exatamente a irreparabilidade que distingue os ilícitos penais daqueles civis, considerando que a pena, diferentemente da reparação de danos, não é uma ‘retribuição’, nem ‘reparação’, nem uma ‘reintegração’⁴¹”.

Ainda completa o autor:

A concepção de pena enquanto meio, em vez de como fim ou valor, representa o traço comum de todas as doutrinas relativas ou utilitaristas, desde aquelas da emenda e da defesa social àquelas da intimidação geral, daquelas da neutralização do delinqüente àquelas da integração dos outros cidadãos⁴².

E nesse sentido esclarece Ana Messuti:

Ainda que esta reparação fosse plenamente possível, o equilíbrio estaria restabelecido somente em parte, pois, a menos que a reparação constituísse ao mesmo tempo uma pena para o autor do delito, por si só não bastaria para restabelecer o equilíbrio perdido. Porque este não se esgota em relações interpessoais. O delito não só constitui uma lesão a um dos membros da comunidade

40 PLATÃO. Protogoras o de los sofistas. Diálogos. México: Porrúa, 1993. P. 115.

41 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 237.

42 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 240.

de pessoas, mas à lei dessa comunidade de pessoas. Altera o equilíbrio em dois planos: o individual e o social. A reparação pertence ao primeiro e a retribuição ao segundo⁴³.

Veja que a ótica da punição não acompanha a ótica dos demais litígios, em especial os cíveis, que são comumente solucionados com efeitos reparadores. No exemplo de uma batida de trânsito, em que se observam apenas os danos nos veículos, uma vez indenizado aquele que não provocou o acidente, consertando, por conseguinte, o seu veículo, o que existia antes volta a ser real, e de fato, reparado. No crime, principalmente os crimes materiais, o antes não mais existirá, o que demonstra ser o efeito retributivo da pena diferente da reparação de danos.

Assim, a problemática da adequação da pena esbarra na medida aplicada como reprimenda dita proporcional. “A prisão é uma construção no espaço para calcular de determinada maneira o tempo⁴⁴”. Na evolução do direito penal, o *quantum* da pena aplicada ao caso concreto distingue os níveis da repulsa social de determinado delito. E na execução desse *quantum* punitivo, cada vez mais se espera uma migração da natureza da pena, de objetivo fim para meio ressocializador.

Ocorre que, quase na totalidade das aplicações de pena, ela se apresenta ampliada por uma sanção subsidiária, que não é normativa, e não segue o princípio da legalidade. Trata-se do reflexo da pena no condenado.

Quando a pena é de privação da liberdade, o condenado suporta, além do tempo de cárcere, a sujeição social e econômica, a perda de capacidade laborativa, as humilhações decorrentes da pena, estas que, dentre outras, tornam quase perpetua a sua reprimenda. Ou, em determinadas penas não privativas de liberdade, a exemplo da multa ou das restrições de direitos, a sanção não corresponde à altura do delito.

A experiência na execução penal demonstra uma cruel historiografia: depois de prolatada a sentença penal condenatória, o apenado ingressa em ambiente desprovido de garantias. Desta forma, a decisão judicial condenatória exsurge como declaração de “não-cidadania”, como formalização da condição de apátrida do autor do fato-crime⁴⁵.

Por isso chama-se a atenção para a fase executória da pena. Os axiomas de Ferrajoli permitem conduzir o caminho percorrido pelo indivíduo infrator até a aplicação da pena, considerando todas as vertentes de atuação do direito penal em última instância, e somente em extrema necessidade. Porém, como frisou Saulo Carvalho, o ambiente carcerário

43 MESSUTI, Ana. Op. Cit. p. 21.

44 MESSUTI, Ana. Op. Cit. p. 33.

45 CARVALHO, Saulo de. Pena e Garantias. 3ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro; 2008. p. 154.

é desprovido de garantias, elevando a pena aplicada dentro do princípio garantista para outra vertente, acrescentando um elemento não integrante da sanção penal.

Se for considerada a correta proporção entre dano e punição, nela haveria de se integrar os efeitos do cárcere, tanto os direitos como os indiretos, para se estabelecer esta dita proporcionalidade. Ocorre que a previsão normativa não estabelece um patamar considerável para incluir o ambiente carcerário como medida a ser aquilatada na fixação da pena e, desta maneira, quando se chega à fase final do processo penal, e se apresenta o tempo de encarceramento correspondente à violência do crime, os efeitos da prisão se somam a este lapso temporal, tornando extremamente desproporcional e violenta a execução da reprimenda.

Esta, então, “desproporção”, pode provocar sentimentos que questionam a eficácia da pena como meio de obstáculo à criminalidade. De um lado, o sentimento de repulsa às penas privativas de liberdade, como já dito, a postergação do tempo futuro que suporta o condenado, aliado às penas chamadas de “subsidiárias”, levam a inevitável afronta aos direitos humanos. Por outro lado, as penas menores, que são substituídas por restrição de direitos, ou mesmo as pecuniárias, provocam o sentimento de impunidade por parte dos que sofrem as agressões de seus direitos.

A teoria geral do garantismo, moldada desde uma perspectiva “realista e marginal”(latino-americano), é capaz de produzir um discurso harmônico com as novas relações sociais das sociedades pós-industriais, gerando uma série de modificações no sistema penalógico⁴⁶.

De fato, considerar as diversidades na execução da pena como requisito elementar na sua aplicação, aparenta colaborar nesse processo de modificação do sistema penalógico. E nessa equação, além do ambiente carcerário, ainda haveria de ser somatizado o conjunto de penas “subsidiárias”, compostas pelos efeitos dessocializadores, desprofissionalizantes, desestruturantes e desarmoniosos, entre outros aspectos, que o cárcere provoca.

Estabelecer esse patamar equitativo, levando-se em consideração as penas “subsidiárias” como integrantes da sanção integral, ao tempo em que se atua na fase executória da pena, com propósitos utilitaristas e de recuperação do infrator, parece ser uma das formas de se trabalhar o direito punitivo.

Nesse aspecto, os princípios constitucionais disciplinam a aplicabilidade das propostas do garantismo, uma vez que é no Estado Democrático de Direito que se estabelecem os fundamentos necessários para subsidiar a construção de uma menor intervenção do Estado Penal.

46 CARVALHO, Saulo de. Op. cit. p. 193.

1.3. Princípios Constitucionais que regem a aplicação da pena.

No âmbito do direito penal, os princípios constitucionais, de cunho moral e ético, com maior relevo na profícua aderência do sistema punitivo às cláusulas pétreas, visam assegurar ao indivíduo uma maior proteção contra o autoritarismo estatal, buscando assim o desenvolvimento da democracia e justiça social através de um processo imbuido de legitimidade, nos moldes da teoria do garantismo.

Ab initio, os princípios são vistos apenas como preceitos sem qualquer *status* normativo, uma vez que possuem apenas um cunho moral e ético, sem a aplicação de sanções no caso de sua violação. Contudo, os princípios possuem também normatividade. A normatividade não deve ser conferida apenas aos princípios que se encontram de maneira explícita ou implícita no ordenamento jurídico, aqueles auferidos pela doutrina também devem ser perfilhados pelo julgador no momento da aplicação do direito.

Ressalta-se ainda que, no que tange principalmente aos princípios constitucionais, estes possuem eficácia derogatória sobre as normas que lhes forem opostas. Tudo que se apresentar contrário aos primados da Carta da República, deve ser considerado inconstitucional.

Além do mais, os princípios trazem em si a base fundamental de todo ordenamento jurídico, no qual se devem pautar os legisladores infraconstitucionais, os intérpretes da lei e todos os operadores do direito.

No presente contexto, o valor e a normatividade dos princípios constitucionais, são imprescindíveis para fundamentar a aplicação da pena.

De grande relevância no âmbito do direito constitucional e penal, tem-se o *princípio da legalidade*. Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado, coibindo o mesmo de aplicar medidas ao particular que não estejam previstas em lei.

A legalidade nada mais é do que a submissão do Estado no exercício do *jus puniendi*, quando se exige a perfeita adequação da conduta empregada ao núcleo do verbo previsto no ordenamento jurídico negativo.

As sucessivas edições da Norma Constitucional brasileira vêm repetindo em seu texto tal princípio, dispondo, já no art. 5º, inc. XXXIX⁴⁷ da Carta Magna de 1988 que: “não há crime, sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Mesmo texto elencado na primeira norma do Código Penal Brasileiro.

47 BRASIL. Constituição Federal. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26.06.2011.

De acordo com a doutrina moderna, o princípio da legalidade se desdobra em três outros princípios: o da *reserva legal*, o da *taxatividade* e o da *irretroatividade da lei penal*. A reserva legal assegura à submissão do juiz a lei, uma vez que somente será aplicada uma pena, se a conduta estiver prevista no ordenamento jurídico como um ilícito.

A determinação taxativa vem assegurar ao punido que as normas penais incriminadoras sejam sempre claras, objetivas e específicas. Como bem informa Luiz Luisi:

O postulado em causa expressa exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas. Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos. (...) Sem esse corolário o princípio da legalidade não alcançaria seu objetivo, pois de nada vale a anterioridade da lei, se esta não estiver dotada da clareza e da certeza necessárias, e indispensáveis para evitar formas diferenciadas, e, pois, arbitrárias na sua aplicação, ou seja, para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei⁴⁸.

O último desdobramento do princípio da legalidade é o princípio da irretroatividade da lei penal incriminadora, que dispõe que a lei penal só alcança as condutas ilícitas praticadas se, a época da infração, já existia lei vigente disciplinando o caso, não podendo uma nova lei ser aplicada a condutas anteriores a ela, salvo se mais benéficas ao delinquente.

Esse princípio tem especial aderência ao estudo sobre a pena, uma vez que a alteração, substituição ou extinção de uma norma punitiva incidirá diretamente no tempo de reclusão, podendo, inclusive, atingir os próprios apenados que já se encontram em cumprimento de pena, quando o neófito comando punitivo excluir, reduzir ou modificar a pena de determinado delito.

No momento da execução da pena, o princípio da legalidade garante também a sua individualização, fazendo com que o apenado permaneça como sujeito de direitos e obrigações, de acordo com suas particularidades.

Dentre os diversos princípios que regem a aplicação da pena temos, dentro dos mais significativos, o *princípio da individualização*. A individualização é o processo no qual se atribui uma punição a conduta lesiva praticada pelo delinquente, devendo esta ser aplicada de maneira justa, observada a personalidade do condenado e as condições em que ocorreu o crime. Sobre a individualização da pena, Luiz Luisi afirma que esta “decorre deste preceito constitucional que a pena na sua concreta aplicação deve levar em conta não somente o fato e a sua gravidade, mas as condições pessoais do condenado⁴⁹”.

48 LUIZ, Luis. Os princípios constitucionais penais. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 24.

49 LUIZ, op. cit., p. 182, nota 7.

O processo de individualização da pena passa por três momentos distintos. Em primeiro momento, a produção legislativa, quando se forjam as normas, tipificando os delitos, e lhes imputam uma sanção de maior ou menor gravidade, dependendo da importância do bem jurídico tutelado, esta que se afigura cominada *in abstracto* na norma penal. Além disso, prevê também formas alternativas de cumprimento da pena, a exemplo das substituições de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

Já na segunda fase, temos o momento da individualização judiciária, em que o julgador, com base na lei e nas opções que lhe cabem, através do seu poder discricionário, escolherá a pena mais viável ao caso concreto, analisando as circunstâncias, a personalidade do criminoso, seus antecedentes, entre outros atributos, utilizando-se de uma dosimetria para transportar a pena da forma *in abstracta* para sua forma *in concreta*. A pena deverá ser necessária à repressão e à prevenção, com o objetivo de evitar o cometimento de novos delitos.

No último momento, tem-se a fase da execução da pena, que persegue, sobretudo, a idéia de que o cumprimento da pena deve ser feito de maneira a garantir os direitos fundamentais do acusado.

Desta forma expôs Marysia Souza e Silva:

O princípio da individualização assegura que a pena não ultrapassará o condenado e que de acordo com as suas características individuais, será cumprida com o respeito a dignidade humana, razão pela qual são vedadas as penas cruéis, assegurando a integridade física e moral ao reeducando⁵⁰.

A individualização da pena em sua essência tem como fulcro o ajustamento da pena ao indivíduo, de forma a preservar a sua dignidade como ser humano e evitar que ocorra a dessocialização do condenado, bem como, que as medidas punitivas não sejam pedagogicamente infrutíferas, de maneira a proporcionar a volta do apenado ao convívio social sem que torne a delinquir.

De fato, tem-se que admitir que essa “individualização” é mais uma utopia do processo de execução da reprimenda. Tanto o senso comum quanto os estudos empíricos demonstram que “o apenado é, apenas, mais um na multidão” e que a privação da liberdade consegue, na verdade, dessocializar o indivíduo. Suas características em nada servem para determinar o local ou modo de cumprir sua punição, como também a capacidade laborativa é completamente desprezada durante o tempo de cárcere. Mesmo garantido por preceito Constitucional, a individualização da pena ainda é uma meta a ser atingida.

50 SILVA, Marysia Souza. Crimes Hediondos e Progressão de Regime Prisional. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 91, nota 13.

No mesmo patamar de relevância temos o *princípio do devido processo legal*. Este princípio apareceu pela primeira vez na Constituição Federal de 1988, garantindo uma dupla proteção ao indivíduo. De um lado, na esfera material, tutela a proteção à liberdade, de outro, garante, no âmbito formal, a igualdade de condições perante o Estado-acusador através da plenitude de defesa (direito à defesa técnica, produção de provas, a publicidade do processo, a decisão imutável, etc.)⁵¹.

O contraditório e a ampla defesa são corolários da legalidade, devendo ser aplicados a todos os processos em qualquer esfera, seja ela civil, penal, administrativa, etc.. Através do contraditório é que se exerce a justiça, uma vez que é dada a possibilidade ao cidadão de rebater todas as acusações que lhe são cometidas. Já a ampla defesa é mais do que um direito, é uma garantia, permitindo ao acusado a utilização de todos os meios legais disponíveis para provar o seu direito, inclusive, a não produção de provas contra si.

No que concerne a pena, é através das garantias preconizadas pelo princípio do devido processo legal que se almeja alcançar a proporcionalidade entre o mal causado e sua retribuição. Veja que o devido processo legal é postulado garantista, e serve para afastar uma dosimetria penal descompassada, refetendo-se diretamente no *quatum* de pena aplicada ao caso concreto.

Em síntese, pode-se afirmar que o princípio da legalidade garante que o réu tenha os seus direitos e garantias assegurados, evitando que o Estado, na aplicação da justiça, haja com arbitrariedade, visto que se deve seguir, obrigatoriamente, as regras e normas existentes no ordenamento jurídico, numa expressão real do garantismo proposto por Ferrajoli:

Se é verdade que o garantismo coincide com a forma de tutela dos direitos vitais dos cidadãos que se realiza historicamente por meio da sua positivação no Estado de direito, tal não é concebível fora do horizonte teórico do positivismo jurídico. Este horizonte vem se delineando, por sua vez, entre experiência jurídica e política *moderna*. Modernas, mas exatamente, são, por um lado, a *forma estatal do direito* e, por outro, a *forma jurídica do Estado*. Foi precisamente na Idade Moderna, com a formação dos Estados nacionais e com o desenvolvimento das *codificações*, que se afirmou a forma e o monopólio estatal da produção jurídica, ou seja, o princípio de que são jurídicas todas e somente as normas produzidas pelo Estado. E foi, logo então, sucessiva às declarações setecentistas dos direitos e depois aos estatutos e às *constituições* que se seguiram ao longo de todo século passado, a afirmação da forma e da legitimação jurídica do Estado, ou seja, da sujeição à lei de todos os poderes públicos segundo as formas supra-analisadas do “Estado de direito”⁵².

51 CF: Art. 5º. (...) LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm - acesso em 26.06.2011).

52 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 800/801.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem também confere ampla aplicação ao princípio do devido processo legal quando afirma, no art. XI, n.I, que:

Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas as garantias necessárias à sua defesa⁵³.

Outro princípio constitucional que a moderna discussão trás à baila é o *princípio da dignidade da pessoa humana*, que se destaca pela sua natureza protetiva, tornando-se um direito que foi construído paulatinamente com o decorrer dos anos. “Ser uma pessoa, portanto, não é só dispor de si mesmo, mas dispor de si mesmo junto aos outros, igualmente dotados de direito e do dever de dispor de si⁵⁴”.

Como valor central, a dignidade da pessoa caracteriza-se por intermédio de outros valores: justiça, vida, liberdade, igualdade, segurança e solidariedade (...) e este princípio-fundamento se caracteriza por intermédio de medidas, que por sua vez se convertem em valores e determinam a existência e legitimidade de todos os direitos humanos. Por via inversa, tais valores estão indissolivelmente unidos, por sua raiz e fundamento, ao valor da dignidade da pessoa humana⁵⁵.

Destarte, o princípio da dignidade hoje tem seu valor amplamente garantido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu art. 1º⁵⁶ dispõe que: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”, e na Constituição Federal Brasileira, que preconiza em seu art. 1º⁵⁷, como fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Para Flávia Piovesan:

A dignidade da pessoa humana está regida, pois, como princípio-matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro⁵⁸.

O sistema penal brasileiro também se fundamenta na dignidade da pessoa humana. O *jus puniendi* do Estado deve necessariamente pautar-se por esse princípio, desde a elaboração de suas normas até o momento de sua aplicação. Sob esse prisma, uma vez que todo ser humano tem seus direitos assegurados, deve também o apenado ser tratado com

53 BRASIL. Resolução nº 217, de 10 de Dezembro de 1948. Dispõe sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://app.crea-rj.org.br/portalcreav2midia/documentos/resolucaoonu217aiii.pdf>>. Acesso em: 10.10.2009.

54 SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. Direitos humanos: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010. p 219.

55 SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. Op. Cit. p 221.

56 BRASIL., op. cit., nota 8.

57 CF: Art.1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 09.11.2011.

58 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 70.

dignidade e atenção aos seus direitos e garantias fundamentais, uma vez que, não é a punição demasiadamente severa que garante a diminuição da criminalidade, mas sim, a certeza de uma punição igualitária e justa, com respeito à dignidade da pessoa humana.

O *princípio da igualdade*, também conhecido como o princípio da isonomia, faz parte do rol dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, compondo o regime geral dos direitos fundamentais.

Tratamento igualitário significa que as pessoas deverão de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, nos moldes da Justiça Distributiva preconizada por Aristóteles na obra “*Ética a Nicômaco*”⁵⁹. Ou seja, tratar de forma igual os desiguais afronta, sobremaneira, o senso de justiça. Do mesmo modo que deve ser aplicada a lei a todos; direitos iguais também devem ser atribuídos de maneira equânime para todos os homens, sem distinções.

Vê-se, portanto, que o princípio da igualdade atinge o sistema penal em três partes: 1) Ao legislador, que cumpre elaborar as normas de maneira a não criar distinções arbitrárias, pautando-se sempre pela igualdade; 2) Ao intérprete/autoridade pública impende não aplicar as leis quando estas criarem ou aumentarem as desigualdades abusivas; E por fim, 3) ao particular cumpre agir de maneira a não praticar condutas discriminatórias ou preconceituosas, sob pena de responder civil e penalmente por tais atos.

Marysia Souza e Silva, segundo esta linha de raciocínio, afirma:

O princípio da igualdade perante a legislação penal e processual penal há de ser compreendido como o mesmo tratamento processual e punitivo para todos os agentes, salvo os casos de privilégios (...). Então, pelo princípio da igualdade, a mesma sanção deve ser aplicada indistintamente a todos os que praticarem determinado delito. Por outro lado, a idéia de igualdade das pessoas perante a lei precisa ser compreendida com ressalvas no que concerne a individualização da pena na fase de aplicação e execução, pois deve-se privilegiar o indivíduo que, embora receba tratamento igualitário, possui características particulares e que devem ser observadas pelo julgador⁶⁰.

Em se tratando de princípios, há um viés reflexivo entre a individualização da pena e a igualdade na sua execução. Mesmo que se pautar-se pelas características individuais do apenado, capaz de emergir tratamento distinto voltado à sua propensão em evitar novos delitos, não se constataria violação ao princípio da igualdade, que se pauta justamente por considerar as peculiaridades como igualdades entre si, fundamento para se estabelecerem as respectivas desigualdades.

59 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

60 SILVA, Marysia Souza. Op.cit. p. 64

Da mesma maneira que os delitos de idêntica natureza ensejam semelhante punição, os direitos assegurados durante o transcurso da execução de uma pena, em crimes de mesma natureza, devem ser concedidos a todos os condenados, observando-se a individualização das características do apenado.

A busca pelo equilíbrio entre pena e dano fomentou outro postulado do direito penal. Trata-se do *princípio da proporcionalidade*. A democracia, como já explicitado, exige uma adequação do direito punitivo aos requisitos essenciais desse princípio, inclusive como forma de melhor aplicar a reprimenda.

Frise-se ainda, que tal princípio não se encontra explicitamente previsto na Constituição Federal, tendo como seu alicerce, a noção de justiça e devido processo legal. Para Hassemer⁶¹, é “um juízo de ponderação entre a carga ‘coativa’ da pena e o fim perseguido pela cominação penal”.

Ainda segundo Hassemer:

O princípio da proporcionalidade não é outra coisa senão “uma concordância material entre ação e reação, causa e consequência jurídico-penal, constituindo parte do postulado de Justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionais⁶²”.

No âmbito penal, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado em ocasiões distintas: no momento da elaboração da norma devem ser fixadas penas proporcionais ao delito praticado; na aplicação da pena, deve o juiz atribuir a reprimenda proporcionalmente dentro dos requisitos inerentes ao crime tipificado na lei penal, estabelecendo uma pena que seja suficiente à prevenção e repressão do delito; e por fim, durante a execução da pena, o juiz deve observar as particularidades individuais de cada apenado, e em cada caso concreto, deve observar se é cabível a aplicação das ferramentas que regem o sistema progressivo: regime de cumprimento da pena, livramento condicional, etc.

Respecto al principio de proporcionalidad, debemos referirnos a AGUADO CORREA, que, considerando el aspecto efectivamente funcional que contiene dicho principio en el marco de la Ciencia punitiva, recuerda su importancia ante la tipicidad, la antijuridicidad “y en el establecimiento del enlace material entre el delito y su consecuencia jurídica”, con la incumbencia estructural de impedir cualesquiera excesos penales tanto de orden legislativo como sancionador práctico-aplicativo, y además ejecutor de la pena. Así, refiere la autora española que se trata la proporcionalidad de un valioso instrumento sócio-jurídico, democrático y humanitario, que actúa desde “el momento de creación del derecho por los legisladores” y se distiende “en el de su aplicación por los jueces o tribunales e

61 HASSEMER *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 57.

62 HASSEMER *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit. p. 57.

incluso en el momento de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesorias”⁶³.

Permeando a Carta Constitucional de forma implícita, o *princípio da intervenção mínima* traz a concepção de que o Estado só deve estabelecer pena quando for extremamente necessária, uma vez que a aplicação de penalidades só tem fundamento a partir do momento em que uma conduta atinja valores fundamentais para a sociedade e que esta seja considerada grave.

Em síntese, o princípio da intervenção mínima, cuja exposição teórica significa a *ultima ratio* “orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico”⁶⁴.

Na concepção de Marysia Souza e Silva:

Aplicar o direito penal mínimo significa condenar o agente somente que atentou contra bem jurídico fundamental com elevada gravidade e desde que nenhuma outra intervenção estatal menos lesiva possa solucionar o conflito. A pena deve ser estrita e evidentemente necessária, razão pela qual desprezíveis as penas de morte, perpétua e cruel. (...) Toda pena privativa de liberdade maior do que a suficiente para reprimir a ação ilícita fere o princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, do condenado que também é ser humano e não, “objeto”⁶⁵.

O hodierno reconhecimento do apenado como pessoa humana é corolário do *princípio da humanidade*. Tal princípio teve seu desenvolvimento iniciado graças ao movimento revolucionário iluminista do século XVIII, de onde nasceu o constitucionalismo.

O tratamento mais humanitário aos reclusos encontra-se protegido em diversas normas, inclusive no âmbito da Organização das Nações Unidas, que por meio de Resolução 45/110 de 14 de outubro de 1990⁶⁶, instituiu preceitos mínimos de proteção aos apenados.

Já na legislação pátria, temos na Carta Magna de 1988, diversos dispositivos que consagram o princípio da humanidade⁶⁷. No mesmo norte, a Lei de Execução Penal confere ao preso um tratamento humanitário e justo, na medida que almeja a reinserção social do apenado⁶⁸. A força motriz normativa que impulsiona a ação estatal na aplicação e execução da

63 VITAL DE ALMEIDA, Ricardo. El consentimiento y su relevancia para la teoría jurídica del delito. Disponível em: <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/1090/1/16430190.pdf>. p. 129. Acesso em 21.02.2012.

64 BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit. p. 43.

65 SILVA, Marysia Souza. Op.cit. p.85, nota 13.

66 Resolução da Organização das Nações Unidas nº 45/110, de 14 de outubro de 1990. <http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r110.htm>. Acesso em 01.11.2011..

67 CF: Art. 5º (omissis) - XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 01.11.2011.

68 LEP: Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 01.11.2011.

reprimenda está contida na Lei Maior. Contudo, reconhece-se que esse discurso-jurídico não é fartamente utilizado.

Zaffaroni aduz que “do princípio da humanidade deduz-se a proscrição das penas cruéis e de qualquer pena que desconsidere o homem como pessoa⁶⁹”, e isso é o que impede que as penas seja de morte, ou de caráter perpétuo, bem como que sejam degradantes ou de qualquer forma infamantes e submetidas a maus-tratos.

Ao arrepio de tantos preceitos constitucionais, a execução da pena privativa de liberdade corresponde justamente ao contrário dos direitos anuidos como pilares de uma dignidade humana. E por conta disso afirma-se que o discurso jurídico-penal é destoante da realidade, posto que não consegue evitar a infringência de tantas prerrogativas dos seus tutelados, significando uma problemática a ser analisada, à luz das implicações no que concerne ao aumento da criminalidade.

Com ênfase aos propósitos garantistas previstos na ordem constitucional, faz-se necessário mencionar as espécies de punição, cujos reflexos têm nutrido os debates sobre a sua legitimidade e reflexos nas políticas criminais.

1.4. Análise das espécies de punição.

Dentre as espécies de pena, a privação da liberdade tem tomado a preocupação da sociedade moderna, visto que esta se depara com a superlotação das penitenciárias e com o resultado produzido pelo tempo de reclusão. O *status* atual do prestígio da pena deambulatória apresenta-se como falido, quando ainda perdura a violação dos direitos do preso, e a afronta aos preceitos constitucionais:

No Brasil, a execução da pena de prisão vem se caracterizando pela constante violação aos direitos mais elementares dos presos na condição de seres humanos. Essa afirmativa pode ser facilmente comprovada, pois chega ao conhecimento de toda a sociedade através dos jornais e noticiários de televisão, a superlotação carcerária nas delegacias de polícia, cadeias públicas e penitenciárias, as celas insalubres, os esgotos a céu aberto nos cárceres, a péssima alimentação fornecida aos presos, dentre tantas outras mazelas encontradas nos diversos estabelecimentos prisionais brasileiros⁷⁰.

Essa situação caótica que vivencia o ambiente carcerário, integra o rol de elementos que devem ser considerados como penas “subsidiárias”, e, para se estabelecer a desejada proporcionalidade, hão de integrar o conjunto de fatores que resultarão na sanção

69 ZAFFARONI, Eugênio Raul. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. Ed. RT. São Paulo: 2011, pag. 161.

70 CORDEIRO, Greiciany Carvalho. Privatização do sistema prisional brasileiro. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos; 2006. p. 49.

penal *in concreto*, posto que é esta precariedade na condução do encarceramento que mais se afigura como estimuladora da deslegitimação do sistema penal.

Com base na propensão de modificar a violência carcerária, pretende-se construir maneiras de aperfeiçoar o poder punitivo, impedindo que o sistema penal se feche num propósito eminentemente segregador, sem se importar com o reflexo de suas incursões na evolução social.

A história da prisão não é a de sua *progressiva abolição*, mas a de sua permanente reforma (...) Propõe-se, assim, aperfeiçoar a pena privativa de liberdade, quando necessária, e *substituí-la*, quando possível e recomendável⁷¹.

Veja que a proposta de manter a prisão em determinados casos, sempre se preocupando com a adequação do ambiente carcerário às novas maneiras de sua utilização, partindo do princípio de que não há necessidade de abolir essa forma de punição, mas, claro, manter-se sempre alerta para reformá-la, com propósitos garantistas, demonstra se adequar a espécie de minimalismo defendido por Ferrajoli.

Diminuí-se a atuação do sistema penal até o limite do recomendável, ou seja, até onde não se conflite com os interesses dos ditos “não desviantes”, e nos demais casos, atribuir-se-ia a pena carcerária, de maneira aperfeiçoada, dentro de um parâmetro de dignidade humana, de forma a gerar a mínima violência possível aos ditos “desviantes”.

Em sendo assim, a pena empresta significado não atrelado a “reparação” do mal causado. Ela pode até ter essa motivação, *ab initio*, porém, a sua perduração deve ser acompanhada da necessidade da sociedade de “cuidar” do infrator, com o especial escopo de não vê-lo reincidir na conduta proibitiva. Com essa exegese, no lapso temporal que se segue ao início do cumprimento da pena, não há de manter o apenado estático, sem propósito, pois a personalidade do agente do delito muda com o passar do tempo, principalmente quando se age numa proposta correccionalista. “A alteração da quantidade (tempo) e da qualidade (forma) da execução da pena foi fruto da solidificação do sistema progressivo⁷²”.

Ao se adentrar, especificamente, na análise garantista da execução da pena, faz-se necessário formatar uma abordagem inicial sobre o aspecto estrutural da pena, suas espécies e implicações, como forma de balizar o presente trabalho.

Tem-se por pena a sanção aplicada pelo Estado ao infrator, através de um processo penal garantista, com o intuito de retribuir o ilícito e evitar novos delitos. Considera-se uma sanção, em virtude de ser uma consequência da inobservância do comando legal, sendo de

71 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 120/121.

72 CARVALHO, Saulo de. Op. cit. p. 193.

cunho aflitivo, uma vez que consiste numa espécie de castigo ao transgressor do imperativo jurídico. “Transgredida a norma penal com a prática do fato típico, dirige-se a pretensão punitiva do Estado ao cumprimento e aplicação, contra o violador da lei, do preceito sancionador⁷³”.

Analisando o conceito de pena, Hans Welzel diz que a pena se manifesta de duas formas: de um lado, uma forma pessoal; de outro, a forma estatal. A primeira forma de manifestação da pena, o seu lado pessoal, se traduz em dois aspectos. O primeiro aspecto diz respeito ao sujeito que sofre a pena; é o que Welzel chama de problema do **sentido da pena**. O segundo aspecto diz respeito à percepção que as pessoas contemporâneas ao apenado têm da referida pena; a isso Welzel chama de problema da **impressão da pena**⁷⁴. (grifo do autor).

Em síntese, o que Welzel afirma é justamente o que atormenta a história da pena carcerária, em virtude do segundo aspecto da forma pessoal de punição, ou seja, a impressão da pena. O fato tipificado como crime fica no passado, enquanto a violência estatal perdura ao longo do cumprimento da reprimenda, causando uma impressão destoante de sua motivação.

O Estado deve ser o responsável por punir e castigar o transgressor que causou um dano aos ditames da boa convivência social, uma vez que poderá agir com mais rigor do que o particular que foi atingido, ou a sociedade.

Afere-se que, no caminho construtivo da realidade penal, anuncia-se como ideológica a possibilidade de retorno do egresso ao convívio social, utilizando, para tanto, a norma executória nesse intento.

Apesar desse caráter sancionador, não se admite que sejam impostas ao indivíduo medidas que lhe sejam demasiadamente cruéis⁷⁵, em virtude do mal praticado, embora se apresente o atual cumprimento da pena carcerária numa espécie de crueldade. A pena há de ser proporcional ao delito, de forma a assegurar à dignidade humana.

Neste sentido, afirma José Frederico Marques⁷⁶:

A pena é um conceito ético e por isso não pode contribuir para o aviltamento da personalidade humana. As sanções que, a título de castigo, rebaixam e diminuem o homem, degradam o seu caráter e atentam contra a consciência moral, não podem ser acolhidas pelo direito penal de Estados democráticos onde os direitos fundamentais do ser humano constituem valores reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. O castigo e o sofrimento inerentes à pena, além de proporcionais ao mal cometido, estão limitados pelas exigências éticas que o direito assegura, de respeito à dignidade humana.

73 MARQUES, José Frederico. Curso de direito penal: O delinqüente – a sanção penal – a pretensão punitiva. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 99.

74 BRANDÃO, Cláudio. Curso de direito penal: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 316.

75 CF: Art. 5º. (...) XLVII - não haverá penas: e) cruéis; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26.06.2011.

76 MARQUES, José Frederico. Op. Cit. p. 103.

Por ter um caráter ético marcante, a submissão do infrator ao processo penal é requisito essencial na aplicação da sanção correspondente ao ilícito praticado, garantidos, em especial, os princípios norteadores do procedimento judicial instrutório.

De acordo com o *quantum* de pena aplicada, a penalidade poderá alcançar diversos níveis de punição, estes, por sua vez, encontram respaldo no artigo 5º, inciso XLVI, da Carta Democrática de 1988⁷⁷. De início, e como maior delas, se apresenta a *Privação de liberdade*, que consiste na pena de reclusão ou detenção, através da segregação do delinquente do meio social.

O caminho punitivo, de forma mais branda, modifica o tipo de segregação, para se adentrar na *restrição de direitos*, que se caracteriza como uma medida substitutiva das penas privativas de liberdade em face da possibilidade e potenciais aptidões de reintegração do apenado, sem, contudo, retirá-lo do convívio da sociedade. Esta restrição, na verdade, é a forma de substituir uma pena deambulatoria por uma restritiva de direitos, possibilitando assim ao apenado uma maior condição de permanência no convívio social, uma vez que o alvo da sanção não é a liberdade, mas tão-somente o “direito”.

As penas restritivas de direitos significaram uma revolução nos meios de aplicar a sanção penal, e, como frisou Cezar Roberto Bitencourt, surgiu “como uma necessidade inadiável e teve seu início com a luta de Von Liszt contra as penas curtas privativas de liberdade e a proposta de substituição por recursos mais adequados”⁷⁸

Dentre as restrições provocadas por esta espécie de pena, se encontra a *perda de bens ou valores*, que a exemplo da terceira espécie de pena, ou seja, a *multa*, será revertida em favor do Estado, na exegese de que a punição financeira iniba a continuidade delitiva, pois a depreciação patrimonial, bem como a aplicação de multa servirá como forma de tolher a reincidência.

Não sendo aplicada de forma substitutiva, a Carta Constitucional prevê, ainda, a aplicação direta da *prestação social alternativa*, no qual o apenado servirá gratuitamente à sociedade, executando tarefas de sua capacidade, ou de outras que possa, porventura, realizar, afastando-o, por conseguinte, da delinquência.

Por último, a *suspensão ou interdição de direitos*, cujo fundamento consiste na restrição de certas atividades que afetem o cotidiano do apenado, de maneira a direcionar uma infração à restrição cabível, e, desta forma, servir como *modus puniendi*.

77 CF: Art. 5º. (...) XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e e) suspensão ou interdição de direitos; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26.06.2011.

78 BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 549.

Percebe-se que a Constituição Federal, com seu viés humanizador, estabelece alternativas para a aplicação da sanção, permitindo que o aplicador da pena tenha ferramentas para enquadrar, proporcionalmente, a reprimenda ao *quantum* lesivo praticado pelo criminoso.

Embora se perceba uma construção normativa capaz de permitir um efeito proporcional entre o dano e seu castigo, impera, hodiernamente, a prisão como primeira opção na aplicação da pena, quando, na verdade, deveria ser a última, diante da necessidade de se proteger o cidadão da violência penal do Estado.

Veja que o debate atual está sediado nas penas privativas de liberdade, embora as demais tenham importância no que tange aos objetivos do direito punitivo, em evitar novos delitos e retribuir o mal causado. Ela, pena segregatória por natureza, enfrenta inúmeras críticas, muito por conta do insucesso dos propósitos ressocializadores, mas, principalmente, porque os abandonou ao longo de sua existência, e por conta disso passou a afrontar os direitos daqueles que o cárcere já havia aviltado.

Mesmo assim, ainda se busca a correção dessa espécie de pena deambulatória, com base nos princípios constitucionais que regem a matéria.

1.5. Reflexo do ambiente carcerário no estímulo à reincidência criminal.

O que se vê na estrutura legal que ampara a execução da pena é que há uma defasagem entre o tempo de sua legitimação e o de sua aplicação, pois o que dá sustentabilidade ao seu esqueleto pertence a um momento historicamente distinto do hodierno. Os sistemas de cumprimento da pena são antigos frente à evolução da criminalidade. O castigo de ontem não corrige o delito de hoje, como assente Ferrajoli:

A mudança das formas de criminalidade, que se manifesta no desenvolvimento do crime organizado e, por outro lado, de uma microdelinquência difusa, ambos ligados ao mercado da droga; a diminuição, não obstante, dos delitos de sangue e o incremento sobretudo dos delitos contra o patrimônio; o progressivo desenvolvimento da civilidade, enfim, que faz intoleráveis ou menos toleráveis que no passado, para a consciência jurídica dominante, não somente as penas ferozes, senão, também, as penas privativas de liberdade demasiado extensas, começando pela prisão perpétua⁷⁹.

Na incansável busca pela diminuição da criminalidade, merecem considerações as micro e macro dimensões do crime, dentro de um efeito globalizado, uma vez que sempre dificultam os modelos programados para essa redução. As relações sociais provocam uma modificação na inter-relação entre os indivíduos de maneira a criar mais situações de

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 377/378.

conflitos. Como este entrelaçamento se observa tanto dentro das relações domésticas, quanto nas relações internacionais, é forçoso constatar que as penas, bem como suas espécies de punições, reclamam, sempre, adequações e melhoramentos.

E por isso, quando se observa unicamente o cárcere como modelo punitivo, a sua eficácia decresce, por não possuir outra alternativa para essa espécie de pena. A errônea forma de manusear o sistema progressivo tem criado consequências reais e jurídicas, principalmente quando a dignidade do preso é ferida.

O descaso com a tutela do direito à personalidade do detento, especialmente com relação à integridade física e psicológica, reflete em vários segmentos sociais, pois são tidos como atos negativos no tocante à recuperação e até para a punição do apenado. As consequências geradas pelo desrespeito à dignidade do apenado podem refletir: Em reincidência, gerando aumento da criminalidade, como instrumento de repúdio ao ato praticado pelo Poder Público; Em desrespeito ético-legal, perante a sociedade; Em prejuízos financeiros ao Estado, em face da indenizabilidade dos danos causados aos condenados que cumprem pena sob cárcere; Na instigação social da exclusão e a brutalidade, pois é praticado em nome do Estado; Em afronta aos direitos do Estado Democrático de Direito; Como sinônimo de falência do Estado Disciplinador, gerando uma revolta social em razão da insegurança pública⁸⁰.

Prudente, então, sopesar a reclamada interferência dos direitos humanos na condução da pena carcerária. Parece-se incontroverso que não faz parte da punição a perda da dignidade humana, nem a forçosa incapacitação profissional. Todo um contexto de violência do Estado no ambiente carcerário anuncia o seu conseqüente desfecho, que se materializa na criminalidade de rua, muito por força da insegurança pública que produz.

Com isso, a renovação de uma conduta criminoso cria interligações diretas com o ambiente carcerário, provocando um considerável percentual de reincidência criminal, que será alvo de melhor debate no capítulo II deste trabalho.

Esta “humanização”, tão eloquente nos discursos hodiernos, quando levada em consideração no aspecto da sociabilidade, reproduz uma situação peculiar na interação social: “Os seres humanos são pressionados a desenvolver novas estratégias para instrumentalizar o mundo a sua volta de forma utilitarista. Todos simplesmente aceitar-se-iam como seres egocêntricos e, como consequência disso, haveria uma profunda desconfiança generalizada⁸¹”.

Com isso, percebe-se que a finalidade da pena tem sido, unicamente, a de trancar infratores e afastá-los da sociedade.

A separação espacial que produz um confinamento forçado tem sido ao longo dos séculos uma forma quase visceral e instintiva de reagir a toda diferença e

80 KLOCH, Henrique. O sistema prisional e os direitos da personalidade do apenado com fins de res(socialização). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 104.

81 GAUER, Ruth M. Chittó. Memória, punição e justiça: uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 92/93.

particularmente à diferença que não podia ser acomodada nem se desejava acomodar na rede habitual das relações sociais⁸².

Isso promove uma discussão sobre o efeito da exclusão social dos indivíduos que não se amoldam ao modelo estabelecido por um conceito de sociedade, e repercute não apenas no controle de massa populacional, mas, principalmente, nas relações profissionais, de capacitação e concorrência, além de estimular a reação destes ditos excluídos. Este aspecto será enfrentado nos capítulos seguintes.

O confinamento, portanto, representa o principal entrave na perspectiva de encontrar o meio de novamente adequar a conduta social do ex-presos aos requisitos estabelecidos pela sociedade extramuros. Essa constatação foi anunciada por Thomas Mathiesen:

Em toda a história a prisão jamais reabilitou pessoas na prática, jamais possibilitou sua “reintegração”. O que fizeram, ao contrário, foi “prisonizar” (*prisonize*) os internos (termo de Donald Clemer), isto é, encorajá-los a absorver e adotar hábitos e costumes típicos do ambiente penitenciário e apenas desse ambiente, portanto marcadamente distintos dos padrões comportamentais promovidos pelas normas culturais que governam o mundo fora dos seus muros; a “prisonização” é exatamente o obstáculo no “caminho de volta à integração”⁸³.

Hipótese de suma importância, visto que demanda o reconhecimento da função segregadora da prisão, bem delimitada e executada ao longo de sua existência, e, igualmente, afirma que o outro lado desta moeda, ou seja, a ressocialização, de maneira inversamente proporcional, é deixada de lado. Fecham-se, na prisão, todos os destinos daqueles que são obrigados a viver no ambiente carcerário.

Nesse sentido, parece que os objetivos da pena não devem ser interpretados como uma extrema clausura, pois o exemplo hodierno nos remete a sapiência de que o confinamento somente provoca o nascimento de um novo meio social, bem mais adequado aos criminosos, e que somente eles conseguem sobreviver, e mais ainda, proliferar indivíduos que não se encaixam com a sociedade extramuros.

No entanto, Roxin aponta que “aquele que profetiza um longo futuro para o direito penal terá que admitir que a justiça criminal é um mal talvez necessário, e, por isso, se deva promover, mas que continua sendo um mal⁸⁴”. Subsiste, portanto, uma necessidade de se superar o obstáculo da prisionalização e perseguir os propósitos de diminuir os seus efeitos, com objetivo de minimizar a problemática carcerária.

82 BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 114.

83 BAUMAN, Zygmunt. Op. Cit. p. 119.

84 ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 570.

Certamente o Estado pode privá-lo de sua cidadania, porém isso não implica que esteja autorizado a privá-lo da condição de pessoa, ou seja, de sua qualidade de portador de todos os direitos que assistem a um ser humano pelo simples fato de sê-lo⁸⁵.

Combater esse aspecto maléfico da pena privativa de liberdade, e dar uma conotação que não signifique, apenas, uma reiteração de violências, presando pela manutenção da dignidade do apenado, ao tempo em que se devolve, gradativamente, o seu profissionalismo, significa utilizar o mesmo instituto – a prisão – de maneira diferente, propensa a alterar seu conceito.

Nessa vertente, acreditar na possibilidade de se modificar a estrutura de prisionalização, capaz de permitir que a integração do ex-presidiário no ambiente social, com base na propensão do ser humano em recuperar a dignidade perdida pelo aprisionamento, demanda perseverança, pois “não existe um homem mau que não se possa tornar bom para alguma coisa⁸⁶”.

Ambição relativamente difícil de alcançar, muito em virtude das grandes barreiras que existem para se atingir essa finalidade. Não apenas a falta de políticas públicas nesse sentido, mas, em especial, a interligação que existe entre o ambiente penitenciário e a criminalidade de rua, motivos do número excessivo de reincidência criminal.

Como a pena privativa de liberdade destitui o indivíduo de suas qualidades, exceto aquelas que o levaram ao cárcere; promove sua separação do convívio social e familiar, ambiente que até então o infrator conhecia e nele se situava; retira a possibilidade de manter ou iniciar uma atividade laborativa; o que resta no indivíduo é a necessidade de sobreviver no novo e hostil meio social intramuros, o que demanda uma intensa presença do Estado e dos órgãos terceirizados no seu processo de ressocialização.

Uma vez desprovido dos elementos que o movimentava antes de experimentar o encarceramento, e já integralmente aderido à sociedade prisional, quando em liberdade, o egresso enfrentará uma situação até então atípica: no lado de fora, não haverá qualquer ação voltada a inserí-lo novamente no ambiente extramuros, e somente lhe restará a procura do ambiente que, naquele ato, reconhece, ou seja, a criminalidade.

Efeito que proporcionará, na maioria dos casos, um novo encarceramento, em face de haver reincidido em atitudes ilícitas. Essa reincidência, não provoca a mesma reação do primeiro encarceramento, uma vez que o ambiente social que conhece, e nele convive, é idêntico: no antigo cárcere, na rua, e no novo cárcere.

85 ZAFFARONI, Eugênio Raul. O inimigo no direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 19.

86 ROSSEAU, Jean-Jacques *apud* ZAFFARONI, Eugênio Raul. Op. Cit. p. 122.

Para tanto, e como fundamento desse trabalho, parte-se do princípio de que evitar o regresso do ex-presos ao sistema carcerário é o primeiro passo no sentido das possibilidades de diminuição da criminalidade, sempre com base na manutenção da dignidade humana e fomentando a quebra das barreiras criadas pela prisão.

Nesse propósito, a reincidência criminal apresenta-se com viés primitivo, atuante na interferência direta em desfavor desse caminho integrativo, e que precisa ser analisada com base na predisposição do egresso em reincidir na prática delitiva.

1.6. Considerações.

Para que se firmassem as bases com as quais se fundamentam a presente discussão, partiu-se das idéias de Beccaria, até que se construísse a problemática da pena carcerária com relação aos índices de reincidência. De início, buscou-se demonstrar que a pena privativa de liberdade – espécie em estudo, pois as demais não têm caráter segregador -, apesar de ter se tornado um modelo desumano de punição, com relação aos crimes que atingem bens jurídicos de maior tutela - a exemplo dos crimes contra a vida e contra o patrimônio -, ela ainda persiste no sistema penal, e, nos moldes que é aplicada, acarretando normas previstas no ordenamento jurídico punitivo não são cumpridas, termina por deslegitimar o não cumprimento do ordenamento jurídico.

Essa insistência tem vencido grandes barreiras, tais como a criminologia crítica, e os movimentos abolicionistas e minimalistas, cuja vertente era reconhecer essa deslegitimação, aferindo que os conflitos, que são naturalmente oriundos das relações sociais haveriam por ser resolvidos através de outros ramos do direito, principalmente quando a pena carcerária já anunciava seu fracasso no propósito ressocializador, servindo, unicamente, como forma de exclusão dos indivíduos indesejáveis.

No todo, serviu-se de uma das modalidades desses movimentos para, justamente, manter a interpretação de que a pena carcerária poderia ter sua aplicabilidade melhorada. Através do modelo do minimalismo de Ferrajoli, que possibilita relegitimar o sistema penal, sediar-se-ia a presente proposta na menor intervenção do sistema penal para determinados conflitos de menor potencialidade, e, para outros de maior potencial ofensivo, se aplicaria a pena privativa de liberdade, dentro dos princípios garantistas, aderidos aos modelos humanizadores na execução da reprimenda.

Justifica-se a adesão a esse modelo garantista, na condição de que sua filosofia se direcione à reconstrução da dignidade do apenado - fato somente possível quando os direitos

não tolhidos pelo encarceramento são mantidos intocáveis durante a execução da pena -, uma vez que a base que sustenta essa hipótese é a possibilidade de reconhecer a legitimidade do sistema penal como meio de resolução dos conflitos de maior relevância.

Ao longo de todo capítulo, foram questionados os princípios que embasam o sistema punitivo, em especial aqueles que exigem proporcionalidade entre a violência do crime e a violência da pena – assegurando-se que a prisão não tem caráter ressocializador e, por isso, afeta o indivíduo além do necessário -, não apenas no sentido de um equilíbrio entre dano e punição, mas sim na aplicabilidade de uma pena diferenciada, capaz de construir uma dignidade inexistente ou de reconstruir a que foi perdida.

De fato, executar essa proporcionalidade é um dos desafios que atinge esse modelo punitivo, posto que os momentos de aplicabilidade das citadas violências são distintos, e, portanto, ao longo da privação da liberdade, o indivíduo termina por suportar a extensividade da sanção penal com referência às penas principais e subsidiárias. Em especial, no que tange ao meio utilizado nesta prática, que é o ambiente carcerário, por ser este desprovido de garantias.

Em outras palavras, na data do fato delituoso, a ótica que o cerca enseja a punição máxima, em virtude de se sentir mais latente o desfecho e a repercussão dos atos que gerou a violência do crime. No entanto, passados alguns meses, o evento delituoso vai sendo apagado da mente dos observadores da sanção penal, ao tempo em que, diariamente, cresce a ótica de que a pena de prisão renova uma violência do Estado, além de atingir indivíduos que não cometeram delitos – filhos, esposa, netos, que deixam de contar com a presença e auxílio do indivíduo infrator -. É essa dicotomia que dificulta a aplicação proporcional entre dano e punição.

Assim, o trabalho expõe as espécies de pena, mas delimitou-se na pena de prisão – de características segregadoras -, para seguir o objetivo reconstutivo, expondo os seus efeitos e as repercussões no índice de reincidência. Aferiu-se que a execução da pena carcerária termina por dessocializar o apenado, emergindo uma nova maneira de sobrevivência, que era a adaptação ao ambiente carcerário. Ante essa situação, torna-se previsível que na sua saída, o egresso procure o ambiente que, naquele momento, conhece, ou seja, a sociedade intramuros.

A exemplo do efeito dessocializador que lhe foi imposto no início do cumprimento da pena privativa de liberdade, novamente em contato com a sociedade, haveria por sentir uma espécie de “efeito dessocializador reverso” ou “efeito de dessocialização da sociedade carcerária”, que se materializaria na inclusão social.

Ocorre que não havendo essa nova modalidade de dessocialização, o egresso continua na criminalidade, e o seu retorno ao cárcere torna-se imanente, contribuindo, assim, para o sempre crescente número das estatísticas de reincidência criminal.

Como um dos pontos que se sustenta este trabalho consiste na necessidade de se evitar esse fenômeno – reincidência criminal -, bem como reconhecer que a sua natureza está atrelada a um gênero específico de crime, ou seja, o crime patrimonial, fazer uma análise sobre os motivos e circunstâncias que tornam sempre frequentes a renovação de ações delitivas, tornaria possível estabelecer critérios para sua redução, e, por conseguinte, permitir a implementação de políticas públicas de inclusão social dos egressos do sistema penitenciário. É o que se verá a seguir.

CAPÍTULO II – REINCIDÊNCIA CRIMINAL: AS DIFICULDADES NO PROCESSO DE INCLUSÃO SOCIAL.

Quando se fala em reincidência criminal, notadamente com base na população carcerária, motivo de tanta repulsa social, o tema logo induz o pensamento às seguintes alternativas: a impunidade, a necessidade de aprisionamento em massa, o castigo aos que renovam as práticas criminosas, a propensão legislativa para encrudecimento das penas carcerárias, a redução da progressividade no cumprimento da pena, e outras implicações que o tema suscita.

Apesar do caráter polêmico deste assunto, enfrentá-lo à luz de uma política criminal produz uma discussão que almeja identificar o núcleo estruturante do combate à criminalidade. Pensar, apenas, no aspecto individual do delinquente, e se este “resolve” cometer novos delitos, é afastar-se deste núcleo, a saber: o comportamento social contemporâneo e globalizado no qual a problemática da criminalidade deve ser examinada e suas alternativas de solução científica submetidas ao teste de experiência, que, no entanto, haverá por sugerir uma ação pontificada, dentro do conjunto de fatores que a compõe.

Utilizando-se de dados estatísticos, vislumbra-se que a problemática da reincidência criminal deve ser examinada à luz dos critérios a desvelar a natureza desse fenômeno. Parte-se, assim, do princípio de que a conduta do infrator, quando comete o primeiro delito é um tanto diferente daquela em que ele reincide. Essas mesmas se propoem, estatisticamente, a elucidar o impacto das variáveis sociais e econômicas na vida do apenado.

Pretende-se demonstrar, também, que essa mudança na natureza do indivíduo é devida, primordialmente, aos reflexos desse tempo de privação da liberdade, e, desta forma, a atratividade dos crimes patrimoniais, ou a estes equiparados, indica a existência de uma maior adesão do egresso do sistema penitenciário a cometer novos delitos, desta vez, com viés patrimonial.

Deste modo, enveredando pela proposta de inclusão social do ex-presidiário, nasce a consciência de que “para punir um homem retributivamente é preciso injuriá-lo. Para reformá-lo é preciso melhorá-lo. E os homens não são melhoráveis através de injúrias⁸⁷”.

87 BERNARD, Shaw apud Thompson, Augusto. Quem são os criminosos. O crime e o criminoso: entes políticos. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007, Pag. 98.

2.1. A reincidência criminal.

A reincidência, como opção de política criminal, apesar de discutida a décadas, suscita uma especial interpretação, para fins de enquadrar as análises e propostas desenvolvidas ao longo deste trabalho. Certamente que o palpitante tema conduziu a discussão dos estudiosos do direito penal até os dias atuais, como arcabouço de um debate entre a observância ao estado democrático de direito e a aplicabilidade da reincidência penal, quando se justifica a existência do instituto numa incriminação penal ao sujeito e não ao próprio fato.

O fato é que o instituto da reincidência encontra-se presente, indistintamente, tanto nas legislações penais mais antigas como nas contemporâneas; tanto no direito penal pré-liberal, como no direito penal liberal; no direito penal de Estados autocráticos, assim como no de Estados democráticos, refletindo o sentimento aparentemente dominante na opinião pública de que o autor de um crime que persevera na prática delituosa *merece* sofrer um castigo mais rigoroso que possa mantê-lo afastado do convívio social ao máximo, opinião compartilhada, em última análise, por parte significativa da doutrina penal e pelos tribunais brasileiros⁸⁸.

Pelo fato de se constatar a existência das ações reincidentes ao longo da história, quando se refere a renovação das práticas criminosas, termina-se por tornar esse ato como merecedor de uma repulsa social mais grave. Em particular, acredita-se que o sentimento haveria por ser inverso. As causas dessa reincidência demandam entendimentos destoante da simples “persistência” na conduta, posto que é a partir da segunda prática criminosa que a interferência do encarceramento se torna mais visível.

Os artigos 63⁸⁹ e 64⁹⁰ do diploma penal pátrio anunciam o instituto da reincidência que, em síntese, e no vernáculo nacional, significa a “repetição de um ato”. Para o direito penal, essa repetição gera repercussões, para as quais se atribue um agravamento da pena na segunda infração. Contudo, a legislação penal deixou fendas pelas quais se escorrem diversas interpretações acerca da natureza da reincidência.

Abrangentemente, o artigo 63 do Código Penal (CP) consagra a chamada *reincidência genérica*, pois não obriga o reconhecimento do instituto para crimes de mesma espécie ou gênero, apenas aludindo que se trata de cometimento de um crime, após ter sido praticado outro. Aparentemente, a reforma do CP de 1984 retirou a chamada *reincidência*

88 FREITAS, Ricardo. Reincidência e repressão penal. Revista brasileira de ciências criminais. N 81. Ed. RT: São Paulo, 2009. Pag. 94.

89 Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Código Penal http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em 13.09.2011.

90 Art. 64 - Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos. Código Penal http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em 13.09.2011.

específica, que se tratava da repetição de um mesmo crime, ainda que fosse, ao menos, da mesma categoria. O mesmo dispositivo também versa sobre a *reincidência ficta*, uma vez que se exige, para a configuração da reincidência, que haja trânsito em julgado do crime anterior, sem que lhe seja necessária a plena execução da sanção imposta. Por isso é *fictícia* a renovação de uma conduta delituosa sem que haja trânsito em julgado do primeiro delito. Em contrapartida a essa espécie, encontra-se a *reincidência real*, que consiste no reconhecimento do instituto apenas quando o infrator, realmente, experimentou a pena, na dicção de que a prevenção especial não surtiria efeitos sem que o infrator experimentasse a repercussão de seus atos.

As disposições trazidas pelo artigo 64 do CP, por sua vez, apontam à inexistência de *reincidência perpétua*, visto que estabelece um lapso temporal de 05 anos, como sendo o limite entre o cumprimento efetivo da pena e a data da nova conduta ilícita, para que se possa aplicar o instituto.

Tais conceitos fertilizam a discussão sobre a natureza deste instituto punitivo, que na dogmática penal, serve para estabelecer um agravamento da pena ao segundo delito, a exemplo da previsão do artigo 61, I, do CP⁹¹, bem como dificultar ou impedir alguns benefícios, trazendo, inclusive, prejuízos sob uma ótica despenalizadora, passível, também, de interferir na política criminal, como é o caso do impedimento de substituir a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, quando se trata de *reincidência específica*, conforme previsão do inciso II⁹², e § 3º⁹³, ambos do artigo 44 do Código Penal, entre outras incursões sobre os benefícios na execução penal.

Zaffaroni, enfrentando os diversos esforços para justificar a natureza do agravamento da pena pelo instituto, alude que “na realidade, a reincidência decorre de um interesse estatal de classificar as pessoas em “disciplinadas” e “indisciplinadas”, e é óbvio que não ser esta função do direito penal garantidor⁹⁴”.

Seja justificando o agravamento da sanção posterior em face da anterior, como maneira de atribuir um título de periculosidade ao agente que reincide; ou que se imponha tal medida como castigo pelo fato do autor do delito não ter sido desmotivado em renovar atitudes criminosas; avaliando, sob o manto da reincidência, que a reiteração da conduta ilícita

91 Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência. Código Penal http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em 13.09.2011.

92 Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: II - o réu não for reincidente em crime doloso. Código Penal http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em 13.09.2011.

93 Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: § 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. Código Penal http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em 13.09.2011.

94 ZAFFARONI, Eugênio Raul. Op. Cit. 2011, pag. 719.

significa uma vitimação do Estado, quando da segunda infração, pelo fato de denegrir a sua imagem de garantidor da segurança pública; ou ainda que a culpabilidade do sujeito da ação tenha se demonstrado psicologicamente mais forte na segunda infração, o fato é que para cada tentativa de “justificar” o instituto, nascem inúmeros inconvenientes em se manter a ampliação da pena no segundo crime, com sustentáculo na reiteração da prática delituosa. E para tanto, emergem-se as posições em contrario, e, dentre as mais modernas, considera-se como *non bis in idem*, o fato de justificar um pedaço da pena seguinte, com fundamento no fato anterior.

Em que pese às significantes justificativas para o debate sobre a natureza do instituto da reincidência, precisa-se, no momento, elucidar o seu conceito, de forma que sirva de parâmetro para as considerações da reincidência sob a visão da política criminal. E nesse aspecto, prefere-se utilizar uma extensão do significado da palavra, considerando que “reincidente, em sentido amplo ou vulgar, é todo aquele que, tendo cometido uma infração penal, pratica outro crime⁹⁵”.

Importam, então, as considerações sobre os reflexos da segunda infração na interpretação da reincidência, com vistas a se discutir os objetivos da prevenção especial positiva (reintegração do condenado) e não mais na inteligência da prevenção especial negativa (neutralização e intimidação do criminoso)⁹⁶.

O fato é que, ao deixar o cárcere, o apenado se encontra em regra em pior situação do que encontrou do ponto de vista da reintegração social. Ele tem dificuldade em encontrar trabalho, o que acontece até mesmo nos países centrais que contam com serviços sociais especializados para auxiliar o egresso no processo de readaptação. Sendo assim, o próprio sistema prisional favorece a reincidência. Acerca dos efeitos produzidos pelo aprisionamento sobre o apenado, registra a sociologia criminal francesa que, para o egresso, destituído da possibilidade concreta de conseguir emprego, premido pela falta de recursos de toda ordem, o crime torna-se uma vez mais atraente, em que pese serem grandes os riscos de novo encarceramento⁹⁷.

A visão que emerge do encarceramento, por assim dizer, é a de impulsionar a reincidência. Muito pelo efeito atrativo do próprio instinto de sobrevivência de todo ser humano. Quando o egresso se vê em liberdade, surge a necessidade de sobrevivência. Daí se percebe que os meios para alcançá-la é inexistente no âmbito do trabalho lícito, e é farto no âmbito do crime. O risco do encarceramento, diante da dessociabilidade provocada pela prisão, chega a ser mera consequência do ato, principalmente quando no seu retorno ao cárcere, o egresso já está ambientado com o meio social intramuros. As ações sucessivas de

95 FREITAS, Ricardo. Op. Cit. Pag. 95.

96 FREITAS, Ricardo. Op. Cit. Pag. 117.

97 Combessie, Philippe *apud* FREITAS, Ricardo. Op. Cit. Pag. 94.

reincidência só reforçam essa ambientação, cujo reflexo é, cada vez mais, um menor temor do encarceramento.

Há de serem observadas, também, as preocupações de Alvin August de Sá, quando se refere às necessidades dos presos de recuperar o tempo perdido, principalmente os mais jovens, em face do tempo em que estiveram presos:

Quanto maiores as exigências, quanto mais alto o nível de aspiração, quanto mais forte a pressão de recuperação do “tempo perdido”, e na medida mesmo de sua incompatibilidade com as condições e oportunidades reais, mas fortes se supõem ser os impulsos de inveja, voracidades ou arrogância, em prejuízo da tolerância à frustração⁹⁸.

É notório que a perda de um tempo no cárcere é visto pelo apenado como um atraso na construção de sua estabilidade social e financeira. No que concerne ao social, a migração para o sociedade formada pelo crime se aparenta imperiosa, uma vez que é nela que esse “tempo perdido” parece encurtar, diante da sedução de crescimento financeiro mais rápido.

É por isso que a reiteração de condutas delituosas tem muito mais relevância sob o enfoque da política criminal, do que, especificamente, da dogmática penal, uma vez que o freio da criminalidade aparenta não ser residente no agravamento das penas aplicadas às sucessivas práticas infracionais. Bem ao contrário, quanto mais intensa é a reprimenda, maiores obstáculos surgem com propósitos dessocializadores, a exemplo do tempo ocioso de encarceramento.

E se, para dogmática penal, a configuração completa da reincidência reclama a presença de dois requisitos, sendo o primeiro a existência de crime anterior com sentença transitada em julgado, e o segundo a prática de um novo delito⁹⁹, para a política criminal, importa o segundo requisito, atrelado às demais análises sociológicas e criminológicas.

2.1.1. O reflexo da reincidência e o princípio da presunção de inocência.

A sociedade vive em completa configuração do “Estado Civil”, garantindo aos cidadãos o exercício de seus direitos e deveres. Rompido, por sua vez, o “contrato social”, surge o “Estado Penal”, na modalidade especial, para tutelar a conduta do indivíduo a quem se atribui infringir a norma punitiva. Contudo, a mesma disposição legal exige, para que se atribua culpabilidade ao suposto infrator, que as instâncias judiciais, soberanas na análise da

⁹⁸ SÁ, Alvin August. Reincidência criminal sob o enfoque da psicologia clínica preventiva. São Paulo: EPU, 1987. p. 26/27.

⁹⁹ BRANDÃO, Cláudio. Op. Cit. pag. 384.

prova e do direito, possam exaurir todas as hipóteses sobre o caso submetido ao seu crivo, com vistas a garantir ao acusado a plena e irrestrita defesa, presumindo que até esse momento, ele será considerado inocente. “A culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo¹⁰⁰”.

“Eu não entendo”, escreveu HOBBS, “como se pode falar de delito sem que tenha sido pronunciada uma sentença, nem como seja possível infligir uma pena sempre sem uma sentença prévia”. E se PUNFENDORF incluiu na definição mesma de “poena” o fato de ser irrogada “post cognitionem delicti”, BECCARIA afirmou que “um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode tolher-lhe a proteção pública senão quando seja decidido que ele violou os pactos com os quais ela foi instituída¹⁰¹”.

Em que pese a clara sapiência de que se ainda pode haver análise divergente sobre um mesmo fato, é passível, então, de modificação do *decisium*, ainda se intitula de “réu” àquele que responde como autor de uma infração penal. E se é réu o primário, é reincidente o egresso, mesmo que a sua segunda imputação ainda paire sob a análise dos julgadores.

A invocação destes postulados, bem anunciados pelos supra mencionados filósofos, não é de todo exagero. É comum que se atribua a pecha de reincidente àqueles que cometeram um delito anterior, e estão, apenas, respondendo a segunda acusação. Veja que nessa situação, nenhum direito pode ser retirado, obstaculado, ou mesmo negado, sob o título de “reincidente”, uma vez que se opera o princípio Constitucional da presunção de inocência¹⁰².

Contudo, o que se constata na disposição legal é o anúncio do contrário. O artigo 313 do Código de Processo Penal (CPP)¹⁰³ é enfático quando prevê as condições para decretar preventivamente a prisão do então indiciado. Diante delas, o que se observa é que há uma análise subjetiva sobre a reinteração da conduta. Para a autoridade policial, bem como para o judiciário, basta que haja uma condenação anterior transitada em julgado para intitular a nova conduta, supostamente ilícita, como renovação da ação delituosa – ciente-se de que nem se chegou a qualquer prestação jurisdicional condenatória pela prática do segundo delito.

Mesmo assim, o indivíduo acusado pela segunda prática criminosa já recebe a “honraria” de “reincidente presumido”, e por conta disso, as suas chances de reinserção social vão completamente por “água abaixo”, diante da dessocialização que a prisão oferece, bem

100 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 506.

101 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 506.

102 Art. 5º, LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. CF: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 18.09.2011.

103 Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Código de processo penal: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 18.09.2011.

como pela inclinação da sociedade em promover a exclusão dos ex-presos, em virtude de se sentir mais temerosa ainda quando se depara com àqueles indivíduos ditos “reincidentes”.

Como se não bastasse o encarceramento preventivo intitulado o indiciado ou denunciado como reincidente, dentre as medidas cautelares estabelecidas no inciso X do artigo 319 do CPP¹⁰⁴, anunciadas como “diversas da prisão”, está a “monitoração eletrônica”, que consiste em colocar no cidadão que responde a um inquérito policial ou ação penal, uma espécie de “bracelete” ou “tornozeleira”, ligada eletronicamente ao poder judiciário, que tem a função de monitorar os movimentos daqueles que estão em liberdade, porém que podem, quando transitada em julgado à sentença que porventura lhes apliquem alguma sanção, retornar ao cárcere.

É óbvio que a monitoração eletrônica vai produzir a marca da acusação no cidadão, afastando-o completamente da interpretação social de inocente presumido, e colocando-o, desta vez presumidamente, à margem dos interesses da sociedade, operando-se, desta forma, uma “exclusão social presumida”.

Desta maneira, faz-se necessário considerar as situações de simples acusação como sustentáculo de uma interpretação sobre reincidência, quando se analisa a repercussão do cárcere no desenvolvimento de outros delitos.

Diante do aludido, para fins de expor a figura do reincidente, bem como da própria análise sobre as condições de reinteração das práticas ilícitas, utilizar-se-á o conceito vulgar de reincidência, ou seja, apenas a prática de nova infração, tomando como base a escala de criminalidade percorrida pelo agente desde o primeiro crime até o último, inclusive sob o aspecto temporal e social, pretendendo compreender as dificuldades de inclusão social.

2.2. Os crimes patrimoniais como obstáculo à reinserção social.

Na análise dos objetivos da criminalidade, dentro de uma esfera de estudo que se ancora nos dados oficiais sobre os percentuais de incidência de cada delito, estes que expõem uma maior visibilidade àqueles grupos de ações que são costumeiramente submetidos a prestação jurisdicional, os crimes patrimoniais se apresentam como os de maior prospecção, criando-se um círculo vicioso, por se tornar uma forma de sustento ilícito e meio de vida dos egressos do sistema penitenciário. Isso indica que tal fenômeno é provocado em boa parte pela ausência do Estado na legitimação e efetividade de sua ordem jurídica, particularmente

104 Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: IX - monitoração eletrônica. Código de processo penal: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 18.09.2011.

nas regiões em que se registram uma maior incidência de determinada espécie de delito. Isso reforça a convicção de que essa ausência do Estado torna-se um dos fatores principais que concorre para o crescimento dos crimes, em particular aqueles relativos à transferência patrimonial ilícita.

A realidade social de muitos dos que ingressam à criminalidade, conduz a uma compulsão praticamente sem retorno. Lutar para manter o sustento próprio e de seus familiares; anseios por uma vida mais confortável; pretensão de atingir níveis de hierarquia social mais relevante, ou mesmo de garantir uma sobrevivência menos desgastante; aliado tudo isso ao fato de que esses objetivos são concebidos condicionados a condutas ilícitas.

Há de ser considerado que o senso comum conduz a interpretação de que o crime é, de fato, um evento originado das relações sociais, e que ocorre ao longo de toda a existência da sociedade, inclusive nas mais diversas formas de experimentá-la.

Dado que tais normas e valores não são introjetadas com o mesmo grau e intensidade por todos os indivíduos, segue-se que comportamentos desviantes ou criminosos adquirem normalidade em qualquer conjunto social. A normalidade do fenômeno social crime também pode ser dada pelo fato deste último ser encontrado de forma geral em diferentes fases de evolução de qualquer sociedade. Normalidade relaciona-se, pois à generalidade do fato social para a sociedade que se investiga, não assumindo um conteúdo universal e abstrato já dado a priori¹⁰⁵.

A criminologia, baseada na interpretação de que o crime é um acontecimento inevitável, fruto da sociedade moderna, promove a necessidade de subsidiar a política criminal com ações voltadas à normalidade, ou seja, à redução das condutas criminógenas.

O crime é um acontecimento que não requer nenhuma motivação nem disposição especial, nenhuma patologia nem anormalidade e é rotina na vida econômica e social contemporânea. Contrariamente às criminologias anteriores, fundadas sobre o postulado de que o crime era um desvio de conduta normal, civilizada, e se explica em termos de patologia individual, senão de má socialização, as novas criminologias vêem o crime como prolongamento de uma interação social normal, explicável com referências aos esquemas de motivação clássicos. O crime não é mais o sinal de que algo saiu mal, que o indivíduo é subsocializado ou não está na posse de suas faculdades ou que tem defeito de caráter: o crime é, agora, um acontecimento corriqueiro. Para o indivíduo criminoso, é uma oportunidade, uma escolha de carreira, um meio de se entregar a sensações fortes ou de “se vingar”. Para a vítima ou para o público (que, desse ponto de vista, são populações que se confundem amplamente com as populações de delinquentes), o crime é um “risco” a calcular ou um “acidente” a evitar, mais que uma aberração moral a necessitar de explicações especiais¹⁰⁶.

105 RATTON, J.L.. Racionalidade, política e a normalidade do crime em emile durkheim. Disponível em: <http://www.maristaspe.com/argumentum/volume1/ratton.pdf>. p. 2. Acesso em 21.02.2012.

106 GARLAND, David. As constrações da “sociedade punitiva”: o caso britânico. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Ed. Revan: Rio de Janeiro, 2002. Pag. 74/75.

Sendo, assim, o crime um evento provocado pela própria interação social, é dela que se pode obter soluções para evitá-lo, ou no mínimo diminuí-lo. As ações públicas nesse sentido – até por força da própria constituição social -, demandam a participação dos integrantes da sociedade num processo muito mais de adequação de conduta do que de combate aos seus autores, como será destacado no IV capítulo deste trabalho.

Nesta exegese, e quase como inexigibilidade de conduta diversa, a aderência a um modelo de crime pressupõe a existência de paradigmas de condutas lícitas, que possam refletir como opção para um meio de vida. O que se percebe é que esse paradigma se distancia cada vez mais da realidade, pois a sedução do patrimônio fácil, rápido, capaz de sanar a necessidade iminente, apresentado pela criminalidade de rua é mais convincente do que a busca pela conquista laboriosa das ambições humanas.

A leitura feita por Anne-Marie Marchetti¹⁰⁷, através de pesquisa sobre o empobrecimento carcerário, com base nas desigualdades de classe nas penitenciárias francesas, reconheceu que o egresso do sistema penitenciário tem, de fato, um difícil recomeço. Com base nas entrevistas, foi possível consolidar que os problemas de desemprego e falta de condições econômicas, bem como, de manter o vínculo conjugal, impulsiona, novamente, o ex-presidiário na direção das atividades ilícitas.

Registrou-se, igualmente, que após o encarceramento, estes problemas são majorados, potencializando os seus efeitos econômicos e contribuindo para o empobrecimento social e emocional dos ex-presidiários. A repercussão recai, quase sempre, nos relacionamentos familiares, seguido pela perda dos antigos amigos e culminando com o afastamento da capacidade de adquirir um emprego.

A imagem, mesmo que preventiva, iniciada logo no instante em que o cidadão é preso por acusação de conduta delitiva – embora ainda sob o manto da inocência presumida – é de que foi quebrado o “contrato social”, colocando-o, na interpretação da escritora, à margem da “redistribuição social¹⁰⁸”, e desta forma, a situação de segregação pode levar a consequências indesejáveis, a exemplo da reincidência induzida por dificuldades de sobrevivência:

Estes exemplos bastarão para ilustrar os efeitos econômicos e simbólicos colaterais do encarceramento, a submissão a uma lógica carcerária que apaga outras identidades do recluso (como inquilino, estudante, arrimo, etc.) e dificulta a

107 MARCHETTI, Anne-Marie. Empobrecimento carcerário: desigualdade de classe na penitenciária francesa. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Ed. Revan: Rio de Janeiro, 2004. Pag. 43/44.

108 MARCHETTI, Anne-Marie. Op. Cit. p. 43/44

sobrevivência da família durante o encarceramento e do ex-condenado após a soltura¹⁰⁹.

Sem identidade, e vendo os que o cercam sentir os efeitos do seu encarceramento, novos obstáculos são criados ao egresso, afastando-o da licitude, normalmente resultando no abandono do tutor estatal, além de incapacitá-lo a gerir sua vida pessoal. Aqueles que enfrentam um período no cárcere constatarem que os maiores reflexos da pena privativa de liberdade são os produzidos pela segregação. A distância da sociedade, por força da punição de um crime, impõe um abismo ao retorno do egresso do sistema penitenciário, inviabilizando-o a retomar a vida pelas condutas lícitas.

Sem condições de sustento próprio; experimentando a discriminação da sociedade, e por muitas vezes da família e amigos; atrelado ao descrédito do Estado e do setor privado na sua capacidade laborativa; torna-se, portanto, impotente para retomar, pelas suas próprias forças, à cidadania; conseqüentemente o retorno ao crime chega a ser imperativo, ampliando, por conseguinte, os índices de reincidência. E nesse ponto, David Garland assevera que “a ação sobre o crime deveria deixar de ser contra as pessoas desviantes e voltar-se para guiar os hábitos sociais e econômicos¹¹⁰”.

A discussão, assim, se materializa em torno do aspecto patrimonial, uma vez que a reincidência se apresenta como fenômeno natural, diante da certeza de que será a primeira – para não dizer a única – opção a ser perseguida, como corolário da presença desse abismo entre os ditos desviantes e os ditos como não desviantes, que prejudica os projetos e propostas ressocializadoras.

2.3. Interligação do objetivo patrimonial nos crimes de maior potencial ofensivo.

Para uma melhor compreensão do foco deste trabalho, cumpre pontificar a natureza dos níveis de ofensividade, dentro do aspecto legal, bem como suas repercussões sociais, com vistas a separar a problemática aqui enfrentada, e melhor identificar as propostas e conceitos erguidos durante a pesquisa.

109 MARCHETTI, Anne-Marie. Op. Cit. p. 43/44

110 GARLAND, David. Op. Cit. Pag. 77.

2.3.1. Conceito de crimes de maior potencial ofensivo.

Mesmo dicotômico, para se chegar a uma interpretação sobre o conceito de crime de maior potencial ofensivo, há de serem discutidas todas as hipóteses que conceituam os crimes de menor potencial ofensivo. Assim sendo, estabelece-se uma separação coerente que navega sob as interpretações acerca da lesividade ou ofensividade do bem jurídico sob tutela, diante das normas de direito penal que regem a matéria. Por certo que “o princípio da ofensividade repousa na consideração do delito como um ato desvalorado, isto é, contrário à norma de valoração¹¹¹”.

Partindo-se do pressuposto de que a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, é correto afirmar que todo delito deve comportar a lesão ou colocação a perigo de um bem jurídico, exigindo, conseqüentemente, no momento de aplicação da lei penal que o comportamento concreto que será julgado tenha lesionado ou colocado em perigo o bem jurídico¹¹².

Claro, portanto, que havendo lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, conclamar-se-á o direito penal para se insurgir contra o desvio de conduta. Contudo, a norma penal distingue os níveis de lesões ao bem jurídico, estes que, por muitas vezes, estão diretamente atrelados à pena. “A maior ou menor gravidade da lesão do bem jurídico, ou a maior ou menor periculosidade de seu ataque influenciam, decisivamente, na gravidade do fato¹¹³”.

E na ótica de que maior ou menor potencial lesivo caminha para a íntima ligação com a execução da pena, percebe-se que o abismo entre a convivência social no decorrer do cumprimento da pena e a segregação está fulcrado no conceito de potencial lesivo.

Para tanto, a palavra potencial ofensivo foi utilizada para definir os crimes que estariam sob a égide da Lei 9.099/95, particularmente no artigo 61, quando conceitua que “consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa¹¹⁴”.

Sob o aspecto da lesão ao bem jurídico tutelado, àqueles delitos que não cominem pena em abstrato superior a dois anos, por ser, para a lei penal, de menor gravidade, merecem um tratamento diferenciado na execução da sanção penal. E desta forma, após o trânsito em julgado, e não sendo o caso de descumprimento da sanção imposta, nos crimes abrangidos pela Lei 9.099/95, não subsiste pena de privação de liberdade, mas, tão-somente, restritiva de

111 CALLEGARI, André Luís. Sistema penal e política criminal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 129.

112 CALLEGARI, André Luís. Op. Cit. p. 128.

113 CALLEGARI, André Luís. Op. Cit. p. 130.

114 Lei 9.099/95: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em 13.09.2011.

direitos e multa, e são de competência exclusiva dos Juizados Especiais Criminais - JECRIM.

Já nos procedimentos preliminares realizados no JECRIM, sendo a ação penal privada ou pública condicionada, as partes podem conciliar¹¹⁵, e se isto não ocorrer, o Estado, através do Ministério Público, pode compor com o autor do fato e substituir a ação penal por um compromisso de cumprir determinada restrição de direitos, intitulada “transação penal¹¹⁶”. Ambas as hipóteses resultam no encerramento do procedimento preliminar, e, por sua vez, não iniciam a *persecutio criminis*, nos termos no art. 62¹¹⁷ da lei dos crimes de menor potencial ofensivo.

E na abrangência dessa lei de pequenos crimes, o artigo 89¹¹⁸ ainda nos trás outra incidência que resulta numa menor repulsa social aos crimes atingidos por este instituto. Trata-se da suspensão condicional do processo, também chamado de SURSIS processual. A exegese é a mesma do seu paradigma, estabelecido no artigo 77 do Código Penal, que trata da suspensão condicional da pena, isto é, SURSIS Penal¹¹⁹. Em apertada síntese, se o delito prevê pena mínima não superior a um ano, o processo poderá ficar suspenso e o Estado perde o direito de produzir a prova, que, por conseguinte, termina por não declarar culpado o então denunciado. Já se houver processo penal, com consequente condenação, violenta ou não a conduta, se a pena não exceder o teto de dois anos, igualmente poderá não ser aplicada a pena privativa de liberdade. Nos dois casos, a condição peculiar é a conversão da conduta ou da sanção para a modalidade de restrição de direitos.

Por fim, no artigo 44¹²⁰ do CP, se disciplina a conversão das penas privativas de liberdade que não excedem quatro anos, e que a conduta durante o *inter criminis* não tenha

115 Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. Lei 9.099/95: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em 13.09.2011.

116 Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. Lei 9.099/95: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em 13.09.2011.

117 Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. Lei 9.099/95: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em 13.09.2011.

118 Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). Lei 9.099/95: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em 13.09.2011.

119 Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. Código Penal http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em 13.09.2011.

120 Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II - o réu não for reincidente em crime doloso; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. Código Penal http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em 13.09.2011.

sido cometida com violência ou grave ameaça. Nestes casos, afastando-se a hipótese de reincidência, não haverá a aplicação de penas carcerárias.

Todas essas situações trazem a natureza de menor potencial ofensivo para o nível de bem jurídico protegido diretamente ligado ao *quatum* da pena aplicada. No entanto, outros fatores com relação às espécies de execução também influenciam na construção do conceito de maior potencial ofensivo.

O dispositivo esculpido no artigo 33 do CP¹²¹ disciplina a execução dos regimes de cumprimento da pena, separados pelo tempo de custódia aplicado na sentença condenatória. Até quatro anos de pena, o regime preferencial é o aberto, e estipula que o apenado permanecerá em casa de albergados, sob regime de confiança e disciplina, nos períodos noturnos e nos dias não úteis.

Estando a pena entre quatro e não excedendo oito anos de pena, o regime de cumprimento de pena é o semiaberto, que prevê a saída diurna para o trabalho, com reclusões no período noturno e nos dias não úteis. Excedendo oito anos de pena aplicada, o regime será o fechado e, neste ponto, a pena privativa de liberdade, com *status* segregatório, é plenamente executada.

Pairam, ainda, sob essa análise, as disposições da lei 8.072/90¹²², que disciplina a interpretação sobre as condutas tipificadas como “hediondas”, na esteira regulamentadora do artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal¹²³. No seu primeiro artigo¹²⁴, a lei regula os crimes que são abrangidos pelo *status* da hediondez, que significa uma ação sórdida, repugnante, suficiente, então, para o direito penal atribuir-lhe a pecha de crime diferenciado.

O texto legal pecou, antes de mais nada, por sua indefinição a respeito da locução “crime hediondo”, contida na regra constitucional. Em vez de fornecer uma noção, tanto quanto explícita, do que entendia ser a hediondez do crime – o projeto de lei enviado ao Congresso Nacional sugeria uma definição a esse respeito –, o legislador preferiu adotar um sistema bem mais simples, ou seja, o de etiquetar, com a expressão “hediondo”, tipos já descritos no Código Penal ou em leis penais

121 Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. § 1º - Considera-se: a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado. Código Penal http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em 13.09.2011.

122 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em 13.09.2011.

123 Art. 5º, XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 13.09.2011.

124 Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei no 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em 13.09.2011.

especiais. Dessa forma, não é “hediondo” o delito que se mostre “repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, abjecto, horroroso, horrível, por sua gravidade objetiva, ou por seu modo ou meio de execução, ou pela finalidade que presidiu ou iluminou a ação criminosa, ou pela adoção de qualquer outro critério válido, mas sim aquele crime que, por um verdadeiro processo de colagem, foi rotulado como tal pelo legislador¹²⁵.

É, verdadeiramente, um grande contrassenso. A hediondez de um crime não está na sua ilicitude, mas na conduta. Pode ser hediondo um roubo e não ser um homicídio. Pode haver aspectos repugnantes na corrupção que não se veja no tráfico de drogas. A distinção entre crime comum e crime hediondo haveria por pairar sob uma análise da maneira de execução da conduta tipificada como crime, e não sob o etiquetamento que este recebe.

Polêmicas a parte, essa diferenciação aplicada aos crimes que são intitulados hediondos, ou àqueles a estes equiparados pelo comando Constitucional (tortura; tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; e terrorismo), conduz a uma série de repressivismo na execução da reprimenda. Impossibilidade de ser anistiado, indultado ou agraciado, que provocaria a extinção precoce da punibilidade; aos que cometerem tais infrações, não se poderá fixar fiança; a pena será cumprida obrigatoriamente no regime inicialmente fechado; à progressão da pena se exigirá um tempo maior do que os de crimes comuns, que é de 1/6 da pena no regime anterior, ou seja, para eles, será de 2/5, tomando como exemplo os casos de primariedade; a prisão temporária, que para os crimes comuns é de no máximo 05 dias, prorrogável por igual período, para os crimes hediondos se prevê 30 dias com igual prorrogação.

Ocorre que é no artigo 3º da mencionada lei dos crimes hediondos¹²⁶ que se constata a sua completa adesão ao conceito de maior potencial ofensivo. Como se não bastasse o tratamento diferenciado, expondo uma propensão legislativa a destinar penas eminentemente segregatórias aos indivíduos que cometem crimes considerados hediondos, percebe-se o anúncio de que a estas pessoas se “presume” uma condição de “periculosidade”. Quando a lei prevê a separação dos condenados por crimes hediondos, em estabelecimentos de segurança máxima, de acordo com a “alta periculosidade”, aponta que, excetuando-se estes, os demais serão considerados “perigosos”.

E como toda regra cabe uma boa exceção, apesar desse caráter extremamente repressivo, a lei dos crimes hediondos não previu a impossibilidade de aplicação – quando a pena fixada ao caso em concreto permitir – do instituto da substituição das penas privativas de

125 FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos: Anotações sistemáticas à lei 8.072/90. São Paulo, ed. RT, 2000. Pag. 91/93.

126 Art. 3º A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em 13.09.2011.

liberdade em restritivas de direito. Essa hipótese se apresenta nos casos dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, em virtude de seu *modus operandi* não exigir a presença de violência ou grave ameaça, indispensáveis na substituição da pena, e desde que a punição seja fixada abaixo de 04 anos. Com isso, um crime que atravessa uma grande ofensividade, pode se socorrer no instituto despenalizador, o que os levaria a margear o conceito de menor ofensividade. Porém, como se trata de exceção, mantem-se a exegese de que os crimes considerados hediondos ou a estes equiparados são propensos a permear o conceito de maior potencial ofensivo.

Dentre essas exceções, chama a atenção o que estabelece a Lei 11.340/2006, que estabelece mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, chamada popularmente de “lei Maria da Penha”. No que se refere a criar tipos penais, nada contribuiu o referido dispositivo punitivo. Contudo, no que se refere a abrangência, bem como ao seu poder coercitivo, houve significativas modificações. Sem adentrar ao seu caráter polêmico, serve ao propósito desta discussão estabelecer aonde se encaixaria a referida norma, sob o aspecto de menor ou maior potencial ofensivo.

A lei 11.340/2006 foi criada, declaradamente, para dar um tratamento diferenciado à mulher que se encontre em situação de violência doméstica ou familiar. Por isso já surgiu com um nome, obviamente, de mulher: Maria da Penha. A lei, é verdade, foi muito além das medidas de caráter penal, pois apresentou várias medidas de proteção à mulher, todavia a projeção, tanto no campo teórico, como prático, foi dada às medidas repressivas de natureza penal, que tiveram, inclusive, uma grande repercussão na mídia¹²⁷.

De uma determinada visão, pertence aos dois aspectos conceituais. Quando se trabalha a prevenção, incluindo-se aí a fase processual, vê-se que a “lei Maria da Penha”, seja tutelando crimes previstos com penas máximas menores que dois anos, ou crimes cuja pena superam este limite, as garantias assecuratórias previstas do artigo 8º ao 12º, anunciam uma maior propensão da lei em encarcerar preventivamente os sujeitos ativos que praticarem delitos sob a sua tutela.

De igual modo, expressamente a “lei Maria da Penha” afasta a competência especial da lei 9.099/95, que já demonstramos tratar dos crimes de menor potencial ofensivo. Dessa forma, impede, por exemplo, que o indiciado responda ao procedimento inquisitivo automaticamente solto, ou mesmo que lhe seja deferida a suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89 da lei 9.099/95. A visão é de que na fase processual, a “lei Maria da Penha” se apresenta como de maior potencial ofensivo.

127 MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. A lei maria da penha e a força simbólica da “nova criminalização” da violência doméstica contra a mulher. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3263.pdf>. p. 939. Acesso em 30.01.2012.

Quando se fala de condenação, a pena corresponderá ao tipo penal do fato concreto e, portanto, receberá a sanção equivalente, dentro dos princípios garantistas, culminando com o deferimento que o caso permitir, dentro das análises que já se pontificou. “Várias são as críticas que podem ser feitas a esta lei, principalmente no campo penal e processual penal, embora também seja possível destacar alguns pontos positivos ¹²⁸”. Por isso, apesar de manter estreita intimidade com a maior potencialidade, prefere-se não incluir na conceituação os crimes abarcados pela “lei Maria da Penha”, em virtude de que a sua análise se apresenta mais castrense na fase processual.

Enfim, poder-se-ia interpretar que o caminho entre os crimes de menor potencial ofensivo e os de maior potencial ofensivo se estabeleceria da seguinte forma: a) *crimes de menor potencial ofensivo próprio*, que integram os delitos que não excedam dois anos de pena; b) *crimes de menor potencial ofensivo impróprio*, os que congregam delitos que prevêem pena mínima de até um ano, independente do máximo previsto na lei, e as condutas que cominem pena *in concreta* não superior a dois anos, representando os casos de SURSIS penal e processual; c) *crimes de médio potencial ofensivo*, que compõem os delitos cujas penas aplicadas não excedam quatro anos, sejam para conversão em restrição de direitos ou para iniciar o cumprimento da pena em regime aberto; por fim, d) *crimes de maior potencial ofensivo*, cujos delitos excedem quatro anos de pena aplicada, e a eles sejam estabelecidos o início do cumprimento da pena em regime semiaberto ou fechado, bem como os considerados hediondos ou a estes equiparados.

Diante da valoração sobre a gravidade de uma conduta ilícita, os crimes de: furto qualificado; roubo; latrocínio; tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; homicídios; lesão corporall gravíssima, bem como a seguida de morte; estupro; tráfico de armas; entre outros, compõem os crimes que se adequam ao título de maior potencial ofensivo, e se encaixam no presente estudo.

2.3.2. A visão estatística dos crimes de maior potencial ofensivo.

No caminho evolutivo da aplicação e execução da pena, sempre com propostas de minimizar os efeitos da condenação como subsídio criminológico, os crimes, como afirmado anteriormente, se dividem sob o aspecto da potencialidade lesiva. O divisor de águas se encontra, segundo a dogmática penal e a lei de regência na execução da pena, no *quantum*

128 MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Op. Cit. p. 941. Acesso em 30.01.2012.

previsto como reprimenda na privação de liberdade, seja ela *in abstracta* ou *in concreta*, como também na proteção ao bem jurídico, cujo propósito se destina a evitar que o infrator cruze o abismo da marginalidade por curto lapso temporal, criando propostas punitivas não deambulatórias.

Essas propostas se referem ao grupo de crimes que se intitulam de menor potencial ofensivo ou de média lesividade. Em contraponto, àqueles cujas penas se consubstanciam pela sua longevidade, apontam-se para os crimes chamados de maior potencial ofensivo. Em verdade, estes últimos são responsáveis pela maioria da população carcerária.

Os dados estatísticos do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) em junho de 2011¹²⁹ reafirmam a problemática carcerária: A população carcerária correspondia, à época, a 513.802 presos, ou seja, 269,38 por 100 mil habitantes; o número de vagas no sistema carcerário era de 304.702 e a quantidade de estabelecimentos penais era de 1.237 unidades. Com esses dados é possível contabilizar que já se evidencia um excesso de 209.100 presos, ou seja, mais de 68,62% de superlotação carcerária.

A quantidade de presos que compõem a população carcerária nacional demonstra que há uma significativa incidência dos crimes de maior potencial ofensivo, divididos em espécies ou gêneros, capaz de apontar a natureza da evolução da criminalidade quando se depara com os bens jurídicos tutelados. Contudo, a esmagadora maioria dessa estatística pertence aos delitos de natureza patrimonial.

A divisão em fatias é a seguinte: os crimes patrimoniais correspondem a 233.926 apenados (45,52%); os crimes de tráfico de drogas correspondem a 117.143 presos (22,80%); os crimes contra a pessoa correspondem a 58.014 reclusos (11,29%); os crimes que compõem o estatuto do desarmamento correspondem a 26.184 desviantes (5,09%); e os crimes contra a dignidade sexual correspondem a 21.019 detentos (4,09%). O somatório desses cinco crimes totaliza o montante de 456.286 condenados, ou seja, cerca de 88,80% da população carcerária. O que sobra, representado por 11,20% do contingente prisional, pertence a todos os demais crimes previstos no ordenamento jurídico-penal, em percentuais estatísticos individuais mínimos.

129 Ministério da Justiça. Site: <http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em 20.02.2012.



Gráfico 1: Relaciona os cinco crimes de maior incidência no País, separados por percentuais¹³⁰.

Mesmo que a estatística criminal indique, *a priori*, os crimes patrimoniais específicos como detentores da grande fatia dos delitos, os outros quatro grupos guardam, dentro de suas proporções, objetivos e repercussões na seara patrimonial.

O grupo dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/2006) está diretamente ligado a obtenção patrimonial¹³¹, uma vez que a sua natureza se destina a exploração comercial de produtos entorpecentes não autorizados, e considerados nocivos à sociedade. “A área de significado da palavra *tráfico* está vinculada às idéias de *comércio, mercancia, trato mercantil, negócio* e ainda de *negócio fraudulento, indecoroso*¹³²”. Assim, mesmo não integrando o rol dos crimes contra o patrimônio, estabelecido no título II da parte especial do Código Penal, a ilicitude nele presente guarda total adesão a essa categoria.

Ao longo da história as drogas nem sempre foram um “problema”. Converteram-se em “problema” quando deixaram de ter exclusivamente valor de uso para adquirir valor de troca e converterem-se, assim, em mercadorias sujeitas às leis da oferta e da procura¹³³.

130 Ministério da Justiça. Site: <http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em 20.02.2012.

131 Representa um das funções latentes da guerra contra às drogas. Dinheiro fresco e discreto: a elevação de preços e a ocultação de capitais devidos à clandestinidade aumentam os rendimentos das transações. Ainda, bancos lucram altas somas com a lavagem do dinheiro originado do comércio ilegal, setores privados e agentes públicos circulam altas quantias por meio de corrupção. Drogas: aspectos penais e criminológicos. Coordenadores: Miguel Reale Júnior, Alberto Zaccharias Toron. SICA, Leonardo. Funções manifestas e latentes da política de war on drugs. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Pag. 19/20.

132 FRANCO, Alberto Silva. Op. Cit. Pag. 131.

133 DEL OLMO, Rosa. A legislação no contexto das intervenções globais sobre drogas. Discursos sediciosos. Ano 7, Número 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002. Pag. 65.

A transformação das drogas em significado valor econômico, alçou sua importância mercantilista e carregou adesões de movimentos criminosos. Por conta disso, apesar de se estabelecer no aspecto da saúde pública a interferência dessa modalidade ilícita, o tráfico de drogas e entorpecentes integra totalmente o aspecto patrimonial.

Já os crimes que envolvem o uso e comércio de armas (Lei 10.826/2003), mesmo que o seu destino seja a manutenção do poderio bélico da criminalidade, o exercício dessa conduta típica é amplamente comercial, e, a exemplo dos crimes de tóxicos, está integrado com o patrimônio. Isso se percebe porque os crimes envolvendo o porte e a posse de armas de fogo se consomem com a própria detenção do objeto material do crime, ou seja, a arma de fogo, não sendo necessária a sua destinação para o cometimento do delito. Com essas adesões, o patrimônio é palco de aproximadamente 74% da população carcerária.

Contudo, os crimes contra a pessoa envolvem, em diversas situações, o viés patrimonial. Dentre as diversas situações vivenciadas pelos julgados, os homicídios por brigas de ponto de drogas, ou mesmo por comércio e herança não são incomuns. A chamada “queima de arquivo”, ou mesmo os “grupos de extermínio”, e a proteção patrimonial, correspondem a um somatório cuja configuração estatística particular reserva uma parcela dentro dos crimes contra a pessoa que detém aspectos ligados ao patrimônio.

A análise científica dos crimes contra a pessoa que afetam o aspecto patrimonial, não esgota a sua finalidade no ato em si, mas suscita também a sua motivação. A conduta social e educacional direciona uma parcela da população à criminalidade, em função – como já foi dito – da busca por uma vida melhor. E assim, até mesmo os isolados crimes sexuais são, muitas vezes, parte de um contexto cujo propósito é patrimonial, quando, por exemplo, certas condutas ilícitas envolvem a prostituição.

Partindo do princípio de que uma parcela dos crimes contra a pessoa e contra a dignidade sexual também engloba o viés patrimonial, contribuindo, cada um, com pelo menos metade de sua fatia, sugere-se que o índice de toda a população carcerária que praticam delitos de natureza patrimonial chega a ser de aproximadamente 80%. Propõe-se, desta forma, o reconhecimento da relevância do patrimônio no aspecto da reinserção social.

Outro aspecto que merece análise é o sempre crescente índice de crimes patrimoniais, que somente demonstra seguir o crescimento da população carcerária, fruto dessa interação do ambiente carcerário com os crimes de natureza patrimonial. Ao se verificar

o Gráfico 2, notar-se-á a semelhança nos dados entre dezembro de 2008 e junho de 2011, de acordo com a divulgação dos índices estatísticos disponibilizados pelo DEPEN¹³⁴.

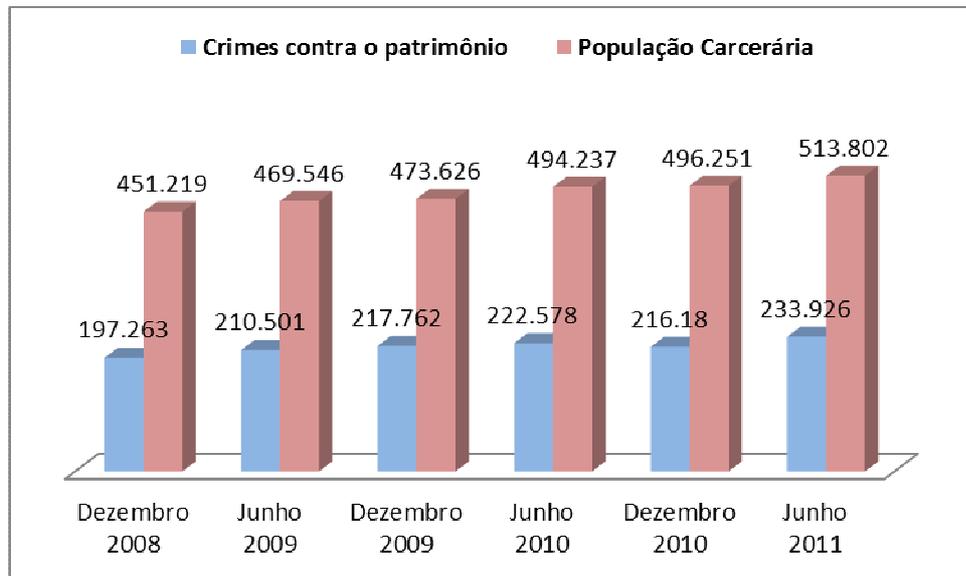


Gráfico 2: Comparativo entre o crescimento dos crimes contra o patrimônio com relação ao crescimento da população carcerária¹³⁵.

O reflexo desses índices é demonstrado pela estatística de reincidência que alcançou cerca de 99% dos apenados em junho de 2008¹³⁶, último registro nos dados estatísticos sobre reincidência criminal disponibilizados pelo Ministério da Justiça, através do Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN.

2.3.3. A cifra oculta das estatísticas criminais.

Abre-se um parêntese para enfatizar a significativa ausência de alguns dados nas estatísticas oficiais, que dificulta, quando não encobre, a realidade da criminalidade, recebendo o codinome de “cifra oculta”:

A partir de meados do nosso século, algumas pesquisas lograram evidenciar a existência de discrepância entre o número de crimes constantes das estatísticas oficiais e a realidade escondida por trás dele. Observou-se que, embora os índices de ordem formal indiquem existir uma considerável quantidade de infrações, o total dos delitos de fato praticados supera-os largamente. Apenas uma reduzida minoria das violações à lei criminal chega à luz do conhecimento público. À brecha constatada entre os crimes cometidos e os registrados denominou-se “cifra negra da

134 Ministério da Justiça. Site: <http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em 20.02.2012.

135 Ministério da Justiça. Site: <http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em 20.02.2012.

136 Ministério da Justiça. Site: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em 13.01.2011.

criminalidade” expressão que logo se firmou, enquanto representava fenômeno muito comum¹³⁷.

Thompson, quando se refere ao assunto, chamando de “cifra negra”, desenvolve a exegese de que a pecha de “delinquente” somente é aferida pelas estatísticas quando oriunda dos dados provenientes das sentenças condenatórias transitadas em julgado, nas quais o indivíduo já se submeteu a todo o devido processo penal, tendo recebido, *in concreta*, a punição pelo comportamento *in abstracto* previsto na norma penal, e após o devido encarceramento. É sob essa condição que ele se torna estigmatizado “como criminoso a suportar a constelação de conceitos e tratamento diferenciado por parte da sociedade (marginal, bandido, meliante, elemento anti-social, perigoso, criminoso *mesmo*)”¹³⁸.

A consequência desse estado de coisas é que os crimes que: a) uma vez cometidos e, por questões pessoais da vítima, não são relatados à polícia; b) quando estes são relatados, por vezes não são registrados pela autoridade policial; c) se registrados pela polícia, não demandam investigação e são arquivados; d) Quando são investigados, não chegam a gerar o competente inquérito policial; e) materializados através do inquérito policial, não chegam a ser denunciados pelo Ministério Público; f) havendo, então, início da *persecutio criminis*, através da ação penal competente, a instrução processual, por muitas vezes diante da ausência de provas, resulta na absolvição; e g) por fim, resultando na condenação, o Estado não consegue executar a pena imposta, restam inapurados ou indevidamente averiguados e punidos.

Essas fases compõem outra estatística de igual preocupação, a da impunidade. O contexto aqui apresentado não se refere, apenas, a punição carcerária, mas toda espécie de punição, desde a pena privativa de liberdade até as penas de multa, passando pela restrição de direitos e condições de suspensão da punição, como medidas despenalizadoras. A impunidade é um sentimento que recai na inexistência de sanção, de castigo aplicado em retribuição a um mal causado. Quando se depara com a inexistência de resposta oficial aos delitos praticados que integram a cifra oculta, àqueles que sofreram as ações delituosas somente restam o gosto amargo da impunidade.

Contudo, esse não é apenas o único mal causado pelos crimes que integram a cifra oculta. Sua “atitude seletiva” afasta um considerável número de delitos, capazes, inclusive, de modificar uma análise estatística, quando impropriamente utilizada, terminando por conduzir a política criminal de forma mais fictícia do que real.

137 THOMPSON, Augusto. Quem são os criminosos. O crime e o criminoso: entes políticos. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007, Pag. 03.

138 THOMPSON, Augusto. Op. Cit. Pag. 03.

O estudo aqui desenvolvido limita-se à análise dos crimes de maior potencial ofensivo, os quais – ao menos na grande maioria – são palco de ações penais e aplicações das sanções correspondentes ao delito praticado. Tais crimes, não raro, se tornam “espetáculos televisivos”, o que contribui para sua distorção, dificultando a competente apreciação pelo aparelho institucional do Estado. No entanto, essa visibilidade diminui a ausência do Estado/Juiz na apreciação dessas condutas, o que as levam a compor o conjunto estatístico que se pretende analisar.

2.4. O efeito circular da reincidência.

Nilo Batista, quando cita uma passagem extremamente feliz do relatório produzido pelo deputado do partido socialista Francês, Gilbert Bonnemaïson, afirma que, “confusamente, nos espíritos, a prisão é concebida com apenas uma porta, a de entrada, o que dispensa a reflexão sobre o estado no qual os presos são libertados¹³⁹”.

De fato, a preocupação hodierna com a criminalidade se destina ao combate isolado das ações provenientes das organizações criminosas, sejam elas consideradas “macrocriminalidade” ou “microcriminalidade”. Percebe-se, na leitura dos acontecimentos diários, que a ação estatal sempre nasce após um passo do movimento criminológico, na típica imagem do “gato Tom, contra o rato Jerry”, desenho animado que ilustra a constante astúcia do rato em se livrar das tentativas frustradas do gato em apanhá-lo.

Se os traficantes começam a escoar as drogas ilícitas por meio da fronteira com a Amazônia, projetos são fomentados para combater a já estabelecida rota. Se os morros cariocas estabelecem regras para o exercício do crime, o Estado tenta inviabilizá-las através da força militar, tentando erradicar as chamadas “bocas de fumo”, quando esses pontos de drogas já se encontravam devidamente enraizados, ao invés de implementar ações sócio-educativas que acompanhassem as medidas repressivas. Empreendem-se controles financeiros para evitar a proliferação de arrobamento de caixas eletrônicos, numa atitude desesperada de conter o avanço de uma nova conduta criminosa. Ou seja, o controle da criminalidade de rua está, sempre, um passo atrás da ação infracional.

E a pior notícia é que estabelecidos os programas e ações voltadas ao combate dos crimes já assentados numa determinada região, outras ações delitivas são praticadas ao arripio do controle social, como substitutas das operações criminosas combatidas pelo poder público,

139 BATISTA, Nilo. Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Renavan, 1990.p. 132.

numa imagem similar a do controle de pragas e insetos na lavoura, quando se pulveriza agrotóxicos, e apenas reduz, momentaneamente, os motivos da destruição da lavoura, até que a infestação adquira resistência aos produtos químicos, ou mesmo migrem para infestar outras áreas desprotegidas.

No mesmo sentido caminham as ações voltadas ao controle da população carcerária. As rebeliões por melhores condições de sobrevivência, durante o período de encarceramento, são abrandadas com promessas de ofertar ao recluso do que já lhe era garantido por lei, como forma de benefício e não de aplicação do justo. Os sistemas de progressão do regime de cumprimento da pena são meios utilizados como esvaziamento de presídios, e desta forma, eles se eximem da responsabilidade pelo fracasso da nova delinquência, no exato instante em que recebem os ex-presidiários novamente no cárcere. O trabalho e a educação, vetores de um direcionamento ao caminho da licitude e de exercício do respeito ao próximo, são emprestados à contabilidade do tempo de pena, sem objetivos e reflexos na diminuição da reincidência.

Vê-se, portanto, que as ações estatais no combate à criminalidade e no controle da população carcerária, quando isoladas, desconsideram o círculo vicioso que existe em torno da reincidência criminal.

Por tal razão, seguramente não é simples romper o círculo vicioso crime – cárcere – crime que decorre da exclusão social, da pobreza econômica e cultural, bem como da agravação produzida pelo cárcere, no que diz respeito às condições preexistentes ao ingresso do condenado no sistema prisional¹⁴⁰.

Este efeito circular mantém sempre crescente o grupo de pessoas que “vivem para o crime”, em especial os crimes que contém viés patrimonial. O local onde se encontram, seja na rua, seja no presídio, não importa, pois ambos são ambientes que garantem o efetivo exercício do seu mister. Quando se demonstra que o segundo crime é estatisticamente o patrimonial, a leitura chega a ser de clareza solar; o neófito que experimentou o cárcere pelo crime a nível individual (homicídio; lesões corporais; estupros; etc.) retorna ao ambiente prisional por crimes de repercussão coletiva (assaltos; tráfico; sequestros; etc.).

A extrema ligação entre a criminalidade de rua e o ambiente penitenciário, capaz de colocar a sociedade numa espécie de casulo, tem considerações, até mesmo quando se refere à cifra oculta da criminalidade, ou como prefere Thompson: “cifra negra” das

140 FREITAS, Ricardo. Op. Cit. Pag. 119.

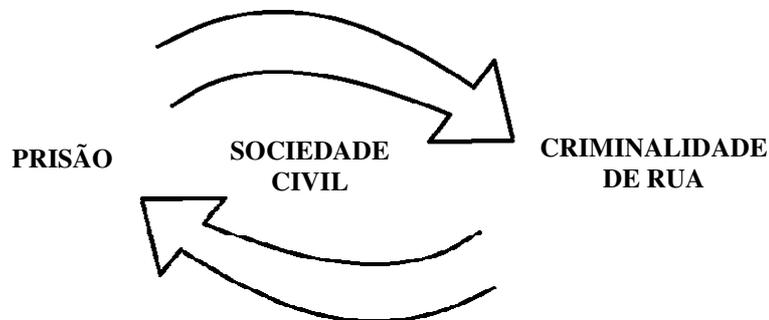
estatísticas criminais. E nesse sentido, Wacquant afirma que “é lutando passo a passo contra os pequenos distúrbios cotidianos que se faz recuar as grandes patologias criminais¹⁴¹”.

Leia-se, na nessa passagem de Wacquant, não um estímulo ao encarceramento de pequenos delitos, e sim, no presente contexto, num alerta de que o controle da criminalidade não se perfaz, unicamente, através de aprisionamento em massa, e na construção legislativa de pequenas infrações, mas, primordialmente, na atuação pública nos pequenos distúrbios cotidianos de forma diversa do encarceramento.

Convivendo-se com os delitos que são desconsiderados pela “cifra oculta”, ao passo que se visualiza, cada vez mais, que a segregação se tornou alvo de maciço objetivo da sociedade globalizada, deixa-se de considerar que o círculo da reincidência serve como alimento a sempre crescente formação dos grupos de atividades criminosas, posto que há mais segregação na “rua” do que no ambiente carcerário. É por isso que nas prisões contemporâneas “são testadas as técnicas de confinamento espacial do lixo e do refugio da globalização e explorados os seus limites¹⁴²”.

Consequentemente, uma profunda *simbiose estrutural e funcional se estabeleceu entre o gueto e a prisão*. As duas instituições se interpenetram e se completam na medida em que ambas servem para garantir o confinamento de uma população estigmatizada por sua origem étnica e tida como supérflua tanto no plano econômico como no plano político¹⁴³”.

A interpretação não há de ser outra, ou seja, um extremo entrelaçamento entre o ambiente carcerário e a criminalidade de rua, como um círculo, que no meio dele está a sociedade civil, aprisionada pela sensação de insegurança. Uma das atuações haveria de quebrar esse círculo vicioso, diminuindo, gradativamente, o número de reincidentes e, por conseguinte, enfraquecendo a coercitividade que se estabelece com a simbiose entre o gueto e a prisão.



141 WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 25.

142 BAUMAN, Zygmunt. Op. Cit. p. 120.

143 WACQUANT, Loic. *Crime e castigo nos Estados Unidos: de Nixon a Clinton*. *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba, No. 13, 1999, p. 48. Disponível em: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/238/23801304.pdf>. Acesso em 02.01.2012.

O resultado dessa constatação é a de que o combate à reincidência procura encontrar propostas reais de opção de vida aos egressos do sistema penitenciário, destoantes das que o crime promove, com o fito de diminuir o número de integrantes do rol de indivíduos que, costumeiramente, navega entre a convivência social e a penitenciária, reduzindo, mesmo que paulatinamente, o tamanho desse efeito circular, a ponto de restringir o raio de atuação coercitiva, cada vez mais, às organizações criminosas que concentram sua atuação em determinadas espécies de delitos.

2.4.1. Os movimentos efficientistas.

Seria de todo oportuno, não omitir dessa exposição um aspecto que se afigura pertinente: a constatação do efeito circular da marginalidade, e a crescente ação dos movimentos penais de “tolerância zero¹⁴⁴”, “law and order¹⁴⁵” e “esquerda punitiva¹⁴⁶”, intitulados “eficientismo penal¹⁴⁷”. Este emergente apego ao protecionismo consumeirista, utiliza o estado penal como força de separação de indivíduos, com base nas desigualdades globalizadamente convencionadas.

Ou o indivíduo é um consumidor, ou não é levado em consideração nas relações jurídico-econômicas. A capacidade de consumir se converte em um critério de integração ou exclusão social, gerando polarização e assimetria. É justamente em virtude disso que as desigualdades globais são cada vez mais evidentes, criando dois novos *status* de seres humanos: os *incluídos* em uma economia globalizada e flexibilizada, por um lado, e os *apátridas*, carentes de identidade como consequência de sua falta de competência ou de sua impossibilidade para alcançar os mercados de consumo, por outro. Nessa lógica, o mercado se converte no grande igualador e separador da sociedade¹⁴⁸.

144 Ao se falar em tolerância zero nos dias atuais, pode-se dizer que não se trata de política criminal nova. Pretende-se acabar com o mal (criminalidade) pela raiz, como se essa fosse constituída por pequenos delitos e não pela falta de um Estado social. CANTERJI, Rafael Braude. Política criminal e direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 46.

145 Percebe-se uma nítida simetria entre as propostas político-criminais propugnadas pelo MLO e as oferecidas pelos defensores da “Tolerância Zero”, baseadas no incremento da repressão penal. Todavia, enquanto estes primam pela repressão à criminalidade de rua e bagatela, entendendo a intolerância como o único mecanismo de prevenção do caos e da desordem social, aqueles reivindicam alta punibilidade às ofensas dos bens jurídicos interindividuais, sobretudo os delitos contra a pessoa e o patrimônio. CARVALHO, Saulo. As reformas parciais no Processo Penal brasileiro: Reformas penais em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 95.

146 A luta da esquerda na busca de uma repressão à criminalidade através dos “defensores” de grupos sociais específicos. Desta forma, as feministas buscavam punições exemplares aos autores de atos violentos contra a mulher; os ecologistas reivindicavam desde a criação de novos tipos penais até o aumento das penas já existentes, visando a uma maior proteção do meio ambiente; os movimentos radicais requisitavam punição mais severa dos crimes discriminatórios. Aqui, utilizavam-se o Direito Penal e o Processo Penal como símbolo de ações estatais. (...) Os movimentos esquerdistas, rompendo com a tradicional visão crítica e libertária, atuam em busca de repressão penal, inclusive com a supressão de direitos e de garantias processuais. CANTERJI, Rafael Braude. Op. Cit. p. 48.

147 Globalmente considerada, pois, esta lógica se traduz numa subprodução (déficit) de garantismo e numa sobreprodução (excesso) de seletividade/arbítrio e legitimação, cuja violência institucional expressa e mantém um nexos funcional mais profundo com a reprodução das desigualdades sociais, isto é, com a violência estrutural. E desse desequilíbrio resulta a grave crise de legitimidade experimentada pelo moderno sistema penal, não obstante a sobrevivência de sua autolegitimação oficial associada a demandas político-criminais e sociais relegitimadoras de sua intervenção. É o chamado efficientismo penal, materializado através de teorias como a das “janelas quebradas” e dos movimentos de lei e ordem e das políticas de tolerância zero. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Flagrando a ambiguidade da dogmática penal com a lupa criminológica: que garantismo é possível do compasso criminologia – penalismo crítico? Sequencia: Periódicos da UFSC, No. 59, 2009. p. 176.

148 CALLEGARI, André Luís. Op. Cit. p. 25.

É, sem dúvida, a base da exclusão. Ou o indivíduo se encaixa nesse contexto, ou sofrerá os efeitos dessa exclusão. Muitas vezes a exclusão consegue reverter o quadro, quando promove o sentimento de resgate dos “apátridas”, movimento que se intitula de discriminação positiva. Em outros aspectos, não há interesse nesse resgate, e com isso se promove ações reversas. Nestas se encontram os indivíduos que foram excluídos da sociedade pelo crime. Tratar-se-á desse conceito no tópico 4.2 deste trabalho.

Embora esse trabalho se dedique a expor a exclusão do indivíduo penalizado, para fins de sugerir meios de integrá-lo, novamente, à sociedade civil, e para tanto, segue-se a exegese de que a pena carcerária se apresenta como empecílho a esse desiderato, merecendo reforma ou melhoramento, os movimentos de defesa social se apresentam como mais uma correnteza a ser vencida, no propósito inclusivo, eis que este movimento despreza toda e qualquer possibilidade de recuperação, atribuindo ao cárcere a sua única função, qual seja: a segregação para eliminação.

De fato, a prisão não está servindo para outra coisa a não ser a exclusão, porém admitir que ela sirva, igualmente, para a eliminação do estrato social indesejável, além de desumano é contrário ao Estado Democrático de Direito, merecendo a competente irresignação.

No aspecto aqui vivenciado, ou seja, a interferência desse movimento defensionista no efeito circular da reincidência, a “tolerância zero” se apresenta como um armamento pesado, uma vez que excluir os indesejáveis significa separar os grupos de sociedades, entre os “desviantes” e os “não desviantes” em caráter definitivo, emergindo uma propensão ao confronto eterno entre os dois polos.

Isso se constata em virtude da natureza desse movimento defensionista ter se baseado na “teoria das janelas quebradas”, cuja ideologia é:

Se uma pessoa quebra a janela de um edifício e nada é feito no sentido de consertá-la, as outras pessoas que gostam de quebrar janelas que por ali passarem, vendo que ninguém se importa com as suas atitudes, passarão elas também a quebrar as outras janelas do prédio, de forma que, como resultado, ter-se-ia um sentimento geral de decadência, propício ao desenvolvimento da criminalidade, razão pela qual toda e qualquer infração penal, por ínfima que seja, deve ser reprimida sem complacência, sob pena de se transmutar, no futuro, em um crime maior¹⁴⁹.

Com isso, pretende-se acabar com a criminalidade a partir dos pequenos delitos, a exemplo do que se faz com “ervas daninhas” em uma plantação, para que esses supostos pequenos infratores não venham a se tornar grandes criminosos. Há de ser refutado o paradigma de pequena infração com o simbolismo da frase “erva daninha”, que significa,

¹⁴⁹ CALLEGARI, André Luís. Op. Cit. p. 27.

pessoa que causa dano, uma vez que a vontade momentânea de delinquir não significa a continuidade dessa propensão. Ao provocar o encarceramento pela mínima infração, o resultado será a construção de um grande infrator, pois “a utilização de uma legislação penal de terror, que aumenta as penas, criminaliza condutas e minimiza garantias, não é eficiente na redução da criminalidade¹⁵⁰”.

Nesse sentido, quando se refere às semelhanças entre os movimentos “tolerância zero” e “lei e ordem”, Wacquant afirma:

A penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um "mais Estado" policial e penitenciário o "menos Estado" econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo¹⁵¹.

Mais um círculo vicioso que conduz a política criminal a enfrentar as ações provenientes da inércia do Estado. Quando ausente o Estado social e econômico, presente se faz o contingente de indivíduos marginalizados por esta inércia em promover ações voltadas às boas condições de subsistência. Por sua vez, e para solucionar essa lacuna, socorre-se no ilícito, o que reclama a presença do Estado Penal, investimento que se torna prioritário para assegurar a defesa do social e econômico, cuja causa de existir foi por ele provocada.

Eis que é neste movimento que se observa “a existência de um sistema que tenta ‘combater’ a criminalidade utilizando justamente uma das situações que a impulsiona: a repressão penal e a ausência de um Estado Social e Econômico¹⁵²”.

E se essa for a visão, a teoria das ‘janelas quebradas’ possibilita uma interpretação contrária a sua ideologia. Ao afirmar que havendo vidraças quebradas – figurativamente indicando os pequenos delitos – estimular-se-iam novos e maiores delitos, no mesmo conceito se pode chegar, quando o Estado não provém meios de oportunizar uma nova vida lícita aos apenados, afrontando seus direitos e dignidades, e estimulando a permanência do ex-presos no ambiente criminal, resultando no crescimento da criminalidade – sentido figurativo inverso ao que afirma a teoria das janelas quebradas.

Impulsionado, portanto, pela política defensionista (tolerância zero; law and order), a expansão do direito penal colabora com o efeito circular da reincidência, e, desta maneira, promove o crescimento da criminalidade que se propôs a combater. Essa circulação dos indivíduos que se apoiam na criminalidade, terminam por formar bases de sustentação,

150 GAUER, Ruth M. Chittó. A fenomenologia da violência. Curitiba: Juruá, 2003. p. 15.

151 WACQUANT, Loic. As prisões da Miséria. 1999. p. 47. Disponível em: http://mijsgd.ds.iscte.pt/textos/Prisoas_da_Miseria_WACQUANT_Loic.pdf. Acesso em 02.01.2012.

152 CANTERJI, Rafael Braude. Política criminal e direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 47/48.

que servem para amparar o crescimento tanto da criminalidade de rua quanto da população carcerária.

2.5. A realidade criminológica do egresso: bases da criminalidade.

Vislumbra-se que, a criminalidade se apoia em duas bases mais importantes, estas que foram destacadas em virtude de se emprestar ao presente trabalho um viés jurídico do problema. Na esfera da criminalidade de rua, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes promove a expansão de inúmeros outros delitos, chegando a gerar, por vezes, mais danos indiretamente do que com o próprio comércio e consumo de drogas.

Apesar de, estícticamente, os crimes definidos no título II do Código Penal, englobar os ilícitos patrimoniais, os quais respondem pela grande maioria dos delitos que provocam o encarceramento do indivíduo, não se pode olvidar que uma respeitável parcela dos crimes desta natureza, e os delitos contra a pessoa, bem como outros que somatizam o esmagador percentual de presos, têm ligação direta com o tráfico de drogas.

Por sua vez, a esfera penitenciária produz esteio a outra importante base da criminalidade. O expressivo número de egressos que retornam ao cárcere evidencia um continuísmo nas ações delitivas e, desta maneira, a reincidência se apresenta como meio de impulsionar a criminalidade, sugerindo que o próprio sistema penal termina por fomentar a prática diária de crimes.

Não é novidade nenhuma que as condições de detenção e prisão no sistema carcerário brasileiro violam os direitos humanos, fomentando diversas situações de rebelião nas quais, na maioria das vezes, as autoridades agem com descaso, quando não com excesso de violência contra os presos. “Chamar nossas cadeias e penitenciárias de prisões é um elogio desmerecido. O que existe no Brasil são verdadeiras marmorras, depósitos humanos de excluídos formalmente separados dos “presos desviados”, ou seja, daqueles “bons cidadãos” que por uma razão ou outra cometeram um “equivoco” e tiveram sua liberdade privada”.¹⁵³

O sistema penitenciário, em verdade, mais se apresenta como marmorras, que significa aposento sombrio e triste, escuro lugar onde se jogavam pessoas para apodrecerem nos seus pensamentos e arrependimentos, do que em um lugar de correção.

A prisão, que somente serve para segregar o indivíduo, devolve ao convívio social pessoas que não estão mais adaptadas à sociedade, e enfrentam inúmeras dificuldades nessa nova adaptação, de forma tão forte que, sozinhos, provavelmente sucumbirão às tentações destacadas na primeria base da criminalidade.

153 Trabalho publicado por Rejane Rosária Grecco dos Santos e Valesca Brasil Costa, na Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias apud Adeildo Nunes. Da execução penal. Rio de Janeiro; forense, 2009. p. 245.

Na medida em que ocorre a adaptação a tão estranho mundo, obviamente dá-se a desadaptação à sociedade livre, de tal forma se distanciam o modo de vida numa e noutra. Como consequência em nada surpreendente, a grande maioria dos egressos dos estabelecimentos carcerários tende a retornar a eles, pois se transforma em clientela crônica da instituição fechada¹⁵⁴.

Efeito provocado pela completa dessocialização que o cárcere promove. E nesse aspecto, receber um indivíduo dessocializado demanda ações inclusivas, com o propósito de promover a sua readaptação na sociedade que o recebe. Ocorre que a criminalidade oferece o mesmo meio social que o egresso vivenciara no ambiente carcerário, que, na falta de opções, será mais fácil se manter nesse grupo socialmente excluído.

Resultado, portanto, previsível de que àqueles que deixam o sistema penitenciário haverão de compor o rol dos que reincidem em atividades criminosas. Percebe-se que analisar essas duas bases mais importantes da criminalidade promoveria um debate promissor, do qual haveria por encontrar contrapostos aos objetivos da expansão da reincidência criminal.

2.5.1. A primeira base: a criminalidade de rua.

É presença no senso comum que a dependência química, física ou psíquica provocada pelo consumo de entorpecentes, modifica a natureza do indivíduo. E para satisfazer as necessidades de mais drogas, inúmeros crimes são praticados cotidianamente, sempre com objetivos de sustentar o vício, ou mesmo em concurso material com o tráfico ilícito de drogas, como se demonstrará nos estudos sobre esse fenômeno. Mesmo que os crimes patrimoniais estejam mais presentes nas estatísticas criminológicas, seguido de perto pelo tráfico de drogas, é inegável que muitos desses delitos têm no seu nascedouro a finalidade de manter o consumo de entorpecentes, o que reproduz o extremo entrelaçamento dessas duas espécies de delitos.

Nessa vertente, a sociedade moderna encontra nas ruas uma amplitude extremamente perigosa, quando se depara com a associação dos crimes patrimoniais aos de tráfico ilícito de entorpecentes, transformando essa união em uma das bases da criminalidade. Isso não reproduz, apenas, uma vertente criminológica, mas anuncia, também, uma vulnerabilidade social por onde se pode estigmatizar uma determinada classe social.

Assim, o sistema penal apresenta diferentes graus de periculosidade para os habitantes, segundo seu *status* social e suas características pessoais. A sobre-representação de algumas minorias na prisionização, de maior número de imigrantes, de minorias sexuais, de todo caso a maior incidência em homens jovens, desempregados, habitantes de bairros marginais, etc., são todos dados verificáveis.

154 THOMPSON, Augusto. Op. Cit. Pag. 103.

A periculosidade do sistema penal se reparte segundo a vulnerabilidade das pessoas, como se fosse uma epidemia¹⁵⁵.

Acredita-se que a invasão dessa base criminológica atinja todas as camadas sociais. Porém, o desnivelamento entre essas classes sociais termina por atingir determinados fragmentos sociais, representados por minorias étnicas, culturais, econômicas ou sociais, as quais, diante da fragilidade de se defender do forte apelo que advém do crime, terminam por sucumbir a essa atratividade, transformando-se, assim, em indivíduos vulneráveis.

Zaffaroni afirma que “o mero *status* ou *estado de vulnerabilidade* não determina a criminalização. Não se seleciona uma pessoa por seu puro estado de vulnerabilidade, mas porque se encontra em uma situação concreta de vulnerabilidade¹⁵⁶”. Ocorre que, somadas as características pessoais, a periculosidade é estigmatizada para um determinado grupo de pessoas, tornando-se uma razão valorativa enquadrá-lo dessa forma.

A periculosidade do poder punitivo para uma determinada categoria de pessoas com certo *status* é dinâmica, dependendo das empresas morais e da mobilidade dos esteriótipos, e restringi-la ao conceito de classe é uma simplificação que deforma a realidade do mundo¹⁵⁷.

E isso ocorre com frequência. Estigmatizar a classe dos pobres, por exemplo, e reduzir essa classe social ao conceito de periculosidade, significa o mais afrontoso equívoco¹⁵⁸. No entanto, esse etiquetamento continua a promover o aprisionamento das classes sociais mais baixas, bem como os grupos sociais minoritários.

Desta forma, é fácil enxergar que os crimes que superlotam as penitenciárias (roubo, furto, homicídio, estupro, armas, etc.), costumeiramente, são atribuídos às camadas mais pobres da população, estigmatizando o *status* de pobreza como classe de indivíduos vulneráveis, e, portanto, suscetíveis ao cometimento de crimes. Explica-se, assim, a adesão criminal de cada vez mais jovens, no intuito de alcançar níveis de segurança financeira mais elevados.

Afigura-se que não se pode atribuir à situação de pobreza o sinônimo de criminoso. Não obstante esse esteriótipo, os delitos que superlotam as penitenciárias, registram que noventa e cinco por cento dos presos pertencem à classe social mais baixa. Desse dado, a criminologia tradicional, representada por Lombroso, poderia concluir que a

155 ZAFFARONI, Eugênio Raul. Culpabilidade por vulnerabilidade. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Revan, 2004. Pag. 37-38.

156 ZAFFARONI, Eugênio Raul. Op. Cit. 2004. p. 38.

157 ZAFFARONI, Eugênio Raul. Op. Cit. 2004. p. 44.

158 Citar a causa não é suficiente, o mecanismo causal deve ser indicado e elucidado. Não basta, portanto, afirmar que pobreza gera crime, ou que educação aumenta renda, é preciso mostrar como, e através de que mecanismos, a situação de pobreza produz criminalidade ou a elevação do nível educacional produz mais renda. RATTON, J.L.. Para Ler Jon Elster: Limites e Possibilidades da Explicação por Mecanismos nas Ciências Sociais. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/dados/v46n2/a07v46n2.pdf>. p. 397. Acesso em 21.02.2012.

maioria dos criminosos são pobres e, desta forma, sugerir que a pobreza se apresenta como um traço característico da criminalidade¹⁵⁹. E como criminalidade e população carcerária guardam íntima relação, Thompson se viu forçado a essa conclusão:

Se levarmos em conta, contudo, que os presos representam um percentual ínfimo em relação ao total dos criminosos, a equação referida desfaz-se como castelo de areia. Com efeito, da constatação de que a maioria dos presos está representada por gente miserável, a única conclusão a ser tirada, validamente, será: a pobreza é um traço característico do encarceramento¹⁶⁰.

Isso separa o objeto do presente estudo do que se tem como índice de criminalidade. Na verdade, a existência da cifra oculta da criminalidade dificulta – quando não inviabiliza – a análise precisa do nível de criminalidade por que passa uma região, ou mesmo um País. Esse percentual de ações delituosas que não aparecem nas estatísticas, termina por reduzir os dados oficiais a, apenas, o grupo de pessoas que são encarceradas. E como no cárcere, a maioria dos indivíduos está desprovida de profissionalismo, sem condições de sustento próprio, é mais fácil afirmar que a prisão somente recebe os pobres.

Contudo, este trabalho se restringe a interferência na criminalidade que resulta do encarceramento. E nesse ponto, o que se considera primeira base mais importante da criminalidade se apresenta extremamente cativante, uma vez que a sua margem de atuação invade outras camadas sociais, e conduz, rapidamente, o delinquente neófito, ou mesmo o ex-presos, a caminhos diametralmente opostos aos da miserabilidade. O tráfico de drogas e entorpecentes, pode-se dizer, é um trajeto percorrido, também, por aqueles que não são mais neófitos em cometer delitos, mas já somam ao seu *currículum* a experiência da prisão, o que os capacita ainda mais para o ingresso nessa organização criminosa.

O tráfico internacional de drogas é certamente um dos negócios criminosos mais organizados e poderosos, movimentando milhões de dólares, infiltrando-se no serviço público dos países envolvidos, favorecendo outras práticas delituosas, vinculadas ou não à proteção e reprodução da sua própria estrutura. Os efeitos negativos do abuso de drogas não se apresentam apenas nos casos de morte por *overdose*; sua nocividade se exerce preponderantemente sobre os vivos que delas passem a depender, substituindo o trabalho pelo êxtase, a militância pelo transe, a solidariedade pela complacência. É irônico perceber, mais de um século depois, que a religião está comprometida com a transformação de sistemas iníquos, e que o ópio, sim, pode converter-se numa espécie de “religião” do povo, em algumas sociedades pós-industriais¹⁶¹.

Diante dessa vertente, de 2008 a 2009, a Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) em parceria com a Universidade Federal de Brasília (UNB), encampando o Projeto *Pensando o Direito*, promovido pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da

159 THOMPSON, Augusto. Op. cit. Pag. 32.

160 THOMPSON, Augusto. Op. cit. Pag. 33.

161 BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 60.

Justiça do Brasil, por força da cooperação técnica internacional com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), com apoio do CNPq – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, formularam um estudo sobre o tráfico ilícito de entorpecentes, com pesquisas teóricas e de campo, e com base nos dados, puderam “preencher uma lacuna nos estudos criminológicos e jurídicos sobre política de drogas no Brasil, ao mostrarem à sociedade quem são os condenados por tráfico de drogas no Rio de Janeiro e no Distrito Federal”¹⁶².

O título: Tráfico de Drogas e Constituição, um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais, “Projeto Pensando o Direito”, anuncia uma apreciação de dados estatísticos que demonstra a realidade social e econômica dos apenados por tráfico de drogas, numa região em que a incidência desse tipo penal reflete a repercussão criminológica no aspecto da reincidência.

No Brasil, o mercado da droga está plenamente operante, ainda que as autoridades consigam apreender parte da carga circulante, conforme se deduz das estatísticas oficiais. Nos grandes centros urbanos, o negócio mais lucrativo é a distribuição das drogas aos consumidores, atividade que absorve grande parte dos excluídos do sistema econômico, ou seja, de trabalhadores informais à margem da atividade lícita.

Desta forma, a atividade econômica ligada ao tráfico de drogas no Brasil é fortalecida pela falta de perspectiva, desemprego e exclusão, o que leva jovens e agricultores ao negócio da droga, que mesmo ilícito, ou talvez por isso, permite o aumento do lucro e dá oportunidades de vida a pessoas sem acesso ao mercado de trabalho formal, e ainda paga salários superiores ao mercado formal.¹⁶³

Esse percentual de jovens e excluídos que são arregimentados pelo tráfico de drogas, já expõe um dos reflexos dessa base criminológica, pois a força de trabalho desviado à ilicitude, uma vez que naquele instante era a única ou a melhor opção para obtenção de lucro, refletirá na ausência de profissionais capacitados em diversas áreas na cadeia produtiva lícita, esta que, por sua vez, deixou de amparar uma grande parcela da população economicamente ativa, e, dentre elas, a do egresso do sistema penitenciário.

O estudo constata, também, que a totalidade da população carcerária que superlota os presídios pelo crime de tráfico de drogas não representa as “organizações criminosas”, fazendo parte, assim, da categoria dos “traficantes de pequeno porte” e da categoria dos “microtraficantes”, o que justifica o percentual de participantes do tráfico de drogas que auferem meios de subsistência com o crime.

Assim, esses seres absolutamente descartáveis, que são os pequenos e microtraficantes representam os elos mais fracos da estrutura do comércio de drogas

¹⁶² Ministério da Justiça. Site: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ1D83D0F1ITEMIDD941FE887D29464380494517E79A0D5EPTBRIE.htm>. Acesso em 20.07.2011.

¹⁶³ Ministério da Justiça. Site: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ1D83D0F1ITEMIDD941FE887D29464380494517E79A0D5EPTBRIE.htm>. Acesso em 20.07.2011.

ilícitas, e sofrem toda a intensidade da repressão, como se pode observar na análise das sentenças judiciais coletadas no Rio e em Brasília.¹⁶⁴

É uma realidade preocupante, visto que são os dados estatísticos que demonstram o aprisionamento de pequenos e microtraficantes, significando que a célula mater do tráfico ilícito de drogas mantém-se intocável, ou seja, o macrotraficante não está sendo atingido pela política criminal.

E por conta dessa realidade, a análise dos dados estatísticos sobre a primariedade, bons antecedentes, desvinculação da organização criminosa, origem do crime, e a categoria a que pertence o apenado, tornou possível quantificar, pelo estudo inédito, que, tomando-se por base o número total dos condenados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, o percentual de 67% desse contingente representa o número de cidadãos que “sobrevivem” dessa modalidade criminosa.

Outro aspecto é a correlação do crime de tráfico com outros delitos¹⁶⁵, evidenciados no estudo, como representação de uma organização hierarquicamente organizada. “O estereótipo também inclui, como característica básica, o comportamento violento do agente e a prática frequente de outros delitos¹⁶⁶”.

Apesar de versar, apenas, sobre dois Estados da Federação, o estudo serve como parâmetro nacional, uma vez que neles se concentram a maioria das ações criminosas por tráfico de drogas, podendo ser utilizada como paradigma para as demais regiões do País. Essa incursão criminosa primária já se apresenta com viés patrimonial e, sem a intervenção pública, o retorno dificilmente será diferente.

Após o cumprimento da pena, seja parcial ou total, o infrator experimenta um *plus* nas dificuldades de se manter – ou mesmo retornar – à licitude, que é o título de “ex-presidiário”. Se já não era fácil se afastar da sedução que o crime promove, antes de experimentar o cárcere, agora, depois do curso intensivo de criminalidade, auferido pelas experiências dos colegas de carceragem, sejam as de sucesso, ou mesmo as que não deram certo, dificilmente o contato com a licitude será espontâneo.

164 Ministério da Justiça. Site: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ1D83D0F1ITEMIDD941FE887D29464380494517E79A0D5EPTBRIE.htm>. Acesso em 20.07.2011.

165 No elenco dos demais crimes que figuraram em concurso material com o crime de tráfico, destacaram-se os seguintes: furto (art. 155, Cód. Penal); posse ou porte ilegal de arma (art. 16, Lei n. 10.826/03; porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 123 14, Lei n. 10.826/03); corrupção ativa (art. 333, Cód. Penal); falsidade ideológica (art. 299, Cód. Penal); corrupção ou facilitação de corrupção de menores (art. 1º, Lei n. 2.252/54); comércio ilegal de arma de fogo (art. 17, Lei n. 10.826/03); resistência (art. 329, Cód. Penal); tráfico de maquinário (art. 34, Lei n. 11.343/06). Ministério da Justiça. Site: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ1D83D0F1ITEMIDD941FE887D29464380494517E79A0D5EPTBRIE.htm>. Acesso em 20.07.2011.

166 Ministério da Justiça. Site: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ1D83D0F1ITEMIDD941FE887D29464380494517E79A0D5EPTBRIE.htm>. Acesso em 20.07.2011.

2.5.2. A segunda base: o efeito provocado pelo tempo de encarceramento.

A preocupação cotidiana com os altos índices de criminalidade, anunciada de maneira pirotécnica pela mídia, de fato, somente revela a inclinação da sociedade contemporânea para espetáculos, do que, propriamente, uma preocupação com a problemática carcerária a ser enfrentada com propostas eficazes e, como objetivo final, poder ser abrandado ou resolvido.

O que se observa das ações requeridas pela sociedade, muito por força de uma política de majoração da repressão criminal, é o desejo de ver, cada vez mais, o encarceramento dos ditos “desviantes”, sem a lógica necessidade de se preocupar com o retorno do indivíduo segregado ao convívio social legítimo.

Com essa situação, já se poderia verificar que o egresso do sistema carcerário não tem mais a personalidade delitiva que vivenciava antes de experimentar o cárcere. À época do primeiro delito, a imagem do infrator com a sanção penal se demonstra interligada com o objetivo do crime praticado. Os crimes contra a pessoa, por exemplo, (homicídios, abortos, infanticídios, lesões corporais, etc.), apresentam uma destinação, numa análise do tipo penal, voltada aos aspectos pessoais do delinquente, sejam eles ligados ao esteio emocional, ou mesmo com interesses patrimoniais como defendido no tópico 2.3.2.

Acredita-se que o trajeto da criminalidade se baseie na concepção de que a origem do delito não tem correlação com a sua renovação. Por isso, condenado como homicida, ao deixar o tempo de reclusão, seja pelo cumprimento da pena, ou pelo deferimento de algum benefício na execução progressiva da reprimenda, e após o convívio com os seus companheiros de cela, o egresso não será mais o mesmo, tanto no aspecto pessoal, como na rotulagem social.

2.5.2.1. Reflexo do encarceramento na reincidência.

Com o propósito de constatar essa interferência do objetivo patrimonial no desenvolvimento da reincidência criminal, seria necessário o levantamento de dados que demonstrasse a interferência do estigma do encarceramento na personalidade, ou mesmo na sociabilidade, do egresso. Parte-se-ia do senso comum de que o alto índice de reincidência – já evidenciado no tópico 2.3.2 – estabelece uma íntima relação com os crimes que demandam natureza patrimonial, forçando a interpretação de que as dificuldades de ser novamente integrado à sociedade promoveriam uma tendência natural do egresso de se deslocar às

práticas criminosas que envolvem os crimes patrimoniais – englobando todos os entrelaçamentos especificados no tópico 2.3.2.

Ocorre que o DEPEN não disponibiliza quaisquer dados dessa natureza, e para extraí-los seria necessária uma série de fatores, tais como: disponibilidade de um número considerável de servidores da justiça; organização de um banco de dados informatizado; Empenho dos Tribunais de Justiça em fornecer tais elementos de pesquisa. O primeiro requisito era, de certo modo, inviável, muito em face do volume de processos e a escassez de servidores do judiciário. Contudo, o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba – TJPB - não evitou esforços no fornecimento do banco de dados da Vara de Execuções Penais, na forma de planilha de texto, onde foi possível extrair os dados necessários ao desenvolvimento da hipótese. Partiu-se, assim, da análise dos registros informatizados da Vara de Execuções Penais da Paraíba, onde poderiam ser encontrados dados empíricos nas guias de execução penal, estas que serviram como base para a pesquisa.

O objetivo questionado era o seguinte: a reincidência criminal – nos moldes conceituados no tópico 2.1 – é estimulada pelo efeito provocado pelo tempo de encarceramento? Esse estímulo conduz o egresso a repetir ações delituosas diversas da que o fez experimentar o cárcere? Essas novas ações delituosas são majoritariamente de cunho patrimonial? Para obter resposta a tais questionamentos, os dados informatizados fornecidos pelo TJPB - que serviram como fontes primárias de codificação¹⁶⁷ - sofreram, também, tratamentos de transferência de dados¹⁶⁸ e de verificação¹⁶⁹, este último mais enfaticamente, embora se tente afastar a insistente verdade lógica¹⁷⁰ que acompanha a análise de dados estatísticos, para se deduzir o significado dessas informações.

Mesmo que se levassem em conta os riscos de utilizar um dado carcerário como índice de regulação social, nas palavras de Elena Larrauri Pijoan¹⁷¹, em face de tantos outros indicadores que poderiam ser levados em consideração no resultado de uma pesquisa, o fato é

167 “A codificação constitui a primeira operação na organização do material. Na prática, trata-se de atribuir um código a cada um dos dados coletados e de ordená-los por isso mesmo em categorias”. LAVILLE, Christian. A construção do saber: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas. Belo Horizonte: UFMG, 1999. p. 199.

168 “Transferir os dados é simplesmente transcrevê-los em um quadro mais funcional para o trabalho de análise e de interpretação, transformando-os, às vezes, graças à codificação”. LAVILLE, Christian. Op. Cit. p. 202.

169 “O processo de verificação começa na recepção dos dados brutos: preocupado em não despender em vão suas energias, o pesquisador eliminará desde logo os dados que não podem servir a seus fins porque são incompreensíveis, incompletos, inadequados.”. LAVILLE, Christian. Op. Cit. p. 203.

170 “Nos manuais de direito, há uma preferência desproporcional pelas questões de mensuração e verificação na relação entre palavras e unidades ontológicas (objetos, estados de coisa, acontecimentos). Centram a atenção na verdade lógica, a despeito, inclusive, das lógicas não-clássicas (lógica do conhecimento ou epistêmica; lógicas das crenças ou doxástica; lógicas de tempos verbais; lógicas modais (conceitos de necessidade e possibilidade), que são tentativas dos lógicos em aplicar os sistemas de inferência lógica às línguas naturais. O termo inferência, preferido e adotado pelos anglosaxões, corresponde ao termo italiano *illazione* (ilação). “Inferir uma proposição de uma ou mais proposições antecedentes, assentir ou crer nela como conclusão de qualquer outra coisa, isto é raciocinar no mais amplo significado do termo”...”. COLARES, Virgínia. Direito, produção de sentidos e o “Regime de Liberdade Condicional”. Disponível em: <http://www.jfce.jus.br/internet/sites/site2011/modelos/esmafe/materialDidatico/documentos/discursoJuridicoDecisao/09-direitoProducaoSentidos-VirginiaColares.pdf>. p. 216/217. Acesso em 21.02.2012.

171 “Si intentamos derivar cuán punitiva es una sociedad basándonos solamente en el índice de encarcelamiento esta conclusión pareciera en efecto apresurada, pues existen muchos otros indicadores para medir la ‘punitividad’”. PIJOAN, Elena Larrauri. La economía política del castigo. <http://criminnet.ugr.es/repec>. Acesso em 05.12.2011.

que, para se partir de um princípio de que a reincidência guarda íntima relação com o ambiente carcerário, os dados ora levantados servem, ao menos, como parâmetro de balizamento ao estudo.

Como esse trabalho delimitou o estudo nos crimes de maior potencial ofensivo, aos quais foram impostos a sanção penal através da pena carcerária, e por conseguinte, evidenciou a necessidade de se avaliar as consequências do período de encarceramento, afastaram-se dos dados estatísticos o percentual dos crimes abrangidos pela “cifra oculta da criminalidade”, como também os crimes de menor e médio potencial ofensivo, uma vez que estes, na sua grande maioria, não se submetem ao efeito produzido pela prisão.

Na mesma vertente, não integrou o estudo os dados de prisão provisória – muito em respeito ao princípio da presunção de inocência – que poderiam deixar inconsistente a análise, posto que o aprisionamento provisório não significa efetivamente uma condenação, interferindo de forma negativa no resultado da análise. Para tanto, já no processo inicial de verificação, fez-se necessário selecionar os dados integrais, em virtude neles constar alguns crimes que não chegariam a somatizar percentual valorativo para os fins da pesquisa, e, portanto, não compunham os grupos principais da análise.

Assim, utilizando-se, apenas, as guias definitivas de execução penal de cada apenado, fornecidas pelo TJPB, as quais contabilizavam 11.856 registros, a primeira verificação baseou-se na eliminação dos registros de crimes isolados, os quais não atingiam o percentual de 0,01% de incidência no total avaliado. Desta maneira, reduziu-se o número primário ao montante de 8.770 registros. Na segunda verificação, foram afastados os crimes que, embora guardassem adesão aos grupos pesquisados, não registravam números suficientes para interferir nos percentuais, e com isso materializou-se o número de 8.288 registros que serviriam ao estudo. Em seguida, dentro de um consórcio entre transferência de dados e verificação, foram separados os delitos em grupos, de acordo com a disposição estrutural do Código Penal e das leis penais extravagantes, para possibilitar uma melhor análise criminológica.

Para uma melhor interpretação dos números da pesquisa, tornou-se essencial encontrar a quantidade de vezes que cada indivíduo repetiu as ações delituosas, bem como quais foram essas ações, levando-se em consideração os grupos de maior incidência, além de entrelaçar os resultados de cada grupo de gêneros específicos. Segue, abaixo, o resultado dessa verificação:

INDICADOR: PROCESSOS ATIVOS NA VEP / PRINCIPAIS CRIMES REGISTRADOS POR GÊNERO						8,288
SEPARADO POR GRUPOS:						
CÓDIGO PENAL						
CRIMES CONTRA A PESSOA						1,613
	Total	Primários	REINCIDÊNCIA			
			1ª prática	2ª prática	+ de 3 praticas	
Homicídio (art. 121, caput e §§)	1304	578	304	257	165	
Lesão Corporal (art. 129, caput e §§)	272	96	79	56	41	
Sequestro e Cárcere Privado (art. 148)	23	7	3	6	7	
Violação de Domicílio (Art. 150)	14	5	2	5	2	
<i>Incidência do gênero:</i>		686	388	324	215	
CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO						4,293
	Total	Primários	REINCIDÊNCIA			
			1ª prática	2ª prática	+ de 3 praticas	
Furto (Art. 155, caput e §§)	1207	407	318	282	200	
Roubo (Art. 157, caput e §§)	2678	1020	593	591	574	
Apropriação Indébita (Art. 168, caput e §§)	45	35	2	5	3	
Dano (Art. 163, caput e §§)	45	17	8	12	8	
Estelionato (Art. 171, caput e §§)	176	90	34	29	25	
Extorsão (Art. 158, caput e §§)	28	8	9	6	5	
Extorsão m. Sequestro (Art. 159, caput e §§)	16	7	4	2	3	
Receptação (Art. 180, caput e §§)	98	36	17	23	22	
<i>Incidência do gênero:</i>		1620	985	950	840	
CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL						285
	Total	Primários	REINCIDÊNCIA			
			1ª prática	2ª prática	+ de 3 praticas	
Estupro (Art. 213 / Art. 217-A)	171	78	34	33	26	
Atentado violento ao pudor (art. 214 - rev.)	114	61	21	23	9	
<i>Incidência do gênero:</i>		139	55	56	35	
ESPÉCIES DE CRIMES DE DIVERSOS GÊNEROS						507
	Total	Primários	REINCIDÊNCIA			
			1ª prática	2ª prática	+ de 3 praticas	
Corrupção Ativa (Art. 333)	19	9	2	5	3	
Falsa Identidade (art. 307)	27	7	4	7	9	
Falsidade de Doc. Particular (Art. 298)	12	8	2	1	1	
Falsidade de Documento Público (Art. 297)	25	12	3	2	9	
Falsidade Ideológica (Art. 299)	25	13	5	5	2	
Formação de Quadrilha (Art. 288)	210	64	43	45	58	
Incêndio (Art. 250)	20	13	6		1	
Peculato (Art. 312)	14	12	1	1		
Resistência (Art. 329)	91	28	15	23	25	
Uso de Documento Falso (Art. 304)	32	13	6	5	8	
Vilolação de Sepultura (Art. 210)	32	16	7	5	4	
<i>Incidência do gênero:</i>		195	94	99	120	
LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA						
Entorpecentes (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/06)						719
	Total	Primários	REINCIDÊNCIA			
			1ª prática	2ª prática	+ de 3 praticas	
Associação para o tráfico – 2006	16	10	1	3	3	
Associação para o tráfico – 1976	53	35	5	7	6	
Consumo de Drogas – 1976	152	29	46	35	42	
Consumo de Drogas – 2006	21	4	3	10	4	
Tráfico de Drogas – 1976	346	148	44	87	67	
Tráfico de Drogas – 2006	131	97	2	21	12	
<i>Incidência do gênero:</i>		323	101	163	134	
Estatuto do Desarmamento (Lei 9.437/97 e Lei 10.826/2003)						871
	Total	Primários	REINCIDÊNCIA			
			1ª prática	2ª prática	+ de 3 praticas	
Porte Ilegal de Arma de Fogo - 1997	289	64	72	85	68	
Porte Ilegal de Arma de Fogo - 2003	390	210	36	59	48	
Posse Irregular de Arma de Fogo - 1997	37	20	9		8	
Tráfico Internacional de Armas - 2003	77	34	7	15	21	
Disparo de Arma de Fogo - 2003	18	12	2	1	3	
Porte ou Posse de Arma de Fogo de uso Restrito 2003	60	25	3	19	13	
<i>Incidência do gênero:</i>		365	129	179	161	

Quadro 1: Pesquisa realizada em agosto/2011, que relaciona os delitos verificados na análise, divididos por grupos dos gêneros considerados de maior incidência, e integrantes do conceito de maior potencial ofensivo, identificando os números correspondentes a cada espécie de delito, bem como a repetição do ato por um mesmo indivíduo.

Alguns dados sociais servem como requisitos à análise, uma vez que sugerem parâmetros para se estabelecer uma tendência específica da região.

Agosto/2011.

INDICATIVOS SOCIAIS	
População Carcerária no Estado	8.070*
Número de Habitantes no Estado:	3.766.528**
População Carcerária por 100.000 habitantes:	467
População Carcerária na Capital (PB)	2.963*
Número de Habitantes:	723.515**
População Carcerária por 100.000 habitantes:	244

Quadro 2: indicativos sociais relacionados à população carcerária.
 Fonte (*): Secretaria de Administração Penitenciária do Governo do Estado da Paraíba¹⁷²;
 Fonte (**): IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística¹⁷³.

Os registros verificados apontavam os crimes praticados pelos apenados que estão sob a tutela do Estado da Paraíba, e evidenciavam que muitos deles já haviam reincidido em ações delituosas. Desta forma, as guias ativas de execução penal no sistema da VEP, com ênfase aos cinco crimes de maior incidência – já selecionados no tópico 2.3.2 -, e que contabilizaram 8.288 delitos, praticados pelos 2.963 apenados, foram divididas da seguinte forma: 4.293 delitos contra o patrimônio, o que corresponde a 52% do total; 1.613 crimes contra a pessoa, o que representa 19% da criminalidade; as infrações dispostas no Estatuto do Desarmamento (Lei 9.437/97 e Lei 10.826/2003) são responsáveis por 871 delitos, o que significa 11% do somatório geral; 719 apenados cometeram crimes previstos na Lei de Drogas (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/06), contribuindo com 9% do total da pesquisa; e por último, os crimes sexuais são responsáveis por 3% da população carcerária, ou seja, 285 infrações. Os demais delitos somados na pesquisa representam os 6% que restam para a totalidade das infrações.

¹⁷² <http://www.paraiba.pb.gov.br/wp-content/uploads/2011/04/PLANILHA-MAIO-11.pdf?4c9b33>. Acesso em 20.02.2012.

¹⁷³ <http://www.ibge.gov.br/estadosat/perfil.php?sigla=pb>. Acesso em 20.02.2012.

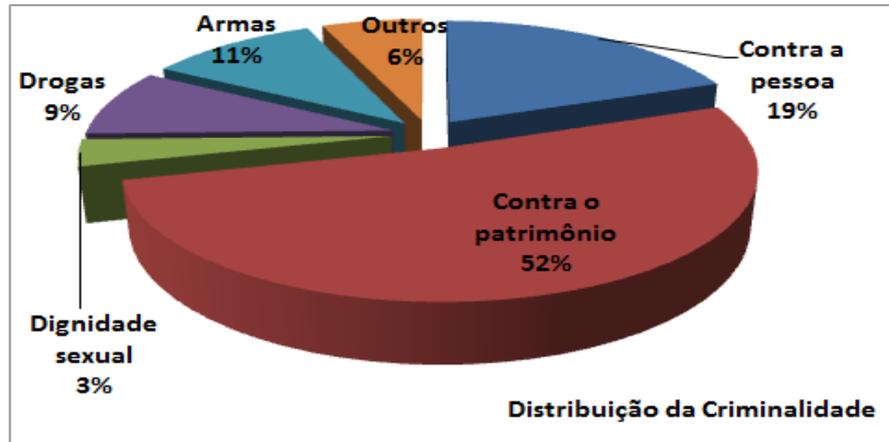


Gráfico 3: Os Principais crimes praticados na Capital Paraibana que resultaram em condenação dos seus autores, divididos em percentuais (Agosto/2011).

Guardado as devidas proporções, bem como as peculiaridades regionais com relação aos delitos não especificamente patrimoniais, o maciço conjunto de crimes contra o patrimônio acompanha a esmagadora estatística nacional. E esse número de ações delituosas, comparadas ao número da população carcerária por 100.000 habitantes, expõe, sobremaneira, uma inclinação dos dados coletados para servirem como amostragem¹⁷⁴ de um cenário mais amplo do que o universo territorial da pesquisa. Em agosto de 2011, época que se realizou a pesquisa no bando de dados da VEP paraibana, o número da população carcerária no Brasil, por 100 mil habitantes, correspondia a 269,38. Na capital paraibana, objeto territorial da pesquisa, esse índice corresponde a 244, bastante semelhante ao índice nacional. Isso resulta no reconhecimento dos dados coletados para servirem aos propósitos da presente discussão.

Por conta disso, tomando como base uma análise quantitativa e qualitativa dos dados obtidos, o trabalho não se resumiu a produzir mais um registro de estatística da população carcerária, mas sim, e com especial relevância, a análise se pautou em evidenciar os delitos cometidos por um mesmo indivíduo, de forma reiterada, capaz de demonstrar, com base na data dos respectivos delitos, qual o seu caminho criminológico.

Nesta análise, foram separados os indivíduos que só registram uma passagem pelo cárcere, intitulado-os de “primários”. Em seguida, àqueles que registravam mais de uma infração, atribuiu-se o título de “reincidentes”, de forma sequenciada de acordo com a data que cometeram as respectivas infrações. Saliente-se que se trata de guias definitivas de execução penal, portanto, com trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

174 “O caráter representativo de uma amostra depende evidentemente da maneira pela qual ela é estabelecida. Diversas técnicas foram elaboradas para assegurar tanto quanto possível tal representatividade; mas, apesar do seu requite, que permite diminuir muitas vezes os erros de amostragem, isto é, as diferenças entre as características da amostra e as da população de que foi tirada, tais erros continuam sempre possíveis, incitando os pesquisadores a exercer vigilância e seu senso crítico”. LAVILLE, Christian. Op. Cit. p. 169.

Dentro do percentual de registros dos “reincidentes”, em virtude do grande número de indivíduos que continham registros de mais de duas práticas delitivas, foi necessário separar os níveis de reincidência. Para tanto, separou-se em três níveis: aqueles que continham mais de um registro, na ordem da data da prática do delito, foram pontificados em cada delito a prática da “1ª reincidência (1ªR)”, que para a série de crimes praticados significava a primariedade de suas ações; a segunda prática delituosa como “2ª reincidência (2ªR)”; e as demais (3ª, 4ª, 5ª, em diante) como “mais de 3 práticas reincidentes (+3R).

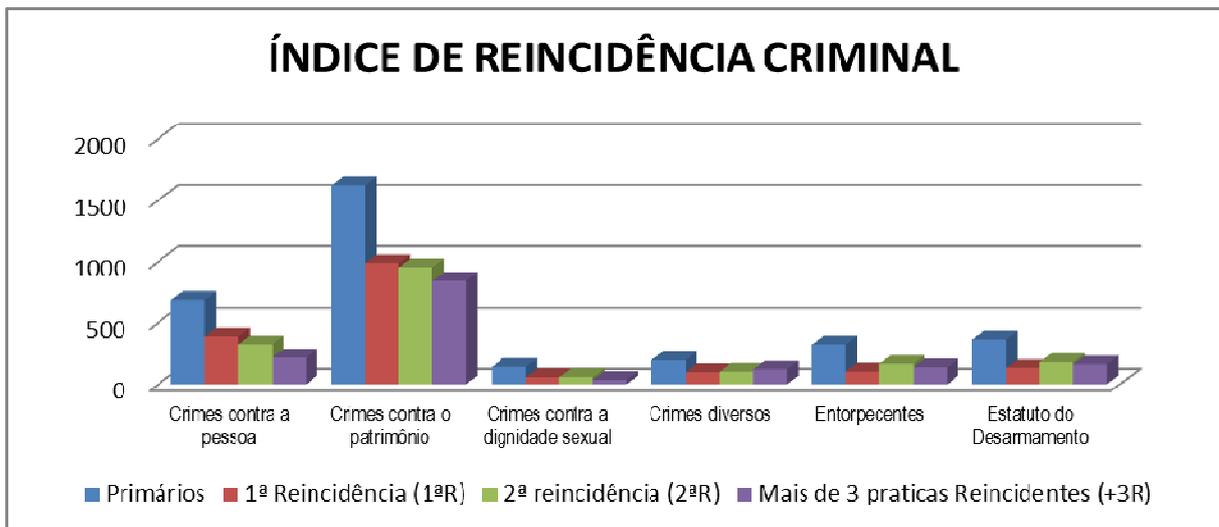


Gráfico 4: Destaca as diferentes repercussões dos crimes separados por gênero, com relação às sucessivas reincidências criminais (Agosto/2011).

O que importa perceber nos dados do Gráfico 4, para efeito do presente estudo, é a reincidência nos gêneros dos crimes, não apenas a primeira, mas, principalmente, as sucessivas. Por isso afasta-se a análise sobre a primariedade. Ela corresponde ao maior número dos crimes, em todos os gêneros, e como os dados sobre a primariedade, diante do critério adotado, significam a única infração do indivíduo, não havendo mais registro de condenação definitiva¹⁷⁵, é enfático a necessidade de dar outra roupagem ao encarceramento, para que se diminua o índice de reincidência.

Quando se passa a observar a série de reincidências - 1ªR, 2ªR, e +3R – nota-se um descompasso no decorrer das sucessivas repetições das práticas delitivas, algumas mais significativas do que as outras. Percebe-se que, excetuando-se os crimes contra a pessoa e os crimes contra o patrimônio, os demais demonstram que o gráfico de reincidências não ultrapassa a metade da primariedade. Em sentido oposto, os dois gráficos de maior incidência

¹⁷⁵ Isso não quer dizer que os indivíduos que foram analisados não voltaram a delinquir, uma vez que há possibilidade de que ainda respondam a processo criminal que não transitou em julgado, ficando, assim, de fora da presente análise.

(pessoa e patrimônio), demonstram que a reincidência ultrapassa a metade dos crimes cometidos pelos primários. Como um mesmo indivíduo pontua nos dados apresentados pelos gráficos 1ªR, 2ªR, e +3R, sugere-se que a população carcerária é formada por mais primários do que reincidentes.

Outro destaque dessa análise é a propensão para permanecer na mesma prática. Quando se observam os gráficos 1ªR, 2ªR, e +3R, percebe-se que no tocante aos crimes contra a pessoa e crimes contra a dignidade sexual, a tendência é que a prática deles venha a ser abandonadas com o passar das sucessivas práticas delituosas, posto que seus registros vão diminuindo. No entanto, os crimes contra o patrimônio, e os que detêm natureza patrimonial, anunciam uma estabilidade ou crescimento com o passar das sucessivas reincidências. É de bom alvitre explicar que a pequena redução entre estágios de reincidência não significa um desestímulo à prática de determinado gênero, mas, tão somente, a natural redução dos indivíduos reincientes, na maioria das vezes provocada pela morte prematura.

Observa-se que os grupos dos crimes contra a pessoa e contra o patrimônio demonstram uma maior incidência, ao tempo em que se verifica certa regularidade entre esses dois gêneros de crimes, no tocante aos gráficos das.

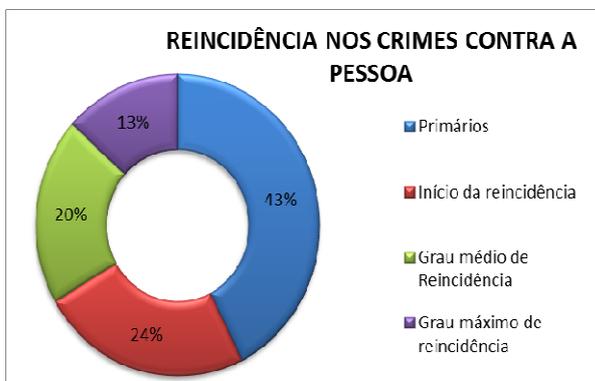


Gráfico 5: Divide em percentuais a permanência na prática dos crimes contra a pessoa, tanto na primariedade quanto nas sucessivas reincidências (Agosto/2011).



Gráfico 6: Divide em percentuais a permanência na prática dos crimes contra o patrimônio, tanto na primariedade quanto nas sucessivas reincidências (Agosto/2011).

Ao evidenciarem-se os dois gêneros mais enfáticos com relação ao nível de encarceramento, a análise se prende no percentual de permanência que cada grupo dedica ao longo das sucessivas reincidências criminais. Para tanto, analisam-se os grupos separadamente: No gráfico 5, o índice de 43% reflete os conflitos pessoais como os de maior propensão a atrair o indivíduo às primeiras práticas infracionais. A partir daí, o efeito é inverso, quando se analisa a reincidência. A tendência é de uma diminuição no percentual de reincidentes nos crimes contra a pessoa (24% - 22% - 13%), evidenciando que não há

expansão dessa prática delituosa. Já na análise do gráfico 6, se constata quase uma estabilidade nos crimes contra o patrimônio (22% - 22% - 19%), quando se trata de reincidência, e com relação a esta, uma maior proximidade do índice de primariedade, evidenciando uma espécie de contínuismo ou dependência. A hermenêutica não poderia ser outra: Os crimes patrimoniais promovem uma maior permanência do indivíduo na criminalidade.

Assim, evidenciou-se, que os primeiros delitos de cada gênero, correspondentes na estatística ao grupo dos primários e aos grupos da 1ª prática dos reincidentes, engloba a maioria dos apenados, ou seja, 5.080. O enfoque, então, partiu do comparativo entre os índices de reincidência no mesmo gênero e, ao final, a interferência de um gênero no outro, para a evolução criminal da população carcerária.

Tomando como base os dois maiores índices de atuação delitiva - dados apresentados no quadro 1 -, ou seja, os *Crimes Patrimoniais* (CrP) e os *Crimes Contra a Pessoa* (CrCP), registram-se os seguintes números: Primários: CrP – 1.620 apenados; CrCP – 686 apenados; 1º crime do reincidente (1ªR): CrP – 985 apenados; CrCP – 388 apenados; 2º crime do reincidência (2ªR): CrP – 950 apenados; CrCP – 324 apenados; segunda ou mais reincidências (+3R): CrP – 840 apenados; CrCP – 215 apenados.

Com esses dados foi possível verificar que a criminalidade é iniciada por crimes contra o patrimônio 136% a mais do que contra a pessoa; Esse percentual aumenta para 153% quando se trata da análise daquele grupo de reincidentes, com relação ao primeiro delito da série; Chega a 193% quando se registra, de fato, a primeira reincidência, ou seja, o motivo do retorno do egresso ao cárcere e segue com o mesmo patamar de quase 400% de preferência quando se depara com as demais reiterações de contutas, a ponto de registrar no somatório das sucessivas reincidências uma “preferência” – quase que impositiva – do percentual de reincidência patrimonial na ordem de 200%¹⁷⁶. Essa disposição é demonstrada nos gráficos abaixo, oriundos da pesquisa realizada em agosto de 2011:

¹⁷⁶ Percentual obtido através do somatório de todos os números de práticas reincidentes nos crimes contra o patrimônio, que representam 2.775 delitos, em comparação com o somatório de todos os número de práticas reincidentes nos crimes contra a pessoa, que representam 927 delitos.

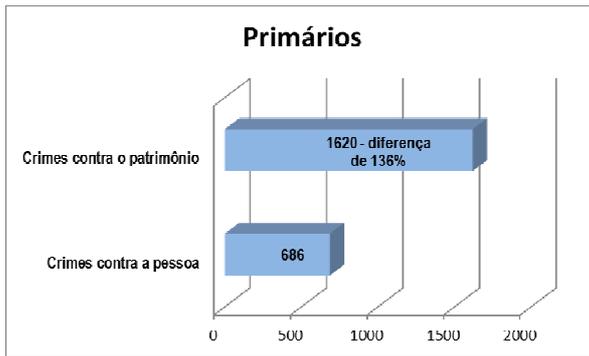


Gráfico 7: Representa a quantidade de indivíduos que somente praticaram uma ação delituosa que resultou no trânsito em julgado da sentença condenatória. Chegou-se a esse percentual através do cálculo do número de primários dos crimes contra o patrimônio, que representam 1.620 apenados, em comparação com o número de primários dos crimes contra a pessoa, que representam 686 apenados.

A análise evidencia que o crime patrimonial representa mais que o dobro dos crimes contra a pessoa, e anuncia a necessidade de se preocupar com o retorno no primário à sociedade.

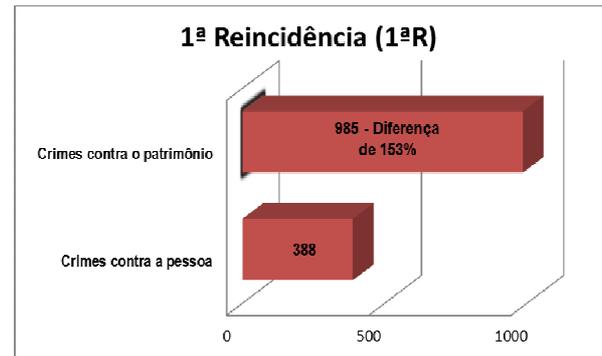


Gráfico 8: Representa a quantidade de indivíduos que praticaram a primeira ação delituosa da sua série de reincidências. Chegou-se a esse percentual através do cálculo do número de indivíduos que praticaram a primeira ação da série de reincidência dos crimes contra o patrimônio, que representam 985 apenados, em comparação com o número de indivíduos que praticaram a primeira ação da série de reincidência dos crimes contra a pessoa, que representam 388 apenados.

Dentro do grupo dos indivíduos que reincidem nas práticas delitivas, demonstra-se que a primeira repetição da ação delituosa chega a ser duas vezes e meia a mais nos crimes patrimoniais, com referência aos crimes contra a pessoa, evidenciando a mudança de atitude do indivíduo delinquente.

Estes dois índices estatísticos merecem análises distintas. Quando a pesquisa evidenciou um número considerável de indivíduos que não se registraram outras condenações – considere a mesma advertência da nota 171 -, os quais se intitulou de “primários”, bem como uma série de indivíduos que registraram mais de uma condenação, os quais se intitulou de “reincidentes”, é necessário considerar o seguinte aspecto: o número de crimes cometidos pela primeira ação dos reincidentes corresponde a uma ação “primária”, que somente se tornou reincidente com o registro de condenação pelo segundo delito. Ou seja, 1.373 indivíduos¹⁷⁷ retornaram a praticar ações delituosas impulsionados pelos feitos do encarceramento, e pela influência - na maioria dos casos – pelos crimes contra o patrimônio. Essa evidência se concretiza com a análise dos demais níveis de reincidência.

¹⁷⁷ número obtido através do somatório dos primeiros atos do reincidente nos crimes contra o patrimônio, que representam 985 indivíduos com o mesmo número dos crimes contra a pessoa, que representam 388 indivíduos.

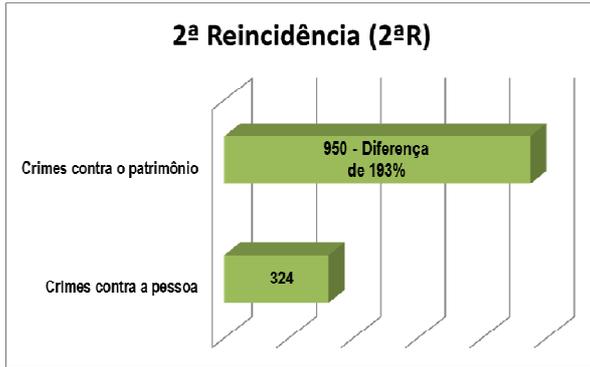


Gráfico 9: Representa a quantidade de indivíduos que repetiram ações delituosas mais de uma vez, em sua série de reincidências. Chegou-se a esse percentual através do cálculo do número de indivíduos que praticaram a segunda ação da série de reincidência dos crimes contra o patrimônio, que representam 950 apenados, em comparação com o número de indivíduos que praticaram a segunda ação da série de reincidência dos crimes contra a pessoa, que representam 324 apenados.

Esse continuísmo amplia as ações delituosas contra o patrimônio, que chega a ser quase três vezes mais do que os crimes contra a pessoa, firmando o conceito de que o círculo entre o ambiente carcerário e a criminalidade de rua guarda íntima relação com os crimes patrimoniais.

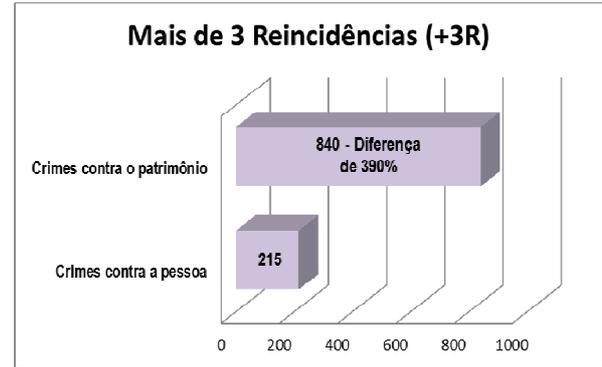


Gráfico 10: Representa a definitiva permanência dos indivíduos como reincidentes criminais, pois repetem ações delituosas três ou mais vezes, em sua série de reincidências. Chegou-se a esse percentual através do cálculo do número de indivíduos que praticaram três ou mais ações da série de reincidência dos crimes contra o patrimônio, que representam 840 apenados, em comparação com o número de indivíduos que praticaram mais de três ações da série de reincidência dos crimes contra a pessoa, que representam 215 apenados.

Definitivamente, um índice de quase 400% de prática delitiva patrimonial em comparação ao segundo grupo de maior incidência criminal, demonstra a aderência do patrimônio ao fenômeno da reincidência, muito por força da influência do ambiente carcerário.

Para se chegar a esse percentual, foram analisados todos os 8.288 registros individualmente, e separados por grupos e por gêneros de delitos, tomando-se como base nos seguintes dados:

a) **nome do apenado:** utilizando-se das ferramentas de indexação, foi possível ordenar os dados dos registros de forma alfabética, fazendo com que os nomes repetidos aparecessem em sequência. Precisava-se, então, de um dado que distinguísse os nomes repetidos, entre um mero cadastramento duplicado e os registros de novos delitos;

b) **Número da guia VEP:** Com esse dado, que apontava cada guia definitiva que havia sido expedida em nome do apenado, foi possível distinguir os diversos processos que povocaram a condenação do indivíduo analisado. Mas, ainda assim poderiam haver duplicidades no cadastramento de guias de recolhimento diferentes, oriundas de um mesmo processo principal;

c) **Número do processo na VEP:** Conferindo-se o número das guias de execução e o número do processo na VEP, foi possível evitar a duplicidades de registros, passando a considerar o indivíduo analisado como reincidente;

d) **Juízo competente para execução da pena:** Dado que foi relevante, apenas, para delimitar a região da pesquisa, ou seja, se os dados pertenciam a Comarca da Capital paraibana;

e) **Número do processo de origem:** Ao tempo que colaboraria com a inexistência de análise de dados duplicados, serviria para especificar as varas processantes;

f) **data do fato delituoso:** Uma vez assegurada a idoneidade dos registros que evidenciavam a reincidência criminal, a data do fato delituoso se tornou importante dado, pois serviria como base para se apontar a reincidência, posto que esclarecia a sequencial de datas dos crimes praticados, e se encaixaria no conceito de reincidência utilizado no presente trabalho;

g) **Crime praticado:** Ordenados, então, pelo nome e pela data do crime, devidamente conferidos pelos registros na VEP, para fundamentar a problemática da pesquisa, esse dado separaria os grupos de estudos;

h) **Data da prisão:** Uma vez sequenciada a reincidência, bem como os crimes praticados, seria necessária para embasar o estudo a data do encarceramento, pois assim seriam evidenciados os efeitos do cárcere na reincidência;

i) **Data da sentença condenatória:** Elemento importante, uma vez que o encarceramento poderia ser provocado por diversas espécies de prisão – flagrante; preventiva; temporária; ou definitiva – contabilizando-se os seus efeitos.

Mesmo ordenando os dados estatísticos, por si só não se poderia evidenciar uma problemática, nem mesmo responder aos questionamentos que originaram a pesquisa. Seria necessária a interpretação desses dados, como ensina Laville & Dionne:

Os testes estatísticos são apenas aplicações de procedimentos e de fórmulas que, de números, tiram outros números: estes últimos traduzem-se em enunciados de caráter probalista, enunciados preferentemente simples, que constata a presença de relações estatisticamente significativas e que apreciam sua intensidade. Mas, se contribuem desse modo, para a elucidação de fenômenos ou situações, esses instrumentos não possuem senão um poder limitado. São, dentre outros, desprovidos de poder explicativo: ajudam a ver as relações possíveis, mas só o pesquisador pode dar um sentido ao que é assim esclarecido. É aí, uma vez efetuados os cálculos, que intervém a etapa obrigatória da interpretação¹⁷⁸.

O sentido aos dados estatísticos colhidos começou e ser delineado quando da análise dos números fornecidos pelos registros da VEP paraibana, no aspecto quantitativo em comparação aos demais dados da mesma origem. Daí passou-se a tecer comentários e apontar deduções sobre suas informações, dentro de uma análise qualitativa, mas ainda de forma generalizada. A partir dessa qualificação dos dados, foi possível colher amostras, que a

178 LAVILLE, Christian. Op. Cit. p. 213.

princípio teve de ser por grupo¹⁷⁹, para depois seguir de forma aleatória¹⁸⁰, com o propósito de expor empiricamente o resultado da pesquisa.

Com isso, apesar do banco de dados da VEP paraibana apontar, apenas, algumas peculiaridades do processo, foi possível absorver a realidade vivenciada pelos apenados, como forma de visualizar o resultado da pesquisa em dado personalizado. Assim, escolheu-se de forma aleatória, três amostras, dentre as demais, para evidenciar o estudo, as quais prezaram-se pela existência de crimes diversos, dentro das hipóteses de entrelaçamento dos crimes com viés patrimonial.

Na primeira amostra cita-se o caso de Z. D. dos S.¹⁸¹, solteiro, residente na capital paraibana. Em 19 de julho de 1998, com 19 anos de idade, cometeu sua primeira infração penal, a de lesão corporal grave, crime previsto no artigo 129, § 1º, II, do diploma punitivo pátrio¹⁸². Após um período preventivo de cárcere, experimentado antes da liberdade provisória, foi sentenciado em 12 de abril de 2001, condenado a cumprir 02 anos e 06 meses de reclusão, cujo início do cumprimento da pena já havia sido antecipado, em face da prisão em flagrante pelo segundo delito, ocorrido em 18 de maio de 2000, desta vez pela prática do crime esculpido no artigo 157, § 2º, I e II, do CP¹⁸³ (Roubo duplamente qualificado), que lhe resultou mais uma pena, desta vez de 12 anos e 06 meses de reclusão. Após um período de efetivo cumprimento da pena imposta, em liberdade – o sistema não afirma se por fuga ou pela progressão de regime, prefere-se entender esta última hipótese por força do tempo de cárcere e pela inexistência de pena pelo delito de evasão¹⁸⁴ – voltou a delinquir, sendo preso em flagrante no dia 29 de junho de 2004, agora reincidido de forma específica, ao renovar a mesma conduta prevista como roubo duplamente qualificado (157, § 2º, I e II, do CP), acrescentando às punições anteriores mais 06 anos e 08 meses de reclusão. Em 18 de maio de 2009, foi novamente condenado a cumprir mais 06 anos de reclusão, desta vez pela prática do

179 “É uma amostra probalística formada pela seleção de agrupamentos de elementos (e, eventualmente, por diversas ordens de subgrupos) em cujo interior serão finalmente escolhidos de modo aleatório”. LAVILLE, Christian. Op. Cit. p. 171.

180 “É uma amostra probalística formada por sorteio, concedendo a todos os elementos da população uma oportunidade igual de serem escolhidos”. LAVILLE, Christian. Op. Cit. p. 171.

181 Processo VEP virtual 16130649420018152002. <https://vep.tjpb.jus.br/VEPCNJ/PeticaoProcessos>. Acesso em 18.09.2011.

182 Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: § 1º Se resulta: II - perigo de vida; Pena - reclusão, de um a cinco anos. Código Penal http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em 13.09.2011.

183 Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa. § 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade: I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma; II - se há o concurso de duas ou mais pessoas. Código Penal http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em 13.09.2011.

184 Art. 352 - Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa: Pena - detenção, de três meses a um ano, além da pena correspondente à violência. Código Penal http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em 13.09.2011.

crime de tráfico ilícito de entorpecentes, previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006¹⁸⁵. Ao todo, Z. D. dos S. cumprirá 27 anos e 08 meses de pena privativa de liberdade.

A segunda amostra da pesquisa se pautou no caso de S. R. L, natural do Município de Guarabira (PB), solteiro, mecânico, residente na capital. Em 23 de setembro de 1994, com 18 anos de idade, foi condenado por roubo duplamente qualificado em concurso material com o delito de lesão corporal leve¹⁸⁶. Vivenciando a custódia cautelar, sua culpabilidade foi abrandada por força de concorrência durante o *inter criminis* ter sido de menor importância, aplicando-lhe a teoria monista que lhe coube a figura de “partícipe¹⁸⁷”, restando-lhe, assim, a reprimenda de 01 ano de reclusão. A partir de então, já com o estigma de ex-presos, retornou ao crime em 24 de março de 1995, como autor do crime de latrocínio, previsto no art. 157, § 3º, segunda parte, do CP¹⁸⁸, o que lhe restou a pesada pena de 27 anos de reclusão. Decorridos aproximadamente 12 anos, em 16 de setembro de 2007, praticou mais um crime patrimonial, ou seja, o já mencionado roubo duplamente qualificado (157, § 2º, I e II, do CP), que lhe acrescentou mais 08 anos de reclusão. Somados, S. R. L. destinou 36 anos de sua vida ao ambiente carcerário.

A terceira amostra evidencia a realidade feminina. G. S. de F.¹⁸⁹, solteira, desempregada, natural e residente na capital paraibana, na data do fato com 22 anos de idade, em 04 de setembro de 2001 foi presa em flagrante como incurso nas penas do artigo 10, § 1º, III, da Lei 9.437/1997¹⁹⁰ (disparo em via pública), que tratava, à época, sobre os crimes que envolviam o sistema nacional de armas, já revogada pela Lei 10.836/2003. Por essa conduta foi sentenciada em 24 de outubro de 2002, condenada a cumprir uma pena de 01 ano e 03 meses de detenção. Vivendo em semiliberdade, passou a cometer pequenos furtos, aparentemente evidenciando estar sem condições de subsistência. O primeiro deles em 05 de janeiro de 2002, que resultou na sua prisão em flagrante, pela prática do crime tipificado no

185 Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

186 Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. Código Penal http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em 13.09.2011.

187 Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Código Penal http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em 13.09.2011.

188 Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: § 3º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa. Código Penal http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em 13.09.2011.

189 Processo VEP virtual 30219696920028152002. <https://vep.tjpb.jus.br/VEPCNJ/PeticaoProcessos>. Acesso em 18.09.2011.

190 Art. 10. Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena - detenção de um a dois anos e multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: III - disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que o fato não constitua crime mais grave. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9437.htm. Acesso em 18.09.2011.

artigo 155, *caput*, do CP¹⁹¹, ficando presa provisoriamente até a data da sentença, ou seja, em 25 de julho de 2002, quando lhe aplicara uma reprimenda de 08 meses de detenção, relaxando, por conseguinte, a prisão. Durante o cárcere preventivo – acredita-se que por concessão da liberdade, uma vez que não há registro de saída temporária, ou mesmo fuga – praticou nova ação criminosa, se bem que de menor gravidade, quando em 10 de abril de 2002 reinterou a conduta de furto, desta vez na modalidade minorada, conduta prevista no art. 155, § 2º, do CP¹⁹², acrescentando às suas penas anteriores o montante de 05 meses e 10 dias de detenção. Cumpre observar que o judiciário foi benevolente com a apenada, pois cuidou de oportunizar a sua liberdade, mesmo diante do registro de maus antecedentes. Contudo, as suas idas e vindas da prisão sugerem uma exclusão social, uma vez que os seus atos sempre se postaram no sentido contrário ao da licitude, e a mantiveram atrelados aos crimes patrimoniais. Em 25 de dezembro de 2003, durante a comemoração natalina, foi novamente presa em flagrante ao cometer o delito de roubo duplamente qualificado (157, § 2º, I e II, do CP), cuja sentença, em 05 de novembro de 2004, lhe aplicou a pena de 10 anos e 08 meses de reclusão. O presente registro demonstra a problemática de sobreviver, após a marca do cárcere.

Com essas amostras, diversas são as motivações para a adesão dos jovens ao ambiente criminal. Uma delas sugere uma ausência de opção do egresso do sistema penitenciário, quando se demonstra interligar a reincidência aos crimes patrimoniais, fruto de um processo de desconstituição do profissionalismo do apenado, e após a experiência no ambiente carcerário. Muito embora se anunciem propostas de assistência ao egresso, esta ilusão não resulta em desestímulo ao cometimento de crimes. Esses dados de reincidência não versam, unicamente, sobre crimes contra a pessoa que se desdobram em crimes contra o patrimônio. Há, igualmente, propensão a reincidir em crimes patrimoniais também nos demais delitos de maior potencial ofensivo, a exemplo do estupro e do tráfico de drogas.

Assim, não se pode olvidar que a natureza criminal dos reincidentes é direcionada pelos representantes da sociedade, através de suas atitudes de exclusão social, principalmente no que tange aos efeitos dessa exclusão se sediar em ações eminentemente patrimoniais. Constata-se, conseqüentemente, que as ações voltadas para a solução dessa situação devem seguir a linha de cunho econômico.

191 Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. Código Penal http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em 13.09.2011.

192 Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa. Código Penal http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em 13.09.2011.

Diante dessa vertente, as organizações criminosas que traficam entorpecentes acenam com muita ênfase aos que necessitam prover o próprio sustento. Frente às necessidades naturais de sobrevivência, ampliadas pela tatuagem de ex-presidiário, a sedução oriunda da criminalidade encontra no egresso um solo fértil para sua inserção no rol dos componentes, ou prováveis componentes, das organizações criminosas. É depois de percorrer um caminho aparentemente sem volta, que a reincidência se torna imperativa, e o retorno ao convívio prisional – quando não é interrompido pela morte prematura – será questão de tempo.

Como esse trabalho delimitou em duas maiores bases a análise sobre os efeitos da reincidência criminal, percebe-se que elas estão diretamente ligadas, através do círculo formado pelas idas e vindas ao cárcere, expondo, sobremaneira, a falha no processo de reinserção social. Esse efeito circular demanda estudo sobre a sua interferência nas propostas de incluir o egresso do sistema carcerário na sociedade civil.

2.6. Considerações.

A ótica ora estabelecida, onde se deseja validar o sistema punitivo, em especial no que concerne a relegitimação da pena carcerária como meio de modificação, para melhor, do indivíduo infrator, merecia um estudo sobre a reincidência criminal, com destaque à sua interferência nesse processo de melhoramento.

A reincidência – que para o presente estudo se limita a simples “repetição de um ato” – não é, apenas, um fenômeno simples de insistência nas práticas criminosas. Ela é um verdadeiro reflexo da inadequada maneira de executar a resposta estatal. E essa vertente não chega a ser de difícil hermenêutica. Ao se indagarem os motivos que fazem com que um indivíduo que experimentou todo o sofrimento provocado pela violência do Estado, na execução de uma pena carcerária, haveria de correr o risco de retornar à prisão, a resposta seria tendenciosa a expor a completa falta de opção.

Ao deixar a prisão, o indivíduo se encontra desprovido de todos os direitos que lhes são garantidos pela Constituição Federal. Não tem mais vida, nem liberdade – embora possa ir e vir -, posto que para exercer esses direitos faz-se necessário ter capacidade, coisa que o tempo de encarceramento retirou. Não tem direito a igualdade, uma vez que o estigma da prisão o diferencia dos demais membros da sociedade. A segurança se reveste na sua própria capacidade de sobreviver, sem a ajuda e o amparo de amigos, família ou do próprio Estado, em virtude do isolamento durante o período de cumprimento da pena. E, logicamente,

sem direito a propriedade, pois perdeu todo suporte econômico ao longo de inércia profissional, e se conseguir construir alguma coisa por esforço próprio, sempre se questionará a sua licitude.

Assim, permanecer na criminalidade após a saída da prisão não é simplesmente uma opção, e sim, aparenta ser a única opção. Ocorre que essa criminalidade confere uma ótica diferente da que carregou o indivíduo a experimentar, pela primeira vez, o encarceramento. Os motivos do primeiro delito se demonstram ser diferentes do segundo delito em diante, e isso evidencia que a reincidência tem traços característicos e delimitados dentro da necessidade de retorno ao meio social.

Num comparativo simbólico, a sociedade exclui seus indesejáveis, de acordo com o motivo que ensejou a rejeição. A partir daí, passa a se blindar para evitar que esses então indesejáveis retornem ao seu convívio, e por isso eles tendem novamente se inserir no contexto social, nem que seja para afrontar os seus membros. E essa maneira forçada de inserção na sociedade civil resulta em nova rejeição, só que motivada por questões diferentes da primeira rejeição.

Daí que as sucessivas rejeições dos que já foram rejeitados termina por criar no indivíduo infrator uma espécie de vida que o mantém em períodos na rua e em períodos no cárcere. Essas idas e vindas da prisão – círculo formado pela reincidência criminal – demonstram que o ambiente carcerário alimenta a criminalidade de rua. Ora, nessa ótica, os movimentos defensionistas - lei e ordem; tolerância zero; esquerda punitiva -, que demandam aprisionamento em massa, somente estará alimentando o crescimento de uma população carcerária que será direcionada a esse efeito circular de reincidência, criando mais necessidade de se defender e mais agentes de agressões.

Parece até lógico que constatando um alto índice estatístico de reincidência, quanto mais houver encarceramento, e quanto mais o encarceramento for desprovido de garantias, mais será o aumento da criminalidade e mais recursos serão necessários para se defender desses reflexos.

Com base na análise das estatísticas de reincidência, foi possível colher informações de que a repetição do ato delituoso está predominantemente relacionada ao efeito patrimonial. Outra questão que o senso comum já havia percebido, pois se o egresso está desprovido de direitos, o patrimônio é o único caminho para prover sua subsistência e, quem sabe, a sociabilidade. Ocorre que o patrimônio pode ser obtido de maneira lícita ou ilícita. Se não há oportunidades de obter o patrimônio de forma lícita, ou as que existem são

obstaculadas, somente a ilicitude, e desta vez voltada ao crime patrimonial, poderá solucionar o problema.

Eis que as políticas públicas deveriam conter esse crescimento da criminalidade patrimonial, com ações voltadas para oportunizar a subsistência do egresso dentro da licitude. Para tanto, as bases da quebra do efeito circular da reincidência criminal haveria por receber incentivos de reconstrução – ou construção – de uma dignidade inexistente ou perdida ao longo do cárcere.

Isso não deixa de ser uma espécie de proteção, cujo fator principal seria o auxílio aos egressos na devolução de sua capacidade laborativa e educacional, bases de uma interação social. Mas esse protecionismo é questionado pela sociedade civil, que enxerga ser mais necessário o investimento em segurança pública do que em programas voltados à inclusão social, e por isso despreza todos os direitos que são conferidos ao cidadão egresso do sistema penitenciário.

Sem dúvida um grande obstáculo cultural que há de ser vencido com políticas públicas que demonstrem essa imperiosa necessidade de reconstrução da dignidade do apenado, para que se evite o constante aumento do contingente da criminalidade através dos egressos do sistema penitenciário. Fomentar essas propostas significa dotar o controle da criminalidade de uma ferramenta tão eficiente quanto a segurança pública, e isso poderia ser uma das formas de romper os obstáculos que dificultam a inclusão do egresso na sociedade civil.

CAPÍTULO III – A CONTEMPORÂNEA DIFICULDADE EM SE ESTABELEECER A INCLUSÃO SOCIAL DO EGRESSO.

A problemática, então, reside na atual proposta advinda da pena carcerária, da qual se extrai um amplo descompasso com os preceitos de dignidade humana, e, para não ser omissos, da própria natureza do controle social, muito em face da fábrica de delinquência que gera. Assim sendo, o caráter ressocializador não obteve assento na aplicação da pena privativa de liberdade, restando, tão-somente, o efeito segregador. Este sim, realmente aplicado, porém não à todos os infratores. De fato, as estatísticas demonstram que a receptividade social aos crimes que não geram tamanha indignidade tem conduzido a aplicação do direito penal por seara mais branda e harmônica, facilitando, assim, a inclusão social.

No entanto, a privação de liberdade que outrora se apresentava como castigo, substituto viável das penas de suplício, demonstra uma faceta muito mais grave do que as penas corporais. É visível que a máscara da tortura e sofrimento que recai sobre a execução da pena promove a revolta da população carcerária, quando esta transfere o alvo desse ódio aos cidadãos que representam a sua punibilidade. Um foco ocioso de indivíduos que recebem do efeito segregador da pena, unicamente, a violência do Estado.

O caminho necessário às propostas de inclusão social não poderia deixar de considerar o resultado do tempo de reclusão que se opera de maneira ociosa e inútil. Afigura-se de extrema importância a obtenção de meios eficazes de ocupar o tempo de segregação, com estruturas promotoras da modificação – para melhor – do apenado.

3.1. Objetividade na inclusão do egresso como indivíduo produtivo.

A perspectiva de emprestar outra roupagem à aplicação da pena carcerária não é de hoje. A política penitenciária Norte-Americana experimentou diversos modelos de utilização da força de trabalho do apenado no início do século XX, e que servem de parâmetro para conduzir a aplicabilidade do trabalho na contemporaneidade.

Prescindindo da vontade reformadora, então sempre presente, de transformar a penitenciária numa empresa produtiva, de fazer do *convict labor* um *economical business*, dificilmente esta finalidade teria podido se concretizar no período considerado¹⁹³.

193 MELOSSI, Dário e Pavarini, Massimo. Cárcere e fábrica. Rio de Janeiro: Revan, 2ª. Ed. 2010. Pag. 193.

Menciona-se uma época em que a prisão já começava a incomodar, por ser um lugar amplamente improdutivo. O cárcere, por sua vez, mantinha a mesma proposta inicial de segregar para ressocializar. Porém, sem o aparato necessário, seria difícil obter essa segunda vertente, sem que fosse alterada a formatação do aprisionamento. Por conta disso, vê-se como fundamental o aspecto da produtividade – envolvida com fins profissionalizantes – como meio para a reinserção social do apenado, fato que não justificava o empenho público, em detrimento das demais classes obreiras.

Surgiram, então, as seguintes formas de aplicação do trabalho carcerário: 1) *Public Account*; 2) *Contract*; 3) *Piece-price*; 4) *Lease*; 5) *State-use*; e 6) *Public Works*¹⁹⁴.

O primeiro deles, *Public Account* (*conta pública*), revela um modelo que permite que a administração do presídio controle a produção, substabelecendo-se no *status* de empresa, e, desta forma, comercializando os produtos; O modelo *contract* (*contrato*) permite um consórcio entre a disciplina do trabalho, dirigida pela empresa e a disciplina carcerária, pertencente ao Estado, com respectivas obrigações e responsabilidades sobre os apenados; Verifica-se, também, o modelo de contrato por empreitada, *Piece-price* (*peça-preço*), sem ocupação do mesmo espaço entre a administração penitenciária e a empresa, esta que fornece a matéria prima e recebe o produto manufaturado; há, igualmente, uma espécie de “aluguel” dos apenados à empresa, que significa o modelo *Lease* (*Arrendamento*); A produção para o auto sustento, sem que o produto do trabalho chegue ao mercado externo compõe a espécie intitulada *State-use* (*Estado de uso*); e o trabalho fora da penitenciária, em serviços públicos representa o modelo de aplicação chamado *Public Works* (*Obras Públicas*).

Assevera-se que todos esses modelos enfrentaram fortes oposições, seja dos direitos humanos, das classes sindicalizadas, e até mesmo da própria sociedade civil, quando se questionava a repercussão no mercado de livre comércio das possíveis vantagens do trabalho dos presidiários. Se o Estado utilizava essa força de trabalho, com certa lucratividade, a classe operária se insurgia com base na inexistência de remuneração aos apenados, o que tornavam os produtos bem mais competitivos do que aqueles que as empresas privadas produziam.

Outra situação, quando se remunerava o apenado, a insurgência partia do princípio de que havia exploração da força de trabalho, levando o presidiário a exaustão no cumprimento do contrato de trabalho. Quando não remunerado, apenas para fins educativos, laborava-se em serviços internos.

194 MELOSSI, Dário e Pavarini, Massimo. Op. Cit. Pag. 193/194.

No entanto, há modelo de emprego da mão de obra apenas que serve ao propósito ressocializador. Com o passar dos anos, cada vez mais discreta na recuperação do indivíduo infrator, o Estado investiu menos na estrutura de execução da pena deambulatoria, chegando a se reconhecer que “a pena chegou a ser uma ‘forma de destruição’ da força do trabalho”¹⁹⁵.

O modelo que mais serve ao propósito de inclusão social é uma derivação da espécie de *Contract* – contrato do empresário com o estado para fornecimento de mão de obra, remunerando o preso que se submete a supervisão nas oficinas dirigidas pela empresa contratante, e quando não está trabalhando, retorna à disciplina do cárcere -, uma vez que permite a instauração do processo de industrialização dos presídios.

O ingresso do empresário capitalista na penitenciária e a conseqüente transformação do cárcere em fábrica – mediante um violento processo de industrialização das oficinas – virou de cabeça para baixo a situação de estagnação que afetava a “reforma penitenciária”. O modelo executivo baseado no princípio do *silent system* veio, assim, definir o novo sistema penitenciário baseado no *contract*, na exploração intensiva e privada da força de trabalho carcerária. Melhor dizendo, a necessidade de se utilizar economicamente também o trabalho internado levava o capital privado ao cárcere através do esquema jurídico do *contract*. O capital privado transformara, portanto, o cárcere em fábrica, impondo à população institucionalizada a disciplina do trabalho. O *silent system* colocava-se assim como o modelo de “pedagogia penitenciária” para um cárcere industrializado, para um “cárcere-fábrica”¹⁹⁶.

Os pontos nevrálgicos das propostas de aplicabilidade do trabalho industrial dos apenados, com fins de contribuir à inclusão social do egresso, esbarram em dois fatores: o primeiro na repercussão dos produtos que os presídios poderiam colocar no mercado livre, frente ao instituto da livre concorrência; o segundo na eficácia da destinação das vagas aos ex-presidiários, para que o modelo pudesse contribuir com a inclusão social.

É nesse equilíbrio que se poderão encontrar os propósitos, sem a pretensão de interferir na livre concorrência, tanto produtora, quanto laborativa, e por conta disso afastar quaisquer oposições, ao tempo em que significará um ponto de relevante combate à criminalidade, pois se pretende diminuir a reincidência criminal ofertando propostas de trabalho lícito ao ex-detento.

O resguardo da dignidade do preso, com o oferecimento de meios ao trabalho, com uma adequada remuneração, constitui um dever do Estado, que possibilitará não mais distinguir-se entre o cidadão livre e o cidadão preso, permitindo a este seu retorno para a sociedade sem a recidiva. “A participação ativa do presidiário no programa de reinserção social pressupõe não somente que tal processo revela a sua voluntária adesão como também a passagem de um direito penal social, para um direito penal que pretenda, também, ser democrático”¹⁹⁷.

195 L.T. Houbhouse *apud* MELOSSI, Dário e Pavarini, Massimo. Op. Cit. Pag. 200.

196 MELOSSI, Dário e Pavarini, Massimo. Op. Cit. Pag. 201.

197 CORRÊA JÚNIOR, Alceu. Teoria da pena: Finalidades, direito positivo, jurisprudências e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: RT, 2002. p. 334.

Desta forma, não se pode desprezar a natureza do trabalho. Não é somente criando vagas e meios de trabalho que surtirão os resultados desejados. O trabalho deve ser condizente com a aptidão do recluso, conforme o seu profissionalismo, capaz, então, de ser útil na construção de uma dignidade profissional, e não, apenas, para servir de chave para abrir as grades. Parece que um caminho idôneo para fomentar a inclusão social do ex-detento passará, obrigatoriamente, pela perspectiva da expectativa social desse modelo, que haverá de ter suporte na dignidade pessoal do apenado e no empenho da sociedade em melhorá-lo.

3.2. Direito penal mínimo, direito penal máximo: a proteção do mais fraco.

O estado de desenvolvimento da criminalidade, de fato, provoca reações sociais que ultrapassam as garantias do Estado Democrático de Direito, principalmente quando estas reações advêm de situações agonizantes, tais como: aumento da população carcerária; índice de reincidência criminal; expansão dos crimes mais comuns, expondo o medo da sociedade. Buscam-se, nestes casos, não meras soluções brutais e emergenciais, não condizentes com os postulados do garantismo, num claro exemplo do que se categoriza como direito penal máximo, aplicando-se sanções indistintamente, sem qualquer observância às garantias legais e Constitucionais.

Tais práticas, tirânicas e arbitrárias, representam um contraponto à lição de Ferrajoli, quando assevera que “um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis¹⁹⁸”, rompendo, assim, com os postulados do direito penal mínimo, que se fundamenta na observância garantista dos direitos fundamentais, de forma a tornar o direito penal justo, na medida em que o Estado de Direito deve prezar pela proteção do mais fraco.

Na atualidade, o discurso garantista propõe um saber (jurídico-político) alternativo ao neobarbarismo defensivista capitaneado pelos movimentos hipercriminalizadores dos discursos de Lei e de Ordem, Tolerância Zero e Esquerda Punitiva, potencializados pelas ideologias de Defesa Social. Hoje, o processo de desregulamentação penal e de deformação inquisitiva do processo, realidade perceptível em quase todos os países ocidentais devido à nova ‘guerra santa’ contra a criminalidade, gerou total ruptura com a estrutura clássica do direito e do processo penal. A perda do significado ilustrado do direito e a legitimação de novo irracionalismo, potencializado pelas teses neoliberais de Estado mínimo na esfera social e máximo na esfera penal, redundam na solidificação de verdadeiro Estado Penal.¹⁹⁹

198 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 102.

199 CARVALHO, Saulo de. Op. Cit. p. 78/79.

Todo esse movimento resulta no aprisionamento em massa, uma violência que desconhece as consequências desse ato. É inconcebível a ausência de visão da política criminal com a constante superlotação de presídios. Demoram-se anos para a construção de uma unidade prisional, para em meses ela já está superlotada, mesmo com a permanência do antigo estabelecimento prisional. Os recursos públicos têm limites; os espaços destinados ao encarceramento são poucos; o crescimento da população envolvida na criminalidade por conta da constante reincidência somente aumenta; entre outras mazelas que a política defensionista oferece, posto que não há investimento no resultado, humano e social, desse processo de encarceramento.

Por outro lado, a dita ineficiência da teoria ressocializadora assentiu no interior da vida social uma penalidade insuportável, que se demonstra na ausência de controle da criminalidade, afetando a tolerância e a capacidade de observar os direitos e garantias fundamentais.

No entanto, em que pese a Constituição Federal albergar um modelo de intervenção penal mínima e garantidora dos direitos fundamentais do ser humano como parâmetro de aferição da legitimidade do sistema penal, verifica-se que, na prática, existe uma tendência – que se revela tanto a partir da legislação penal ordinária que vem sendo produzida no país inclusive após vigência da Carta Constitucional de 1988, quanto da atuação dos órgãos integrantes do sistema punitivo – a se enveredar para a implementação de um modelo de Direito Penal máximo.²⁰⁰

Um direito penal anticonstitucional, que deslegitima o direito penal mínimo, para legitimá-lo através de políticas públicas de violentas e de caráter segregatório. Observar essa situação, com olhos para um futuro não tão longínquo, é fazer uma previsão pessimista do controle social.

Em síntese, com essa dicotomia estabelecida entre o direito penal mínimo e o direito penal máximo, aduz-se um conflito que conduz ações limítrofes. Por um lado o movimento garantista que defende o Estado Democrático de Direito e o controle da violência estatal, de outro lado, os movimento de defesa social, com expansão das penas de prisão, o controle administrativo, e a propensão legislativa na produção de leis penais.

Em que pese correntes doutrinárias do direito penal, há ainda, do ponto de vista teórico, certo viés controverso/garantista, mesmo que numa hipótese de “garantismo máximo” – Produção legislativa para promover a máxima intervenção do Estado –. O *status* protecionista do direito penal não haveria de ser subjugado à expansão da criminalidade, nem que por conta disso tivesse que retroagir ao discricionarismo arbitrário, como se anuncia a proposta de controle social. “É claro que, visto sob esse prisma, o objetivo do direito penal

200 CALLEGARI, André Luís. Op. Cit. Pag. 135/136.

não é passível de ser reduzido à mera defesa social dos interesses constituídos contra a ameaça que os delitos representam. Este é, sim, a proteção do fraco contra o mais forte”²⁰¹.

E esse é, em linhas gerais, o significado protecionista do direito penal.

Sob ambos os aspectos a lei penal se justifica enquanto *lei do mais fraco*, voltada para a tutela dos seus direitos contra a violência arbitrária do *mais forte*. É sob esta base que as duas finalidades preventivas – a prevenção dos delitos e aquela das penas arbitrárias – são, entre si, conexas, vez que legitimam, conjuntamente, a “necessidade política” do direito penal enquanto instrumento de tutela dos *direitos fundamentais*, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os limites, enquanto bens que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições.²⁰²

O direito penal, enquanto garantista, propõe um respeito aos direitos humanos na execução da pena carcerária, em muito pela própria natureza de fragilidade dos apenados, colocando o Estado como poder mais forte, e o preso como integrante dos grupos mais fracos. Noutra vertente, quando se observa o convívio da sociedade não desviante, os delinquentes, enquanto sujeitos da ação infracional, atuam como elementos mais fortes, colocando os cidadãos na posição de sujeitos mais fracos. Em ambas as situações, buscam-se no direito penal a devida proteção.

3.2.1. Responsabilidade do Estado com a proteção do mais fraco: O direito penal do inimigo.

Ao tempo em que se incorpora a doutrina do garantismo penal, esta que se baseia na obediência aos direitos fundamentais para a consolidação da justiça penal, a proteção aos desviantes e aos não desviantes, quando falha, promove a responsabilização do Estado pelos danos causados.

Mesmo que esses danos possam ser reparados na esfera civil, o objeto desse trabalho é demonstrar, também, que os danos podem ultrapassar a mera reparação. Sobre o aspecto, Henrique Kloch refere-se aos desviantes, enquanto seres mais fracos, afirmando:

O preso não tem somente deveres a cumprir, mas é sujeito de direitos, que devem ser reconhecidos e amparados pelo Estado. Quando o sentenciado estiver recluso, seja por qualquer motivo, não está sem direitos, exceto aqueles limitados em face da sua condenação. Por isso, a sua condição jurídica não é suprimida, mas sim, é igual a das pessoas não condenadas²⁰³.

201 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 311.

202 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 311/312.

203 KLOCH, Henrique. Op. Cit. p. 102.

Sem dúvida um desafio a ser vencido, garantir ao preso que o único direito que ele perdeu com o cárcere foi a liberdade. O aprisionamento, em si mesmo, já incorpora outros direitos que não foram previstos na decisão condenatória. O respeito; a dignidade; o profissionalismo; a educação; a inviolabilidade do corpo; a saúde; dentre tantos outros que são indiretamente atingidos pelo encarceramento, merecem destaque, numa proposta de reforma do sistema penitenciário.

A positivação dos direitos inerentes ao preso, bem como as garantias de manutenção dos direitos humanos no cumprimento da pena carcerária, traz ao executor a responsabilidade pelos reflexos dessa inobservância, exibidos na forma da reincidência, rebeliões, fugas, violência no ambiente prisional, e mais gravosamente, a vingança dos delinquentes contra a sociedade civil.

Por outro lado, porém de mesma responsabilização, a segurança pública almeja a proteção dos não desviantes, enquanto seres mais fracos, dentro de um garantismo de que a lei será observada no tocante à proteção dos bens jurídicos de sua tutela. Sendo estes direitos fundamentais igualmente inobservados, quando se presencia o temor nas ruas, a necessidade de segurança privada, a restrição de liberdade, e pior, a vingança da sociedade civil contra a delinqüência.

O reconhecimento destes direitos emerge a discussão sobre o direito penal do cidadão e do inimigo. Schmitt aduz que “a específica distinção política à qual é possível referir as ações e os motivos políticos é a distinção de *amigo* e *inimigo*”²⁰⁴. Essa separação é de todo coerente, muito por força de que o direito penal se posiciona como num campo de batalha estabelecido entre os cidadãos (amigos) e os infratores (inimigos).

Essa concepção conduz ao entendimento de um direito penal do inimigo mantido dentro do estado democrático de direito, como se o absolutismo e o liberalismo dividissem o mesmo espaço, podendo ser separados quando conveniente, promovendo um poder de guerra, quando se tratar de inimigos, e um poder político, quando se tratar de infratores. Em ambos os casos se utilizaria a mesma ferramenta, o direito penal.

Ocorre que o inimigo, estrangeiro, não tem seus direitos reconhecidos dentro do ordenamento jurídico do País que afronta, e por isso é combatido. Mas o infrator, até agir dessa maneira, é um cidadão, com direitos de repulsa às violências, e se encontra protegido pelo mesmo ordenamento jurídico que lhe inflinge.

Se admitimos a existência do *inimigo* mas colocamos limites à sua indicação, não podemos negar que quando o poder definidor exceder esses limites fará surgir um

204 SCHMITT, Carl. El concepto de lo político. México: Folios, 1985. p. 23.

direito de resistência por parte do cidadão arbitrariamente indicado como *inimigo* e isso negaria o próprio poder de sinalização do Estado e a própria essência da política²⁰⁵.

Neste aspecto Jakobs discorda de Schimitt, quando considera que o direito penal desempenharia funções distintas, reconhecendo a condição de pessoa aos cidadãos, que seriam tratados de uma maneira, e a condição de não-pessoa aos inimigos, que seriam tratados de maneira diferente, o que ele chama de “quarentena penal do inimigo”. No entanto, Zaffaroni destaca que “este é o verdadeiro escândalo: a enorme medida em que, por ação ou omissão, o direito penal admite e legitima o *tratamento de uma pessoa como não pessoa*”²⁰⁶.

O Direito Penal do Inimigo, especialmente o Direito Penal dirigido contra os terroristas, tem mais a tarefa de garantir segurança do que a de preservar a eficácia jurídica, e isso se revela na finalidade da pena e nos tipos penais correspondentes. O Direito Penal do Cidadão, garantia da eficácia jurídica, transforma-se em repulsa de perigos²⁰⁷.

Assim, Jakobs assevera que “o crime aparece não como o princípio do fim da comunidade ordenada, mas apenas como uma irritação desta, como uma falha reparável”²⁰⁸. E nesse aspecto, reconhecendo como um evento natural, bem como atribuindo ao infrator as garantias do direito penal liberal, o Estado haveria por assegurar, igualmente, a inexistência de momentos absolutistas na execução da punição, posto que neste aspecto, o cidadão infrator se apresenta como elemento mais fraco.

O direito penal permitiu a introdução do *inimigo* – com o nome que for – e, com isso, confundiu, ao longo de quase toda a sua história, o momento da guerra com o da política (...). O senso comum mais elementar indica que a *limitação dos direitos de todos os cidadãos para conter o poder punitivo que se exerce sobre estes mesmos cidadãos não pode ser eficaz*. A admissão resignada de um tratamento penal diferenciado para um grupo de autores ou criminosos graves não pode ser eficaz para conter o avanço do atual autoritarismo *cool* no mundo, entre outras razões porque não será possível reduzir o tratamento diferenciado a um grupo de pessoas sem que se reduzam as garantias de todos os cidadãos diante do poder punitivo, dado que não sabemos *ab initio* quem são essas pessoas²⁰⁹.

Essa dicotomia na utilização do direito penal como fonte reguladora dos conflitos, ora conceituando sua vítima como cidadão, ora como inimigo, ou até mesmo confundindo ambos, permite a destruição das garantias que sustentam o estado democrático de direito, e, em especial, as garantias de cumprimento da pena com dignidade, conforme preconiza o ordenamento jurídico pátrio.

205 ZAFFARONI, Eugênio Raul. Op. Cit. 2007. p. 150.

206 ZAFFARONI, Eugênio Raul. Op. Cit. 2007. p. 190.

207 JAKOBS, Gunther. Direito penal do inimigo. Organização e introdução: Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Tradução dos originais em alemão: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 2ª tiragem: Ed. Lúmen Júris; Rio de Janeiro. 2009. p. 47.

208 JAKOBS, Gunther. Op. Cit. p. 9.

209 ZAFFARONI, Eugênio Raul. Op. Cit. 2007. p. 191.

Com efeito, os maiores danos à inércia do Estado em garantir a aplicabilidade da lei, com medidas de política criminal eficiente a ponto de não gerar deslegitimação do discurso jurídico-penal, será a ampliação da criminalidade, tornando, bilateral e distributivo esses mundos paralelos, nos quais os fracos ficam cada vez mais fracos e os fortes cada vez mais fortes.

3.2.2. A contribuição da sociedade na diminuição do abismo social do egresso.

A imagem dessa necessidade de promover a proteção aos mais fracos, que, no caso, é o apenado, está estampada na assistência ao preso, exposto na Lei de Execução Penal – LEP, e dentre elas, a previsão do seu artigo 23²¹⁰, que referenda a assistência social. Contudo, a expressão “assistência”, demanda medidas mais integradas com a sociedade não desviante.

A assistência que se requer para a proteção do ex-presidiário não se restringe, tão-somente, às previsões legais. Com apenas esse dispositivo - e que não referenda a verdadeira inclusão social – a sociedade não conseguirá diminuir a distância entre ela e o egresso, visto que a atitude assistencial, mantida da maneira em que se apresenta, expõe a fraqueza do apenado no intento de se recuperar pelas suas próprias forças.

Quando os estudos científicos se deparam com esses dois mundos tão antagônicos: a sociedade não desviante, composta pelos cidadãos que não foram excluídos do convívio social; e a sociedade carcerária, composta por aqueles que sofreram a punição pelo crime cometido e, desta forma, foram excluídos do ambiente social; a leitura da problemática com a convivência desses mundos provoca o aparecimento de distorções quando se experimenta a tentativa de uní-los.

Esse fenômeno (a união dos mundos em uma só sociedade) chamado de “inclusão social”, quando inobservados os preceitos necessários para criar condições naturais para sua interação, resulta no atual estado de criminalidade, uma vez que os cidadãos ditos “ordeiros” constroem verdadeiros obstáculos ao retorno do ex-presidiário ao convívio social. Por sua vez, enfrentando a repulsa da sociedade - que por diversas vezes não é apenas tácita, e sim expressa -, os cidadãos ditos “egressos”, presenciando esses obstáculos, se tentam derrubá-lo

210 Art. 23. Incumbe ao serviço de assistência social: I - conhecer os resultados dos diagnósticos ou exames; II - relatar, por escrito, ao Diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldades enfrentadas pelo assistido; III - acompanhar o resultado das permissões de saídas e das saídas temporárias; IV - promover, no estabelecimento, pelos meios disponíveis, a recreação; V - promover a orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, e do liberando, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade; VI - providenciar a obtenção de documentos, dos benefícios da Previdência Social e do seguro por acidente no trabalho; VII - orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima. Código Penal http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em 13.09.2011.

é para manter a distância entre os dois hemisférios que distanciam as respectivas realidades sociais, e “por esse princípio, o réu é em grande parte excluído enquanto pessoa”²¹¹.

Óbvio que não existirá meio de unir as duas faces de uma mesma moeda sem que ambas possuam interesses convergentes. É nesse aspecto que a sociedade deve procurar recepcionar o egresso, ofertando-lhe a confiança perdida pela experiência no sistema carcerário, atitude esta que é a base do bom relacionamento humano.

A mensagem permanente é de que a responsabilidade pela prevenção e controle do crime não é só do Estado, mas também dos moradores, dos comerciantes, dos industriais, dos urbanistas, das autoridades escolares, das companhias de transporte, dos empregadores, dos pais, etc. Uma mensagem assim desperta muita resistência, haja vista a história de pretensões do monopólio do Estado nesse assunto e a cultura de dependência que daí resultou inevitavelmente²¹².

Uma das barreiras expostas em contrário ao processo de inclusão social é a dependência do Estado no que se refere ao controle da criminalidade. Substabeleceu-se ao poder público a tarefa de excluir os indesejáveis, sem, contudo, se observar que o ato de agir sub-rogado responsabiliza aqueles que ofertaram a procuração irrestrita. Faz-se, então, necessária a intervenção da sociedade, representada pelos moradores de uma região, políticos, comerciantes, industriais, dentre outros, colaborando com o poder sub-rogado na tarefa que lhe foi confiada, e que não está sendo cumprida.

Contudo, há de se considerar que estabelecer, novamente, esta confiança perdida não é tarefa fácil, principalmente diante das desconfianças rescíprocas: Por um lado, o expreso enxerga a sociedade como provável carrasco que lhe atribuirá o infinito estereótipo de delinquente. Do outro, a sociedade que teme a renovação – quando não ampliação – das ações atentadoras provocadas pelos atos ilícitos.

Acredita-se que estabelecer propostas para que esses mundos se encontrem devam, necessariamente, conter a participação de cada lado, a fim de que os passos sejam dados por ambos em direção uns dos outros. A exposição figurativa da necessidade de inclusão social do egresso do sistema penitenciário parte do princípio de que a sociedade inflingida não deve ser a única a recuperar o infrator, mas este também tem que expor a sua vontade de ser reinserido. O problema se encontra no primeiro passo.

Assim, o Estado, o egresso e a sociedade, hão de se fundamentar no desejo em comum: reinserir o ex-agressor melhorado na sociedade que inflingiu. Esse propósito haverá de conter estímulos governamentais através de projetos de reinserção do ex-presidiário no mercado de trabalho, a ponto de se tornar pessoa produtiva e desejada no meio social e

211 CHRISTIE, Nils. A indústria do controle do crime. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 146.

212 GARLAND, David. Op. Cit. Pag. 78/79.

econômico, ao passo de que o egresso deve se apresentar, ainda no ambiente prisional, para se engajar nas propostas ressocializadoras, com base na sua condição de indivíduo economicamente produtivo.

E com essa disposição, a presença da sociedade, figurando como elo de ligação entre as intenções do Estado e a capacidade de recuperação do indivíduo infrator, tanto do lado que apresenta as propostas e meios de promover a reintegração social, bem como do lado assistencial e humano despendido ao apenado, poderá direcionar o ex-presidiário no sentido diverso do retorno à criminalidade, o que se espera refletir positivamente na redução da reincidência criminal, e por conseguinte, atingir a expansão da criminalidade.

Vislumbra-se, desta maneira, que as ações fundamentadas no trabalho e na educação do apenado, melhorem a sua condição anterior ao crime, ou seja, de pessoa já expurgada da sociedade pelo fato de não ter como sobreviver licitamente. No entanto, não é apenas criando trabalhos no cárcere, ou disponibilizando meio educacional intramuros, com o objetivo restrito de diminuir a ociosidade do apenado, ou mesmo de ser beneficiado pela remição²¹³, que essas ações resultarão em benéficos na inclusão social do egresso.

Propõe-se uma maior participação da sociedade na construção de parcerias com o Poder público, com o objetivo de tornar o ambiente prisional propício ao crescimento de unidades de produção, capaz de gerar emprego e renda ao preso, devolvendo-o o sentimento de que ainda é pessoa considerada útil para a sociedade extramuros.

3.3. O trabalho e a educação como elementos da inclusão social do egresso.

Numa alusão à teoria do infinito, poder-se-ia chegar ao reconhecimento da motivação criminal fulcrada na construção do caráter do indivíduo. E com amplas perspectivas, a atuação social na preparação de um cidadão para viver em comunidade produziria efeitos na diminuição da delinquência.

A prospecção desta aplicabilidade indica que a formação educacional, bem como a construção de uma realidade voltada para o trabalho, como meio de dignidade e princípio de sobrevivência no mundo globalizado, demonstram uma problemática não apenas voltada ao ambiente carcerário, mas, também, construída na própria evolução da sociedade capitalista.

213 Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena. - § 1º A contagem do tempo para o fim deste artigo será feita à razão de 1 (um) dia de pena por 3 (três) de trabalho. Código Penal http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848.htm. Acesso em 13.09.2011.

Com o passar dos tempos, a vida se torna cada vez mais custosa, e a sanha que impulsiona o cidadão para obter melhores condições de vida, por vezes, esbarra na ilicitude. Após uma primeira incursão na delinquência, o efeito da segregação, atrelado ao fato de que retornar ao convívio ordeiro não é tarefa fácil – beirando a impossibilidade -, a reincidência se torna imperiosa, perdendo a sociedade mais um de seus integrantes para o crime. Caminho que poderia ter volta, se renovada a esperança do infrator em chegar ao seu desiderato de sobrevivência com base no direcionamento para o trabalho lícito, mantendo-se íntegra sua convivência social.

De fato, o grande feito da atual modalidade de pena privativa de liberdade é a dessocialização – mérito negativo -, ao tempo em que o reflexo da separação do apenado do convívio social atinge outros pontos cruciais: a capacidade profissional e o hábito laborativo.

Mas se o trabalho não é a solução mágica do problema penitenciário, pode ele se constituir em uma forma de “terapia facilitadora”, especialmente quando um dos fatores a ter concorrido para o cometimento do delito tenha sido a inaptidão para o mercado de trabalho. Nessas condições, uma formação profissional séria poderá preencher essa lacuna e permitir uma prognose favorável para a reinserção social²¹⁴.

Em que pese a interpretação de que o crime é favorecido pela ausência de capacidade laborativa do indivíduo – tese de difícil defesa – o certo é que se não havia profissionalismo antes do cárcere, depois, com certeza, não existirá, sem a presença de políticas públicas nesse sentido.

E construir esse entendimento não é tarefa difícil. Os exemplos da vida intramuros demonstram que a ociosidade e os conflitos são as marcas do ambiente carcerário. Nele, não se aprende nada de bom, nem se trabalha com qualificação profissional, nem mesmo há investimento que resulte num melhoramento pessoal. Se sociabilidade significa integração na sociedade, de modo a participar de sua dinâmica, ter-se-iam duas situações distintas e antagônicas: a sociabilidade extramuros, e a sociabilidade intramuros.

O mercado de trabalho sempre demandará melhores profissionais para atender ao constante crescimento consumista. Essa concorrência deixa de considerar a capacidade daqueles indivíduos que sofreram a sanção penal de ambulatoria, muito em virtude do tempo de cárcere provocar a impossibilidade de crescimento profissional, ou mesmo diminuição na capacidade de acompanhar a evolução das áreas que detém a competência do apenado.

Cumprido ressaltar que os índices de desemprego imputam aos cidadãos não desviados a mesma dificuldade de sobrevivências daqueles que se desviaram da licitude, e, desta forma, experimentam os efeitos da segregação. Contudo, observa-se também que o

214 CORRÊA JÚNIOR, Alceu. Op. cit. p. 333.

desestímulo dos cidadãos desempregados na busca pelo aperfeiçoamento é caracterizado pela falta de empenho próprio, situação diversa a dos apenados, que experimentam a repulsa social e o encarceramento como meio propulsor de sua estagnação profissional.

Perdendo um precioso tempo de liberdade sem evoluir profissionalmente; experimentando a diminuição da sua autoestima profissional, bem como a competência para desempenhar a contento uma atividade lícita; enfrentando, assim, a completa exclusão do mercado de trabalho, mesmo diante da progressividade no cumprimento da pena; e, por fim, sem condições de prover o próprio sustento, como também o de sua família, o resultado não tardaria a ser outro, senão a adesão às estatísticas de expansão da criminalidade.

Vê-se, desta maneira, que o reconhecimento do efeito da reincidência criminal, em especial a que detém viés patrimonial, afeta diretamente a realidade social. Isto é, o desvio de conduta lícita é passível de ocorrência à maioria dos indivíduos que se sentem seduzidos pela obtenção de melhorias de vida. Estas que, em tese, seriam mais rápidas e fáceis através de desvios de conduta. Agindo assim, o infrator deixa de analisar a repercussão dos efeitos que um possível cárcere provocará, chamando a atenção para o fato de tornar o delito um caminho sem volta.

E se assim for compreendido, o objetivo para reinserir o egresso do sistema penitenciário na completa licitude passaria, pelo conjunto de atos que promovem a melhoria do “ser humano” então recluso. E como vetores dessa melhoria se encontram o trabalho e a educação.

Esse binômio trabalho/educação merece destaque não apenas como previsão legal, mas por questões de ética e desejo de evitar a degradação da vida dos indivíduos que experimentam o sistema carcerário. Neste aspecto, propõe-se uma atuação especial no aspecto de aplicação da educação e do trabalho intramuros, com perspectiva de unir a sua incidência com o mundo exterior, possibilitando que o apenado não seja esquecido durante o cumprimento da pena, mas sim obtenha, apenas, uma condição diferenciada de evolução profissional.

Os laços de obrigação entre o Estado e o egresso se mantêm durante um período previsto no artigo 26 da Lei de Execuções Penais²¹⁵, representando o dever assistencial, deferido àqueles que estão desprovidos de qualquer meio de subsistência. O problema se torna a sua verdadeira efetividade. Assim, novamente se esbarra na deslegitimação do sistema penal. Percentualmente, nenhum preso poderá ser novamente inserido no ambiente

215 Art. 26. Considera-se egresso para os efeitos desta Lei: I - o liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento; II - o liberado condicional, durante o período de prova. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 07.09.2011

socialmente aceito sem o auxílio da assistência social, em especial a de cunho material. Para tanto, esforços isolados anunciam essa assertiva, que aparentam buscar o caminho à adequação de uma nova modalidade de segregação.

3.4. Experiências de inclusão social destinadas ao egresso.

A problemática que cerca o retorno do egresso do sistema penitenciário sempre foi alvo de debates e produções literárias, no afã de sugerir meios de se evitar a reincidência criminal. No campo dogmático, a majoração das penas e o encrudescimento no seu regime de cumprimento, sugerem um desestímulo ao infrator, para que este não renove a conduta anterior. Os projetos e programas de reinserção social, fulcrados na Lei de Execução Penal, promovem ações voltadas ao aprendizado profissionalizante e encaminhamento aos institutos parceiros do Poder Público, sejam estatais ou privados, com o propósito de acenar ao ex-detento com propostas de atuação lícita de capacitação, e, por vezes, mesmo que escassas, labor remunerado.

No entanto, os dados estatísticos demonstram que outro caminho é trilhado pelo egresso do sistema penitenciário, e ele não é o da licitude. Analisando alguns projetos de reinserção social, acredita-se que o ponto crucial é a destinação e objetivos de sua aplicabilidade.

3.4.1. O Projeto Começar de Novo do Conselho Nacional de Justiça.

Em 2009 o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – promoveu a abertura de oportunidades para os egressos do sistema penitenciário, intitulado “Projeto Começar de Novo²¹⁶”. O título do projeto sugere um abandono da vida anterior (delinquência) para, assim, obter uma nova chance de vida, desta vez, lícita. Logo na abertura do *site* do CNJ referente ao projeto, faz-se a seguinte indagação: *Quem já pagou pelo que fez merece a chance de começar de novo?* Resposta que há de ser encarada de maneira positiva, haja vista a grande importância de se reconhecer a solidariedade na concepção da intenção do cidadão com a situação proposta pelo Órgão Judiciário. Em síntese, esse é o objetivo do Projeto:

O Começar de Novo visa à sensibilização de órgãos públicos e da sociedade civil para que forneçam postos de trabalho e cursos de capacitação profissional para presos e egressos do sistema carcerário. O objetivo do programa é promover a cidadania e consequentemente reduzir a reincidência de crimes. Para tanto, o

216 CNJ: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/detentos-e-ex-detentos/pj-comecar-de-novo>. Acesso em 07.09.2011.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou o Portal de Oportunidades. Trata-se de página na internet que reúne as vagas de trabalho e cursos de capacitação oferecidos para presos e egressos do sistema carcerário. As oportunidades são oferecidas tanto por instituições públicas como entidades privadas, que são responsáveis por atualizar o Portal.

A visão do CNJ está em sintonia com as estatísticas de reincidência criminal patrimonial, quando observa que é necessário facilitar o retorno do egresso ao convívio social, e para tanto, acredita na sensibilização dos órgãos públicos e integrantes da sociedade civil para que disponibilizem postos de trabalho aos ex-detentos. O Conselho Nacional de justiça, Instituiu o “Portal da Oportunidade”, local disponibilizado no *site* do CNJ que cadastram as instituições públicas e privadas que desejam oferecer vagas de emprego aos ex-apenados.

Na data da pesquisa, o “Portal da Oportunidade²¹⁷” já havia disponibilizado 5.005 vagas, das quais 1.834 já haviam sido preenchidas, ainda restando 2.639 oportunidades de emprego. No mesmo espaço, foram ofertadas 1.494 vagas para estudos. No tocante às ofertas de emprego, há propostas de diversos Estados do País, divididas em níveis básico, médio e até superior. Idêntica situação no que se refere aos cursos, oportunizados em diversos Estados da Federação, sejam de nível técnico ou especializado.

As notícias advindas do *site* do CNJ informam que ao longo do território nacional, várias ações foram dispensadas a compor o rol das chances oferecidas aos ex-presidiários, no afã de que o trabalho lícito possa recuperar o indivíduo infrator, não apenas pela forma de sustento, mas pela possibilidade de inclusão do egresso na sociedade produtiva.

Os exemplos dos Estados de Goiás, Distrito Federal e Bahia, que hodiernamente lideram o *ranking* de oferta de empregos aos ex-presidiários, demonstram que essas ações tendem a resultar na diminuição da reincidência:

Dos 1.028 postos de trabalho – números atualizados em 11 de maio - ocupados por detentos e ex-detentos desde que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou o Programa Começar de Novo, em 2009, a maior parte, 344, foi gerada no Estado de Goiás. Em segundo lugar vem o Distrito Federal (194); em terceiro, a Bahia (160) – os dados são baseados no que tribunais de Justiça de 12 estados e do DF registraram no Portal de Oportunidades do CNJ. O Programa Começar de Novo é desenvolvido numa parceria entre o CNJ, tribunais de Justiça, governos estaduais e municipais, empresas e entidades da sociedade civil, com o objetivo de diminuir a reincidência criminal por meio de oportunidades de emprego e de cursos profissionalizantes. Em dezembro de 2010, recebeu o VII Prêmio Innovare, como prática do Poder Judiciário que beneficia diretamente a população. Em Goiás, o Tribunal de Justiça tem, entre os funcionários de sua sede em Goiânia, 50 detentos que cumprem pena no regime semiaberto. Eles desempenham atividades burocráticas e também em jardinagem e marcenaria. O TJGO vai contratar mais 50 detentos, que trabalharão em 25 comarcas do interior do Estado. Além disso, 180 trabalham no Parque Industrial do Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia onde, em seis galpões, prestam serviços para empresas privadas e para o Poder Público. Uma empresa de

217 CNJ: <http://www.cnj.jus.br/projetocomecardenovo/index.wsp>. Acesso em 07.09.2011.

telefonia, por exemplo, tem um galpão para a confecção de uniformes e manutenção de telefones públicos. Um novo galpão será montado para empregar detentas em atividades de tecelagem²¹⁸.

Frise-se que o resultado positivo não depende unicamente do Poder Público, mas, principalmente, da iniciativa privada, que, uma vez se importando com a recuperação do apenado, investe nesse espaço de capacitação. O projeto começar de novo estimulou outras ações governamentais, bem como o estabelecimento de parcerias para a implementação e expansão de suas propostas.

3.4.2. Os projetos que incentivam a participação das instituições privadas.

Na esteira do CNJ, os Estados promovem as modalidades de programas que seguem a exegese do projeto começar de novo, contruindo meios de oferecimento de vagas para emprego, bem como disponibilidade de profissionalização aos ex-presidiários.

Um desses projetos se chama “Responsabilidade social e Ressocialização”, emanado do Estado do Espírito Santo. Nele, o jargão já é mais imperativo, quando anuncia: “Ressocialização pelo trabalho. A gente acredita nessa idéia”.

A base de trabalho é a mesma do CNJ, contudo, se verifica a previsão legal para incentivo na contratação dos egressos. O Decreto 2460-R, publicado em 08.02.2010, trata da obrigatoriedade na contratação de mão de obra por parte das empresas, oriunda de licitações a nível Estadual e Municipal quando proveniente de recursos do Estado, em um percentual de 6%, divididos entre 3% de presos e 3% de egressos.

O fundamento legal disposto no Decreto 2460-R está previsto nos artigos 27²¹⁹ e 36²²⁰, ambos da Lei 7.210/84. Bem como na natureza da colaboração da comunidade, exposto no art. 4º da Lei de Regência da Execução Penal, *in verbis*:

Art. 4º O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança²²¹.

Esse foi o caminho trilhado pelo Estado da Paraíba, quando por ato governamental foi sancionada a Lei nº 9.430, de 14 de julho de 2011, que trata da obrigatoriedade da reserva de 5% das vagas oriundas dos processos licitatórios no âmbito estadual, para contratação de

218 CNJ: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14337-goias-df-e-bahia-lideram-geracao-de-empregos-para-reinserir-detentos-a-sociedade>. Acesso em 07.09.2011.

219 Art. 27. O serviço de assistência social colaborará com o egresso para a obtenção de trabalho. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 07.09.2011

220 Art. 36. O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 07.09.2011

221 LEP: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 07.09.2011.

mão de obra e serviços pelas empresas vencedoras. O “Programa de Ressocialização: Cidadania é Liberdade²²²”, acompanha a mesma disposição do Estado do Espírito Santo. Em síntese, o Programa reconhece que:

A diretriz do projeto “Cidadania é Liberdade” é a promoção de ações de educação, trabalho, cultura e saúde voltadas para a ressocialização dos detentos do sistema prisional paraibano. Pautado em valores éticos e democráticos, o programa cumpre com as responsabilidades do Estado em relação aos que romperam com as regras da convivência social, oportunizando espaços de socialização e políticas públicas inclusivas preparando para o retorno ao convívio social²²³.

Espera-se, com o projeto, a adesão das empresas que costumeiramente contratam com o Poder Público, para que diversos convênios possam ser celebrados, o que significa a grande meta a ser atingida, já previamente disposta pelas Federações e Fundações do comércio e da indústria sediadas no Estado da Paraíba:

Serão firmados convênios que levarão o sistema prisional do Estado a um novo patamar de ressocialização. Com a Federação das Indústrias da Paraíba (Fiep), a parceria vai beneficiar 5% da população prisional do Estado, oferecendo cursos de qualificação profissional como operador de microcomputador, instalador hidrosanitário, instalador elétrico residencial, confeccionador de bolas de couro, confeitiro (pizza) e impressor serigráfico.

Um convênio com a Federação do Comércio de Bens e de Serviços do Estado da Paraíba (Fecomércio) também oferecerá cursos de qualificação no preparo de doces e salgados, corte de cabelo, técnicas básicas de manicure e pedicure, preparo de pizzas e, na área cultural, oficinas de violão, dança, artes plásticas e teatro. Detentos e seus familiares terão acesso a esses cursos.

Convênio com a Fundação Cidade Viva vai permitir a realização de cursos de formação de chefe de cozinha, apoio à defensoria jurídica, serviço odontológico e atendimento básico em saúde para a população prisional. O piloto desse convênio será na Penitenciária Júlia Maranhão, o Presídio Feminino de João Pessoa.

Com a Fundação Passos à Liberdade, o convênio prevê a implantação de duas fábricas (confeção de bolsas e confeção de vassouras com garrafa pet) dentro da unidade prisional de Guarabira²²⁴.

Essa disposição, que se sedimenta através de lei e convênios oficiais, já havia promovido bons resultados quando era intitulado “projeto liberta”. Este projeto foi proposto por uma empresa que fabrica bolas de couro no Município de Patos (PB), de nome “Carreiro Esportes”, e arregimentou uma boa parcela do contingente de apenados nos Municípios de Cajazeiras, Souza e Patos, que se configura em fornecer a determinado número de presos nas respectivas penitenciárias, a matéria prima para confecção, mediante costura, das bolas de

222 <http://www.paraiba.pb.gov.br/24458/governo-do-estado-lanca-programa-de-ressocializacao-%e2%80%98cidadania-e-liberdade%e2%80%99.html>. Acesso em 07.09.2011.

223 <http://www.paraiba.pb.gov.br/24458/governo-do-estado-lanca-programa-de-ressocializacao-%e2%80%98cidadania-e-liberdade%e2%80%99.html>. Acesso em 07.09.2011.

224 <http://www.paraiba.pb.gov.br/24458/governo-do-estado-lanca-programa-de-ressocializacao-%e2%80%98cidadania-e-liberdade%e2%80%99.html>. Acesso em 07.09.2011.

couro. Os apenados recebem agulha, linha e as partes de couro das bolas, e percebem seus salários por produtividade, que significa um valor, em média, de R\$ 2,50 por bola costurada. Mensalmente a empresa deposita os valores em contas de titularidade dos apenados ou de seus familiares, segundo entrevistas semiestruturadas²²⁵ com os diretores dos presídios.

Visitas às unidades prisionais foram realizadas nos Municípios de Souza, Patos e Cajazeiras, todos no Estado da Paraíba, com o objetivo de colher as informações da implantação do projeto liberta, o que resultou nas entrevistas com os respectivos diretores das penitenciárias e presídios, responsáveis pela sistemática do funcionamento dos convênios celebrados com empresas privadas.

Francisco Gonçalves Mendes, diretor adjunto da penitenciária agrícola do Município de Souza (PB), estima que 40 detentos, do contingente de 260 apenados que cumprem pena no regime fechado, divididos entre provisórios e definitivos, participem do “projeto liberta”, na confecção de bolas de couro. Informa, também, que não há restrição, ou mesmo escolha para integrar o programa, bastando, apenas, o presidiário expressar vontade e aptidão para o trabalho. Relata que, de fato, muitos apenados não conseguiram desenvolver a atividade na confecção de bolas de couro, mas anunciavam aptidão para outras tarefas. Essa constatação é frequente, pois a empresa conveniada destina um coordenador para ensinar aos presos o ofício de costura das bolas de couro, bem como acompanha o nível da qualidade dos produtos. O entrevistado estima que apenas 5% dos apenados que fizeram parte do projeto liberta retornaram ao crime.

Já Dimitrius Dias Mendonça, diretor adjunto do Presídio sediado no Município de Patos (PB), anuncia que a intuição prisional executa a pena em regime fechado de 286 presos, dos quais 120, em média, participam do “projeto liberta”, entre provisórios e definitivos, inclusive com carteira de trabalho assinada, nos mesmos moldes das demais instituições. Em particular, afirma que ex-presidiários que trabalhavam na confecção das bolas de couro, após serem libertados, foram contratados pela empresa conveniada, a exemplo de Damião Gouveia, 40 anos de idade, que já havia cumprido 12 anos de pena em diversas penitenciárias do Estado. Reincidente em diversos crimes desde homicídio a roubo. Ficou trabalhando no projeto liberta na costura das bolas por 5 anos, e durante o tempo de cárcere aprendeu a ler e escrever dentro dos presídios. Iniciou o cumprimento da pena em regime fechado e, com o trabalho, progrediu para o semiaberto, chegando a obter o livramento condicional. Em liberdade, foi contratado pela “Carreiro Esportes”, para continuar o trabalho

225 “É a série de perguntas abertas, feitas verbalmente em uma ordem prevista, mas na qual o entrevistador pode acrescentar perguntas de esclarecimento”. LAVILLE, Christian. Op. Cit. p. 169.

na produção de bolas de couro, não retornando mais a cometer delitos. Estima, o entrevistado, que dos presos que fizeram parte do projeto liberta, somente 20/25% voltaram a cometer crimes.

Essa realidade, mesmo que de configuração precária, apresentou significativos indicativos. Em escala menor, a diretora do Presídio Feminino do Município de Cajazeiras (PB), Graça Abreu, informou que 10 apenas fizeram parte dos projetos de trabalho externo, através de serviços gerais na empresa de saneamento do Estado, e, dentre elas, somente duas retornaram ao crime. Isso representa um percentual de reincidência na ordem de 20%.

Essa estatística realizada nos Municípios de Cajazeiras, Souza e Patos (PB), quando registraram, respectivamente, o percentual de 20%, 5% e 25% dos apenados que, integrando a parceria do Estado com a empresa Carreiro Esportes, retornaram a delinquir, anuncia que bem administrada, outras formas de ampliar esse projeto possibilitaria uma menor aderência dos egressos à criminalidade.

A discrepância, segundo as entrevistas, dos percentuais tem muito haver com a expansão do crime de tráfico de drogas nos respectivos municípios, base importante de uma criminalidade que se contrapõe de forma violenta à recuperação dos indivíduos que deixam o cárcere.

Outra atitude que converge no sentido de promover a verdadeira ressocialização é o incentivo à educação. Nesse sentido, o Governo do Estado da Paraíba, integrando uma das modalidades do “Programa de Ressocialização: Cidadania é Liberdade”, firmou parceria com a UEPB – Universidade Estadual da Paraíba -, com o objetivo de instalar um campus da universidade dentro da penitenciária do Serrotão, em Campina Grande (PB), cujo resultado dos cursos profissionalizantes já apresentam bons resultados²²⁶.”.

Qualificação profissional – Recentemente, as detentas do Presídio Regional receberam certificados de conclusão dos cursos de maquiagem e assistente de cabeleireiro, dentro do programa de qualificação profissional oferecido pelo Governo do Estado em parceria com a Universidade Estadual da Paraíba²²⁷.

Tais resultados, mesmo que ainda discretos, demonstram-se benéficos quando se presencia uma reincidência que chegou, no ano de 2008, ao patamar de 99%, conforme dados do DEPEN já elencados no capítulo anterior, e sugerem, no mínimo, um bom indicativo de que o trabalho, quando veiculado com objetivos de restaurar a dignidade do apenado, bem como quando utilizado no sentido de promover uma maior aproximação da sociedade com o

226 <http://www.paraiba.pb.gov.br/39103/parceria-entre-governo-do-estado-e-uepb-garante-campus-dentro-de-presidio.html>. Acesso em 20.02.2012.

227 <http://www.paraiba.pb.gov.br/39103/parceria-entre-governo-do-estado-e-uepb-garante-campus-dentro-de-presidio.html>. Acesso em 20.02.2012.

indivíduo egresso do sistema penitenciário, representa um dos caminhos viáveis no combate à criminalidade.

Experiências como estas são noticiadas em todo o território nacional, porém em proporções tão ínfimas e tímidas que não chegam a ofuscar os olhos dos que pretendem contribuir para a redução da criminalidade.

Ações preventivas do poder público, da iniciativa privada, e até mesmo individual, apresentam bons resultados no tocante a efetiva redução da reincidência e, por conseguinte, do nível de criminalidade, quando atuam em projetos extramuros. Contudo, o escasso número de propostas de inclusão social somente atinge um pequeníssimo contingente de apenados, que segundo o DEPEN²²⁸, corresponde a aproximadamente 3,64% da população carcerária.

Esse contingente, beneficiado pelo programa intitulado “laborterapia”, terá maior chance de seguir o caminho da licitude, pois as parcerias com o poder público e a iniciativa privada proporcionarão, ao menos, o direito de escolha entre a vida miserável que o ex-presidiário experimentou no tempo de reclusão, advindo do cumprimento da pena, e o trabalho e reinserção na sociedade.

3.4.3. O modelo da APAC – Associação de Proteção e Assistência aos Condenados.

Um modelo de execução da pena privativa de liberdade que já existe desde 1972, iniciado na cidade de São José dos Campos - São Paulo²²⁹. Sem aderência a qualquer proposta político-partidária, ou mesmo direcionamento governamental, a base das APAC's sedia-se na construção disciplinar do indivíduo infrator – que é sempre chamado de reeducando²³⁰ -, tendo como fundamento a religiosidade²³¹. “O método APAC se inspira no princípio da

228 Ministério da Justiça. Site: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em 13.01.2011.

229 Em 1972, um grupo de quinze pessoas lideradas pelo advogado Dr. Mário Ottoni, preocupados com o grave problema das prisões na cidade de São José dos Campos (SP), passou a pesquisar a situação em nível nacional. Frequentava o presídio de Humaitá para evangelizar e dar apoio moral aos presos. Em 1974, o juiz da Vara de Execuções Criminais da comarca, Dr. Sílvio Marques Neto, considerando a necessidade de ofertar novas vagas para o crescente número de detentos, tomou a decisão ousada de transferir a gerência do presídio de Humaitá para aquela equipe, a qual instituiu a APAC – Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, entidade jurídica, sem fins lucrativos, com o objetivo de recuperar o preso através de um método de valorização humana, protegendo a sociedade e promovendo a justiça. A APAC aceitou a tarefa de reformar a prisão de Humaitá e dirigi-la, com o apoio da comunidade, sem praticamente nenhum ônus para o Estado (incumbido apenas da alimentação e do pagamento da luz e da água), dispensando a figura do policial e do carcereiro. <http://jus.com.br/revista/texto/7651/associacao-de-protecao-e-assistencia-aos-condenados>. Acesso em 30.01.2012.

230 Utilizar-se-á, ao longo desse tópico, a nomenclatura de reeducando para definir os apenados e egressos do sistema APAC, em respeito aos propósitos desse programa.

231 OTTONI, Mário. Meu cristo estou de volta! Pastoral carcerária aplicada no revolucionário sistema APAC. Ed. Paulinas. São Paulo, 1984. p. 29.

dignidade da pessoa humana e na convicção de que ninguém é irrecuperável, pois todo homem é maior que a sua culpa”²³².

Vale ressaltar que a religião propostas nas APAC's é a católica apostólica romana, embora sejam admitidos, em determinados casos, e desde que os reeducandos assumam o compromisso de seguir os pressupostos de seus programas dentro da religião apresentada, os indivíduos que tem base religiosa diversa.

Presente em aproximadamente 150 unidades no Brasil²³³, e várias no exterior – a exemplo das APAC's de Quito e Guaiaquil no Equador; Córdoba e Concórdia na Argentina; Arequipa no Peru; Texas, Wiora e Kansas nos EUA; todas já instaladas – os índices de reincidência criminal dos egressos das APAC's registram, apenas 5%, bem destoante do índice nacional. Por isso, em 1986, a APAC filiou-se à PFI – Prision Fellowship International, órgão consultivo da ONU para assuntos penitenciários, fruto de um sucesso já reconhecido²³⁴.

A metodologia Apac é composta por 12 elementos: participação da comunidade; ajuda mútua entre recuperandos; trabalho; religião; assistência jurídica; assistência à saúde; valorização humana; família; formação de voluntários; implantação de centros de reintegração social; observação minuciosa do comportamento do recuperando, para fins de progressão do regime penal; e a Jornada de Libertação com Cristo, considerada o ponto alto da metodologia e que consiste em palestras, meditações e testemunho dos recuperandos²³⁵.

O programa enumera quatro estágios necessários à reeducação do apenado: O *estágio inicial*, que compreende os presos em celas, e que estão no regime fechado; O *estágio I*, mesmo em regime fechado, o pavilhão que hospeda os reeducandos nessa etapa é diferenciado do estágio inicial e, de acordo com suas três etapas, haverão por desfrutar de algumas regalias no cumprimento da pena; No *estágio II*, o reeducando deixa os pavilhões do regime fechado, e passa a um Centro de Reintegração Social, que fica anexo ao presídio, onde passa a cumprir pena no regime semiaberto, inclusive com aderência a programas de formação profissional e educação básica. Por fim, a última etapa, no *estágio III*, já no regime aberto e cumprindo pena através das prisões albergues, o programa APAC, que tem como filosofia “matar o criminosos, salvando o homem”²³⁶, almeja recuperar o então infrator.

Com um apego muito forte à disciplina, em especial a religiosa, através das palestras, missas, estímulo a interação com os demais reeducandos, os estágios e etapas por

232 Ministério Público do Estado do Paraná. CAOP Criminais do Júri e de Execuções Penais. Boletim nº 53. Disponível em: http://www2.mp.pr.gov.br/cpdignid/telas/cep_b53_n_3.html. Acesso em 30.01.2012.

233 <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/17953:metodo-apac-reduz-reincidencia-criminal>. Acesso em 30.01.2012.

234 <http://jus.com.br/revista/texto/7651/associacao-de-protecao-e-assistencia-aos-condenados>. Acesso em 30.01.2012.

235 <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/17953:metodo-apac-reduz-reincidencia-criminal>. Acesso em 30.01.2012.

236 OTTOBONI, Mário. Op. Cit. p. 30.

eles percorridos sugere uma boa utilização do sistema progressivo no cumprimento da pena, que, no entanto, conta com um engajamento real da sociedade. Isso se constata já no *estágio inicial*, onde os reeducandos estão cumprindo pena no regime fechado, e ainda sem experimentar os benefícios do programa, com a presença da figura dos “padrinhos”.

São pessoas, formadas por casais, que assumem o “apadrinhamento” de cada reeducando, para acompanhar a sua evolução ao longo dos estágios e etapas. Sua função é bem delimitada ao longo do programa, além de ser de suma importância, desde a formação religiosa até a interação do reeducando com a sociedade. Sem dúvida um bom veículo de reintegração social, uma vez que o programa sugere um endosso dos padrinhos com relação a passagem aos estágios seguintes.

Depois de uma construção religiosa, que se assemelha ao estilo de adaptação de uma doutrina cristã, o reeducando passa à *etapa I* do *estágio I*. As missas; o terço rezado na casa dos padrinhos; aulas de religião; crisma; batismo; entre outras ações do mesmo gênero, mantém a base da formação religiosa, com propósitos de reconstruir uma educação primária, então perdida ou inexistente. Nesta mesma etapa, o reeducando já experimenta ações voltadas à interação social, tais como: eleição dos representantes das celas; programas de alfabetização e 1º grau de ensino; experiências com trabalhos manuais ou artesanais; e o contato com a família, destacam essa etapa do estágio anterior.

Já na *etapa II* do mesmo estágio, o contato externo com a sociedade é estimulado, principalmente pela saída aos sábados para a missa – o que demonstra manter-se contínua a missão evangelizadora -, no estreitamento das relações de confiança com os padrinhos, ou na intensificação do processo de reintegração do reeducando com sua família e com a sociedade.

É preciso enfatizar que ao longo desse trajeto, o reeducando recebe uma forte vigilância, no que concerne aos propósitos do programa, para verificar se não está simulando a sua adequação às fases das etapas, ou se está sofrendo algum tipo de paternalismo, que porventura possa prejudicar o processo de reeducação social

Em qualquer fase da escala, se o reeducando cometer alguma falta disciplinar, o mesmo é recolhido à cela para cumprir castigo de acordo com o provimento do Juiz de Direito Corregedor dos Presídios. (...) O castigo faz parte da recuperação, motivo pelo qual não deve ser evitado diante de um ato concreto, pois, caso contrário, estaremos estimulando os que erram, o que não deve acontecer sob nenhuma hipótese no meio carcerário²³⁷.

Não se pode deixar de registrar a semelhança das características da pena, na forma da *prevenção especial*, quando, mesmo dentro de um programa de ressocialização, venha-se a

237 OTTOBONI, Mário. Op. Cit. p. 81.

punir faltas disciplinares, como maneira de evitar o desvio da conduta do reeducando, esta que está sendo programada pela APAC, bem como a da *prevenção geral*, quando afirma ser necessário o castigo para não estimular outros que venham a se desviar dos objetivos.

Chegando, assim, a *etapa III* do primeiro estágio, o contato com a sociedade é ampliado, incluindo-se: saídas, uma vez por mês, aos domingos para contato com a família; mais estreitamento entre os reeducandos e os padrinhos; manutenção no crescimento espiritual através de participação em movimentos cristãos; e, em destaque, a cooperação na conquista de novos detentos e eliminação dos defeitos e vícios carcerários, como também a conscientização para novos encargos na vida comunitária.

Essas duas últimas características dessa etapa chamam a atenção, pois sugere uma captação de outros detentos que chegam ao sistema APAC, com o intuito de convencê-los a aderir ao sistema. Quase como uma propaganda ‘boca a boca’. E nessa fase, preocupam-se os administradores do sistema, em verificar, veridicamente, se o reeducando já deixou os vícios do cárcere e se adequou à vida comunitária, demonstrando outro ponto forte do programa, que é a desvinculação com o ambiente carcerário.

Depois de o reeducando ter, a contento, passado algumas vezes o domingo em família e ter revelado senso de responsabilidade, deve ser-lhe atribuída alguma função. É uma espécie de estágio para promoção ao II estágio²³⁸.

Até então, o reeducando estava no regime fechado, que em comparação às normas previstas na LEP, o sistema APAC confere muitos benefícios aos reeducandos, os quais não estão estabelecidos na lei de regência da execução penal. Considerando que é um modelo diferenciado, a confiança, senso de responsabilidade e a disciplina se tornam arcabouços para almejar uma progressão de regime para o semiaberto, passo seguinte do sistema.

O *estágio II*, que serve aos reeducandos que estejam no regime semiaberto, já aparenta um melhor contato com a sociedade, bem dentro dos propósitos do sistema progressivo de cumprimento de pena. Solidariedade; sinceridade; boas ações; lealdade; responsabilidade; participação ativa nos movimentos cristãos, são algumas qualidades exigidas para a vivência nessa fase da execução da pena. Como destaque, o cuidado com outros detentos e os cursos profissionalizantes.

Assemelha-se às conquistas de prestígios dentro dos cárceres comuns, o fato de colaborar com a administração da penitenciária, ajudando nas tarefas e colaborando com o trato diários dos demais apenados. Contudo, essa forma de “cuidar dos demais detentos”,

238 OTTOBONI, Mário. Op. Cit. p. 87.

previsto no segundo estágio do sistema APAC, tem uma conotação distinta, e essencial na reconstrução da postura do reeducando:

A atribuição dessas responsabilidades faz com que se desperte no reeducando o sentimento, assaz confortador, de um cidadão útil, em condições de assumir encargos. (...) A exploração, portanto, tão comum no ambiente carcerário vai cedendo lugar a atitude de respeito e de amizade²³⁹.

O sentimento de dignidade trazido por essa forma de contato com o reeducando expõe os propósitos do programa APAC, que, desta forma, se torna solo fértil para a completa reintegração social. Tornar o indivíduo útil, através da execução de tarefas dignas, aufere condições para obter bons resultados.

No que concerne aos cursos profissionalizantes, a APAC formulou parceria com entidades de serviços sociais autônomos, no caso, com o SENAI - Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – para promoção dos cursos ao reeducandos:

A APAC mantém convênio com o SENAI para cursos de preparação de mão-de-obra especializada. Nenhum reeducando poderá vencer a escala de recuperação sem que esteja habilitado profissionalmente. Bolsas de estudo são sempre conquistadas junto a firmas²⁴⁰.

Essa espécie de cooperação entre parceiros demonstra a necessidade de se buscar a participação de diversos níveis da sociedade para a reconstrução dos egressos, principalmente no que concerne à profissionalização. E por isso, a aderência de empresas comprometidas com questões sociais se reveste em mais um elemento nesse sentido, palco para se vencer a *etapa II do estágio II* do programa APAC.

O trabalho e a educação se tornam bases, juntamente com a formação religiosa, para se alcançar o último estágio na escala de recuperação do sistema APAC. “Firmas acolhem os reeducandos, dando-lhes oportunidades de desenvolver suas aptidões e de se preparar convenientemente para retornar ao convívio social²⁴¹”.

Com essa política, de perfeita noção de responsabilidade incutida no reeducando, que chega a cooperar com os outros indivíduos para que adotem o novo modelo de vida, termina o trabalho preconizado pelo sistema APAC, que após um tempo de investimento no infrator, afirma que “este último item da escala de recuperação completa o anterior e traz, em seu contexto, a recomendação final e decisiva onde vamos, após algum tempo de luta, entregar ao convívio social um homem totalmente reformulado interiormente”²⁴².

239 OTTOBONI, Mário. Op. Cit. p. 91.

240 OTTOBONI, Mário. Op. Cit. p. 96.

241 OTTOBONI, Mário. Op. Cit. p. 101.

242 OTTOBONI, Mário. Op. Cit. p. 96.

Embora ainda exista um *estágio III*, que pressupõe estar o reeducando no regime prisional aberto, e aderido às prisões albergues, o sistema APAC já considera reeducado o indivíduo que vencer os dois primeiros estágios do programa, posto que a sua conduta no terceiro estágio já se prevê como exemplar. Em contraponto, o sistema APAC repudia qualquer efeito regressivo que seja aplicado aos apenados que foram sentenciados diretamente para cumprir pena no regime aberto, pois considera que sem passar pelas etapas do programa, as quais emprestam sentido punitivo, reeducativo e intimidador, somente serviria como estímulo a novos crimes.

Por fim, “a recuperação definitiva para se consagrar exige a mesma linha de conduta em face da família, da sociedade e do trabalho da APAC, pelo período de 6 (seis) meses depois de o reeducando ter ganho a liberdade”²⁴³.

Enxerga-se nesse sistema, uma proposta similar ao que anuncia a Lei de Execução Penal, mesmo que numa escala mais humana e em diminuta abrangência – em virtude do número de apenados que integra o programa por unidade carcerária, por exemplo, em Minas Gerais não exceder a 200²⁴⁴ -, uma vez que várias de suas ferramentas tem previsão normativa na LEP – mesmo que estes institutos não sejam utilizados na prática dos presídios e penitenciárias comuns.

O ponto crucial das APAC’s, sem dúvida, é a religiosidade. E nessa particularidade, não se deve afastar o fato de que a população carcerária não é formada, unicamente, por católicos. Mesmo que as APAC’s permitam a participação de indivíduos de outras religiões, esse número corresponde a, apenas, 1% de todos os reeducandos²⁴⁵. Isso sem falar naqueles que, mesmo tendo sido batizados na religião católica, não aceitam a religiosidade como elemento de transformação individual.

Talvez por isso, decorridos cerca de 40 anos, esse modelo de reconstrução da dignidade, não tenha se tornado unânime nos regimes penitenciários. Como a parcela de atuação da religiosidade chega a ser de 100% em todo o processo, retirá-la da equação é dismantelar o método APAC. Outro aspecto, é o fato de que o programa aparenta ser totalmente incompatível com a reincidência. Se é baseado na confiança recíproca, de bases religiosas, quebrá-la significaria anuir uma situação irreversível.

Pensa-se dessa maneira, em virtude da inexistência de destinação de fases, etapas ou estágios, para indivíduos reincidentes, uma vez que ainda existe percentual de reeducandos

243 OTTOBONI, Mário. Op. Cit. p. 106.

244 http://www.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/apac_minas.html.

245 OTTOBONI, Mário. Op. Cit. p. 29.

- mesmo que baixo - que tornam a delinquir. E nesse aspecto, é despidendo mencionar que o indivíduo reincidente criminal tem uma construção psicológica diferente do indivíduo primário no crime, o que mereceria, em qualquer projeto de reeducação, uma atenção, mesmo que mínima, diferenciada.

Ao que se anuncia, os indivíduos devem requerer a assistência do modelo APAC²⁴⁶. Com isso, torna-se viável a filtragem dos infratores que se encaixam no perfil do programa, tornando previsível um resultado promissor. E nesse aspecto, os reincidentes poderiam, em tese, ter seus requerimentos negados. Toma-se como vertente dessa hipótese, a preocupação do sistema APAC com a vitrine do modelo.

Há necessidade, entretanto, de tomar as cautelas devidas, buscando evitar falsos testemunhos de reeducandos que podem, de um momento para outro, das contratestemunho, descreditando a entidade²⁴⁷.

Apagar possíveis testemunhos contrários a realidade significa esconder um dado estatístico importante, mesmo que se saiba que o objetivo seria manter o atrativo do modelo para fins benéficos. Quando se verificam essas vertentes – filtragem; número de encarcerados pequeno; e indivíduos primários – acrescentando-se o empenho incontroverso dos que mantém firmes os propósitos do modelo APAC, o êxito é um resultado esperado.

No entanto, as suas bases, de incontestável valia, servem se arcabouço para projetos em grande porte, uma vez que demonstra, enfaticamente, que a dignidade laborativa é meio para reinserção do apenado na sociedade produtiva, e por essa via há de se construir uma redução em larga escala da reincidência criminal.

3.4.4. Justiça restaurativa na execução penal.

Pretendendo trazer contribuições positivas à problemática da justiça retributiva, a justiça restaurativa, entendendo que o crime merece sua resolução, sob uma análise de suas consequências futuras, através do acordo entre as partes envolvidas, propõe criar novos modelos para enfrentar o fenômeno da criminalidade. Integra os envolvidos, e também todo o círculo social que se formou em volta do evento delituoso, principalmente a comunidade.

Nesse aspecto, percebe-se que a proposta da justiça restaurativa caberia, mesmo que numa pequena parcela, na presente discussão, uma vez que parte de seus fundamentos acompanham a forma de execução das propostas advindas do modelo APAC.

246 OTTOBONI, Mário. Op. Cit. p. 32.

247 OTTOBONI, Mário. Op. Cit. p. 96.

A justiça restaurativa se preocupa com o elemento social, aferindo que o crime se trata de uma perturbação social, provocada pelas relações humanas, e por isso a comunidade integraria a sua solução. A participação da vítima, do infrator, e em especial, a comunidade e terceiro disposto a colaborar, enfatiza um viés democrático, base desse instituto. Por fim, pressupõe que o objetivo final seja a reparação dos danos à vítima, posto que a solução será construída entre as partes.

No campo teórico, a Justiça Restaurativa passou a ser tema recorrente depois da obra *Changins lenses: a new focus for crime and justice*, publicada pela primeira vez em 1990 por Howard Zehr, em que ele propunha que o crime fosse encarado não mais como uma infração estatal, mas como um acontecimento que abala relações e causa prejuízos a indivíduos e à comunidade. A consequência dessa nova visão seria a mudança na resposta reservada ao crime, trocando-se a punição pela busca da restauração das relações afetadas pela prática do crime e da reparação dos danos causados²⁴⁸.

Embora viável em várias espécies de delitos, acredita-se que nos crimes que provocam grandes danos, a exemplo de homicídios, latrocínios, estupro, tráfico de drogas, entre outros, tanto a restauração como a reparação de danos seja de difícil visualização, pela própria natureza da conduta dos seus autores, quanto pela repercussão na vítima ou em seus familiares dos danos provocados pela ação criminosa.

Contudo, cumpre ressaltar que, para Elena Larrauri, “a justiça restaurativa é mais ampla do que a reparação prevista no sistema de justiça criminal”²⁴⁹. E uma dessas formas de amplitude é visualizada já no *estágio I* do modelo APAC, quando desconsidera as limitações do cumprimento da pena em regime fechado previsto na lei de execuções penais, para permitir a interação do infrator com a comunidade, uma das bases dessa modalidade de justiça.

Finalmente, debido a que recientemente han empezado a surgir experiencias de mediación en el ámbito penitenciario, es necesario clarificar la relación entre justicia restauradora y alternativas a la prisión²⁵⁰.

Não deixa de ser um modelo de mediação de conflitos estabelecer um coerente programa de interligação do ofensor com o meio ofendido, seja qual for a amplitude da ofensa, mas, como adverte a autora, deve ser esclarecida a diferença entre essa forma de aplicação da justiça restaurativa e as formas alternativas à prisão. Como se observou no tópico anterior, o modelo APAC não se trata de substituição, ou alternativa, da pena prisional, mas, tão-somente, de uma melhor adequação no seu cumprimento, com aderência maciça da comunidade – módulo que interessa a presente discussão. “Além disso, se o alvo da justiça

248 BENEDETTI, Juliana Cardoso. Criminologia e os problemas da atualidade. São Paulo: Atlas, 2008. p. 277.

249 LARRAURI, Elena. Mujeres y sistema penal: violencia doméstica. Buenos Aires: B de F, 2008. p. 219.

250 LARRAURI, Elena. Op. Cit. p. 223.

restaurativa é a reintegração do infrator na sociedade, não parece haver dúvida de que a reintegração não é favorecida pela imposição de uma sanção exclusiva”²⁵¹.

No campo alternativo, outras maneiras podem substituir a prisão:

La institucionalización de la resolución de conflictos abarca tanto mecanismos voluntarios e informales como obligatorios y coactivos. La resolución alternativa comprende una amplia gama de acciones y procesos que tratan el conflicto desde distintas perspectivas y alcances: su abandono, la prevención, la administración y la resolución mediante los llamados métodos alternativos como negociación, mediación, arbitraje u otros híbridos²⁵².

Daí resulta que são inúmeros os métodos para se postular as alternativas à pena privativa de liberdade, cujo processo pode se aperfeiçoar de forma voluntária ou mediante estabelecimento de políticas públicas. As formas de negociação e de mediação também fazem parte dos procedimentos para se estabelecer o acordo entre vítima e ofensor, numa abrangência da justiça restaurativa, e nesse ponto convergem os propósitos restaurativos e alternativos da punição.

A falta de vinculação a um contexto teórico específico faz com que, no mais das vezes, a Justiça Restaurativa tenda a assumir uma perspectiva meramente institucional, sendo encarada tão-somente como instrumento de aperfeiçoamento do funcionamento do aparato judicial. Neste sentido, ela é uma opção, entre as diversas formas possíveis de se responder à prática de um crime, que, por conta das vantagens que apresenta em relação ao esquema tradicional, representa um aprimoramento institucional dos órgãos estatais na tarefa de persecução do crime²⁵³.

Quando se enfrenta a questão da deslegitimação do sistema penal tradicional, de fato, conciliar, quando possível e recomendável, sempre será visto como aprimoramento de um método segregador. A política criminal recebe adesões de vários modelos e alternativas, sempre com propósitos de diminuir os efeitos que o sistema penal tradicional provoca na persecução criminal. Porém, no que pertine aos crimes de maior potencial ofensivo, a justiça restaurativa assume um papel de coadjuvante, que pode ser mais útil colaborando com o seu melhoramento, do que agindo como modelo antagônico à pena carcerária.

Ainda paira nessa fase a própria prestação jurisdicional através da sentença condenatória. Afastar a decisão judicial por qualquer forma de acordo entre os envolvidos – vítima e autor do crime – seria retirar do Estado a força retributiva impelida pela sentença judicial, além de emprestar descrédito à própria ordem judicial, esta que, em respeito ao princípio da indisponibilidade da ação penal – que é pública nos casos em estudo – impede, sobremaneira, a existência de qualquer ação da justiça restaurativa.

251 LARRAURI, Elena. Op. Cit. p. 223.

252 HIGHTON, Elena I., ÁLVAREZ, Gladys S., GREGORIO, Carlos G. Resolución alternativa de conflictos y sistema penal. Buenos Aires, Ad-hoc, 1998. p. 17.

253 BENEDETTI, Juliana Cardoso. Criminologia e os problemas da atualidade. São Paulo: Atlas, 2008. p. 282/283.

De todo modo, a justiça restaurativa pode servir como fundamento para um processo de aplicação diferenciada da pena privativa de liberdade, na forma de colaborar com a aproximação da comunidade com a população carcerária, para que esta intervenção possa resultar em melhores condições de inserir o egresso na sociedade.

3.5. A adequação das propostas de trabalho e educação, com fins de inclusão social.

Tomando os exemplos e propostas descritas nos tópicos anteriores, os quais apontam o trabalho e a educação como bases principais de combate à reincidência, é imperativo que eles tenham objetivos motivadores da adesão do apenado, sob pena de se tornarem – como de fato têm sido – degraus para se atingir a liberdade antecipada. A ausência desses objetivos motivadores reflete um número excessivo de quebra do regime prisional e, por conseguinte, na evolução dos egressos que retornam à criminalidade.

Os reflexos do trabalho e da educação durante o trajeto do cumprimento da pena é de comprovada eficácia, seja ela no sentido de ocupação, afetando a ociosidade e colaborando com o controle social intramuros, ou até mesmo na esperança de que o indivíduo não pratique mais ações delituosas.

Decerto que a esmagadora maioria das atividades desenvolvidas pelos apenados no ambiente carcerário somente servem para interferir no *quantum* da pena a ser cumprida, com base no instituto da remição. Dentre algumas dessas incursões, esforços do poder público e da iniciativa privada, bem como de Organizações Não Governamentais – ONGs – e atitudes individuais, ampliam o benefício redidor, alçando o trabalho e a educação ao patamar de apoio assistencial ao egresso. Quando muito, estas ações, dentre as quais se aludiu no tópico 3.4, surtirão efeitos de reinserção social, contando, por óbvio, com a colaboração do próprio apenado.

A crítica se estabelece no exato momento em que se utilizam desses institutos de maneira arronea, fomentando, apenas, a diminuição do tempo de cárcere, sem que o especial propósito fosse, ao menos, iniciado.

A falta de uma orientação própria a ser emprestada ao tratamento penitenciário, costumam os técnicos no assunto dividir-se em duas correntes: uma, aproximando o trabalho recuperador à atividade médica; outra, assimilando-o às práticas educacionais. Naturalmente, em terreno tão indefinido e flúido, há uma forte tendência para misturar ambas as coisas, do que resulta apresentar o padrão teórico da condução da vida prisional, com grande frequência, a aparência de um colorido coquetel, cujo conteúdo pouco tem haver com os materiais que, alegadamente, o compõe. E se ouvida uma circunstância relevante quanto ao defeito de tão engraçada construção: imaginar como viável levar a bom êxito uma empreitada

terapêutico/pedagógico na qual se impõe a obrigação de castigar, a título de expiação, isto é, fazer sofrer, em nome da retribuição, o paciente/aluno durante o desenvolvimento do processo curativo/didático. Só mesmo o penitenciário, que nem é doutor nem professor, pode ser capaz de encarar a sério a estrambólica incumbência que lhe é proposta²⁵⁴.

Deixou-se, por oportuno, de considerar as reais naturezas de se educar para o trabalho. Esqueceu-se que a construção de um indivíduo educado se destina ao próprio convívio social. Desprezou-se a inteligência de que o indivíduo educado será profissionalizado, tornando-se produtivo e inserido na sociedade consumista. “O sistema padrão da sociedade civil é baseado no lucro, ocupação, educação e participação nos assuntos comunitários. Muito pouco disso existe no sistema prisional”²⁵⁵.

A instituição carcerária é pois, certamente, uma tecnologia repressiva, uma vez que impõe ao detento uma situação de privação absoluta que faz dele um sujeito totalmente dependente do aparelho de poder que o subordina. Mas é também um poderoso *dispositivo ideológico*, uma vez que lhe impõe a submissão ao trabalho como único caminho para sair desta condição. Revela-se, assim, o paradoxo de um mecanismo que, de um lado, produz privação, falta, carência, e, de outro, impõe as próprias engrenagens disciplinares como remédio para esta condição²⁵⁶.

Essas considerações de Alessandro de Giorgi devem ser tomadas com certo critério positivo. A natureza do encarceramento é a castração absoluta dos direitos de condução da própria vida do indivíduo. Portanto, é inerente a ela a submissão do apenado aos comandos do cárcere. Ocorre que o ponto positivo é que dentro dessa realidade, o indivíduo é levado a percorrer caminhos que significam a base de uma inserção social. “A prisão cria o *status* de detento e, ao mesmo tempo, impõe ao indivíduo trabalho, obediência e disciplina”²⁵⁷.

Ora, salvo engano, obediência, disciplina e trabalho integram alguns dos requisitos na formação de um cidadão ordeiro, capaz de conviver em sociedade. Não haveria, assim, de se repudiar essa característica do encarceramento. Contudo, saliente-se que não é a figura da prisão que redundaria no estabelecimento dessas características positivas, mas sim a forma com que o sistema punitivo é aplicado. Se utilizado como meio de produção de violência, essas qualidades sucumbem ao caos. Se manejado de forma reconstrutiva, principalmente no que concerne a formação profissional, as qualidades serão evidenciadas.

Deve ser interesse da comunidade reintegrar o delinquente, fim racional e justificado, desde que não atente contra o desenvolvimento da livre personalidade,

254 THOMPSON, Augusto. Op. Cit. Pag. 98.

255 SYKES, *apud* THOMPSON, Augusto. Op. Cit. p. 101.

256 GIORGI, Alessandro de. A miséria governada através do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 46.

257 GIORGI, Alessandro de. Op. Cit. p. 46.

pois a autonomia da pessoa deve-se respeitar inclusive na execução da pena. Assim, apenas se justifica uma execução da pena ressocializadora²⁵⁸.

Apesar dessas características positivas do encarceramento, é óbvio que a adesão aos seus princípios devem ser facultativas, permitindo ao apenado escolher de maneira livre se concluirá seu período de punição dentro dos propósitos disciplinares, e aderido a propostas profissionalizantes, embora se reconheça que a situação pode impor tal tendência. Contudo, para se equacionar o caráter doutrinador do cárcere com a livre personalidade do apenado, a sua personalidade “não deve ser humilhada, nem ofendida, mas desenvolvida²⁵⁹”.

Eis, então, o que se pretende com o trabalho e a educação, dispostos na Lei de Execução Penal: buscar, manter, melhorar ou ampliar o conhecimento e aptidão profissional do preso, para que este se torne membro da cadeia produtiva e, desta maneira, importante para a sociedade capitalista.

3.6. Considerações.

Há, de certo modo, um abrir de olhos para a questão da inclusão social, quando se observam as políticas públicas destacadas no tópico 3.4. Elas, verdadeiramente, se entrelaçam nos seus objetivos, mas ainda detém ações individualizadas. O caso mais aderente a interferência do Estado na proposta inclusiva sedia-se na oferta de percentual das vagas, tanto no setor público quanto no setor privado que contrate com o Estado, destinadas aos apenados e egressos. No campo da cooperação e construção de uma dignidade necessária à inclusão social, o modelo privado das APAC's aparece como programa exitoso.

O ponto comum dessas maneiras de destinar ações voltadas à diminuição da reincidência criminal – perceptível no êxito ao se obter baixos índices de reincidência aderidos às propostas de cada modelo – se encontra na utilização do trabalho e da educação profissionalizante. Tanto os modelos do setor público, quanto do setor privado, demandam incentivos aos apenados na construção da capacidade profissional e no trabalho como meio de retorno ao convívio social.

Quando se observa que uma melhor forma de punir se revestiria naquela que melhorasse o indivíduo, a ponto de lhe oferecer outra opção de vida, diversa da criminalidade, e com isso evitasse que o egresso reincidisse em ações criminosas, os modelos aludidos nesse capítulo se demonstram passíveis de atingir tal desiderato. Isso significa que estabelecer

258 GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. Funções da pena privative de liberdade no sistema capitalista. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 206.

259 GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. Op. Cit. p. 206.

políticas públicas que incentivem a participação popular na administração da pena carcerária se apresenta como modelo primitivo de diminuição da criminalidade.

Contudo, essa participação popular tem que se sediar em determinados princípios, sob pena de se tornar mais uma tentativa frustrada de legitimar o sistema punitivo. Sem um propósito de construção da dignidade do apenado, com amparo na formação profissional e, em especial, na valoração das suas qualidades laborativas, não haveria como vencer a sedução da criminalidade.

Por isso, considerar a maneira com que se destinam percentuais de vagas aos apenados e egressos, ou mesmo as bases de construção da dignidade, seja religiosa ou profissionalizante, compõe esses princípios indelévels, com os quais haverão de sediar todas as propostas de inclusão social.

Outro aspecto que deve ser considerado é a dimensão da atuação popular na implementação dessas políticas públicas. Aplicar esses princípios num contingente de 200 apenados ou num grupo de 2.000 detentos, reclama ações distintas e específicas. Para tanto, as diversas modalidades de formatação da cooperação popular no processo de condução da pena carcerária, no tocante as gestões participativas nas políticas públicas de execução da pena privativa de liberdade, oferecem meios viáveis para se atingir o melhoramento dos indivíduos que deixam o sistema carcerário, e por isso compõem as bases das propostas de inclusão social dos seus egressos.

CAPÍTULO IV – PARTICIPAÇÃO POPULAR NA EXECUÇÃO DA PENA: ELEMENTOS DE TRANSFORMAÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL.

Não seria, portanto, *conditio sine qua* à reinserção do ex-presidiário abrir-lhe perspectivas no mercado de trabalho. Essa seria, certamente, uma condição, mas não a única. Mais do que isso, é imprescindível desenvolver um programa psico-pedagógico capaz de promover a sua auto-estima, de estimulá-lo à valorizar a dignidade da pessoa humana.

É um longo e árduo caminho que pressupõe uma reviravolta valorativa. Para tanto, é necessário o comprometimento do Estado e da sociedade com um programa dessa natureza. Um programa de educação para a cidadania apoiada na nossa tradição humanista que remota a Aristóteles²⁶⁰ para quem “o homem feliz é o homem justo”, e ser justo é ser virtuoso, “não apenas para si, mas para os outros”.

Na sociedade atual, com a sua própria organização, o homem sente-se cada vez mais inseguro, pois a cada momento está vivendo uma complicada sociedade complexa dirigida por sistemas, ideologias, planos (a ciência, a tecnologia, o bem-estar, etc.), sempre sufocado, escravo e coagido, reduzido à ínfima condição, a um simples número, a um anônimo da grande multidão (especialmente, nas metrópoles), sem afetividade ou solidariedade. Complexo de elementos, de causas, de situações, de pressões que tornam mais fácil a explosão ou a exteriorização de sua agressividade natural (...) Quem está ou se sente inseguro, não está em paz consigo mesmo e quem não está em paz consigo mesmo, não estará em paz com o seu vizinho, o seu semelhante, indo facilmente ao choque de interesses. Então, para a violação da lei natural será somente mais um passo, em virtude das contínuas pressões culturais, oriundas da sociedade, que experimenta, não podendo mais resisti-las e procurando superá-las pelo delito²⁶¹.

A insegurança parece subsidiar as ações humanas quando se trata de conflitos sociais. Em contraponto, reestabelecer a segurança significaria manter o indivíduo em determinado ambiente social. Ocorre que o egresso somente encontra a segurança no ambiente criminalizado, posto que a sociedade social cria barreiras para impedir o seu retorno, mantendo-o inseguro no que diz respeito a sua importância para um contexto comunitário.

Vê-se, desta maneira, que não seria, apenas, ofertando empregos; disponibilizando vagas no mercado de trabalho; ou reservando percentuais destinados ao trabalho do ex-preso, que lhe será devolvida a esperada “segurança”. A ótica é devolver/construir/reconstruir um sentimento de altruísmo capaz de combater as propostas de “segurança” que emergem da criminalidade, opondo-se ao atual sentido que direciona o egresso à reincidência. E esse propósito passa, indiscutivelmente, pelo caminho que o “excluído” enfrentará para encontrar seu lugar no ambiente social.

260 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

261 ALVES, Roque de Brito. *Estudos de ciência criminal*. 1ª ed. Recife: Companhia editora de Pernambuco, 1993. Pag. 341.

Contudo, mesmo com os mais esperançosos desejos, essa propensão seria frustrada se contasse, unicamente, com a vontade e o incentivo da parcela da sociedade comprometida com a necessidade inclusiva. É bem provável que qualquer parcela da sociedade se preocupe mais em salvar uma flor rara, ou mesmo um casal de pássaros, do que, evidentemente, contribuir com a inclusão social de um ex-presidiário.

Por isso, o ponto inicial desta proposta haverá de tomar como base o estímulo do Estado, através de políticas públicas revestidas de propósitos e, em especial, gestora dos diversos níveis de entrelaçamento das parcerias entre o poder público e a iniciativa privada, capaz de fomentar várias vertentes que demandem atuações nos diversos níveis da estrutura social.

4.1. Ressocialização. Ou na verdade, dessocialização.

Ao tempo em que se postula uma compreensão das características de inclusão social do egresso, faz-se necessário o posicionamento sobre a natureza dessa inclusão, sob o enfoque do processo de ressocialização do apenado. Decerto o princípio ressocializador está assegurado na Lei de Execuções Penais – LEP, a qual, inclusive, anuncia a sua obrigatoriedade na medida em que ocorre a mudança de *status* do infrator, ao passar da situação de apenado para a de egresso (artigo 10, §único²⁶²; artigo 11, *caput* e incisos²⁶³; artigo 22²⁶⁴; artigo 25, I²⁶⁵ e artigo 27²⁶⁶, todos da LEP).

Contudo, merece especial relevo, quando se observa que na dicção das normas acima aludidas, a idéia de “retorno à convivência em sociedade”; “preparação para retorno à liberdade”; “reintegrá-lo à vida em sociedade”; colaboração para “obtenção de trabalho”, venham a ser, na verdade, sinônimos de “ressocialização”, “reinserção”, etc.. Apesar da legislação espanhola tratar do assunto de forma mais direta e imperativa, Francisco Muñoz Conde, quando enfrenta o tema com base na legislação geral penitenciária espanhola, assevera que:

Todas as expressões coincidem em impor a execução de penas e medidas penais privativas de liberdade uma função primordial: uma função reeducadora e correcional do delincente. Uma função que há muito tempo VON LISZT e os

262 Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

263 Art. 11. A assistência será: I - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa.

264 Art. 22. A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade.

265 Art. 25. A assistência ao egresso consiste: I - na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade;

266 Art. 27. O serviço de assistência social colaborará com o egresso para a obtenção de trabalho.

correcionalistas espanhóis consideravam como a função mais elevada e principal que se pode atribuir a todo sistema penitenciário moderno²⁶⁷.

De fato, nas palavras Muñoz Conde²⁶⁸, a discussão sobre “ressocialização”, “reinserção social”, “reintegração do egresso”, “recuperação do delinquente”, se tornou moda, muito em face de ser imprecisa, uma vez que torna sua natureza amplamente indeterminada, o que dificulta o controle racional ou mesmo uma análise séria de seu conteúdo.

É com base nesse pensamento que discutir ressocialização levaria a consideração da hipótese de aonde se quer estabelecer essa “nova sociabilização”. “A ressocialização supõe um processo de interação e comunicação entre um indivíduo e uma sociedade, que não pode ser determinado unilateralmente nem pelo indivíduo nem pela sociedade²⁶⁹”.

Considerando, assim, que a privação da liberdade congela o apenado durante todo o decurso do cumprimento da pena, a sociedade a que pertencia antes do delito não será a mesma a qual retornará. Desta forma, um novo elemento haveria por incrementar a natureza do egresso do sistema penitenciário, além do puro e simples “retorno” à vida em sociedade. Algo que contribuísse no seu melhoramento, em sua adequação à nova sociedade que, a partir do momento em que é posto em liberdade, passou a conhecer.

O parâmetro inclusivo toma como exemplo a organização familiar. Os próprios investimentos da família e da sociedade com um novo integrante deste grupo, que desde o seu nascimento, cresceu recebendo incentivos de seus pais, quando da formação educacional, religiosa, afetiva, até partir para o convívio social e dele receber os incentivos profissionais, os quais o tornaram pessoa produtiva.

Por esse prisma, não apenas na atual conjuntura, mas, também, nesse idealismo sobre a reinserção social, em ambos os casos, é incontroverso que a personalidade do ex-apanado não é mais a mesma de outrora, seja piorada, ou como se quer, melhorada. O reflexo dessa *prisionalização* demonstra a tendência de que a privação de liberdade destroi uma idéia anterior de sociedade, acostuma a novas condutas, mas ainda mantém fagulhas propensas a uma nova inclusão na sociedade civil.

267 MUÑOZ CONDE. Direito penal e controle social. Tradução Cintia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Pag. 77/78.

268 Todavia, ainda que possa parecer paradox, também esta mesma indeterminação constituiu uma chave do seu fracasso. No marco penitenciário o conceito de ressocialização é difuso, especialmente porque não pode ser de outra forma, porque ressocializar por meio da pena equivale pretender abordar um fenômeno complexo através do conhecimento de uma das pequenas parcelas que o compõem. A ressocialização na execução das penas é um suposto paradigmático das contradições e conflitos que mantém em tensão todo o sistema penitenciário. Por isso, quando se fala de ressocialização desde esta perspectiva não se pode mais que estabelecer princípios gerais incapazes de conformar um plano de execução ou um plano de tratamento penitenciário. A ressocialização se converte em um conceito fantasma de onde se pode deduzir tanto a ideologia do tratamento, como fundamentar uma prática de terror. MUÑOZ CONDE. Op. Cit. Pag. 80.

269 MUÑOZ CONDE. Op. Cit. Pag. 82.

Os estudos²⁷⁰ sobre a temática concluíram que ao longo do cumprimento da pena, no que se refere à ambientação do apenado com a sociedade formatada dentro da instituição prisional, controi um gráfico de aceitação e sugere uma curva em “U”. No início e no fim da reprimenda, o apenado demonstra uma aversão ao ambiente carcerário. Já no meio, ele está totalmente acostumado com a sociedade prisional. Essa aceitação ou aversão é analisada tomando-se como referencial as “normas” produzidas pela comunidade carcerária, as quais se tornam diferentes de acordo com a instituição prisional observada, quem são seus integrantes e o seu nível populacional.

E em virtude dessa *prisonalização*, a comunidade carcerária experimenta um modelo diferente da que se intitula “sociedade não desviante”, provocando reflexos nos seus integrantes, os quais, com o passar do tempo e o prolongamento do confinamento carcerário, tendem a ser despersonalizados com relação ao ambiente social em que viviam antes do cárcere, e, por isso, a idéia de reinserí-lo no antigo modo de relacionamento social pode ser ineficaz, conquanto se espera que, desta maneira, a volta ao *status quo ante* somente poderia produzir sentimentos de revolta e vingança. Assim, nos moldes que se apresenta o sistema carcerário da atualidade, se percebe que, “não é, desde logo, o lugar idôneo para a terapia social e para o tratamento, mas, pelo contrário, fomenta a delinquencia e produz a dessocialização das pessoas que nele são introduzidas²⁷¹”.

O reconhecimento de que a pena privativa de liberdade “dessocializa” o infrator, demonstrar ser a melhor maneira de se estabelecerem propostas para a diminuição desse efeito “dessocializador”, buscando, sempre, a melhoria do apenado, para que no seu retorno, lhe seja oportunizado um “início” - e não reinício – da vida lícita. Não se trata de abolir o aprisionamento – em algumas hipóteses, indispensável –, mas de torná-lo, também, ao lado do castigo, em cunho educativo, de socialização e humanização.

4.2. Discriminação: o espaço que se deve ocupar.

A busca pela obtenção da “segurança”, quando se trata de excluídos, merece, também, reflexão no âmbito da aceitação social. Essa árdua tarefa experimenta o conceito social positivo e negativo, quando se destinam esforço para promover ações voltadas à

270 WHEELER, dando continuidade às investigações de CLEMMER e HARBORDT, estudou as modificações da respectividade do condenado às normas da prisão durante o tempo da condenação. O resultado de seu trabalho veio demonstrar que se pode estabelecer uma curva em U, que representaria o nível de adaptação dentro das coordenadas formadas pelo tempo de duração da condenação, de uma parte, e a adaptação das normas da comunidade carcerária, de outra. Isto quer dizer que, nos primeiros e últimos momentos da reclusão, o sujeito encontra-se em pior predisposição para ceitar o modo de vida do estabelecimento, enquanto que, na metade do transcurso do tempo de prisão, o recluso alcança a maior cota de adaptação às ditas normas. MUÑOZ CONDE. Op. Cit. Pag. 87/88.

271 MUÑOZ CONDE. Op. Cit. Pag. 102.

diminuição dos obstáculos que separam os “excluídos” dos “incluídos”. Quase sempre esta diferenciação esbarra no aspecto da vulnerabilidade.

O campo discriminatório separa ações diferentes para grupos diferenciados, de acordo com o sentimento “bom ou mal”²⁷², emanado dos respectivos grupos. É nesse contexto que se situa a vulnerabilidade, como base do conceito de exclusão. Para Xiberras, “excluídos são todos aqueles que são rejeitados de nossos mercados materiais ou simbólicos, de nossos valores”²⁷³.

Com ênfase, Bauman distingue a exclusão física da exclusão psicológica, afirmando que esta tem como pressuposto aquela, porém que ambas sediam as pretensões da prisionalização:

Todo processo policial/judicial que culmina na prisão é, em certo sentido, um longo ritual rigidamente estruturado de rejeição simbólica e exclusão física. A rejeição e a exclusão são humilhantes e pretendem isso; visam a fazer o rejeitado/excluído aceitar sua imperfeição e inferioridade social²⁷⁴.

Exemplifica-se essa rejeição simbólica com o estigma que carrega aquele que enfrenta o processo penal, com suas suspeitas – quase afirmação - de culpabilidade, que resulta numa busca ilimitada pela condenação, para, uma vez obtida, desencadear a exclusão física, através do encarceramento.

Os então “rejeitados”, podem ser encontrados em diversos grupos: sem-renda; sem-teto; sem-terra; sem-trabalho; sem-saúde; sem-educação; sem-emprego; ou mesmo aqueles grupos de maior vulnerabilidade: doméstica; sexual; institucional. Enxerga-se discriminação, também, nos que optaram por um gênero sexual diferente: gays; lésbicas; travestis; transexuais; bissexuais. Igualmente no que se refere a negros e índios. Aos que são acometidos por doenças, como os portadores do HIV. Até se chegar aos mais comuns, como os deficientes; idosos; crianças; e por último na escala de importância, os ex-presidiários²⁷⁵.

O preconceito, a intolerância em relação ao diferente, fundamenta toda ordem de discriminação e de violência contra grupos chamados minoritários, política ou culturalmente. Isso os torna vulneráveis à violação dos direitos à vida, à integridade, à liberdade. (...) A sociedade é diversa. Todos os conceitos e práticas que encobrem ou hierarquizam essa diversidade produzem discriminação. Mas nem sempre a discriminação é prejudicial. Há políticas de promoção de discriminação positiva que servem para recompor desigualdades históricas que reforçam vulnerabilidades dos

272 Exclusão é tema da atualidade, usado hegemonicamente nas diferentes áreas do conhecimento, mas pouco preciso e dúbio do ponto de vista ideológico. Conceito que permite usos retóricos de diferentes qualidades, desde a concepção de desigualdades como resultante de deficiência ou inadaptação individual, falta de qualquer coisa, um sinônimo do sufixo sem (less), até a de injustiça e exploração social. SAWAIA, Bader. Exclusão ou inclusão perversa?. As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social. Ed. Vozes; Petrópolis, 1999. pag 7.

273 Xiberras *apud* WANDERLEY, Mariangela Belfiore. Refletindo sobre a noção de exclusão. As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social. Ed. Vozes; Petrópolis, 1999. pag 17.

274 BAUMAN, Zygmunt. Op. Cit. p. 135.

275 CULLETON, Alfredo. Curso de direitos humanos. São Leopoldo: Unisinos, 2009. Pag. 195/196.

grupos minoritários. Trata-se de ações afirmativas, como as cotas de ingressos no ensino superior para pobres, índios e negros ou, também, as cotas para ingresso no serviço público para pessoas portadoras de necessidades especiais ou de deficiências. É enorme a polêmica em torno da questão das ações afirmativas, porque mexem com conceitos e práticas que visam superar desigualdades históricas a partir de ações imediatas num contexto discursivo que prioriza o individual e o imediato em detrimento do coletivo e do histórico²⁷⁶.

É, em suma, um resgate da dívida de valor que a história impôs aos excluídos, muito por conta dessa vulnerabilidade que acompanha os grupos discriminados. A vulnerabilidade – que os intitula de fracos, como já se debateu no tópico 3.2 – atinge inúmeros grupos de excluídos, bem como diversos bens jurídicos protegidos.

Mesmo diante dessa discriminação, existem projeções da espécie chamada de “discriminação positiva”, quando a sociedade se mobiliza para agir eficazmente num processo de inclusão social do “rejeitado”. Ocorre que essa rejeição, que recebe a positivação da discriminação, não derivou das ações da sociedade que se mobiliza para inserir o excluído. Veja que no que se referem aos deficientes, idosos, crianças, ou negros, bem como aos desempregados e analfabetos, sem-teto, sem-terra e sem-saúde, cujo *status* de excluídos adveio do próprio crescimento capitalista, surge, no seio social, um sentimento de “reparação”, uma vez que se encontra na origem desses grupos, um sentimento “bom”.

Muitas situações são descritas como de exclusão, que representam as mais variadas formas e sentidos advindos da relação inclusão/exclusão. Sob esse rótulo estão contidos inúmeros processos e categorias, uma série de manifestações que aparecem como fraturas e rupturas do vínculo social (pessoas idosas, deficientes, desadaptados sociais; minorias étnicas ou de cor; desempregados de longa duração, jovens impossibilitados de aceder ao mercado de trabalho; etc.)²⁷⁷.

A exclusão das minorias não pressupõe uma fórmula única e determinada. Para cada grupo em especial, a sociedade criou processos próprios. As cidades foram, *a priori*, construídas para pedestres, e, então esquecidos os deficientes físicos. As provas de admissão privilegiavam a maneira de educação de determinada cor da pele. A revolução industrial deixou de lado os que não estavam tecnologicamente adaptados. A sempre crescente ambição pela produtividade, terminou por ensejar uma velocidade incompatível com a experiência dos idosos.

Todas essas formas de exclusão são pontificadas, porém mantém os indivíduos excluídos em contato direto com a sociedade que os excluiu. De toda sorte, a discriminação positiva se fez presente primeiramente para esses determinados grupos de excluídos, muito pela sua proximidade.

276 CULLETON, Alfredo. Op. Cit. Pag. 194/195.

277 WANDERLEY, Mariangela Belfiore. Refletindo sobre a noção de exclusão. As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social. Ed. Vozes; Petrópolis, 1999. pag. 17.

Quando se refere ao ex-presidiário, verifica-se que sua exclusão guarda aspectos especiais. A resistência ao ato criminoso promoveu a exclusão psicológica – com a mesma característica dos demais grupos de excluídos –, mas acrescentou a exclusão física, uma vez que esse grupo não convivia com a sociedade que infringiu.

É “bom” inserir no mercado de trabalho um deficiente físico ou mental. Trás satisfação, quando não orgulho, devolver ao mercado de trabalho um idoso. Salvar as crianças da miséria; promover a reforma agrária; efetuar programas sociais de moradia e oportunidade de empregos e cursos profissionalizantes; cuidar dos aidéticos, sentimentos que, inclusive, servem de popularidade, ou mesmo de palco à promoção política.

Igual destino não socorre os grupos marginalizados pelo crime. Incluir na sociedade o indivíduo que violou a regra de convívio social; que se prostituiu ou causou temor aos que se consideram “não desviantes”, é, de todo, um “mal” sentimento, uma ação não popular. Assim, “atribui-se ao ‘excluído’ o fato de estar em situação de carência material, mas, sobretudo, (...) ser aquele que não é reconhecido como sujeito, que é estigmatizado, considerado nefasto ou perigoso à sociedade²⁷⁸”. Esse ato é, praticamente, um comportamento esperado, reconhecidamente como sendo uma reação natural.

Aplicar os vetores morais, “bom e mal”, para avaliar situações envolvendo indivíduos que se enquadram em categorias carenciais distintas, pode conduzir a equívocos. Assim, e supostamente “bom”, é virtuoso ajudar a amparar idosos, crianças, doentes, etc., enquanto, equivocadamente, é “mal” ajudar ex-presidiários, pois, supostamente, em o fazendo, estar-se-ia colaborando com indivíduos rejeitados.

Afigura-se como um pensamento ainda não aceito, ou mesmo ainda não incorporado no sentimento da sociedade contemporânea, a idéia de que é necessário promover a inclusão social do egresso do sistema penitenciário, como maneira de política criminal voltada à diminuição das ações delituosas.

No que se refere à teoria da modernização, tentamos apontar os erros provenientes do fato de opor o “tradicional” ao “moderno”, em que a marginalidade é categorizada como uma falta de algo que existe no setor “evoluído” e onde a desmarginalização seria efetivada na medida em que as sociedades fossem transpondo as diversas etapas históricas já de antemão delineadas na própria trajetória dos países evoluídos²⁷⁹.

Em que pese se iniciar uma discussão sobre o assunto pela “exclusão” - até porque somente se trabalha a “inclusão” de pessoas excluídas -, a dialética exclusão/inclusão,

278 José de Souza Martins *apud* VÉRAS, Maura. Exclusão social – um problema brasileiro de 500 anos. As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social. Ed. Vozes: Petrópolis, 1999. Pag. 48.

279 KOWARICK, Lúcio. Capitalismo e marginalidade na América Latina. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985. Pag. 59.

necessariamente, remete ao estudo não apenas do sentimento que nutre a sociedade pelos grupos conceituados como “de má aceitação”, mas, com a mesma importância, dos seus reflexos, quando emergem através das ações positivas, em detrimento dessa inclusão social no ambiente excluído.

Portanto, em lugar da exclusão, o que se tem é a “dialética exclusão/inclusão” (...) esta concepção introduz a ética e a subjetividade na análise sociológica da desigualdade, ampliando as interpretações legais e minimalistas de inclusão e do sistema de empregabilidade. Dessa forma, exclusão passa a ser entendida como descompromisso político com o sofrimento do outro (...) A dialética inclusão/exclusão gesta subjetividades específicas que vão desde o sentir-se incluído até o sentir-se discriminado ou revoltado. Essas subjetividades não podem ser explicadas unicamente pela determinação econômica, elas determinam e são determinadas por formas diferenciadas de legitimação social e individual, e manifestam-se no cotidiano como identidade, sociabilidade, afetividade, consciência e inconsciência²⁸⁰.

E, em verdade, esse é o sentido da exclusão social, o desinteresse pelos destinos daqueles que sofrem o processo de exclusão. Esse desinteresse não é apenas do Estado, mas, igualmente, de toda a sociedade, quando se enxerga o descompromisso de políticos com a situação carcerária, lembrando que a política representa os anseios dos cidadãos.

Para se sentir excluído, basta um ato proveniente daquele grupo excludente. Mas para se sentir incluído, não serve, apenas, o aceno econômico, ele tem que ser aderido com dignidade e identidade profissional.

A mesma capacidade, empenho e perseverança, são requisitados na sistemática da inclusão social dos ex-presidiários, a exemplo dos demais grupos de “excluídos”, principalmente pelo fato de que a sua “exclusão” adveio de reações sociais vinculadas ao trabalho e ocupação no mercado produtivo. Embora haja amplo debate sobre o assunto, Maura Veras alude que “a sociedade capitalista nasce com excluídos: É sua máxima respeitar o mercado, desenraizando e brutalizando a todos – essa é sua regra estruturante – para depois incluir; segundo sua própria lógica²⁸¹”.

A lógica dessa “inclusão” é que não é demonstrada com ações diferenciadas. Eis que “o momento transitório da passagem de vida que permanece: o modo de vida do excluído que não consegue ser reincluído. E tal modo de vida compromete sua dignidade, sua capacidade de ser cidadão, sua condição humana, do ponto de vista moral e político²⁸²”.

A exclusão contemporânea é diferente das formas existentes anteriormente de discriminação ou mesmo de segregação, uma vez que tende a criar, internacionalmente, indivíduos inteiramente desnecessários ao universo produtivo,

280 SAWAIA, Bader. Exclusão ou inclusão perversa?. As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social. Ed. Vozes; Petrópolis, 1999. pag 8-9.

281 VÉRAS, Maura. Exclusão social – um problema brasileiro de 500 anos. As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social. Ed. Vozes; Petrópolis, 1999. Pag. 40.

282 VÉRAS, Maura. Op. Cit. Pag. 40.

para os quais parece não haver mais possibilidade de inserção. Poder-se-ia dizer que os novos excluídos são seres descartáveis²⁸³.

Esse parece ser um traço do encarceramento, ou seja, a sua exclusão deixa uma lacuna no apenado, que se sente improdutivo, e, por conseguinte, descartável do universo produtor e consumeirista. Quando se analisa a evolução da criminalidade, e no enfoque da reincidência, avulta-se o sentimento de descarte que permeia os ex-presos, devolvendo-se em ações delituosas rotineiras e sequenciadas, no que tange à propensão daqueles que já experimentaram o cárcere – quando muito, apenas a acusação – e se sentem aviltados nos seus direitos, em especial o de recomeçar.

Castel aborda processos contemporâneos como a *desestabilização dos estáveis* que se tornam vulneráveis e se *instalam na precariedade* (desemprego de longa duração ou recorrente), culminando pela inexistência ou *deficit de lugares ocupáveis na estrutura social* (inutilidade social), transformando-se em não-forças sociais, perdendo a identidade de trabalhadores e percorrendo o difícil caminho *suspense por um fio*²⁸⁴.

Chega-se, portanto, ao posicionamento dos interesses hodiernos da sociedade, quando se depara com a problemática dos excluídos: uma vez reconhecida a interferência da evolução econômica e cultural de uma sociedade, olhar para quem foi deixado para trás e agir positivamente para incluí-lo na nova sistemática construída pelos valores que, agora, são requeridos para um considerado convívio social, parece ser o próximo passo.

É nesse aspecto que se vislumbra uma interferência na vontade da sociedade em agir positivamente nos que se enquadraram no conceito de conduta “má”. A problemática capitalista²⁸⁵ deixou para trás alguns grupos de excluídos pelo fato de que, naquele momento evolutivo, a sua “inclusão” no processo de crescimento seria inoportuna. Porém, ultrapassada algumas fases, olha-se para estes grupos e, numa campanha correcionalista, propõem-se ações positivas voltadas para o seu retorno ao seio social.

Esse desejo reparador acompanha, quase sempre, os grupos que emanam “bons” sentimentos sociais, e que num determinado momento da evolução de uma sociedade, concordaram tacitamente em se manter submissos aos anseios capitalista, de maneira pacata e

283 WANDERLEY, Mariangela Belfiore. Op. Cit. pag. 25.

284 CASTEL. R. *Apud* VÉRAS, Maura. Op. Cit. Pag. 35.

285 O problema que constitui a pedra de toque para a compreensão da marginalidade urbana, por conseguinte, deve ser equacionado tendo em vista, de um lado, as transformações que ocorrem nas zonas rurais, cuja população acorre às cidades, e de outro a baixa capacidade de absolver a força de trabalho em relações de produção tipicamente industriais, fenômenos que se tornam ainda mais agudos quando se considera as altas taxas de incremento demográfico que passaram a vigorar nos países da Região das últimas décadas: A formação destas crescentes populações marginais não pode ser atribuída ao velho sistema tradicional. Ao contrário, são formadas em parte pelo aumento vegetativo das populações urbanas... mas também se compõem em proporção importante de setores emigrados das zonas rurais em crise que expulsam grande parte da mão-de-obra camponesa para a cidade. (...) A estrutura empresarial não pode absolver a mão-de-obra liberada do campo e o aumento geral da população. Daí que o resultado deste tipo de desenvolvimento tenha levado a um agravamento do problema de marginalidade social e econômica...” (...) A marginalidade urbana configura-se quando o processo de industrialização ganha impulso na medida em que seu avanço se opera através de tecnologia poupadora de mão-de-obra, num quadro de concentração e centralização econômica cada vez mais decorrentes da dinâmica das grandes redes monopolistas. KOWARICK, Lúcio. Op. Cit. Pag. 72/73.

passiva. Assim, esperaram o seu momento de ser, então, incluídos na nova sistemática social, nascida a partir da construção de novas perspectivas da sociedade moderna.

Isso se percebe na constante positivação das discriminações que são encontradas nas propostas de quotas para determinados grupos de excluídos, que se deparam com uma extrema dificuldade de concorrer com indivíduos não excluídos, no mercado profissional da sociedade moderna, esta que foi forjada sem a participação desses citados grupos, numa figurativa visão de “se não pode ajudar, não atrapalhe”.

É esse sentimento que faz com que a sociedade contemporânea pretenda incluir os grupos considerados de “bons sentimentos”, com base nessa dívida oriunda da construção, cada vez mais acelerada, da sociedade produtiva e consumista. Nesse enfoque, apresenta-se um outro grupo que ficou a margem desse crescimento, mas que deles somente emanam “maus sentimentos”. Tratam-se dos presos e ex-presidiários.

No mesmo processo evolutivo da sociedade moderna, muitos que - apesar de não compor os grupos de excluídos considerados “bons” – não eram produtivos e precisavam não atrapalhar a evolução social, desmerecendo o reconhecimento de sua momentânea incapacidade, se insurgiram a esse processo capitalista, com atitudes ilícitas e desobedientes. Desta forma, compuseram os chamados “grupos marginalizados”, pois, se não poderiam permanecer no desenfreado crescimento social, começaram a agir contra essas atitudes de exclusão, tornando-se, então, indivíduos que nutriam “maus sentimentos” na sociedade.

A exemplo dos grupos que detêm “bons sentimentos”, estes que são considerados de “maus sentimentos” também foram excluídos do processo de construção da sociedade contemporânea. Contudo, a eles não é deferida a mesma inclinação para ações inclusivas. Propõe-se considerar essa dicotomia como meio para entender a reincidência criminal e, desta forma, sugerir meios de diminuí-la.

4.3. A discriminação positiva *versus* dignidade do egresso.

Configura-se, quando da análise dos efeitos da discriminação positiva, que, apesar dela compor importante parcela no processo de inclusão social, o limite de sua abrangência poderá não atingir os objetivos desejados, provocando mais uma frustração no longínquo caminho enfrentado, no que se refere à problemática carcerária.

Isso decorre em face da abertura de uma pequena janela de contato entre a “sociedade dos egressos” (composta por ex-presidiários que ainda não reincidiram, ou mesmo no retorno ao mundo livre, ainda não se utilizaram de meios ilícitos) e a sociedade civil

(composta pelas pessoas que não sofreram qualquer sanção segregatória e se mantêm dentro da sociedade, não desviante).

Cita-se, desta maneira, as recentes normas que se propõem a criar *quotas* para contratações de apenados – ainda durante o cumprimento da pena – e de egressos do sistema penitenciário, já evidenciados no tópico 3.3 desse trabalho. Estes percentuais anunciam uma modalidade de parceria entre o poder público e a iniciativa privada, ainda de forma pacata, mas que já evidencia um significativo passo em direção à inclusão social do egresso.

Contudo, convem apresentar algumas considerações sobre a natureza dessas ações, que sugerem uma discriminação, de maneira positiva, sob o enfoque da dignidade da pessoa humana. Assim afirma Culleton:

Compreende-se a dignidade humana propriamente dita como uma qualidade integrante e, em princípio, irrenunciável da condição humana, que pode e deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, nunca admitindo, contudo, a possibilidade de ser criada, concedida ou perdida, já que existe na “pessoa” como algo intrínseco²⁸⁶.

O raciocínio é o seguinte: compreendendo que o apenado é um excluído por força dos limites impostos pela sociedade, com relação ao controle social; e que esse excluído não serve de paradigma com os demais grupos de excluídos, em face da natureza de sua exclusão, eis que recebe o adjetivo de “ação má”, diferente dos demais que são considerados de “ações boas”, a dignidade que cerca a aceitação das propostas de inclusão social, por parte dos demais grupos de excluídos, não é a mesma que cerca o egresso do sistema penitenciário.

Parte-se do princípio de que o ex-presidiário, mesmo propenso a aceitar os programas de reinserção social, somente se manterá afastado da ilicitude quando a sua dignidade for reconhecida por seus méritos. “A dignidade de mérito também está relacionada com as noções de direito e respeito²⁸⁷”.

Nesse sentido, Culleton aparenta contrapor-se a sua conceituação de dignidade, quando anuncia que ela existe como algo inerente, próprio do indivíduo, e não como atributo a ser introduzido ou conferido à pessoa. Tese bastante questionável, e como tal controversa, posto que ele também anuncia uma conquista da dignidade através do mérito. Na verdade, o ato de reconhecimento satisfaz essa dicotomia, uma vez que os méritos atingem a dignidade quando são reconhecidos.

A concepção de “cidadanias diferenciadas” reclama, de fato, que há duas razões pelas quais a igualdade genuína requer a afirmação, em vez de eliminação das diferenças. Primeiro, em atenção a que os grupos social e culturalmente excluídos

286 CULLETON, Alfredo. Op. Cit. Pag. 66.

287 CULLETON, Alfredo. Op. Cit. Pag. 76.

estão em desvantagem no processo político. Só é possível compensar, ao menos em parte, sua situação de exclusão pela via da provisão dos meios institucionalizados para seu reconhecimento e representação explícitos. Em segundo lugar, porque tais grupos têm, muitas vezes, necessidades diferentes, e que elas só podem ser satisfeitas através de políticas diferenciadas²⁸⁸.

Assim, o que se pretende demonstrar é que a discriminação positiva, na forma que se preconiza, não produz efeito no sentimento de dignidade do preso ou do egresso, posto que não há qualquer qualificação exigida para ocupar o percentual dispensado aos grupos dos ex-presidiários. Ou seja, é mais uma forma de oferecimento de vaga no mercado de trabalho, de forma aleatória, desproporcional e desqualificada, bem antagônica ao que o crime oferece, uma vez que nele, o ex-preso é especialista e bem valorado na sociedade desviante.

Como exemplo poder-se-ia citar a discriminação positiva entre os grupos de deficientes, cujas *quotas* disponíveis para acesso a rede pública de ensino, em concursos públicos ou mesmo em projetos sociais, não atingem todos os seus integrantes. No entanto, o excedente continua a concorrer com os não deficientes e, quando obtém êxito por força própria, são aplaudidos pela sociedade, esta que torce pelo seu sucesso. Realidade que não se vivencia nos egressos do sistema penitenciário, que, nessa espécie de discriminação positiva, estão limitados ao número de vagas oferecidas, estando ou não profissionalizados a contento para ocupar a função.

Busca-se, desta forma, equacionar a oferta de oportunidades no mercado produtivo com a qualidade da prestação dos serviços por parte dos que deixam o cárcere, com o claro propósito de ampliar a sua inclusão social.

4.4. Enquadramento do egresso na proposta de inclusão social.

Em se tratando da necessidade de recepcionar a proposta de inclusão social, conta-se com uma espécie diferenciada de discriminação positiva, cujo propósito não é, apenas, a reserva de oportunidades, mas, principalmente, a construção da dignidade do apenado para ocupar essa reserva, bem como concorrer com os demais membros da sociedade.

E por isso, será necessário individualizar a parcela de indivíduos a que ela se destina, bem como a origem de sua ação, para fins de proporcionar meios eficazes na redução da reincidência criminal. Na linha de Muñoz Conde, “o delinquente que entra na prisão tem,

288 CUNILL GRAU, Nuria. Repensando o público através da sociedade: novas formas de gestão pública e representação social. Rio de Janeiro: Revan, 1998. p. 157.

pelo menos, um direito: quando libertado, depois de cumprir sua condenação, não saia em piores condições para levar uma vida digna de liberdade²⁸⁹”.

A figura do egresso para fins de execução penal, como já aludido, compreende o liberado definitivo até o prazo de um ano após a saída do estabelecimento carcerário, bem como aquele que esteja em período de livramento condicional (artigo 26 da LEP²⁹⁰). É neste interregno que se presencia o esmagador percentual de reincidência criminal, e como já frisado no segundo capítulo deste trabalho, a grande parcela desses reincidentes se dedicam a cometer crimes de natureza patrimonial, muito em face da desassistência material efetiva e, na atual perspectiva, a completa ausência de outra forma lícita de manter-se economicamente.

Neste caso não haveria como se enquadrar na proposta de inclusão social, logicamente, àqueles grupos que, mesmo atingidos pela lei penal, não sofreram qualquer forma de segregação social, ou seja, os que cometeram crimes de menor ou médio potencial ofensivo, cuja sanção penal se restringiu às modalidades da restrição de direitos e multa.

Restringindo-se, portanto, a proposta inclusiva ao grupo que sofrera pena de privação da liberdade, cujo tempo de seu cumprimento possa sugerir que o cárcere foi o responsável pela completa “dessocialização”. Esta que deve ser entendida de maneira a colocar o indivíduo que se pretende novamente inserir na sociedade, no patamar das possibilidades de completar todo o processo inclusivo.

Aspecto importante nessa divisão se encontra nos estudos de Wheeler (tópico 4.1), quando se refere ao gráfico em “U” da disponibilidade de reação dos apenados ao ambiente social intramuros. Segundo sua pesquisa²⁹¹, a parte inicial e a parte final são mais propensas às insurgências dos apenados em aderir ao estilo da sociedade prisional, e, por conseguinte, criminalizante. Daí a necessidade de se estabelecer um patamar mínimo de tempo de participação do processo de inclusão social, a partir da capacitação profissional - nos termos do artigo 32 da LEP²⁹² - e melhoramento da dignidade e respeito do apenado, futuro egresso.

Numa hipótese de inclusão profissional que advem da participação da iniciativa privada, como representante da sociedade consumista, e do poder público, fomentador da política criminal, sugere-se, abstratamente, um mínimo de 01 ano de permanência no

289 (...) qualquer que seja o sentido positivo que se queira dar aos termos “reeducação” e “reinserção social” empregados em referidos preceitos, parece evidente que em todo momento para conseguir esta meta deve começar evitando, dentro do possível, tudo que seja contrário a elas. E não há dúvida que a “dessocialização” é o obstáculo principal que a elas se opõe. Portanto, evitar a dessocialização é o primeiro e principal passo para conseguir outras metas transcendentes. Enquanto não se consiga atingir esta meta restam todas as demais considerações. MUÑOZ CONDE. Op. Cit. Pag. 103.

290 Art. 26. Considera-se egresso para os efeitos desta Lei: I - o liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento; II - o liberado condicional, durante o período de prova. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 02.11.2011.

291 MUÑOZ CONDE. Op. Cit. Pag. 87/88.

292 LEP - Art. 32. Na atribuição do trabalho deverão ser levadas em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 02.11.2011.

programa inclusivo dentro do cárcere, e a sua vinculação pelo período previsto na LEP, ou seja, de mais 01 ano a partir da liberdade definitiva, para fins de se obter o resultado pretendido, qual seja, a diminuição da propensão do egresso do sistema penitenciário em reincidir criminalmente.

Essas análises passam, por conseguinte, pela concepção de uma política pública em que o Estado pode envolver o terceiro setor na condução de projetos sociais voltados para a profissionalização do preso e inclusão do egresso. Trata-se de uma forma de gestão participativa totalmente compatível com a legislação em vigor e com práticas em andamento no nosso País, delineada dentro do aspecto hodierno de respeito à dignidade humana.

4.5. Gestão participativa: adesão da sociedade ao processo de inclusão social.

Em que pese a grande parcela dessa implementação pertencer ao Estado, posto que é o detentor do poder público, as parcerias estabelecidas com o setor privado, em suas diversas modalidades, possibilitam crescer a expectativa de uma melhoria nos resultados sociabilizantes, muito em virtude do somatório de intenções.

Algumas parcerias são novas fórmulas de relacionamento entre o público e o privado, cuja profundidade cria tensão com princípios consagrados na Administração, parte do denominado “paradigma burocrático” de molde weberiano, em especial o da impessoalidade, na medida em que o parceiro busca ser não um contratante selecionado anonimamente mas alguém que estabelece com a Administração as condições da relação que irá se travar entre ambos²⁹³.

Sem dúvida, e com especial escopo de construir uma interação entre a sociedade e a população carcerária, as parcerias entre o poder público e a iniciativa privada na condução da execução de uma pena se reveste em uma modalidade nova de gestão participativa. Acredita-se que a parcela privada dessa parceria poderá ser exercida em diversos níveis, com o propósito de atingir todos os regimes de encarceramento.

No entanto, não se pode desconsiderar que a participação pública num processo de melhoramento do indivíduo, com base nas parcerias, exige cuidados com emprego do dinheiro público, para que o verdadeiro objetivo não seja desvirtuado. Para tanto, diversos níveis de fiscalização devem atuar nesse contexto, desde a elaboração dos projetos até a sua real execução, bem como os seus vetores – Ministério Público; Tribunal de Contas; Procuradoria da Fazenda Pública; entre outros – precisam construir uma sólida formação que impeça o desvio das verbas destinadas ao projeto inclusivo.

293 BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 27.

Pressupõe-se, então, a necessidade de implantação de políticas públicas que venham a fomentar as parcerias entre o setor público e o setor privado, com ênfase aos propósitos de atuação no processo de inclusão do egresso do sistema penitenciário. “E é por isso que se entende que o aspecto funcional inovador de qualquer modelo de estruturação do poder político caberá justamente às políticas públicas²⁹⁴”.

Apesar de ser evidente que as políticas públicas enfrentam um problema de uniformização, diante da ausência de formatação jurídica única – o que será evidenciado no tópico 4.7.6 -, isto não significa um problema na sua utilização para os fins de possibilitar a existência de gestão participativa na propensão de sua estruturação no ideal inclusivo.

É convergindo os interesses que se estabelecem as possibilidades de aplicação das políticas públicas que, entre outros aspectos, está relacionada à discricionariedade do administrador.

E um interesse é reconhecível como interesse público quando é assim qualificado pela lei ou pelo direito, que é exatamente o que se faz no processo de formação da política pública como dado de direito, ou seja, sancionar determinados fins e objetivos, definindo-os legitimamente como a finalidade da atividade administrativa²⁹⁵.

Neste aspecto, tanto a Resolução 2460-R, proveniente do Estado do Espírito Santo, quanto a Lei nº 9.430 oriunda do Estado da Paraíba – mencionadas no tópico 3.4.2 -, demonstram que as políticas públicas estão tendenciosas a colaborar, mesmo que ainda discretamente, com as propostas de participação da iniciativa privada no processo de inclusão social.

Vislumbra-se nas parcerias um bom viés de atuação da gestão participativa, que se baseia na democracia participativa, esta que surge em decorrência dos problemas enfrentados pela democracia representativa, do qual se extrai a concentração do poder apenas no executivo.

Como revela o seu próprio nome, a democracia participativa baseia-se na abertura do Estado a uma participação popular maior do que admitida no sistema da democracia puramente representativa. (...) o que se pode afirmar, no entanto, é que nunca, como hoje, a participação popular foi colocada em tão grande relevo na ordem dos pré-requisitos para a efetiva realização da democracia²⁹⁶.

Um fato, então, que não se pode desprezar, se reveste na constante adesão de empresas privadas aos programas do poder público, quando se trata da execução de projetos

294 BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. Cit. p. 252.

295 BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. Cit. p. 265.

296 PEREZ, Marcos Augusto. A administração pública democrática: instrumentos de participação popular na administração pública. Belo horizonte: Fórum, 2004. p. 32.

em áreas que são de inteira responsabilidade do gestor público, colaborando, assim, com o estabelecimento da verdadeira democracia.

E o que revela essa maneira de gestão participativa é tão-somente a presença do cidadão nas relações efetivadas pelas parcerias com o poder público, de forma ativa e consciente. Essa intervenção nos processos de inclusão social tem especial relevo na construção da dignidade do apenado, até porque, com o viés inclusivo, a participação do cidadão demanda a retribuição de benefícios com a diminuição da criminalidade. Assim, forçosa é a conclusão de que “o atual estágio de desenvolvimento político da democracia justifica a adoção pelo ordenamento jurídico desses institutos participativos²⁹⁷”.

A concepção contemporânea de direitos humanos é caracterizada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade, porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos, culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também são²⁹⁸.

Embora esta concepção de características universais e indivisíveis sejam relevantes, afirmar que não haveria como subsistir a manutenção de determinado direito com a castração do outro se apresenta, um tanto quanto, precipitada. Talvez pela forma de condução dos direitos humanos venha a consolidar essa vertente. Mas, com a observância individual dos direitos humanos, mantendo-os, na melhor forma, inalterados, há de se aplicar a restrição de determinado direito, e a castração de outro.

Em melhor dicção, o indivíduo que é submetido ao encarceramento, pelo simples fato de ser aprisionado, já verá que os seus direitos civis e políticos foram castrados. Porém, isso não significa que, por si só, a prisão deverá castrar, também, os demais direitos a ele pertencentes, a exemplo do profissionalismo, da cultura e da manutenção de atividades econômicas. É possível, dentro de uma política pública garantista, possibilitar que os demais direitos humanos sejam mantidos durante o cumprimento da pena carcerária, e com especial destaque à dignidade do apenado.

Los muros de la cárcel representan una violenta barrera que separa la sociedad de una parte de sus propios problemas y conflictos. Reintegración social (del condenado) significa, antes que transformación de su mundo separado, transformación de la

297 PEREZ, Marcos Augusto. Op. Cit. p. 38.

298 PIOVESAN, Flávia. BARBIERI, Carla Bertucci. Terceiro setor e direitos humanos: Aspectos jurídicos do terceiro setor. São Paulo: ed. MP, 2008. p. 117.

sociedad que reasuma aquella parte de sus problemas y conflictos que se encuentran “segregados” en la cárcel²⁹⁹.

Eis a pretensão dos objetivos da gestão participativa, no que se refere à condução de um processo de inclusão social do ex-presidiário: através da participação popular na execução da pena privativa de liberdade, somar forças de intenções com o Estado na manutenção – quando não reconstrução – da dignidade do apenado, de maneira a permitir que os demais direitos de cidadania não sejam deteriorados pelo tempo de encarceramento. E para tanto, todas as ferramentas disponíveis que permitam a atuação em parceria com o poder público significam vetores indispensáveis na obtenção do resultado pretendido.

O mais importante, entretanto, é verificar que não há, segundo podemos deduzir do sistema jurídico nacional, restrição do conceito de participação popular na Administração Pública às formas diretas de participação. A democracia participativa, abraçada pelo ordenamento brasileiro, possibilita o convívio de formas representativas e diretas da participação. Dessa forma, podem ser considerados institutos de participação popular na Administração Pública tanto aqueles que possibilitam a participação direta de todos os interessados *uti socius, uti cives*, quanto aqueles que compreendam a indicação ou eleição de representantes³⁰⁰.

E essa é a grande ênfase da participação popular, ou seja, a extensividade da interação da população através de diversas modalidades de parcerias com o poder público, na condução das propostas inclusivas, abraçando todos os níveis de privação de liberdade, desde uma gestão participativa junto a administração de determinada cadeia pública num pequeno município, até grandes investimentos na construção de penitenciárias.

Cumpramos enfatizar que a configuração capitalista anuncia um diferencial entre o público-político e o econômico-privado, de modo que convergir os interesses parecer ser um obstáculo a ser vencido. “O desenvolvimento da sociedade moderna não só está marcada pela separação entre o Estado e a sociedade e, com isto, entre as esferas pública e privada. O que é fundamental é que esta separação não é definitiva³⁰¹”. Até porque o poder público encontra na atividade econômica privada a sua verdadeira expressão.

O que resumidamente se obtém é a promessa de gestão popular direta em parceria com o poder público, com base numa participação democrática de cooperação na formação e execução das políticas públicas. “Em tais sentidos, adquire cada vez mais força a afirmação de que só um Estado democrático pode criar uma sociedade civil democrática, assim como só uma sociedade civil democrática pode sustentar um Estado democrático³⁰²”.

299 BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social – por un concepto crítico de reintegración social del condenado. Sistema penal para o terceiro milênio. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 255.

300 PEREZ, Marcos Augusto. Op. Cit. p. 91.

301 CUNILL GRAU, Nuria. Op. Cit. p. 25.

302 CUNILL GRAU, Nuria. Op. Cit. p. 151.

Nesse contexto, a implementação dos direitos humanos está condicionada, de um lado, à existência de um Estado forte no campo das políticas públicas, e, de outro, à vitalidade da sociedade civil, como agente transformador do Estado e do mercado e não, como mero substituto de ações que lhe são exclusivas e, muitas vezes, privativas e, portanto, indelegáveis³⁰³.

A base da presente proposta há de contar com a iniciativa do Estado, através de políticas públicas que incentivem – e não persuadam – a sociedade civil para a concreta implementação dos projetos de parcerias na execução da pena privativa de liberdade.

Com efeito, o espaço administrativo que enseja a participação conjunta do público e do privado encontra no chamado “terceiro setor” um campo fértil de possibilidades, estas que se espera uma utilidade por parte do Estado no propósito inclusivo.

4.6. O terceiro setor como vetor da gestão participativa.

Definir o significado de “terceiro setor” é tarefa difícil, quando não conturbada, diante do espaço e contexto com que se utiliza o instituto de políticas públicas. Para José Eduardo Sabo Paes é “o conjunto de organismos, organizações ou instituições dotadas de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando ao seu aperfeiçoamento³⁰⁴”.

Silvio Luis Ferreira da Rocha, contudo, restringe o “terceiro setor” àquele composto “por entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública, mas que não almejam, entretanto, entre seus objetivos sociais, o lucro e que prestam serviços em áreas de relevante interesse social e político³⁰⁵”.

Boaventura de Sousa Santos é mais abrangente quando afirma que o “terceiro setor” é o “conjunto de organizações sociais que não são bem estatais nem mercantis, ou seja, organizações sociais que, por um lado, sendo privadas, não visam a fins lucrativos e, por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais³⁰⁶”.

Seja no conceito abrangente de Sabo Paes, que não exige a desvinculação lucrativa, ou marginalizado de Silvio Rocha, onde exige a ausência de fins lucrativos, como também a desvinculação da administração pública, ao moderado de Boaventura, quando mantém a inexistência de fins lucrativos, mas permite a interação com o poder público, o fato

303 BARBIERI, Carla Bertucci. Terceiro setor: desafio e perspectivas constitucionais. Curitiba: Juruá, 2008. p. 178.

304 PAES, José Eduardo Sabo *apud* BARBIERI, Carla Bertucci. Terceiro setor: desafio e perspectivas constitucionais. Curitiba: Juruá, 2008. p. 57.

305 ROCHA, Silvio Luis Ferreira da *apud* BARBIERI, Carla Bertucci. Terceiro setor: desafio e perspectivas constitucionais. Curitiba: Juruá, 2008. p. 60/61.

306 SANTOS, Boaventura de Sousa *apud* BARBIERI, Carla Bertucci. Terceiro setor: desafio e perspectivas constitucionais. Curitiba: Juruá, 2008. p. 61.

é que a “multiplicidade de conceitos é produto da multiplicidade de organizações que pretendem integrar o terceiro setor³⁰⁷”.

Afigura-se, portanto, que é no intitulado “terceiro setor” que se verificam as possibilidades de atuação popular na administração pública, através das parcerias entre o poder público e a iniciativa privada, capaz de servir como arcabouço de atividades voltadas ao processo de inclusão social do egresso do sistema penitenciário, desde que estas entidades não exerçam vinculação com relação à administração pública e detenham autonomia administrativa para permitir uma melhor atuação na proposta inclusiva.

Frize-se que a linha tênue entre as ações provenientes exclusivamente da administração pública e as que sejam próprias da iniciativa privada não devem ser ultrapassada, sob pena de incorrer no processo de *desestatização* ou de *publicização*.

O disciplinamento do acordo na modalidade de parceria entre o poder público e a iniciativa privada conduz a benefícios bilaterais, uma vez que o aparato estatal é diminuído, ao tempo que a sociedade participa efetivamente dos serviços sociais prestados e, dessa forma, influi na conduta inclusiva, sem que isso signifique um afastamento, ou mesmo extinção da presença pública, diante da natureza da parceria estabelecida.

O disciplinamento dessa esfera de regulação concretiza a possibilidade do Estado de diminuir o aparato administrativo disponível para a prestação de serviços sociais, pois as parcerias vinculam o Terceiro Setor à execução de atribuições que, *a priori*, seriam conduzidas pela Administração Pública. (...) Nesse contexto, vale a pena destacar que a regulação do Terceiro Setor não é uma proposta de desestatização *stricto sensu*, pois a execução de serviço social por instituição sem fins lucrativos do setor privado não implica necessariamente na extinção de entidades públicas, já que esse fenômeno geralmente só acontece na qualificação das organizações sociais. (...) Nesse caso, o Terceiro Setor se coloca na posição de colaborador do Estado, que pode utilizar o recurso para a administração de políticas públicas sociais com o objetivo de fortalecer áreas de atuação que o poder público pretenda priorizar, tendo em vista a concretização de projetos em regime de cooperação³⁰⁸.

Quando estabelecidos os projeto de cooperação, característico do terceiro setor, surge, então, a possibilidade de gestão popular nas atividades que eram desenvolvidas unicamente pelo poder público, a exemplo da condução do processo de inclusão social do egresso, iniciado desde à época em que ele era apenado. Nesse aspecto, trazer a cooperação da sociedade civil, através das empresas parcerias, para a execução da pena, reveste o processo de reinserção social de um novo modelo de gestão, desta vez para melhor.

Nada mais prioritário, no que concerne à criminalidade, do que a preocupação com a reincidência criminal, esta que, como demonstrado no tópico 2.4, se volta para engrossar as

307 BARBIERI, Carla Bertucci. Op. Cit. p. 68.

308 NÓBREGA, Thereza Christine de Albuquerque. A regulação do terceiro setor no Brasil: uma reflexão sobre o regime jurídico dos termos de parceria. Ed. MP, 2008.

Pag. 412/413.

fileiras do crime, retirando a conduta social do indivíduo aferida como “normal”, para destiná-la, quase que à unanimidade, a infligir a sociedade que os rejeitou, como destaca Bauman:

O rejeitado/excluído recorre aos únicos meios à sua disposição, todos contendo alguma dose de violência; é o único recurso que pode aumentar seu “poder de prejudicar”, único poder que podem opor ao poder esmagador dos que os rejeitam e excluem. A estratégia de ‘rejeitar os que rejeitam’ logo afunda no estereótipo do rejeitado, acrescentando à imagem do crime a inerente propensão do criminoso à reincidência³⁰⁹.

É um efeito natural, “rejeitar os que o rejeitam”. E é aí que surge o primeiro benefício com a participação popular na execução da pena carcerária, ou seja, o interesse da sociedade civil com o apenado destrói a imagem de rejeição. Sem a presença dessa rejeição, não haverá o reverso, ou seja, a rejeição dos que o rejeitam. Com isso nasce o segundo benefício, não havendo motivos para rejeitar a sociedade civil, a permanência em atividades lícitas será mais fácil, diminuindo o índice de reincidência criminal.

Nesse propósito, evitar o estigma de “rejeitado” é uma das propostas de inclusão social, que, para tanto, necessita de ação cidadã, através de atuações em parceria com o poder público. “A participação popular no Estado de Direito, ademais, representa um avanço nas formas de controle da Administração³¹⁰”. Ocorre que atuar em parceria não se reveste numa tarefa fácil. Inúmeros vetores se apresentam conflituosos, e todos circundam a utilização de recursos públicos.

Apesar de ser possível uma ação eminentemente privada na construção de uma dignidade por méritos profissionais do apenado, ainda no ambiente carcerário, ela se apresenta mais utópica do que real, principalmente porque incluir socialmente o egresso é uma barreira que demanda uma mudança cultural. Sem a presença do Estado como impulsionador dessa modificação, jamais se obteria o resultado desejado.

Contudo, é evidente que a proteção ao patrimônio público merece destaque – quando não preocupação – quando se trata de recursos utilizados em consórcio com parceiros privados. Embora vários modelos de parcerias entre o poder público e a iniciativa privada favoreçam a sua iniciação através da vontade popular, considera-se que o papel regulador somente haveria por ter o Estado como ator principal.

E essa vertente se torna imperiosa quando se vislumbram as hipóteses de corrupção no desenvolvimento dos projetos de parcerias público/privadas. Daí a necessidade de centralizar o controle das verbas no ente público, capaz de dotá-lo de autonomia suficiente para evitar tal desfecho. Com isso os órgãos de regulação (Ministério Público;

309 BAUMAN, Zygmunt. Op. Cit. p. 135.

310 PEREZ, Marcos Augusto. Op. Cit. p. 62.

Tribunal de Contas; Controladoria Geral da União; Advocacia Geral da União; etc.), se mostram incumbidos na fiscalização da execução e liberação dos recursos pertencentes ao Estado, proporcionando a contrapartida da sociedade, através das empresas parceiras.

Veja que não se propõe uma submissão do parceiro privado, que destinaria recursos para serem administrados pelo poder público. Se assim o fosse, a dúvida sobre a gestão eficiente embasaria o recuo das empresas que poderiam colaborar com as propostas. A hipótese é a de se estabelecerem critérios de regulação das verbas públicas destinadas ao controle e gestão das atividades pactuadas, para que não se evidenciem fagulhas de corrupção. Dessa forma, os institutos de participação popular na administração pública seriam amplos e permitiriam a implementação das propostas inclusivas em diversos níveis do encarceramento, tornando-se um programa hegemônico, ao invés de esforço solitário.

4.7. Institutos de participação popular na Administração Pública.

Dentre os institutos de participação popular na administração pública, alguns servem para delinear uma possível adesão às propostas de inclusão social do egresso do sistema penitenciário.

E assim, a participação popular na administração pública, na concepção de Maarcos Augustos Peres, conceitua-se como:

Instrumentos legalmente previstos que possibilitem aos administrados, diretamente, ou através de representantes escolhidos especificamente para este fim, tomar parte na deliberação, na execução ou no controle das atividades desenvolvidas pela Administração Pública, com o objetivo de tornar mais eficiente a atuação administrativa e dar efetividade aos direitos fundamentais, por meio da colaboração entre a sociedade e a Administração, da busca da adesão, do consentimento e do consenso dos administradores e, afinal, da abertura e transparência dos processos decisórios³¹¹.

O autor divide em três formas a aplicação dos institutos de participação popular na administração pública: 1) *Os institutos participativos de caráter deliberativo ou com força vinculante*, que se revestem em poderes de participação do cidadão na administração pública, de forma direta ou indireta na tomada das decisões da administração pública, sem, contudo, retirar-lhe os poderes, a exemplo dos conselhos deliberativos; referendo ou plebiscito; eleição de funções públicas³¹²; 2) *Os institutos participativos de caráter não vinculante, de consulta, ou meramente opinativos*, que derivam de uma conjugação dos direitos de informação e de petição, em sua dimensão coletiva, a exemplo das

311 PEREZ, Marcos Augusto. Op. Cit. p. 96.

312 PEREZ, Marcos Augusto. Op. Cit. p. 139.

consultas públicas; orçamento participativo; entre outros³¹³; e 3) *Os institutos de participação de caráter vinculante e autônomo, cooperativos ou de delegação atípica*, que representa o “setor social autogerido onde se verifica a verdadeira mudança das relações de poder e de domínio³¹⁴”.

Este último se adequa mais à participação popular na administração pública, no que concerne a sua ingerência no setor da execução da pena privativa de liberdade. Segundo Perez³¹⁵, para que sejam classificados como tais, as pessoas jurídicas precisam deter as seguintes características:

1. Sejam fruto de iniciativa dos particulares;
2. Sejam autogestionárias ou autogeridas, isto é, comandem seus destinos por seus próprios meios, sem intervenção do poder público;
3. Não tenham finalidade lucrativa;
4. Sejam formalmente reconhecidas pela Administração Pública como suas colaboradoras;
5. Realizem atividades de interesse público inerentes à função administrativa do Estado.

Em que pese a interpretação de que as propostas de inclusão social, vivenciadas nas experiências anteriormente citadas, também, receberam contribuições do “terceiro setor³¹⁶”, no presente trabalho ela se restringe à espécie de atuação social na esfera das parcerias entre o poder público e a iniciativa privada, sem fusão ou incorporação das respectivas competências, embora mereça menção a dissociação das demais espécies de participação cooperativa entre distintas pessoas jurídicas.

No aspecto da integração entre público e privado, tendo como palco o “terceiro setor”, mencionada acerca das pessoas jurídicas que se amoldam as características dos institutos de participação popular na administração pública de caráter vinculante e autônomo, cooperativos ou de delegação típica, algumas modalidades previstas no direito brasileiro poderiam sugerir sua utilização no propósito inclusivo; a) Organizações não governamentais – ONG’s; b) Entidades de utilidade pública; c) Serviços sociais autônomos; d) Organizações sociais – OS’s; e) Organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP’s; e f) as parcerias público/privadas – PPP’s.

313 PEREZ, Marcos Augusto. Op. Cit. p. 165.

314 PEREZ, Marcos Augusto. Op. Cit. p. 185.

315 PEREZ, Marcos Augusto. Op. Cit. p. 186/187.

316 (...) Institutos de participação popular na Administração Pública de caráter vinculante e autônomo, cooperativo ou de delegação típica. PEREZ, Marcos Augusto. A administração pública democrática. Ed. Fórum. Belo Horizonte; 2009. Pag. 186.

4.7.1. Organizações não governamentais.

As organizações não governamentais – ONG - são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos e que podem, na sua constituição, se destinar a ocupar o espaço permissivo da administração pública, executando atividades a ela inerentes. Hodiernamente, no que pertine ao estudo sobre a inclusão social, as ONGs se dedicam muito mais a apontar os erros e a ausência do Estado, do que, propriamente, a colaborar com a implementação de propostas socializadoras.

Embora esse posicionamento não advenha de conceito da própria organização, pois também é comum encontrar ONGs que recebem subvenções do poder público, e a ele deverá prestar suas contas, a natureza da atividade fiscalizadora e de ocupação das lacunas deixadas pela administração pública, praticamente, impulsiona essa espécie de atuação popular à uma área de concentração em sentido oposto às atuais políticas públicas convencionais, destinando-se, em especial, a esfera dos direitos humanos.

Há duas maneiras de se estabelecer uma ONG. A primeira através de uma associação civil e a segunda através de uma fundação. A associação civil é uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos e formada por uma união de várias pessoas. O seu patrimônio, por assim dizer, é formado pela doação dessas pessoas, após sua regular constituição. Já a fundação tem sua constituição a partir de um patrimônio, destinado por uma pessoa física ou jurídica, para a realização de um fim social determinado.

A diferença fundamental entre as associações civis e as fundações é o patrimônio inicial. Enquanto, nas primeiras, predomina o elemento pessoal – constituindo-se por um agrupamento de pessoas físicas que o compõem – nas fundações, a pessoa jurídica se organiza em torno do patrimônio destinado à consecução dos fins sociais. Por esta razão, as associações civis têm a sua constituição de maneira mais simples, por meio de uma assembléia que se materializa em uma ata na qual é registrada a aprovação dos estatutos e que elege seus dirigentes – bastando posteriormente levá-los a registro -, ao passo que nas fundações a constituição depende da manifestação de vontade do instituidor, que por escritura pública, quer por testamento, na qual se pode determinar a diretoria da instituição a ser constituída – esse ato se chama instituição ou dotação de bens livres³¹⁷.

Vê-se que tanto as associações civis, quanto as fundações, poderiam ser engajadas nos projetos de participação popular das políticas públicas destinadas à execução da pena carcerária. Ambos os modelos detém destinação sociabilizante, e garantem a participação de um grande número de integrantes, sejam modulados pela convenção em assembléia geral, no caso das associações civis, ou mesmo arregimentados pelo propósito instituidor da fundação.

Nas duas formas, a ONG navega entre a sua aderência direta ao setor público, mormente quando recebe subvenções e se institucionaliza, passando a exercer uma função de colaboração com o poder público, de caráter vinculante e autônomo, como verdadeiro instituto de participação popular, uma vez que “é a própria ONG quem dirige seus destinos, decidindo como gerir as atividades de interesse público a que se vincula estatutariamente³¹⁸”, ou quando se posiciona como agente de fiscalização dos atos públicos.

Ressalta Tarso Cabral Violin, quando apresenta os pontos diferenciadores deste instituto, que “uma organização é considerada como ONGs, ao contrário das demais entidades sem fins lucrativos, quando forem mais politizadas, mais atuantes na defesa e construção de direitos, ou quando lutarem pela melhor qualidade de vida da população³¹⁹”.

Nesse enfoque, as organizações não-governamentais figuram nos dois lados de uma mesma moeda. Assim, do lado oposto, quando atua na fiscalização do poder público – e no presente estudo as ONGs são mais presentes na defesa dos direitos humanos – inviabilizaria qualquer proposta de participação direta das ONGs no sistema penitenciário, de maneira a direcionar os seus objetivos, ou até mesmo fiscalizar diretamente as suas ações, visto que a diferença de ideologia seria flagrantemente comprovada.

No sentido inverso, ou seja, colaborando com a administração pública, a ONG se apresenta como um possível candidato a integrar a gestão participativa, com objetivos de trabalhar a inclusão do egresso do sistema penitenciário. A evolução para essa modalidade de adequação da proposta de “terceiro setor”, apesar de prevista em legislação própria, bem como na Constituição Federal, na atual conjuntura, é de difícil visualização, não obstante ser bem possível a sua implementação.

4.7.2. Entidades de utilidade pública.

É um título atribuído às ONGs, posto que detém muitas de suas características, as entidades de utilidade pública são pessoas jurídicas de direito privado, cooperativas e fundacionais, sem fins lucrativos, que realizam atividades de interesse público, mas que as diferenciam das ONGs por receber intitulação própria. Violin afirma que o objetivo é buscar “o bem comum, com o fim exclusivo de servir desinteressadamente à coletividade, sem remuneração de seus dirigentes, e sem primar apenas pelos interesses dos seus membros³²⁰”.

318 PEREZ, Marcos Augusto. Op. Cit. Pag. 187/188.

319 VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro setor e as parcerias com a administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 118.

320 VIOLIN, Tarso Cabral. Op. Cit. p. 196.

Como adverte Perez, “este instituto tem sido deturpado na prática brasileira³²¹”, quando se verifica a flagrante propensão legislativa, com cunho eminentemente político, para conferir reconhecimento dessas entidades, cujo propósito, quase sempre, é a lucratividade.

Diante dessa desvirtuação, mais claro se verifica a dificuldade de se programar essa modalidade de gestão participativa na administração pública, no que pertine à administração carcerária, visto que, de plano, os apenados serviriam ao competitivo mercado produtivo, de forma a privilegiar as grandes “entidades de utilidade pública”, em detrimento das demais empresas do mesmo ramo empresarial, causando, assim, um desequilíbrio no âmbito da livre concorrência, que somente serviria para escravizar o recluso.

Contudo, um redirecionamento de propósitos para espécies mais cooperativas de ações, poderia, em tese, servir aos propósitos inclusivos, com fulcro na proteção os direitos do trabalhador preso ou do egresso.

4.7.3. Serviços sociais autônomos.

Diferentemente das duas espécies anteriores, por se tratar de uma atuação mais marginal, os Serviços Sociais Autônomos são formados por pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que executam atividades de interesse público de natureza educacional, profissionalizante, assistencial, entre outras, mas que para iniciar suas atividades precisam de autorização do poder público, não bastando, apenas, a vontade dos seus respectivos administradores.

No Brasil, são exemplos dessa modalidade de cooperação popular: SENAC (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial); SESC (Serviço Social do Comércio); CNI (Confederação Nacional da Indústria), entre tantas, que mesclam interesses classistas com os de natureza pública. A isenção fiscal é uma de suas características, posto que os serviços por elas prestados, deferido por decreto presidencial, ou mesmo por lei, que servem aos propósitos da administração pública, substabelecem, assim, competências próprias do poder público e turvam a natureza de participação popular de caráter autônomo e vinculante.

São elas, como se vê, pessoas jurídicas híbridas, na maior parte das vezes nascidas numa época em que o ordenamento jurídico brasileiro permitia o atrelamento das atividades sindicais ao Estado. Ademais, o obrigatório recebimento de tributos e a intensa participação do Estado em sua gestão, seja com a definição normativa do modo de composição de seus órgãos de direção, seja com a indicação de

321 PEREZ, Marcos Augusto. Op. Cit. Pag. 190.

representantes da Administração Pública para ali atuarem, reduzem em muito seu caráter autogestionário e oblitera a iniciativa dos administrados³²².

Mesmo sob a ingerência do poder público, que vai desde a sua constituição até a gerência de suas ações, muito por força dos tributos que recebe, essa modalidade de participação popular na administração pública não afasta, em tese, a possibilidade real de entrelaçamento da sociedade civil com o ambiente carcerário, grande alvo do objetivo inclusivo.

Apesar de se enxergar uma maior propensão dessa espécie de gestão participativa na administração pública - muito em face do senso comum aferir a eficiência na prestação dos serviços a que se destina, o que provocou flagrantes exemplos de melhoramento dos indivíduos que se serviram dos seus propósitos -, a presença marcante do Estado na administração de suas atividades ainda evidencia uma incoerência na proposta de assunção direta dessas entidades no trato penitenciário.

Deixar de administrar o sistema penitenciário diretamente, para fazê-lo através de uma entidade de serviço social autônomo, nos molde atuais, parece mais trocar seis por meia dúzia. Contudo, o somatório de esforços entre as entidades de serviços sociais autônomos e o poder público, poderá emprestar outra vertente para a administração carcerária, no que concerne a gestão participativa. Os serviços sociais autônomos, por previsão legal “São entidades paraestatais, que compõem o ‘terceiro setor’, e recebem contribuições parafiscais. Atividade privada de interesse público que o Estado resolveu incentivar e subvencionar³²³”.

Veja que “o termo ‘paraestatal’ tem formação híbrida³²⁴” bem adequado a natureza dos serviços sociais autônomos. No entanto parece um antagonismo observar que a palavra *para* significa “lado a lado”. E nesse contexto, com qualificação “paraestatal”, os serviços sociais autônomos haveriam por caminhar ao lado do Estado, atuando em colaboração a este, o que serviria aos propósitos da gestão participativa.

4.7.4. Organizações sociais.

Na dicção do artigo 1º da Lei 9.637/1998³²⁵, as organizações sociais – OS -, se destinam às atividades de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, à

322 PEREZ, Marcos Augusto. Op. Cit. Pag. 191/192.

323 VIOLIN, Tarso Cabral. Op. Cit. p. 194.

324 VIOLIN, Tarso Cabral. Op. Cit. p. 190.

325 Art. 1º - O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm. Acesso em 02.11.2011.

proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, que se reflete em uma nova modalidade de participação popular na administração pública, cujos traços característicos se assemelham aos das entidades de utilidade pública.

Ao contrário do paradigma, a sua constituição e gestão permanecem com a iniciativa privada, mantendo-se a autogestão e autonomia, característicos dessa espécie de administração pública democrática, uma vez que os objetivos são por eles traçados, deliberando sobre suas finalidades e elegendo os meios para atingí-las.

Há farta discussão sobre a natureza das OS's. Maria Nazaré Lins Barbosa entende que “as organizações sociais são ‘quase-governamentais’, por sua dependência aos recursos públicos, e porque até agora resultaram da extinção de entidades públicas, faltando a elas as características de autogoverno e participação voluntária³²⁶”.

“Existem as entidades governamentais e não governamentais, sendo que as organizações sociais não são governamentais, não tem vinculação administrativa legal com o Poder Público, mas apenas relação via contrato de gestão³²⁷”, afirma Sérgio de Andrade Ferreira. De fato, o posicionamento das ações de uma determinada entidade pode desviar a sua real finalidade, como alude Maria Paula Dallari Bucci:

A propósito da importação de modelos, é interessante verificar que a repetição de determinada experiência administrativa num ambiente jurídico inteiramente distinto pode gerar figuras absolutamente inadequadas aos fins visados³²⁸.

Há de se convir que a constante interferência do poder público na condução de suas atividades, direciona essa espécie de gestão participativa à inviabilidade de se reconhecer o binômio vinculação/autonomia, requisitos necessários à postulação de entidade capaz de atuar num processo inclusivo. Novamente se aufere que o afastamento da administração pública das atividades das OS's poderá colaborar com a devolução do prestígio dessa instituição, ao tempo em que proporcionará meios para a maior abrangência de suas ações.

Contudo, a própria limitação da lei 9.637/1998, cujo foco estaria voltado para a área educacional, restringiria seu elastecimento para atuar na área de execução penal, tão-somente na esfera educacional, porém ainda capaz de colaborar com o processo de inclusão social. Neste aspecto, a lei 9.790/1999, trouxe a figura das OSCIPs – organizações da sociedade civil de interesse público – para expandir a natureza e perspectiva de participação popular na administração pública.

326 BARBOSA, Maria Nazaré Lins *apud* VIOLIN, Tarso Cabral. Op. Cit. p. 201.

327 FERREIRA, Sérgio de Andrade *apud* VIOLIN, Tarso Cabral. Op. Cit. p. 201.

328 BUCCI, Maria Paula Dallari *apud* VIOLIN, Tarso Cabral. Op. Cit. p. 201.

4.7.5. Organizações da sociedade civil de interesse público - OSCIP.

Afastando as outras espécies de gestão participativa, uma vez que sendo considerada entidade sem fins lucrativos, as OSCIPs³²⁹ se propõem a atuar como terceiro setor na administração de atividades próprias do poder público, e têm como característica a vinculação e autonomia ao serviço que se propõe, sem a participação obrigatória de funcionários públicos na sua constituição.

Assim, nos termos do artigo 9º da lei 9.790/1999³³⁰, com especial atenção, no que pertine a matéria, ao que estabelecem os incisos IX, X, XI e XII, do seu artigo 3º³³¹, reguamentada pelo Decreto 3.100/99, em seu artigo 8º³³², poderão ser firmados instrumentos de cooperação mútua, ou seja, “termos de parcerias”, entre a administração pública e as OSCIPs, que nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, é “o instrumento que, uma vez firmado, destina-se à formação de vínculo de colaboração entre as partes, para fomento e execução das atividades de interesses público, por elas desempenhadas, satisfazendo o elenco de cláusulas essenciais³³³”.

Cria-se, portanto, outra dimensão de natureza contratual, através da modalidade de acordo, entre o poder público e a iniciativa privada, para o fomento de ações voltadas a prover direitos inerentes aos cidadãos, que, apesar de pertencer exclusivamente ao Estado, pode receber a adesão da iniciativa privada.

Trata-se, em suma, do fenômeno pelo qual relações e situações que envolvem interesses dos cidadãos privados, que segundo os esquemas clássicos da ação administrativa (baseada tradicionalmente na contraposição entre autoridade e liberdade) eram disciplinadas através de procedimentos unilaterais da administração, e, portanto, por via administrativa, tendem, cada vez mais, a ser regulamentados por via convencional, e, portanto, na base de um acordo entre privado e ente público. E o

329 Lei 9.790/1999: Art. 1º - Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei. § 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm. Acesso em 02.11.2011.

330 Art. 9º - Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.

331 Art. 3º A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades: IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

332 Art. 8º Será firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, Termo de Parceria destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º da Lei no 9.790, de 1999. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3100.htm. Acesso em 07.02.2012.

333 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo *apud* ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do estado no domínio social. São Paulo: Ed. Malheiros; 2009. p. 219/220.

instrumento desse novo modelo de ação administrativa, organizado sobre o consenso e não já sobre a imposição, é, fundamentalmente, o contrato, embora adaptado às peculiaridades das situações e das funções inéditas com as quais é chamado a confrontar-se³³⁴.

Cabe estabelecer essa amplitude dos termos dos contratos de parceria estabelecidos nos moldes desta modalidade de participação popular. É justamente essa abertura que coloca as OSCIP's como meios férteis para se estabelecerem os termos de cooperação destinados a implementação de projetos no setor carcerário, com vistas a promover a inclusão social do egresso. Os interesses dos cidadãos hão, desta forma, de mesclar aspectos econômicos e sociais, para que, via acordo, possa alcançar seus objetivos.

As parcerias público/privadas, com supedâneo no acordo bilateral de cooperação mútua, com fins de proporcionar um trabalho inclusivo aos dessocializados pelo sistema penitenciário, dentro da proposta de melhor punir, anuncia uma modalidade que merece estudos para sua adaptação a estes propósitos.

Diga-se de passagem, as OSCIPs detém diferenças que podem prosperar na utilização da sociedade no incremento de políticas públicas voltadas a assistência ao egresso. Dentre tantas, apesar de ser considerada sem fins lucrativos, permite a remuneração de seus dirigentes, dentro da razoabilidade, com relação a função que ocupa, em comparação com as áreas destinadas à lucratividade.

O espírito da lei leva à idéia de a pessoa jurídica exercer atividade que tenha por fim o interesse da coletividade, o que fica bem patente nos objetos sociais acima elencados. Por outro lado, a lei veda a possibilidade de uma organização de cunho ideológico, partidário, ou de interesse de classes profissionais, de se qualificar como OSCIP, ainda que tal entidade seja sem fins lucrativos. A intenção da vedação é clara e plenamente justificável: se haverá destinação de recursos públicos, o espectro do benefício gerado dever ser mais amplo, sem favorecimentos ligados a questões de ordem ideológica ou partidária³³⁵.

Esse é um ponto positivo das OSCIP's, a desvinculação política, ideológica e partidária. Por conta disso, o interesse da coletividade é alcançado. Ruth Cardoso entende que a Lei das OSCIPs “introduz uma nova concepção da esfera pública social, que possibilita firmar parcerias entre Estado e sociedade civil sobre novas bases mais condizentes com as atuais exigências de publicização e eficiência das ações sociais³³⁶”. De fato, a maior abrangência, bem como a submissão aos princípios norteadores da administração pública, tais como: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência, e ainda a transparência na condução dos termos de parcerias celebrados com o poder público,

334 ROPPO, Enzo *apud* OLIVEIRA, Gustavo Justino. Contrato de Gestão. Ed. RT; 2008. Pag. 41.

335 CARVALHO, Cristiano; CASTRO, José Augusto Dias de. Aspectos tributários das entidades sem fins lucrativos e das OSCIPs. Ed. MP, 2008. Pag. 28.

336 CARDOSO, Ruth *apud* VIOLIN, Tarso Cabral. Op. Cit. p. 210.

anunciam uma promessa de adequação às propostas de gestão participativa, estas que haverão de fomentar o processo de inclusão social do egresso do sistema penitenciário.

4.7.6. As parcerias público-privadas.

Apesar de não compor o grupo de entidades que se interligam conforme as hipóteses anteriores, as parcerias público/privadas são, na verdade, os termos de cooperação mútua celebrados à luz da lei 11.079/2004, que institui normas gerais para a licitação e contratação de entidades privadas com o poder público, no âmbito Federal, Estadual e Municipal, seja na administração direta ou indireta.

O modelo de parcerias público/privadas teve sua origem na inglesa PFI – Private Finance Initiative –, que visto à luz do direito administrativo europeu seria, apenas, uma modalidade clássica de concessão de obras ou de serviços públicos. Contudo, há diferença substancial nesta figura de cooperação mútua. É que visualizado como concessão de obras ou serviços públicos, o retorno ao investimento do concessionário seria creditado aos usuários, para quando terminar o prazo da concessão, entregar a obra desembaraçada de ônus ao poder público. A nova modalidade prevê o investimento cooperado entre o concessionário e o concedente, para realização de serviços públicos não onerosos, os quais impõe uma contrapartida do poder público.

O esquema é o mesmo do clássico. O capital privado é chamado a assumir a concessão de uma determinada área privativa do poder público por certo lapso temporal – nunca inferior a 5 anos –, e no término do contrato deverá entregar a obra ao poder público. A diferença do modelo clássico está na contrapartida aos investimentos, que neste caso não será efetivada pelos usuários, mas sim pelo próprio poder público, através de remuneração regular feita pelo Estado em face dos serviços desempenhados pelo concessionário.

Os limites mínimos para a celebração das chamadas “PPPs” – Parcerias Público-Privadas - está estabelecido no art. 2º, §4º, da norma em comento³³⁷, e, desta forma, não se assemelham aos termos de acordo e de parceria que podem ser celebrados pela administração pública, significando, tão-somente, um contrato administrativo.

337 Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. § 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em 02.11.2011.

De fato, por conta do volume financeiro, não se vislumbra, *a priori*, uma adequação fácil aos programas de participação popular. “Nem a concessão administrativa³³⁸ nem a concessão patrocinada³³⁹ foram criadas com o intuito de serem firmadas com entidades do “terceiro setor”, pelos seus possíveis objetos e volumes financeiros envolvidos³⁴⁰”.

Essa dissociação não é apenas considerando os patamares mínimos para celebração das PPPs, mas, igualmente, na existência de fins lucrativos em suas ações. Contudo, para a participação do cidadão, através da iniciativa privada, em contrato administrativo de cooperação mútua com o poder público, para programar ações voltadas ao processo de inclusão social do egresso do sistema penitenciário, desde a sua situação de apenado, as PPPs, nos moldes da Lei 11.079/2004, se interessar às políticas públicas, poderão servir ao modelo inclusivo.

Esse é o modelo que advém da construção da penitenciária no Estado de Pernambuco. Mesmo que ainda não esteja em plena atividade, o “Centro Integrado de Ressocialização - CIR”, sediado no Município de Itaquitinga – Pernambuco, anuncia ser o primeiro que iniciará suas atividades, com previsão para o final do primeiro semestre de 2012. E outros Estados já demonstram interesse no projeto, a exemplo de Alagoas³⁴¹.

É um projeto pioneiro, onde a estrutura física é construída pelo parceiro privado, cuja responsabilidade, neste caso, recai sobre a Sociedade de Propósito Específico Reintegra Brasil, formada pelas empresas Socializa Empreendimentos, Serviços de Manutenção e Advance Participações e Construções, além de contar com financiamento do Banco do Nordeste do Brasil (BNB). Construído numa área de 98 hectares com capacidade para alojar em torno de 600 apenados por pavilhão de regime semiaberto, e 642 no regime fechado, a previsão da CIR de Itaquitinga-PE é de estabelecer seu patamar de encarceramento na ordem de 3.126 presos, sendo 1.200 apenados no regime semiaberto e 1.926 presos no regime fechado. Compreende, também, esse complexo penitenciário uma área agrícola de 30 hectares de terra destinada à atividades rurais.

Em relação à administração, os cargos de diretor geral, diretor adjunto e coordenador de segurança e disciplina serão ocupados por servidores públicos do

338 art. 2o. § 2o Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em 02.11.2011.

339 Art. 2o. § 1o Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em 02.11.2011.

340 VIOLIN, Tarso Cabral. Op. Cit. p. 236.

341 “Foi realizada mais uma reunião na Secretaria de Estado do Planejamento e do Desenvolvimento Econômico (Seplande) para discutir a primeira Parceria Público-Privada (PPP) de Alagoas, que estabelece a construção de um novo complexo prisional. No encontro, foi apresentado o projeto do Centro Integrado de Ressocialização, que está sendo desenvolvido em Pernambuco e é tido como modelo referencial no Brasil”. Disponível em: <http://www.seplande.al.gov.br/sala-de-imprensa/noticias/2011/junho/seplande-debate-ppp-para-sistema-prisional>. Acesso em 19.02.2012.

Estado de Pernambuco. Ao diretor geral caberá, entre outras responsabilidades, a de garantir a vedação contratual à ultrapassagem do limite nominal de capacidade do CIR, de 3.126 internos, ou seja, impedir a superlotação carcerária. Já à polícia militar pernambucana caberá a manutenção dos serviços de policiamento e vigilância externa na unidade prisional, o acompanhamento em escoltas para hospitais, fórum e outros locais, e a intervenção na área interna das unidades.

O projeto de ressocialização, de responsabilidade da concessionária, englobará os procedimentos para retorno dos internos à sociedade, descrevendo os planos que deverão ser implantados com o propósito de possibilitar a educação e a qualificação profissional, a possibilidade de trabalho e sua respectiva remuneração, e o resgate da cidadania. Serão possíveis duas configurações para o trabalho dos sentenciados: trabalho preferencialmente de natureza industrial, rural ou agrícola e de serviços, cujo tomador seja uma pessoa jurídica terceira; e o trabalho referente a serviços gerais e de manutenção³⁴².

Desta forma, a CIR de Itaquianga será a primeira PPP na execução penal a entrar em funcionamento, postulando servir como meio para “ressocializar” o egresso. A sua constituição tem como base os ditames da Lei 11.079/2004, principalmente no que se refere aos investimentos³⁴³.

Quadro 3: fotos da construção do Centro Integrado de Ressocialização de Itaquianga – PE, em janeiro/2012.



Com duração de 30 anos, o contrato de parceria público/privada estabeleceu que o Estado de Pernambuco efetuasse um depósito inicial de 60.000.000,00, que serve para atender a mínima contrapartida do poder público (art. 2º, § 4º, I, da Lei 11.079/2004), ao tempo que se constitui num fundo de garantia ao repasse mensal destinado a manutenção do apenado na CIR, que se previu na ordem de R\$ 12.000.000,00. O grupo investidor destinou, numa

342 Revista jus navegandi. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/19945/privatizacao-de-prisoas-no-brasil/4?utm_medium=twitter&utm_source=twitterfeed. Acesso em 19.02.2012.

343 Realizada visita no local onde está sendo construído o Centro Integrado de Ressocialização – CIR, na zona rural do Município de Itaquianga-PE, com o objetivo de analisar essa modalidade de cooperação entre o poder público e a iniciativa privada na gestão carcerária. Devidamente autorizada pela Secretaria Executiva de Ressocialização do Governo do Estado de Pernambuco, foi visitado o pavilhão intitulado URSA 1 – os demais pavilhões recebem o mesmo título, progressivo até o número cinco -, que alojará os apenados que estiverem cumprindo pena no regime semiaberto, e que detém estrutura semelhante aos outros pavilhões, inclusive no que se refere ao regime fechado. Com isso foi possibilitado retirar fotos do estágio atual da obra, bem como colher informações sobre a sistemática do manejo da mão de obra do apenado, fornecidas pelo gestor do projeto, que explicou o funcionamento do CIR, bem como alguns dados do contrato estabelecido entre o poder público e o parceiro privado.

primeira etapa, R\$ 240.000.000,00, valor que sofreu aditivo de mais R\$ 70.000.000,00 para o encerramento da obra, totalizando um investimento privado de R\$ 310.000.000,00 na construção de cinco pavilhões destinados a alojar apenas nos regimes fechados (três pavilhões) e semiaberto (dois pavilhões).

Apesar das informações ainda não serem oficiais, principalmente por conta do estágio de construção que se encontra a obra, a visita ao local e a entrevista semiestruturada com Niekson Monteiro de Araújo, gestor do projeto da CIR de Itaquitinga-PE, permitiram analisar a propensão desse modelo de execução da pena privativa de liberdade, dentro da perspectiva de participação popular no propósito de inclusão social do egresso.

De fato, o projeto tem um discurso que almeja obter bons resultados no propósito ressocializador. A estrutura física, embora se mantenha com o estigma do encarceramento, dedica uma atenção para a profissionalização do apenado. Com a proposta de uma segurança máxima formada por “agentes de controle”, cães de guarda, cercas com arames farpados de contenção, monitoração eletrônica, sem falar das guaritas de segurança e, ainda, de gansos sinaleiros por todo o perímetro. Desta forma, a segurança externa continua sob a responsabilidade do Estado, destinando o atendimento interno ao parceiro privado.

Nesse aspecto, verifica-se que a preocupação com o isolamento dos apenados é um ponto que merece reflexão. As celas são projetadas para comportar até quatro presos no regime fechado e até 12 presos no regime semiaberto, construídas em alvenaria e com bancada de estudo. Diante dessas celas serão construídos pequenos cubículos a céu aberto, onde os integrantes de cada unidade celular poderão tomar banho de sol.

Quadro 4: fotos da parte interna da CIR, em janeiro/2012.



a) Área externa em frente às celas, onde serão erguidos cubículos diante de cada unidade celular para permitir o banho de sol isolado por grupos de apenados.



b) Corredor diante das celas, ainda sem as grades que servirão como divisas entre os grupos de apenados.



c) Celas no corredor superior.



d) Vista por cima das celas. Cama e bancada de estudo em alvenaria.



e) Vista frontal da cela para quatro ocupantes.



e) Porta que substitui a grade de cada cela. Como todas as unidades celulares são construídas em concreto, sem grades, a porta de chapa de aço anuncia um isolamento maior do que a normalidade.

É preocupante tamanho isolamento, mesmo que se espere que isso dificulte a intensão de formação da sociedade intramuros, permitindo uma maior concentração do apenado nas atividades profissionalizantes. Ressalta-se que nesse propósito, ao tempo em que as celas se abrem para permitir que os apenados usufruam do banho de sol, haverá uma espécie de porta de divisão que os isolará na área aberta, permitindo que a segurança da penitenciária efetue vistoria no interior das celas, sem a presença – mesmo que visual – dos apenados (fotos “a” e “b” do quadro 4).

Nesse aspecto – não desconsiderando um efetivo controle da gestão privada – poderá se estabelecer um perigoso círculo vicioso que envolva corrupção dentro da unidade celular, posto que nenhuma segurança haverá de conter uma falsa imputação de conduta indisciplinada. Em outras palavras, os agentes de controle poderão se utilizar da ausência do apenado na vistoria de sua cela, para atribuir-lhe objetos ou conduta que resulte em punição, quiçá crimes. Ao tempo em que o apenado poderá atribuir ao agente de controle a propriedade

de objetos que estejam em desacordo com os propósitos do CIR. Uma palavra do preso contra a palavra do agente de controle. Já se imagina esse desfecho.

Contudo, propõe-se usar a tecnologia como solução de situações como essas. Todo o CIR será informatizado, incluindo a abertura e fechamento das celas, com monitoração eletrônica. Se usada de forma imparcial, talvez diminua essa influência negativa. Por outro lado, são várias as propostas de trabalho profissionalizante, advindo dos convênios de formação de mão de obra. Assim, a CIR propõe-se a servir como polo de produção, atraindo interesse das empresas privadas e deslocando riqueza para a região. Com isso, a velha repulsa social na construção de unidades prisionais nos Municípios daria lugar a um desejo de expansão das unidades ressocializadoras, mantendo as famílias dos apenados residindo nas circunvizinhanças da penitenciária e, por conseguinte, ampliando o consumo de mercadorias, e tornando-se base da economia local.

Essa ideologia poderá sugerir, de fato, um crescimento profissional do apenado, e uma vez gozando da dignidade de mérito, obtida através do trabalho, haverá uma propensão de se evitar o retorno ao crime. É por esse aspecto que a CIR de Itaqui-PE foi considerada “um dos dez projetos mais interessantes na área de infraestrutura social em andamento no mundo, na avaliação da revista Infrastructure 100 e da empresa de consultoria suíça KPMG”³⁴⁴.

Por essa razão já existem projetos paralelos ao da CIR, para construção de casas populares destinadas às famílias dos presos, bem como linhas de ônibus regulares entre a penitenciária e os principais polos de produção e comércio, possibilitando o entrelaçamento das empresas com a mão de obra fornecida pela CIR.

Alguns detalhes são vistos com bons olhos, quando comparados à realidade carcerária. Ao invés de estimular o comércio dentro da penitenciária, como acontece nas demais unidades prisionais, a administração da CIR entregará KIT's aos apenados, com roupas padronizadas e demais utensílios de higiene pessoal, incluindo cigarros, para evitar o trânsito de objetos entre o meio externo e o ambiente carcerário. As celas serão dotadas de televisão, com controle na administração da penitenciária, e a visita ocorrerá uma vez por semana, com limitação de três pessoas.

Quando se observa de um modo crítico, avalia-se que a CIR pretende focar o apenado no sentido da profissionalização. Para tanto, retira toda espécie de distração possível. Reduz o número de visitas; limita o contato entre os apenados; separa os presos por

344 Revista jus navegandi. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/19945/privatizacao-de-prisoas-no-brasil/4?utm_medium=twitter&utm_source=twitterfeed. Acesso em 19.02.2012.

atividades; controla o deslocamento e a fiscalização de maneira eletrônica, impedindo o contato pessoal dos agentes de controle e os apenados; impõe uma vivência intracelular de difícil contato com o ambiente externo. Com essas medidas, as quais se apresentam como uma “completa lavagem na personalidade do apenado”, mantém os propósitos da vivência no cárcere destinada a integrar os projetos de profissionalização.

Embora se aparente um ideal nobre, a busca pela profissionalização não deve partir, unicamente, do controlador, mas há de ser desejada pelo controlado, numa espécie de consórcio de interesses. Sem essa natureza, o trabalho continuará servindo como meio para a diminuição do tempo de encarceramento, e a construção da dignidade do apenado não restará atingida.

Vários exemplos de co-gestão através de parcerias são experimentadas a nível de administração carcerária, a exemplo do sistema na Penitenciária Industrial Regional do Cariri (PIRC), sob administração da Companhia Nacional de Administração Prisional – CONAP, no Estado do Ceará. “Nessa penitenciária, através de parceria com a empresa Criativa Jóias, 150 presidiários fabricam folheados, com uma produção de 250 mil peças/mês. Cada preso recebe cerca de 75% do salário mínimo por mês e redução da pena”³⁴⁵. Neste caso, o modelo é o da privatização dos presídios, espécie de parceria que retira do poder público a administração da unidade prisional, e que sofreu bastante ataque, tanto nacional como estrangeiro, no que pertine a forma de manuseio da mão de obra, cuja vertente se revestiria em modelos escravagistas.

Outra espécie de gestão participativa, nos mesmos moldes da preconizada pelo Estado do Ceará, foi experimentada pelo Estado do Paraná, onde a empresa Humanitas Administração Prisional S/C gerenciava a Penitenciária Industrial de Guarapuava, que tem capacidade para 240 presos. Apesar de promissor, gestão administrativa do Governo do Paraná, a partir de 2004, encerrou os contratos de parcerias na administração penitenciária.

A experiência com a terceirização de presídios – que se esclarece não ser alvo da proposta deste trabalho – foi mal sucedida no Estado de Santa Catarina, uma vez que várias irregularidades foram encontradas na administração da penitenciária em co-gestão.

Em 2008, o diretor Richard Harrison Chagas dos Santos e mais três agentes prisionais foram condenados a dois anos e quatro meses de prisão por tortura. O juiz João Marcos Buch, da 2ª Vara Criminal de Joinville, responsável pela condenação também decidiu pela perda do cargo de Richard Harrison. Eles teriam espancado três

345 Revista jus navegandi. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/19945/privatizacao-de-prisoas-no-brasil/4?utm_medium=twitter&utm_source=twitterfeed. Acesso em 19.02.2012.

presos em janeiro de 2008 com golpes que deixaram ferimentos no rosto, orelhas e no restante do corpo³⁴⁶.

Mesmo com projetos de uma melhor dinâmica na administração da penitenciária em parceria, seus propósitos foram considerados inconstitucionais, na esteira do ajuizamento de ações em desfavor dos contratos de terceirização experimentados no Estado do Ceará.

Na Bahia, por sua vez, a gestão compartilhada atua em cinco unidades prisionais (Conjunto Penal de Valença; Conjunto Penal de Juazeiro; Conjunto Penal de Serrinha; Conjunto Penal de Itabuna; e Conjunto Penal de Lauro de Freitas; totalizando 1.717 internos), nos moldes de uma verdadeira PPP, em que são mantidas as respectivas competências entre o ente público e o parceiro privado, a falha na administração carcerária – que serve como alerta aos demais projetos nesse sentido – foi detectada pela pastoral carcerária, que em parecer sobre os objetivos da parceria destacou que “a preocupação apenas é manter o cidadão preso, sem que se possa dar qualquer destaque a projetos que, efetivamente, trabalhem a questão da ressocialização do apenado”³⁴⁷.

O Estado do Amazonas vivenciou o mesmo projeto do Ceará, em que a CONAP administrava as unidades penitenciárias em parceria público/privada. Contudo, irregularidades foram detectadas, o que inviabilizou a expansão desse modelo de gestão.

Em outubro de 2007, durante uma inspeção-surpresa, 25 dias após uma rebelião, no Instituto Penal Antônio Trindade, o Corregedor de Justiça, o representante da OAB e o Ministério Público constataram que houve falha da CONAP, empresa que administra o presídio. Isto porque no presídio ocorriam omissões e desmando por parte da empresa, além de os presos serem vítimas de maus tratos. Em consequência dessa inspeção, foi elaborado um relatório que foi encaminhado ao governo do Estado, ao Ministério Público e à OAB para a tomada de providências³⁴⁸.

No Espírito Santo existem quatro penitenciárias que são administradas no sistema de co-gestão – não é terceirização, mas gestão compartilhada – nas seguintes unidades: a Penitenciária de Segurança Média de Colatina, localizada no município de Colatina; a Penitenciária de Segurança Máxima (PSMA), localizada no município de Viana; a Unidade Prisional de Guarapari; e a Unidade Prisional de Serra.

O gestor privado é o Instituto Nacional de Administração Prisional Ltda (INAP), que mantém o controle do Estado sob 500 apenados que pertencem a esse modelo de gestão

346 Revista jus navegandi. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/19945/privatizacao-de-prisoas-no-brasil/4?utm_medium=twitter&utm_source=twitterfeed. Acesso em 19.02.2012.

347 Revista jus navegandi. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/19945/privatizacao-de-prisoas-no-brasil/4?utm_medium=twitter&utm_source=twitterfeed. Acesso em 19.02.2012.

348 Revista jus navegandi. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/19945/privatizacao-de-prisoas-no-brasil/4?utm_medium=twitter&utm_source=twitterfeed. Acesso em 19.02.2012.

penitenciária, aparentemente nos mesmos moldes do projeto de Itaquitinga-PE, mas sem o anúncio do proposta profissionalizante, apesar de existir a oferta de empregos.

Em Minas Gerais, além das propostas das APAC's – já aludidas no tópico 3.4.3 -, O Governo do Estado iniciou a construção de uma unidade prisional idêntica a de Itaquitinga-PE, cujo consórcio de empresas formadas pela CCI – Construções S/A, Construtora Augusto Velloso S/A, Empresa Tejofran de Saneamento e Serviços, N.F Motta Construções e Comércio e, inclusive, com o Instituto Nacional de Administração Prisional (INAP), esperam promover o fortalecimento do profissionalismo de cerca de 3.040 apenados, prevendo-se que até o final de 2012 as unidades estejam em funcionamento.

Embora algumas experiências não resultaram em bons frutos, isso não significa que as mudanças nos propósitos de participação popular na administração carcerária sejam afastadas. Há uma singela esperança de que uma boa administração privada aproxime a comunidade do sistema prisional, favorecendo a construção de um caminho de inclusão social do egresso, que contará com a presença da família e, primordialmente, com a formação profissional do apenado, dentro de um critério meritório, favorecendo a sua aceitação no mercado de trabalho e, por conseguinte, no seio social.

Os projetos de parcerias público/privadas na construção e administração em cooperação mútua das penitenciárias com grandes números de vagas, oferecem um novo contexto aos propósitos da pena privativa de liberdade, estes que reconhecem a natureza segregadora do cárcere, mas não esquecem da possibilidade de melhorar o indivíduo através da profissionalização.

4.8. Modelos de atuação da sociedade na implementação da gestão participativa.

Interpretando, dessa forma, que o caminho inclusivo haverá de passar pela atuação da sociedade civil, e que neste trajeto a participação popular na administração pública se apresenta como propulsora desse vetor, cujo propósito é a diminuição da reincidência criminal, o consórcio de ações já se encontra previsto na lei de regência da execução penal (Lei 7.210/84), quando reclama no artigo 4º que “o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança³⁴⁹”.

349 LEP: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 02.11.2011.

E a participação da comunidade não se resumiu ao aspecto de cooperação voluntária, mas com propensão de evoluir através de parcerias efetivas e promissoras no campo produtivo, como enfatiza o artigo 34 e parágrafos da LEP³⁵⁰.

Na perspectiva de que o vínculo dominante de inserção na sociedade moderna continua a ser a integração pelo trabalho, a transformação produtiva adquire preponderância nas trajetórias de exclusão social. No entanto, a exclusão social, como já temos afirmado, é um fenômeno multidimensional que superpõe uma multiplicidade de trajetórias de desvinculação³⁵¹.

Mesmo assim, há de se renovar a perspectiva da utilização da ferramenta trabalho-educação com propósitos profissionalizantes e de reconstrução da dignidade dos apenados e egressos. A exemplo das multiplicidades de trajetórias de exclusão, existem, igualmente, múltiplas trajetórias de inclusão.

É de bom alvitre enfatizar que as propostas de inclusão social, de fato, não se restringem, apenas, a uma trajetória, mas a várias, muito em face da própria natureza humana, e de suas diferenciações. Traçar uma hipótese que possa englobar diferentes formas de inclusão é o objeto desse trabalho, quando enfrenta a própria rejeição às idéias de convivência entre a sociedade e seus marginalizados. Desta forma, haverá alguns questionamentos sobre a maneira empírica dessas ações.

Em especial, quando se refere às parcerias público/privadas na execução da pena, estes são os principais questionamentos: A) limitação e abrangência da competência entre os cooperados; a partir de qual ponto serão individualizadas as competências, e em quais momentos elas serão conjuntas? B) sob o aspecto dos investimentos, quais os possíveis benefícios para ambos os lados no desempenho das atividades pactuadas? C) servindo aos propósitos inclusivos, quais os objetivos e pretendidos resultados trazidos pelos projetos? D) Na hipótese de haver investimentos e benfeitorias com a realização das parcerias, como executar estas atividades diante de um mercado consumista? E) na utilização da força de trabalho do apenado/egresso, de que maneira os direitos trabalhistas poderão ser protegidos? F) havendo, assim, utilização da mão de obra do apenado/egresso, essas ações em parceria não provocarão o aumento do desemprego? G) Em que condições os projetos de utilização do trabalho poderiam provocar a redução da reincidência?

São pertinentes indagações que poderiam obter uma melhor adequação na realidade contemporânea se fossem utilizadas as experiências de outros países (tópico 3.1),

350 Art. 34. O trabalho poderá ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa, e terá por objetivo a formação profissional do condenado. § 1o. Nessa hipótese, incumbirá à entidade gerenciadora promover e supervisionar a produção, com critérios e métodos empresariais, encarregar-se de sua comercialização, bem como suportar despesas, inclusive pagamento de remuneração adequada. § 2o Os governos federal, estadual e municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 02.11.2011.

351 WANDERLEY, Mariangela Belfiore. Op. Cit. Pag. 23.

posto que, à época, não surtiram os efeitos esperados, muito por conta da realidade vivenciada, tanto social como punitiva, denotando que a medida não despertou o interesse da maioria. O foco não era a criminalidade, e sim o desemprego, a industrialização, a globalização, entre outros assuntos de maior relevância, que, provavelmente, interferiu na construção da sociedade marginalizada da atualidade, esta que já demonstra criar um certo desconforto à sociedade civil.

A criminalidade de outrora era diferente da hodierna. A globalização trouxe benefícios, mas, também, ampliou as diferenças entre os integrantes de uma sociedade, além de interferir no abismo social entre os “incluídos” e os “excluídos”, este capaz de transformar os “rejeitados” em indivíduos temidos. Todo esse crescimento levou a sociedade a experimentar uma melhoria no nível de vida, porém fadada a confinar seus integrantes em espaços com vigilância ostensiva, o que acabou por direcionar a vida social “não desviante” para se submeter ao sentimento de clausura privada.

De fato, o que se percebe com a crescente criminalidade é que a população está se fechando em seus próprios círculos de proteção, munidos de eficiente segurança privada, que se destina a evitar que os indivíduos que estão fora desse círculo adentrem ao ambiente supostamente protegido. Em sentido figurativo, é o inverso das prisões públicas. Nestas o aparato de segurança é forjado para evitar que os integrantes do círculo de proteção, saiam da vigilância e entrem em contato com a sociedade civil. Já na hipótese de segurança privada, pretende-se evitar que os indivíduos “rejeitados”, que estão margeando a sociedade civil, adentrem no círculo de proteção, transformando essa segurança privada em verdadeiras “prisões particulares”.

Diante dessa vertente, tornou-se imperioso agir para conter esse avanço na construção de “prisões particulares” – quando se refere à necessidade do indivíduo socialmente aceito de se enclausurar nas próprias residências, cercadas por muros altos, eletrificados e com vigilância privada – bem como no crescimento da parcela que se situa à margem do conceito de conduta social lícita, se utilizando, para tanto, das propostas de inclusão social.

É mais certo que uma sociedade que conduz a inclusão de seus membros, os aceite mais facilmente do que àquela que espera que o ex-agressor tenha aprendido a lição provocada pelo castigo e, desta maneira, retorne pacato e obediente. Agir nos processos de inclusão social, apesar de reconhecer as históricas barreiras que dificultam essas propostas, é dever não apenas do Estado, mas de toda a sociedade.

4.8.1. Limitação e abrangência da competência entre os cooperados.

Com ênfase, viu-se que o modelo de ação conjunta entre o poder público e a sociedade, através participação popular na administração pública, com propósitos de inclusão social dos egressos do sistema penitenciário, demandam maiores perspectivas no tocante ao combate à reincidência criminal.

Essas ações de cooperação mutua anunciam um ideal que, se regidos por políticas públicas destinadas a conter a perda de indivíduos para a criminalidade, podem colaborar com a manutenção do controle estatal da população carcerária, ao tempo em que aproxima a sociedade produtiva dos que estão temporariamente segregados. E nesse modelo, a parceria funciona como somatório de forças, separando os objetivos traçados com a punição em dois polos, ou seja, o polo segregatório e o polo inclusivo.

Ao Estado, através da administração penitenciária, competeria a função destinada pela própria sanção penal, ou seja, a privação da liberdade, poder intransferível. Ao parceiro privado – seja numa área específica ou em várias áreas conjuntas – competeria a função de conduzir o processo de inclusão social, este que teria seu início ainda intramuros.

Ocorre que estabelecer essa parceria, sem que haja invasão, ou mesmo subsunção de uma esfera de competência sobre a outra é que se torna tarefa difícil. Por vezes, a experiência com transferência total do controle sobre a população carcerária à iniciativa privada, através da privatização dos presídios, reclamou intensa controvérsia.

A discussão se baseava no alto custo em manter cada apenado sob a tutela do Estado, em conflito com os baixos investimentos nos setores de saúde, moradia, segurança pública, educação, dentre outros direitos sociais. Como também, a discricionariedade da utilização desse contingente de pessoas sob o domínio de setores produtivos.

De fato, a transferência total da execução da pena para a iniciativa privada comprova a falência do Estado do processo de reinserção social – que se prefere conceituar como inclusão social – visto que, ao longo dos tempos, somente a segregação do indivíduo demonstrou não surtir efeitos sociabilizantes desejados.

Apesar das condições de cumprimento das penas privativas de liberdade nas instituições prisionais de domínio privado serem bem mais condizentes com os critérios de dignidade humana, aviltam-se esses mesmos direitos humanitários de outras maneiras, a exemplo da exploração do trabalho do preso.

Assim, a linha divisória da competência entre o ente público e a iniciativa privada deve ser situada justamente no limiar entre a autoridade segregadora e a ação inclusiva.

Previsto, então, a privação da liberdade como castigo principal por ter sido quebrada a regra do convívio social, materializada na legislação penal, ao Estado compete fomentar condições segregatórias, na exegese de que o indivíduo infrator deve ser retirado da sociedade por conta do crime que cometeu. E assim, a aplicação e execução da pena carcerária continuariam sob o domínio e atuação do Estado.

A parte da condenação sob o prisma das propostas de inclusão social (ressocialização), seriam retiradas do poder público e entregues ao parceiro privado, de acordo com modelos de atuação na construção da dignidade profissional e educativa do apenado.

Nesse aspecto, apesar de parceiros, tanto o ente público como a sociedade, haveriam de, reciprocamente, servir como fiscais das competências específicas, ações estas que recaem nos próprios objetivos das atividades pactuadas. Ao tempo em que o Estado se compromete a segregar o indivíduo por força da sentença penal condenatória, e, a partir dela, conduzir os sistemas progressivos de cumprimento da pena nos moldes preconizados pela LEP, permite que o parceiro privado, por sua vez, além de fiscalizar os níveis de segregação, possa desempenhar suas funções na implementação das ações voltadas à inclusão social.

Por outro lado, no desempenho de sua competência em proporcionar condições necessárias à promoção da inclusão social, o parceiro privado receberia a fiscalização direta do Estado, principalmente no que concerne à destinação da força de trabalho do apenado/egresso.

Vê-se, portanto, que a competência de retirar o indivíduo da sociedade que infringiu, através do encarceramento, continuará sob o domínio público, ao tempo em que a competência de retirar o apenado do cárcere e incluí-lo novamente no seio social, através de propostas que utilizem trabalho e educação, fomentadas com dignidade humana, pertencerá ao parceiro privado, e ambos cooperadores colaborarão, mutuamente, na ação fiscalizadora das competências particulares.

Frise-se que a proposta de inclusão precisa ser plantada ainda na fase de cumprimento da pena intramuros – mesmo que seja difícil imaginar uma inclusão ao mesmo tempo em que se priva a liberdade -, justamente porque nessa fase, de completa dessocialização, os caminhos de vida lícita devem ser demonstrados paulatinamente, direcionando o apenado no sentido da sociabilidade, para quando chegar o tempo de ser considerado egresso do sistema penitenciário, a sua situação seja a de ter condições e possibilidades de escolha entre o pleno convívio social, e o retorno à criminalidade.

4.8.2. Possíveis benefícios no desempenho das atividades pactuadas.

Estabelecidas as respectivas competências entre os parceiros, emerge a indagação de quais seriam os benefícios trazidos pela parceria público/privada na execução da pena privativa de liberdade? De início espera-se que, ao se desenvolverem estudos no sentido de incluir o ex-presidiário na sociedade civil, o maior beneficiário seja o próprio apenado, destinatário da preocupação do poder público e da sociedade civil.

Contudo, não se pode falar em parcerias sem que se tratem dos benefícios com a sua existência, tanto para o setor público, quanto para o setor privado. Neste aspecto, a primeira visão é de que, tanto o Estado quanto o parceiro privado, somente experimentarão os reflexos de suas ações a médio e a longo prazo.

Como, hodiernamente, o Estado não consegue combater a reincidência criminal, diante da superlotação dos presídios e penitenciárias, fruto da crescente onda dos movimentos de defesa social, as ações que tratem de ressocialização do apenado foram quase que totalmente extintas, bem como a propensão do Estado em retornar a investir nesse programa.

Assim, a curto prazo, não haveria modificação do *status* prisional, uma vez que o Estado continuaria a segregar, da maneira que atualmente o faz. Somente com o decorrer da implementação das propostas inclusivas é que se surtiriam efeitos diretos na própria estrutura penitenciária.

Evitando a reincidência, menos indivíduos seriam segregados, diminuindo a necessidade de investimentos na construção de novas unidades prisionais. Desta forma, passa-se a destinar os investimentos no melhoramento dos presídios e penitenciárias já existentes.

Com a diminuição da reincidência, menos adeptos da criminalidade sairiam do cárcere, reduzindo, gradativamente, o contingente de indivíduos que compõem as fileiras do crime, e, por conseguinte, minorando a necessidade de investir na segurança pública, bem como de forçar o cidadão a destinar seus recursos à segurança privada.

No primeiro instante, pode-se não enxergar o benefício, mas posteriormente ele será tão valioso que justificará toda a atenção dispendida no início do projeto. Igual situação acometerá o parceiro privado.

A iniciativa privada, apesar de ter condições de antever uma convivência mais ordeira com o trabalho inclusivo, é mais provável que os interesses econômicos envolvidos façam incluir a sua participação para os projetos de parcerias com o poder público.

É necessário, para que se concretize a proposta de inclusão social, entender a própria sistemática do trabalho e da educação, quando se refere ao somatório dessas qualidades em um campo produtivo, ou seja, a profissionalização.

Aonde se deve encontrar um bom jogador de futebol? Em que parcela da sociedade poderíamos achar um vocacionado escultor? De que forma se acha um electricista competente? E um marceneiro, existe lugar certo para ser encontrado?

Percebe-se, nas respostas às perguntas acima dispostas, que inexistem lugar, grupo social, tempo e modo, que se apresentem de maneira específica, imutável, para se encontrar tais profissionais. Sempre se educou para o profissionalismo, e com essa educação aliada a vocação individual, se construiu inúmeros profissionais com destaque no que fazem.

Ocorre que em nenhum momento imaginou-se que um bom zagueiro, um talentoso artesão, um pedreiro dedicado e meticuloso, um economista perspicaz, poderiam ser encontrados dentro do cárcere. Somente se tem como certo que as prisões são lugares em que se deposita o lixo humano descartável, sem qualquer utilidade. Ora, a própria conjuntura criminal provou o contrário. Como exemplo, a rede de distribuição e comércio de drogas demonstrou que pessoas tinham a capacidade de organizar uma estrutura que provoca inveja a muitos órgãos da administração pública.

É essa mão de obra perdida que deverá ser alvo do interesse privado. Se o cidadão tem o direito de receber propostas de capacitação, igualmente o preso também poderá usufruir dessa proposta – e aqui os *serviços sociais autônomos* haveriam por colaborar com a iniciativa privada nessa construção profissional do apenado, a exemplo do que já fazem com os indivíduos sociabilizados -, levando-se em conta que a sentença condenatória retirou, apenas, a liberdade, mas manteve os demais direitos sociais previstos na Constituição Federal.

Uma vez capacitado para determinada profissão, o parceiro privado lhe proporcionaria a condição necessária para transformar essa capacidade profissional em produtividade, formando, assim, um elemento diferente daquele que iniciou seu cumprimento da pena privativa de liberdade. Antes, criminosos, a partir dessa ação inclusiva, profissional, desejado e aceito como membro produtivo e, em consequência, parte da população consumeirista. Uma dignidade formulada ou reformulada, recuperada ou construída, ainda dentro do sistema carcerário.

Ao término do período de reclusão integral, ter-se-ia um elemento capaz de se adequar à sociedade civil, uma vez que a construção de sua personalidade profissional estaria voltada para o trabalho lícito. Contudo, é nessa hora, ou seja, nesse momento em que se torna

egresso do sistema penitenciário, que a parceria entre o poder público e a iniciativa privada tem maior ênfase.

O parceiro privado haverá por manter o ex-presidiário na mesma linha de atuação profissional que vinha desempenhando dentro do cárcere, com a obrigatoriedade de utilizar sua força de trabalho extramuros, ao menos, pelo prazo em que se considera egresso. Numa comparação figurativa, o pai, quando ensina ao filho andar de bicicleta, após empurra-la para dar impulso ao filho, ainda o acompanha por uns metros, até que ele possa conduzi-la sozinho. O empurrão é fomentado pela parceria público/privada ainda intramuros. Após o impulso, os parceiros acompanham o egresso por certo tempo, até que ele possa caminhar no mercado profissional pelas próprias pernas. Para quem recebeu a violência do Estado no ato de castrar a sua liberdade; submeteu-se ao confinamento sem a menor condição de humanidade, e por conta disso resultou na sua dessocialização; e com isso ainda se espera um retorno à sociedade após um longo tempo afastado de maneira pacata e obediente; esse investimento na inclusão social é o mínimo que se pode esperar.

Por conta dessa construção profissional, os investimentos do parceiro privado não serão enxergados em curto espaço de tempo – destaque-se que no que se refere ao cidadão comum, o retorno do investimento em seu profissionalismo também não se constata em curto espaço de tempo -, mas a propensão é de que no médio e longo espaço de tempo o retorno na produtividade seja vivenciado, e com isso se torne um ponto de interesse da sociedade ao se observar a dedicação do preso em se tornar um ser produtivo.

Assim, os benefícios para o parceiro privado se revestem na produtividade de seus funcionários (apenados/egressos), os quais tiveram o seu profissionalismo formado para a atuação na área de atividade da iniciativa privada correspondente, dentro de um crescimento profissional vocacionado, o que tem reflexo na qualidade do produto, e, ainda, indiretamente, beneficia a sociedade com a diminuição da criminalidade.

4.8.3. Objetivos e pretensos resultados oriundos dos projetos implementados.

Aderido, então, o conceito de inclusão social através da participação da sociedade civil, pelas mãos da esfera privada, que atuará em parceria com o poder público, resta indagar quais os objetivos de cada parceria e os pretensos resultados socio/econômicos esperados? Os resultados sociais já foram anunciados no tópico anterior, ou seja, a propensão de se diminuir o número de integrantes da criminalidade, evitando a reincidência criminal, e, por conseguinte, melhorando o convívio social.

No entanto, os objetivos e resultados esperados na esfera econômica merecem uma análise peculiar. Os próprios processos de globalização, industrialização e produção, remodelaram a natureza das profissões, a ponto de gerar uma grande concentração de profissionais em determinadas áreas, e, como reflexo disso, provocou a escassez de mão de obra especializada em outras áreas. Essas lacunas sempre estarão em constante remanejamento, se alternando entre uma e outra área profissional, capaz de permitir um investimento em determinada capacitação profissional num momento, e em outro migrar para outra área de atuação.

A diversidade de profissões que podem ser objeto de profissionalização dos apenados é vasta: construção civil; agronomia e pecuária; informática; engenharia mecânica e industrial; direito; serviços gerais; mecânico de automóvel; entre outras, que em momentos de diminuição de oferta desses profissionais no mercado de trabalho, poderiam servir como alvo de ocupação pela mão de obra do apenado, dentro de um processo de capacitação profissional, e ainda proporcionar maior facilidade de inserção dos egressos como indivíduos produtivos, tornando-se, assim, elementos de construção inicial de uma dignidade profissional.

Vê-se, portanto, que ocupando as lacunas deixadas pela sociedade globalizada, os então “excluídos” encontram espaços de inclusão, sem que se provoquem conflitos com os demais nixos da economia. Assim, utilizam-se dessas profissões como pontes de transformação e inclusão social, e que ainda promovam resultados materiais, uma vez que diminuirá a escassez da mão de obra, contribuindo com o crescimento social.

Contudo, isso se tornaria mais difícil se não contar com o auxílio das parcerias entre o setor público e a sociedade, na forma de gestão participativa. Não é apenas oferecendo emprego que se constrói uma dignidade, é preciso ampliar a própria capacidade de concorrência para se alcançar um objetivo, e com isso valorizá-lo. A oferta de determinado percentual de vagas para ex-presos atinge todo o contingente que se limita no referido percentual, mas que não se exija qualquer capacitação.

Assim, o recluso deve concorrer com os demais apenados, dentro de um processo de construção profissional, para ser aderido a uma linha de produção privada, a ponto de reconhecer a dignidade de seu sucesso. E por isso é que o vínculo extramuros é fundamental, pois durante o período que vivenciará o trabalho com outros profissionais que não se desviaram da conduta lícita, e já atuam naquela área profissional, essa dignidade será ampliada, enquanto ser produtivo.

4.8.4. A execução das atividades e o mercado consumerista.

Sem dúvida um grande desafio: criar condições de estimular as parcerias entre o poder público e a iniciativa privada, capaz de implementar os programas de inclusão social, sem criar “privilégios” aos parceiros privados. O socorro a essa indagação está na propensão e estímulos ofertados pelos Estados às grandes empresas produtoras, no que tange a diminuição fiscal.

É comum dentro de uma competição entre Estados de uma mesma Federação, haver disputa para viabilizar melhores condições de instalação de fábricas e comércios em suas respectivas regiões, posto que isso resultaria em maior arrecadação e oferta de empregos. Quando uma multinacional, por exemplo, planeja montar uma linha de produção, surge essa disputa fiscal entre os Estados, que lhes oferecem dispensa ou diminuição do recolhimento de determinados impostos, ou até mesmo isenção de taxas, bem como usufruto de bens públicos por determinado lapso temporal, com o claro propósito de trazer mais um meio de oferta de empregos e de circulação da economia local.

O objetivo é claro, ampliar a sociabilidade de determinada região, através da oferta de empregos e capacitação profissional. Veja que isso bem se parece com a proposta de inclusão social dos egressos do sistema penitenciário. Porque não estimular os investimentos da iniciativa privada com espécies de isenção ou incentivos fiscais? O resultado seria o mesmo, “sociabilidade” através da “oferta de empregos e capacitação profissional”.

Dentre as diversas situações de estímulo profissional que podem contribuir com o propósito inclusivo, destacam-se: isenção ou redução do ICMS – Imposto sobre circulação de Mercadorias e Serviços -, e do ISS – Imposto Sobre Serviços -, por determinado período, como forma de compensar o investimento na estrutura física e aparelhagem destinada a determinada empresa que fabrique certo tipo de produtos; Dispensa de Licitação no fornecimento de produtos à administração pública, a exemplo de compra pelo poder público Municipal da produção da agricultura familiar; dentre outras espécies de auxílio fiscal que possa contribuir na fase de implementação dos programas. Parte desse incentivo já permeia a legislação penal, especificamente no artigo 35 da LEP³⁵², que trata da venda direta de produtos oriundos do trabalho do apenado.

352 LEP - Art. 35. Os órgãos da Administração Direta ou Indireta da União, Estados, Territórios, Distrito Federal e dos Municípios adquirirão, com dispensa de concorrência pública, os bens ou produtos do trabalho prisional, sempre que não for possível ou recomendável realizar-se a venda a particulares. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 02.11.2011.

Observe-se que, apesar de existirem hipóteses de benefícios fiscais, em contrapartida a empresa parceria teria um custo de implantação de suas unidades de fabricação, de modo que, não se verificam desequilíbrios no mercado consumeirista, diante da compensação entre o incentivo público e o custo de implantação da estrutura privada.

Claro que idéias isoladas poderiam incrementar uma aceitação de certos produtos ou empresas, por conta de estarem atreladas a um propósito social, como a de inclusão de egressos do sistema penitenciário. Contudo, esse “marketing” vai depender da criatividade de cada parceiro privado, dentro do normal aspecto de concorrência. Espera-se, inclusive, que essa rotulagem de resgate social dos excluídos seja, de fato, mais um incentivo ao estabelecimento de mais e maiores parcerias privadas com o poder público, no que concerne ao sistema penitenciário.

4.8.5. Análise dos projetos cooperativos à luz da legislação trabalhista.

O segundo destaque que preocupa essa propensão de auxílio no processo inclusivo é a legislação trabalhista. De fato a LEP – Lei de Execuções Penais -, anuncia um estímulo à contratação do apenado e do egresso, quando fixa em $\frac{3}{4}$ do salário mínimo vigente, como a base de sua remuneração³⁵³, ao tempo em que afirma que o trabalho do preso não será regido pela CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas -³⁵⁴.

Vale ressaltar que o artigo 10, § único, da LEP³⁵⁵, equipara o preso ao egresso, e desta forma este pode se valer de algumas condições que a lei de regência da execução penal se refere a palavra “preso”.

E por isso chama a atenção à dicção do artigo 28 da LEP, quando dispõe que o objetivo do trabalho do preso é de natureza “educativa e produtiva”. Atrelar um resultado na “produção” de determinada mercadoria que, para tanto, utilizará mão de obra remunerada com “ $\frac{3}{4}$ do salário mínimo vigente” e ainda que não seja “regido pela CLT”, é, no mínimo, preocupante, quando se confronta o resultado com a construção de uma dignidade profissional.

De fato, a própria contratação de um operário preso/egresso já anuncia uma vantagem no mercado de trabalho com relação à competitividade dos produtos. No entanto,

353 LEP - Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 02.11.2011.

354 LEP - Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva. § 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 02.11.2011.

355 LEP - Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 02.11.2011.

verifica-se certa incongruência, quando se observa, numa ótica inclusiva, as determinações esculpidas no artigo 7º, inciso XXX e XXXI, da Constituição Federal³⁵⁶.

A Carta Magna Nacional preconiza que não deverá haver discriminação na contratação de trabalhadores. Isso leva ao conceito de que a previsão da LEP, no que concerne à contratação de trabalhadores, tem muito mais a função “educativa” – quando serve tão-somente à remição da pena – do que propriamente “produtiva”. Sugere-se, portanto, uma mudança na ótica de atuação do trabalho do apenado/egresso, que há de se revestir numa natureza “produtiva”, para, então, poder alcançar os objetivos de inclusão social, sem, contudo, se desviar dos diversos nivelamentos da economia.

A marginalidade “deve ser vista como um processo que decorre de formas peculiares de inserção no sistema produtivo”(…) O problema central está em saber como a força de trabalho é integrada no processo produtivo na medida em que o capitalismo se expande, penetra e domina os diversos setores da economia”³⁵⁷.

Como bem enfatizado nos tópicos anteriores, a proposta de inclusão social demanda um interesse do Estado em abraçar as parcerias com a iniciativa privada na utilização das ferramentas do trabalho e da educação como maneira de devolver – ou mesmo construir – a dignidade do apenado/egresso, perdida durante o encarceramento. Essas hipóteses almejam a profissionalização dos indivíduos que se submetem a determinado tempo de pena privativa de liberdade, com o propósito de incluí-los na sociedade como seres produtivos.

4.8.6. Interferência no mercado de trabalho com os projetos inclusivos.

Reflexo da disposição legislativa para promover a inclusão do preso/egresso como ser produtivo é evidenciado quando se observa a concorrência entre o trabalhador comum e àquele que exsurge do sistema penitenciário. Em tese, excetuando-se aquelas áreas que demandam uma escassez de profissionais, nas demais haverá uma disputa pela vaga no mercado de trabalho, o que se remeterá à problemática vivenciada no início do século XX, quando das propostas de industrialização dos presídios (tópico 3.1).

Ampliação no índice de desemprego! Divergência na livre concorrência! Impossibilidade de convivência harmônica entre os membros da sociedade tida como ordeira

356 CF - Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui/C3%A7ao.htm. Acesso em 02.11.2011.

357 KOWARICK, Lúcio. Op. Cit. Pag. 60.

e os marginalizados! Seja qual for a justificativa para a segregação, urge a necessidade de se romper com essa mentalidade para auferir benefícios mútuos.

Por certo que a necessidade de se atingir um grau de evolução do que se conceitua como sociedade contemporânea provocou uma marginalização de certos grupos, a ponto de excluí-los do processo evolutivo. Hoje, o resgate desses grupos, para inclusão demanda cessões de direitos, dentre eles a exclusividade na concorrência pelo espaço no mercado de trabalho.

Quase como brocardo popular: “se correr o bicho pega, se ficar o bicho come”, permitir que os grupos outrora marginalizados detenham chances de disputar o mercado de trabalho na sociedade contemporânea se tornou extremamente necessário, não apenas pelo fato de que assim se resgatará direitos dos rejeitados que foram deixados para trás, mas, principalmente, pela reação desses rejeitados, que já começam a incomodar a vida em sociedade, a ponto de, num futuro não tão longínquo, torná-la inviável.

E nesse propósito, o incentivo disponibilizado pelas parcerias público/privadas não se apresentariam de forma a causar descompasso na equidade que se tem que verificar num processo de concorrência no mercado de trabalho. Muito ao contrário, esse auxílio serve como ferramenta de equiparação e nivelamento. É que o trabalhador sociabilizado nunca deixou de se situar no convívio social, estando adaptado aos seus percausos e peculiaridades, enquanto o egresso não consegue, por si só, encontrar o caminho do mercado de trabalho, muito em virtude da completa dessociabilidade experimentada no cárcere, necessitando, assim, de um viés complementar na sua estrutura profissional.

Assim, parte dos apenados/egressos que colaborarem com o mercado consumeirista, quando, utilizando o processo inclusivo, ocuparem as áreas de escassez de mão de obra e, dessa maneira, contribuirem com a construção da sociedade, serão por ela recepcionados como seres produtivos e consumeiristas. Por outro lado, nas áreas em que se estabelecer uma concorrência com os trabalhadores comuns, os apenados/egressos haverão de se dedicar ainda mais para superar a experiência de um trabalhador livre, e por isso, alcançando o seu posto de trabalho, o mérito e a capacitação são as melhores formas de garantir esse digno direito social. Ao final, ambos, sociedade civilizada e sociedade ex-marginalizada, haverão de fundir-se, para que seja, gradativamente, diminuída a necessidade de se renovar o desvio das condutas consideradas ordeiras.

4.8.7. Resultados da inclusão social nos índices de reincidência criminal.

Como corolário desse investimento, pretende-se que a reincidência criminal diminua, e dessa forma, cada vez menos adeptos venham a compor a parcela da sociedade marginalizada. Vislumbra-se, como já elencado no tópico 2.5.2, que o tempo de encarceramento sugere uma dessocialização, e no retorno à sociedade civil, hodiernamente, inexistente outro caminho diverso do retorno ao crime.

E por isso, a análise estatística mencionada no tópico 2.5.2.1 desse trabalho, aponta um dado oficial de reincidência patrimonial na ordem de 232%, que não apenas sugere, mas torna convincente, a interpretação de que o retorno ao crime é derivado da incapacidade de prover o sustento do próprio ex-presidiário. Mesmo que isso venha a significar um dado estatístico ainda propenso a várias discussões, o senso comum já anunciava que este seria o natural resultado da pesquisa, posto que os crimes patrimoniais são responsáveis, em todas as pesquisas anteriormente realizadas, pela maior fatia da prática criminosa.

Ora, se o problema é a obtenção do patrimônio, que em grande parcela sirva aos propósitos de subsistência, o caminho inverso teria, por obrigação, que ser na mesma escala de obtenção patrimonial, só que atingida licitamente.

E esse é o fundamento de se chamar a sociedade para ser responsável por essa reconstrução de mentalidade, que se reveste no uso de parcerias com fins de possibilitar o enquadramento (inclusão) social do egresso como ser produtivo. Construir uma capacidade de produção na cultura do preso/egresso, para que, com ela se possam auferir rendimentos lícitos capazes de garantir um sólido e promissor sustento do próprio egresso, bem como, abrir perspectivas que permitam uma evolução profissional pós-crime, possibilitando se estabelecer raízes na licitude e dela se construir o patrimônio, compõe o arcabouço de esperanças na diminuição da necessidade de se cometer, ou de se renovar, as práticas criminosas.

Com a diminuição das práticas criminosas, o crime vai ficar cada vez mais restrito a grupos que não conseguiram proliferar sua abrangência através da participação dos egressos do sistema penitenciário, tornando os projetos de parceria público/privadas em uma das vertentes que se tornará uma base responsável pela diminuição da criminalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acredita-se que a missão de propor viabilidade ao sistema carcerário seja tão árdua quanto experimentá-lo. Por isso, diante de propostas da maior envergadura no sentido de abolir a pena carcerária, seja a curto ou a longo prazo, cujo fundamento é acompanhado de anos de comprovações do insucesso da prisão, no que concerne aos seus propósitos ressocializadores, demonstrados através de dados empíricos, certamente seria mais plausível nadar no sentido da correnteza do que contra ela.

Mesmo depois de vencida uma enorme barreira que separava a atuação do direito penal de forma absolutista para a sua vivência liberal, época em que a pena carcerária era vista como uma evolução face o sistema punitivo, uma vez que o seu paradigma, ou seja, as penas de suplicio, eram ainda mais desumanas, a feição da pena privativa de liberdade continuou a gerar conflitos e sofrimentos aos que vivenciavam o seu ambiente depreciativo e angustiante, desprovido de garantias constitucionais e humanitárias.

Nesse aspecto, muito se evoluiu no que tange à necessidade do aprisionamento, quando, por exemplo, converteu-se, em certos casos, a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Contudo, ainda assim persistia uma barreira intransponível para outras espécies de punição, estas que não poderiam ser convertidas, por se tratarem de delitos de maior ofensividade.

Estas espécies de crimes, que imputavam aos seus agentes a pena de prisão, ainda ensejam a permanência do sistema punitivo encarcerador. No entanto, a problemática se tornava mais aguda quando se verifica que a população carcerária continua a ser povoada pelos mesmos elementos, de forma recorrente, como se houvesse um efeito circular entre a prisão e a marginalidade social.

Um aspecto demanda uma séria preocupação, a saber: alimentando-se, a criminalidade, com o estrato social oriundo do ambiente carcerário, inflacionado pelos velhos conflitos sociais, o espaço ocupado pelo crime termina por crescer, a exemplo de uma “bola de neve” que se desloca morro abaixo. E quanto mais ela cresce, mais se apela para o sistema penal com vista a minimizar os conflitos. Mobilizações de defesa social procuram conter o deslocamento dessa “bola de neve”, mas, na verdade, terminam por contribuir para seu crescimento.

Um desses efeitos reside no reconhecimento de que a reincidência criminal está diretamente ligada ao objetivo patrimonial. Analisando-se os dados estatísticos sobre a reincidência, sob o enfoque, apenas, da repetição do ato delituoso, pode-se perceber que a

motivação para praticar o primeiro crime segue variadas motivações, mas para cometer o segundo crime em diante, a tendência é de se concentrar mais enfaticamente nos crimes contra o patrimônio, ou a eles equiparados.

Isso porque a exclusão social provocada pela sentença penal condenatória retira a capacidade de prover a subsistência dos egressos desse sistema punitivo, e, além disso, cria barreiras para o seu retorno. A lógica também incluía-se no sentido de que a ausência de condições lícitas de sobrevivência, induz à permanência do indivíduo na criminalidade, como alternativa de sobrevivência.

Se esse é o problema, doar pensão aos ex-presidiários, ou então garantir o emprego de todos, não resolveria o problema? Acredita-se que não, dado a irrelevância dessa atitude. O que seria melhor, “entregar o peixe ou ensinar a pescar?”. A sabedoria popular afirma que aprendendo a pescar se garante mais peixes.

É por isso que as propostas e programas sociais destinados a ofertar vagas, ou mesmo a dedicar assistência ao apenado/egresso por determinado tempo, são fadadas ao insucesso. O ex-presos – que foi escolhido dentre tantos, pois não há vagas para todos – permanece atrelado ao propósito ressocializador enquanto lhe é conveniente, ou mesmo até que a atratividade da criminalidade se torne irresistível. Cairiam, assim, por terra as propostas de trabalho e educação aos apenados? Acredita-se que não.

O diferencial seria a maneira de obter o espaço no mercado de trabalho. Diferente da oferta, a conquista desse espaço promove uma recuperação – ou construção – da dignidade do apenado, capaz de mantê-lo atrelado ao profissionalismo e afastado da criminalidade. A educação profissional, dentro de uma valorização do potencial de cada apenado produz um egresso capacitado a se tornar produtivo, e, por conseguinte, consumidor, fundamento de convivência numa sociedade globalizada e capitalista.

Essa dignidade por méritos pretende devolver a autoestima ao indivíduo, tão castigado pela punição e poderia interferir no círculo vicioso da reincidência criminal, agindo positivamente na diminuição da “bola de neve”. Ocorre que esse processo não pode ser atribuído, apenas, ao Estado e ao apenado. Até porque a proposta é de inclusão social, e para tanto faz-se necessária a presença de quem quer ser incluído e o destinatário da inclusão. É imanente a participação da sociedade, através da comunidade, da família, dos vizinhos, das empresas, e, como ponto de partida, do próprio Estado.

São esses os pressupostos que dá sustentação a presente proposta: trazer a participação popular à execução da pena privativa de liberdade, com a finalidade de permitir a

inclusão social do egresso. Para tanto, sugere-se que será no “terceiro setor” onde se podem encontrar as melhores vias para essas aspirações.

Em suas diversas modalidades, já exploradas no capítulo IV deste trabalho, poder-se-iam encontrar vários níveis de atuação das propostas de participação popular. Quando se considera que o aprisionamento, hodiernamente, é realizado em cadeias públicas, presídios, e penitenciárias, de capacidades diferentes e com estruturas físicas distintas, constata-se, com isso, a inviabilidade de introduzir um modelo padrão de participação popular.

E por isso, a presença do poder público para conduzir esse processo de aproximação do apenado com a sociedade, ainda no ambiente intramuros, não apenas merece ênfase, mas se torna crucial. Então, busca-se nas parcerias entre o poder público e a iniciativa privada, com a participação voluntária e efetiva do apenado, a construção de sua dignidade, através da educação e do trabalho profissionalizante.

O “terceiro setor” nestes casos, oferece respaldo legal para diversos modelos de cooperação mútua, com atuação em todos os níveis e camadas da administração pública, bem como permite a adesão de todas as espécies de participação popular, abrindo-se um leque de possibilidades à mudança do estigma do encarceramento, deixando de ser um depósito de seres indesejáveis, para se tornar um local de melhoria qualitativa dos indivíduos. É de bom alvitre enfatizar que as propostas ora defendidas não incluem trabalhos obrigatórios ou aderência forçada a qualquer espécie de programa. Trata-se de uma proposta de oportunizar um diferente meio de vida após a experiência no aprisionamento.

Assim, as cadeias públicas que costumam manter, aproximadamente, 60 detentos, e são mais destacadas nos municípios de médio e pequeno porte, precisariam da participação popular de maneira diferenciada daquela proposta às penitenciárias, onde, em média, existem mais de 1.000 apenados. Nesse aspecto, as ONG's; as OS's; as OSCIP's; e as Sociedades Autônomas, dentro de suas peculiaridades, poderiam desenvolver convênios com o poder público municipal, estadual ou federal, para realização de programas regionais de capacitação, preparação e execução de mão de obra especializada.

Fala-se em regionalidade na efetivação das propostas de capacitação, por conta do engajamento local ser mais fácil do que atrair um universo social mais amplo. Se o objetivo é encontrar o espaço na sociedade para incluir o egresso, o primeiro passo será voltado à região onde o indivíduo cumpre sua pena, ou mesmo onde reside sua família, dois marcos determinantes de fixação social.

É comum a escassez de determinado profissional em municípios. Como também é comum que a lacuna profissionalizante não seja a mesma em todas as regiões. Por isso há

necessidade de diversificar as modalidades de parcerias público/privadas, com o objetivo de encontrar essas peculiaridades e capacitar os apenados da região para ocupar esses espaços profissionais. Seria, assim, uma das maneiras de se diminuir o abismo entre a sociedade local e a população carcerária.

Frize-se que o objeto da proposta é a capacitação profissional dentro da vocação, ou mesmo dedicação, do apenado. Portanto, não significa que a sua inclusão social somente se efetivará se existir lacuna de mão de obra a ser preenchida, mas, primordialmente, que se construa no apenado uma pessoa capaz de ser útil ao ambiente aonde se vai inserí-lo.

Nesse contexto, elucida-se a proposta através da seguinte situação hipotética: no interior de determinada região concentram-se vários municípios que precisam de mecânicos de automóveis. A escassez dessa qualificação profissional vai desde a mão de obra até a presença de comércio e empresas do ramo. Diante dessa lacuna profissional, contratos de parceria público/privada celebrados com uma determinada OSCIP, serviriam para promover a atuação profissional dos apenados, ainda dentro do cárcere, bem como outros contratos de parcerias firmados com entidades de serviço social autônomo, a exemplo do SENAC, serviria de capacitação e formação profissionalizante dos apenados que estejam cumprindo pena na região.

O resultado seria o seguinte: como primeiro passo, durante o período de encarceramento, os automóveis da região que necessitassem de consertos seriam submetidos ao trabalho dos profissionais que estão sendo profissionalizados dentro do cárcere, estes que receberiam todo o amparo administrativo e financeiro para garantir um pecúlio oriundo dos rendimentos da nova profissão, com o intuito de servir ao segundo passo desse processo, qual seja: uma vez em liberdade, haveria estímulo dos órgãos oficiais para a permanência do egresso na região, com o intuito de que ele continuasse a desenvolver as mesmas atividades profissionais que exercia dentro do cárcere, só que através do comércio ou empresa do ramo sediada na região carente.

Os benefícios inclusivos começariam a ser observados ainda no decurso do cumprimento da pena. Os proprietários dos automóveis submetidos ao tratamento profissional do apenado estabeleceriam um vínculo social que serviria de base para a recepção extramuros do egresso. Ao tempo em que se rompe essa barreira, o profissionalismo do egresso seria necessário à população da região, transformando-se no vetor da permanência – ou crescimento – do ex-preso na profissão que abraçou no cárcere. Isso romperia os laços do egresso com a criminalidade, interferindo positivamente na diminuição do índice de reincidência criminal.

As propostas trazidas aqui à colação representam algumas hipóteses de tantas outras opções que se podem gerar quando se observam os níveis de entrelaçamento da iniciativa privada com o poder público, no propósito de favorecer a capacitação dos apenados. Acredita-se não haver limites para a profissionalização, quando se estabelecem políticas públicas voltadas a esse propósito.

Mesmo que a maioria das parcerias público/privadas possa ser desenvolvida com as demais modalidades de organizações que pertencem ao conceito de “terceiro setor”, uma delas ainda enseja grande atenção, pelo seu papel social em favor da inclusão. Trata-se das parcerias público/privadas relacionadas aos critérios da Lei 11.079/2004, que é a chamada lei das “PPP’s”.

Como abrangência desta forma de cooperação mútua envolve uma grande contrapartida financeira do poder público, a sua atuação no segmento das penitenciárias e presídios pressupõe um número significativo de destinatários. Ou seja, o âmbito de sua aplicação se destina aos grandes complexos de encarceramento. Na forma de PPP’s, o capital privado se revestiria de legitimidade para garantir a estrutura física necessária e condigna ao estabelecimento das demais formas de parcerias, mantendo o poder público com o controle da população carcerária, mas com sua disponibilidade para se engajar nos programas profissionalizantes e laborativos oriundos da sociedade civil. Como o número de apenados é significativo – em média mais de 2.000 – a interação da sociedade consumista com os produtos e serviços prestados pelos apenados provocaria o povoamento da região em torno da unidade prisional, tanto por empresas terceirizadas ou consumidoras de produtos, quanto pela população aderente ao trabalho dos apenados, inclusive seus respectivos familiares. A imagem se assemelharia a de um polo industrial, que num efeito em cadeia, termina por mudar o aspecto sócio-econômico de uma região.

Essa perspectiva ainda não foi constatada, uma vez que as unidades prisionais que se destinam a esse propósito ainda não estão em funcionamento, embora se mantenha a promessa de uma forma mais condigna de cumprir a pena.

De fato, ainda é preciso sedimentar a presença da participação popular na execução da pena carcerária, como meio de se evitar a reincidência criminal. Uma via plausível pode ser através da celebração de contratos de cooperação mútua entre o poder público e a iniciativa privada, que se tornaria socialmente um novo e mais efetivo vetor dos interesses dos apenados, principalmente no que tange a melhoria das aptidões profissionais destes.

Se esse processo for conduzido através de políticas públicas que regulem a utilização das verbas públicas destinadas aos programas instituidores das parcerias, e se a aplicação das propostas de interação social através da capacitação profissional for conduzida de forma a contribuir para enriquecer a dignidade dos apenados, favorecerá o processo de inclusão social, diminuindo, gradativamente, a distância que separa o ambiente carcerário da sociedade civil, a pena privativa de liberdade poderá voltar a servir aos propósitos ressocializadores – ou inclusivos – relegitimando o sistema penal.

REFERÊNCIAS

ALVES, Roque de Brito. **Estudos de ciência criminal**. 1ª ed. Recife: Companhia editora de Pernambuco, 1993.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos e Abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão**. Revista da ESMESC, v.13, n. 19, 2006. disponível em: <http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/2-1247232936.PDF>. Acesso em 03.01.2012.

_____, Vera Regina Pereira de. **Flagrando a ambiguidade da dogmática penal com a lupa criminológica: que garantismo é possível do compasso criminologia – penalismo crítico? Sequencia: Periódicos da UFSC, No. 59, 2009.**

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

BARATTA, Alessandro. **Para uma teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal**. Doctrina penal: Buenos Aires, n. 40, 1987.

_____, Alessandro. **Resocialización o control social** – por un concepto crítico de reintegración social del condenado. Sistema penal para o terceiro milênio. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____, Alessandro. **Sobre a Criminologia crítica e sua função na política criminal** In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA, IX, 1983, Viena: Faculdade de Direito de Coimbra, 1983.

BARBIERI, Carla Bertucci. **Terceiro setor: desafio e perspectivas constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2008.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro: Renavan, 1990.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 2. Ed. São Paulo: RT, 1999

BENEDETTI, Juliana Cardoso. **Criminologia e os problemas da atualidade**. São Paulo: Atlas, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. **Código Penal**: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em 13.09.2011.

BRASIL. **Constituição Federal.** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26.06.2011.

_____, Resolução nº 217, de 10 de Dezembro de 1948. **Dispões sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://app.crea-rj.org.br/portalcreav2midia/documentos/resolucaoonu217aiii.pdf>>. Acesso em: 10.10.2009.

_____, **Código de Processo Penal:** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm. Acesso em 18.09.2011.

_____, **Lei 9.099/95 (Juizados Especiais):** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em 13.09.2011.

_____, **Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos).** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em 13.09.2011.

_____, **Lei 3.100/99 (Regulamenta a Lei 9.790/99).** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3100.htm. Acesso em 13.09.2011.

_____, **Ministério da Justiça.** Site: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em 13.01.2011.

_____, **Processo nas Varas de Execução Penal virtual do Estado da Paraíba.** 16130649420018152002. <https://vep.tjpb.jus.br/VEPCNJ/PeticaoProcessos>. Acesso em 18.09.2011.

_____, **Conselho Nacional de Justiça.** <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/detentos-e-ex-detentos/pj-comecar-de-novo>. Acesso em 07.09.2011.

_____, **Conselho Nacional de Justiça.** <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14337-goias-df-e-bahia-lideram-geracao-de-empregos-para-reinserir-detentos-a-sociedade>. Acesso em 07.09.2011.

_____, **Conselho Nacional de Justiça.** <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/17953-metodo-apac-reduz-reincidencia-criminal>. Acesso em 30.01.2012.

_____, **Governo do Estado da Paraíba.** <http://www.paraiba.pb.gov.br/24458/governo-do-estado-lanca-programa-de-ressocializacao-%e2%80%98cidadania-e-liberdade%e2%80%99.html>. Acesso em 07.09.2011.

_____, **Governo do Estado da Paraíba.** <http://www.paraiba.pb.gov.br/39103/parceria-entre-governo-do-estado-e-uepb-garante-campus-dentro-de-presidio.html>. Acesso em 20.02.2012.

_____, **Governo do Estado de Alagoas.** <http://www.seplande.al.gov.br/sala-de-imprensa/noticias/2011/junho/seplande-debate-ppp-para-sistema-prisional>. Acesso em 19.02.2012.

_____, **Revista jus navegandi**. http://jus.com.br/revista/texto/19945/privatizacao-de-prisoos-no-brasil/4?utm_medium=twitter&utm_source=twitterfeed. Acesso em 19.02.2012.

_____, **Lei 9.637/98 (Lei das Organizações Sociais)** - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm. Acesso em 02.11.2011.

_____, **Lei 9.790/1999 (Lei das OSCIP's)**: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm. Acesso em 02.11.2011.

_____, **Lei 11079 (Lei das Parcerias Público/Privadas)**: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em 02.11.2011.

_____, **Lei de execução penal**: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 01.11.2011.

_____, **Ministério Público do Estado do Paraná**. CAOP Criminais do Júri e de Execuções Penais. Boletim nº 53. Disponível em: http://www2.mp.pr.gov.br/cpdignid/telas/cep_b53_n_3.html. Acesso em 30.01.2012.

_____, **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/apac_minas.html. Acesso em 30.12.2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALLEGARI, André Luís. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANTERJI, Rafael Braude. **Política criminal e direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CARVALHO, Cristiano; CASTRO, José Augusto Dias de. **Aspectos tributários das entidades sem fins lucrativos e das OSCIPs**. Ed. MP, 2008.

CARVALHO, Saulo de. **Pena e Garantias**. 3ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro; 2008.

_____, Saulo. **As reformas parciais no Processo Penal brasileiro**: Reformas penais em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos; 2006.

CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da pena**: Finalidades, direito positivo, jurisprudências e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: RT, 2002.

CULLETON, Alfredo. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

CUNILL GRAU, Nuria. **Repensando o público através da sociedade**: novas formas de gestão pública e representação social. Rio de Janeiro: Revan, 1998.

DEL OLMO, Rosa. **A legislação no contexto das intervenções globais sobre drogas**. Discursos sediciosos. Ano 7, Número 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. 3ª ed. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. (Tradução de Raquel Ramallete). 27ª ed. Petrópolis – RJ: Vozes, 1987.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**: Anotações sistemáticas à lei 8.072/90. São Paulo, ed. RT, 2000.

FREITAS, Ricardo. **Reincidência e repressão penal**. Revista brasileira de ciências criminais. N 81. Ed. RT: São Paulo, 2009.

GARLAND, David. **As contradições da “sociedade punitiva”**: o caso britânico. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Ed. Revan: Rio de Janeiro, 2002.

GAUER, Ruth M. Chittó. **Memória, punição e justiça**: uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____, Ruth M. Chittó. **A fenomenologia da violencia**. Curitiba: Juruá, 2003.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privative de liberdade no sistema capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

HIGHTON, Elena I., ÁLVAREZ, Gladys S., GREGORIO, Carlos G. **Resolución alternativa de conflictos y sistema penal**. Buenos Aires, Ad-hoc, 1998.

HULSMAN, Louk. **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

KLOCH, Henrique. **O sistema prisional e os direitos da personalidade do apenado com fins de res(socialização)**. Porto Alegre; Verbo Jurídico, 2008.

KOWARICK, Lúcio. **Capitalismo e marginalidade na América Latina**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

JAKOBS, Gunther. **Direito penal do inimigo**. Organização e introdução: Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Tradução dos originais em alemão: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Ed. Lúmen Júris: Rio de Janeiro. 2009.

LARRAURI, Elena. **Mujeres y sistema penal**: violência doméstica. Buenos Aires: BdeF, 2008.

LAVILLE, Christian. **A construção do saber**: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

LUIZ, Luis. **Os princípios constitucionais penais**. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

MARCHETTI, Anne-Marie. **Empobrecimento carcerário**: desigualdade de classe na penitenciária francesa. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Ed. Revan: Rio de Janeiro, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Curso de direito penal**: O delinqüente – a sanção penal – a pretensão punitiva. São Paulo: Saraiva, 1956.

MELOSSI, Dário e Pavarini, Massimo. **Cárcere e fábrica**. Rio de Janeiro: Revan, 2ª. Ed. 2010.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Ed. RT, 2003.

MUÑOZ CONDE. **Direito penal e controle social**. Tradução Cintia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NÓBREGA, Thereza Christine de Albuquerque. **A regulação do terceiro setor no Brasil**: uma reflexão sobre o regime jurídico dos termos de parceria. Ed. MP, 2008.

NUNES, Adeildo. **Da execução penal**. Rio de Janeiro; forense, 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Contrato de Gestão**. Ed. RT; 2008.

OTTOBONI, Mário. **Meu cristo estou de volta!** Pastoral carcerária aplicada no revolucionário sistema APAC. Ed. Paulinas. São Paulo, 1984.

PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática**: instrumentos de participação popular na administração pública. Belo horizonte: Fórum, 2004.

PIJOAN, Elena Larrauri. **La economía política del castigo**. <http://criminet.ugr.es/recpc>. Acesso em 05.12.2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____, Flávia. BARBIERI, Carla Bertucci. **Terceiro setor e direitos humanos**: Aspectos jurídicos do terceiro setor. São Paulo: ed. MP, 2008.

PLATÃO. **Protogoras o de los sofistas**. Diálogos. México: Porrúa, 1993.

RATTON, J.L.. **Para Ler Jon Elster**: Limites e Possibilidades da Explicação por Mecanismos nas Ciências Sociais. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/dados/v46n2/a07v46n2.pdf>. Acesso em 21.02.2012.

REVISTA **Jus navigandi**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7651/associacao-de-protecao-e-assistencia-aos-condenados>. Acesso em 30.01.2012.

ROXIN, Claus. **Tem futuro o direito penal?** Doutrinas essenciais: Direito penal. São Paulo: RT, 2010.

SAWAIA, Bader. **Exclusão ou inclusão perversa?** As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social. Ed. Vozes; Petrópolis, 1999.

SCHMITT, Carl. **El concepto de lo político**. Folios: México, 1985.

SILVA, Marisya Souza. **Crimes Hediondos e Progressão de Regime Prisional**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SÁ, Alvino Augusto. **Reincidência criminal sob o enfoque da psicologia clínica preventiva**. São Paulo: EPU, 1987.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos**. O crime e o criminoso: entes políticos. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007.

TIMM, Luciano Benetti. **O terceiro setor: prática de atividade econômica pelas ONGs**. Ed. MP, 2008.

VÉRAS, Maura. **Exclusão social – um problema brasileiro de 500 anos**. As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social. Ed. Vozes; Petrópolis, 1999.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

VITAL DE ALMEIDA, Ricardo. **El consentimiento y su relevancia para la teoría jurídica del delito**. Disponível em: <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/1090/1/16430190.pdf>. Acesso em 21.02.2012.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____, Loic. **Crime e castigo nos Estados Unidos: de Nixon a Clinton**. Revista de Sociologia e Política. Curitiba, No. 13, 1999. Disponível em: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/238/23801304.pdf>. Acesso em 02.01.2012.

WANDERLEY, Mariangela Belfiore. **Refletindo sobre a noção de exclusão**. As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social. Ed. Vozes; Petrópolis, 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____, Eugênio Raul. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. Ed. RT. São Paulo: 2011.

_____, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____, Eugênio Raul. **Culpabilidade por vulnerabilidade**. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do estado no domínio social**. São Paulo: Ed. Malheiros; 2009.