

A Pena como Instrumento da Contenção da Violência. A Crise da Prisão¹

Álvaro Mayrink da Costa

Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

INTRODUÇÃO

Quo Vadis? Um Grupo das Nações Unidas sobre detenções arbitrárias conclui que há uma exclusiva privatização de liberdade, baixíssima aplicação das medidas alternativas e grave deficiência de defensores públicos no Brasil.

A ONU constatou (2013) a existência de quinhentas e cinquenta mil pessoas presas, sendo que duzentos e dezessete mil são presos provisórios, isto é, 40% das pessoas recolhidas ao cárcere aguardam decisão final. Apenas 38% do coletivo carcerário recebe atendimento primário. O Banco Mundial registra que, com o dólar de R\$ 2,40, há vinte e dois milhões de brasileiros na pobreza extrema.

O Brasil tem mais de 55% de presos que a média global, sendo que em uma década a taxa de detenções subiu de cento e setenta e sete para duzentos e quarenta e quatro por cem mil pessoas. Enquanto a taxa média da população carcerária foi de 8%, o índice brasileiro teve um aumento de 71,2% nas últimas décadas. Ocupamos o 4º lugar no mundo em relação à população carcerária (Estados Unidos, China, Rússia e Brasil).

No Rio de Janeiro, 37,5% dos presos provisórios foram condenados. A Lei nº 12.403/2011, que deu nova redação ao art. 319 do Código de Processo Penal, deu ao magistrado nove medidas cautelares diversas da prisão.

¹ Palestra de abertura da 219ª Reunião do Fórum Permanente da Execução Penal da EMERJ, realizada no dia 13 de março de 2014.

Assim, propõe-se a *desconstrução dos mitos* da retribuição, da prevenção pela ameaça da pena, da reeducação, da socialização através do cárcere e da reintegração social do egresso, diante deste sistema prisional perverso.

1. Desde os inícios teóricos, nos fins do século XVIII, uma das questões mais relevantes foi a da pena de prisão, problema ligado ao caráter público do Direito Penal. Por tal razão, une-se a teoria da pena à concepção de Estado, pois *não* tem o mesmo significado a concepção da pena sob um Estado absoluto ou diante de um Estado democrático e as diversas formas evolutivas que teve em um Estado de Direito. Roxin defende uma *teoria unitária* ou *unificadora dialética* para a superação das críticas às teorias *absolutas* ou *relativas*, fazendo distinguir cada uma das três fases essenciais (cominação, aplicação e execução), observando que o Estado tem o dever de garantir a vida em comum de *todos* os cidadãos, destacando-se a natureza subsidiária do Direito Penal.

2. É pacífico que, do ponto de vista jurídico, o Direito Penal constitui um *sistema* pelo qual se regula o delito, como *pressuposto*, e a pena, como *consequência*, sendo a questão central, que se inicia e se esgota no *fundamento* e no *fim* da pena. As denominadas *teorias da pena* são pontos de vista que buscam explicar, legitimando ou justificando, a sua existência. Foucault enfoca os protestos ao sistema pré-moderno rebelando-se contra os suplícios generalizados na metade do século XIII que as penas sejam *moderadas* e *proporcionais* e que os castigos sejam abolidos, pois revoltam a humanidade. Ressalta que o castigo é sempre uma questão de poder, não só poder social, religioso ou econômico, mas também poder político.

3. As *teorias absolutas* (retribuição, expiação ou compensação da culpa) defendem que a pena é unicamente castigo ao violador da norma pelo delito cometido e não persegue outra função (*preventiva* ou *social*) posterior. Na doutrina, é tradicional explicar as *teorias da justiça* e da *expiação* equiparando-as às *absolutas* ou *retributivas*. Portanto, o *retributivismo* gira em torno da ideia de que o infrator seja punido, porque o homem é responsável por seu ato e deve receber o que merece (*teorias da vingança* e da *expiação*). Hebert Packer, em **I limiti sanzioni penale**, sustenta que a *vingança*, como justificação da pena, está ligada ao coti-

diano da vida e se concreta na lei de Talião; já como *expição do pecado*, realiza-se pelo *sofrimento*, um dos temas do pensamento religioso. Daí, historicamente, a *retribuição* é plurifacetada: *divina, moral e jurídica*.

4. Contemporaneamente, é impossível a sustentação de posições puramente absolutas, que considerem a pena exclusivamente como fim em si mesma. Aliás, já se encontravam contradições no próprio Kant ao introduzir de forma sub-reptícia elementos empíricos e utilitaristas em sua teoria penal. Roxin, em seu artigo “Sentido e Limites da Pena Estatal”, ao abordar a *teoria da retribuição*, diz que seu patamar é a culpabilidade do autor compensada através da imposição de um mal pessoal, buscando tão só a realização da justiça. Conclui com três argumentos contrários: **a)** deixa na obscuridade os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e como profissão de fé é irracional e contestável, não sendo vinculante; **b)** fracassa perante a tarefa de estabelecer um limite, quanto ao conteúdo, ao poder punitivo do Estado; **c)** revela não só uma debilidade teórica, mas também um perigo prático.

5. Os *fins da pena* só têm relevância para a vida societária, anotando-se que as *teorias absolutas* pecam pela ausência de cientificidade, arrematando que deixam na obscuridade os pressupostos da punibilidade, uma vez que os seus fundamentos *não* estão comprovados. A pena punia a violação da norma como garante de segurança da liberdade da comunidade social. Finaliza dizendo que o infrator é obrigado a suportar a pena em atenção à sociedade e quem não desejar aceitar a justificativa da pena, de que *todos* têm que responder por seus atos na medida de sua culpa, coassumir responsabilidades por seu destino (*princípio da igualdade*), *terá* que negar a existência de valores públicos e, com eles, o sentido e missão do Estado.

6. Hassemer observa que, em uma época como a nossa, não se pode advogar uma *pura teoria retributiva*, o que levaria a renunciar a uma justificação da pena do ponto de vista de seus efeitos práticos (diante do infrator e da sociedade), teorizando que a justificação pelas consequências desejadas é uma parte de nossa racionalidade. Para Silva Sánches, no caso de *retribuição*, as razões de sua superação como fundamento básico da intervenção jurídico-penal sobre pessoas e bens dos cidadãos

são claramente culturais (ou ideológicas). O Estado Social e Democrático de Direito deve garantir o bem dos cidadãos, respeitando a dignidade do condenado como pessoa humana, pois o Direito Penal *não* possui o escopo de realizar *vingança*; tutelando os bens jurídicos, objetiva-se integrar o condenado dentro de mútuas possibilidades de razoabilidade de intervenção estatal. O moderno pensamento jurídico-penal de *orientação preventista* abandonou a *ideia de retribuição*. As teorias retributivas confundem o meio com o fim, pois a retribuição *não* é o fim da pena.

7. No que tange às *teorias relativas*, diferem das *absolutas*, em razão do objetivo-fim *preventivo*, objetivando a necessidade de compor a tranquilidade e o equilíbrio da vida social. Advogam a imposição da pena *ut ne peccatur*, imaginando que o autor do fato típico não volte a repeti-lo. Com Feuerbach temos a *coaço psicológica*, isto é, a *ameaça da pena* faria com que o indivíduo ficasse *inibido* a cometer delitos. Assim, as *teorias relativas* são punitivas: *punitur ne peccetur*. Cumpre, pois, uma função de caráter punitivo e de alcance individual ou especial. Tais ideias tiveram seu período próspero no Iluminismo, na transição entre o Estado absoluto e o liberal. Caracteriza-se pelas vertentes da *intimidação* ou da *utilização do medo*. Cria-se o *temor da perda da liberdade* e de *todos os direitos relativos à cidadania*, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Porém, não se pode dizer que a pena *não* tenha seu *efeito intimidativo* para a maioria de seus destinatários, não desviantes das normas postas, pois o que se combate é a *generalização* de penas rigorosas para a garantia do efeito intimidatório, o que cria um contrafeito.

8. A pena deveria constituir-se em um instrumento de defesa da sociedade, sob uma visão pragmática e humanizadora. Muñoz Conde ataca a questão da *ressocialização* do infrator, priorizando o questionamento da estrutura social, pois, diante do *quadro da atualidade*, consistiria uma *grande farsa* montada pela hipocrisia, isto é, “reeducar” e “ressocializar” o condenado para o reingresso na sociedade, sabendo que o sistema prisional constitui uma flagrante contradição. Na visão de Jakobs, a pena garantidora das expectativas sociais teria como finalidade *o restabelecimento da ordem externa da sociedade*, objetivando a *confirmação da vigência da norma*. Baratta escreve que a pena persegue a confiança e a consolidação da fidelidade jurídica.

9. A *intimidação* ainda está presente dentre as estratégias universais, bem como o exercício da *exemplaridade*. Entende-se que o Direito Penal contemporâneo deverá abandonar a estratégia pura da *intimidação*, por ser injusta e inumana a medição das penas que devem sofrer uns para temor de outros. A pena deve ser sempre aplicada na *medida da culpabilidade*, evitando os exageros (proporcionalidade) dirigidos à simbologia da resposta estatal aos anseios da coletividade no combate à impunidade e objetivando vias sociais construtivas, buscando o *equilíbrio* de todos os princípios por meio de restrições recíprocas. Repete-se na nova modelagem da *teoria da prevenção por intimidação* a velha formulação feita por Feuerbach no início do século. O Direito Penal ofereceria, então, contribuição para o aperfeiçoamento da sociedade através do *fornecimento da resposta penal* para os violadores do direito, previamente anunciada, a fim de impor o desencorajamento.

10. Hassemer, ao analisar de forma crítica, diz que a *intimidação como forma de prevenção* viola a dignidade humana, pois converte uma pessoa em *instrumento de intimidação do grupo*, cujos efeitos são duvidosos. A *teoria da prevenção por intimidação* não ultrapassou a etapa do chamado *direito penal das consequências*. A pena, se possuir o fim de *prevenção geral*, será *intimidativa*, pois deve possuir eficácia de afastar *todos* da futura ação delitiva. Assim, é inadequada por sua *generalidade*, mesmo que o Estado tenha especial interesse na intervenção dos processos sociais como única maneira de remediar o conflito, pois o que se cuida é de diferenciar os processos e controlá-los em sua especificidade. O *princípio da intimidação* é humilhante para a sociedade. Em um Estado democrático, as normas *não* podem ser respeitadas pelos cidadãos pelo terror. O caráter intimidativo está na certeza da aplicação e execução da pena. Não se deseja a volta a Fieberbach, como se vê preconizado na atual Reforma de 2012.

11. García-Pablos de Molina considera que o *conceito de ressocialização* é ambíguo e impreciso, mas que a polêmica não é vazia ou meramente acadêmica. Sob tal bandeira encontram-se o *antirretribucionismo*, concepção assistencial do Direito Penal, e o *neo-retribucionismo*, versão moderna e atualizada, que constitui uma faceta pior que a do século XIX, como expressão do Direito Penal liberal. O *descrédito* da pena de prisão é

uma secular consequência da *crise do sistema prisional* que atinge o coletivo carcerário e a sociedade, sob o aparato de *terror repressivo*, questionando na teoria e na prática o *conceito de ressocialização*. Aduza-se que a massa carcerária nem sequer foi inserida no contexto social, vivendo marginalizada das pautas macrossociais. Bacigalupo recorda que o *conceito de ressocialização* se converte em sinônimo de execução humanitária do castigo. Os programas ressocializadores máximos *não* respondem à ideia de autodeterminação, mas só de imposição, com a pena assumindo objetivos autoritários e impróprios de manipulação do indivíduo com o custo de sua liberdade e de outros direitos fundamentais, constituindo-se em atividade abusiva do Estado. Conclui que é imprescindível uma noção ampla e integradora de intervenção que supere o conceito tradicional de tratamento. Uma intervenção eficaz exige um sólido modelo conceitual com programas *estruturados, claros e duradouros*.

12. Registre-se que as chamadas *teorias unificadoras* acolhem o *princípio da retribuição e da culpabilidade* como estratégias limitadoras no sentido jurídico, buscando nos limites do delito os fins de *prevenção geral e especial*. As *teorias mistas* ou *ecléticas* são marcadas pelo *endereço retributivo*, sendo concomitantemente um meio de *educação e correção*. Compreendem ambos os critérios, defendendo que a pena deve observar o *passado* e o *futuro*, retribuindo o delito perpetrado e prevendo em seu próprio tempo a realização de outras ilicitudes. Nos segmentos modernos busca-se a *melhora do condenado*, que constitui o objetivo mais elevado de política criminal. Para os seus defensores, a pena deve ter uma *função educativa*, a fim de *transformar* o infrator em um *novo homem*, respeitador da lei e da ordem social. Embora a “*harmônica reintegração social*” esteja escrita em vários diplomas legais, normativos e constitucionais, certa a crítica de que “é inimaginável que a prisão possa produzir cidadãos domesticados pela disciplina punitiva para conviverem nos padrões ditados pela sociedade dominante” depois de estigmatizados e desqualificados para o labor produtivo. Dotti coloca que os fins da *reintegração social* devem ser entendidos como a “*criação de possibilidades de participação nos sistemas sociais*”, repudiando a *ideologia do tratamento*, apanágio da execução do modelo autoritário.

13. Hassemer vê que a *prevenção geral positiva* seria a reação estatal diante dos fatos puníveis, protegendo, ao mesmo tempo, a consciência social da norma. Abandona uma prevenção geral intimidadora (*prevenção geral negativa*) e se inclina por uma prevenção geral ampla (*prevenção geral positiva* ou *integradora*) que só venha a perseguir a estabilidade da consciência do Direito, buscando converter o Direito Penal no último dos controles sociais. A *prevenção geral positiva integradora* geraria um *efeito de pacificação* diante da aplicação e execução da pena tranquilizando a sociedade pela realização do direito com o término do conflito. Jakobs sustenta a prevenção especial positiva ou integradora, com um caráter absoluto (reafirmação da consciência do Direito) que *não* se diferencia do retribucionismo, pois a pena supõe o exercício na confiança na norma, na fidelidade ao Direito e na aceitação das consequências. O *critério de proporcionalidade* entre o delito e a pena, embora historicamente sempre tenha sido a *justiça*, passa a aproximar a *retribuição* da *prevenção especial* e *geral*. O fim da *prevenção especial* perdeu o seu conteúdo puramente naturalístico. As propostas buscam uma estabilização social da norma e a confiança na mesma.

14. A *teoria unificadora dialética* é desenvolvida por Roxin, sustentando que são *fins da pena*, simultaneamente, a *prevenção geral* e a *especial*, excluindo a retribuição. Para ele, a *teoria unificadora dialética* busca evitar exageros unilaterais e dirigi-la para vias construtivas, conseguindo o equilíbrio de todos os princípios, mediante restrições recíprocas. Diz que pode denominar-se *dialética* quando acentua o caráter antitético dos diversos pontos de vista reunidos em uma síntese. Uma teoria da pena deve ter por objetivo corresponder à realidade. Em Direito Penal só poderá fortalecer a consciência jurídica da generalidade no sentido da *prevenção geral*, se preservar a individualidade de quem está sujeito. A pena serve aos fins da *prevenção geral* e da *prevenção especial*, limitada na medida da culpabilidade. As tentativas conciliatórias em torno da *função da pena* (retributiva, preventiva, ressocializadora e reintegradora) traduzem a incoerência teórica e a realidade prática do discurso político e arbitrário.

15. Tobias Barreto sustentava que “o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político” e, “quem procura o fundamento jurídico da pena, deve também procurar, se é que não o encontrou,

o fundamento jurídico da guerra”. O discurso penal, diante das *sociedades de risco*, se resume em um discurso bélico, a “guerra contra o crime”, sendo tudo permitido para vencer o inimigo. A *teoria agnóstica da pena* advoga *não* possuir qualquer função ou justificação jurídica, sendo tão só um *ato político de poder*, visto que não se pode justificar o injustificável. Jakobs destaca que a pena deve ser necessária para a manutenção da ordem social, pois, sem tal necessidade, seria um mal inútil. Apegoa, em resumo, que é *útil* para a consecução de seus *fins sociais*, se não, perde a sua *funcionalidade*. Representaria a reafirmação do ordenamento jurídico e não as finalidades úteis da norma. Para tal segmento, a teoria da *prevenção geral positiva fundamentadora* não é relativa ou utilitarista, mas uma *releitura da teoria absoluta hegeliana*, punindo-se para *reafirmar* o conceito de justiça. De forma simbólica, o fim da pena seria o *restabelecimento da ordem social*. Para o *funcionalismo* a pena é um farol, aclara e atualiza a vigência efetiva dos valores violados, enfraquecidos pelo atuar desviante, desenvolvendo nos cidadãos a confiança no sistema penal.

16. No modelo de Roxin, há adesão à *prevenção geral positiva limitada* e não à *prevenção geral integradora*, que é relativa, ficando a *prevenção limitada* pela ideia de *subsidiariedade*, uma função dentre as demais funções, excluída a *prevenção geral*, ao passo que Jakobs legitima o ordenamento jurídico e as expectativas sociais em uma perspectiva puramente normativa. No campo da modernidade, fala-se em um *Direito Penal funcional* para a edição de uma política criminal em contraponto com a dogmática abstrata. Contemporaneamente, nas bases mínimas, não podem deixar de constar as *garantias processuais* do Estado de Direito e um *correto processo de execução penal* desmistificando o ódio ao autor do delito, buscando a *possibilidade de melhora* para futura inserção do egresso.

17. A pena é um instrumento estatal, que *não* possui caráter *retributivo* ou *ressocializante*, constituindo-se em um meio de *prevenção geral* e especial, positiva ou negativa, objetivando a tutela dos bens jurídicos e a evitação da prática de futuros delitos, como *ultima ratio* do controle social, dando-se uma resposta à *crise da impunidade*. Não se imagine tratar de uma mera construção dialética, visando a procurar um ponto comum relativo à necessidade de assegurar a proteção da tutela jurídica relativa aos

interesses fundamentais da vida em comunidade. A defesa do direito dos cidadãos livres deve ser justa, salientando-se que o sistema de aplicação de penas é *oneroso*, mas *necessário* ao Estado.

18. O *fundamento da pena* se origina do fundamento do próprio Direito, sendo a causa final a tutela da proteção do bem jurídico, ou melhor, da ordem social juridicamente organizada, ditada pela sociedade dominante. O *fim da pena* como ferramenta de controle social, expressada pela intervenção mínima e como eventual e hipotética possibilidade de correção do violador da norma, *não* entra em conflito com a sua natureza ética, visto que a proteção dos direitos humanos se constitui em uma das missões do Direito Penal. Nos modernos Estados democráticos se questiona quais os reais *fins da pena*, isto é, o que pode legitimar um sistema punitivo.

19. A *reintegração social* tem como vulnerabilidade a destruição do indivíduo diante da contaminação deletéria do cárcere, proporcionando outros valores e rupturas de obediência normativa. Diante de uma sociedade de funcionamento dinâmico, leva a novos conflitos por absoluta ausência de adaptação à nova realidade do mundo livre. Sutherland destaca com o *princípio da associação diferencial*, que a grande parte dos infratores teve acesso a uma *subcultura delitiva*, onde adquiriram hábitos, motivos, atitudes criminosas. Há um processo de transmissão cultural de opiniões, conhecimentos e valores divergentes que são próprios da vida no cárcere. O comportamento desviante é apreendido e não herdado, criado ou inventado pelo condenado. Segundo o *princípio da associação diferencial* uma pessoa se torna infratora porque recebe mais definições favoráveis à violação da norma do que as definições desfavoráveis a manter-se nos limites normativos. Ferrajoli distingue entre *fim* e *função* da pena; o primeiro responde à indagação “*de que serve a pena?*”, e a segunda ataca a análise empírico-social descritiva sobre os *efeitos da pena* na sociedade; portanto, o *fim* da pena opera no plano do *dever-ser*, ao passo que a *função* da pena atua no plano do *ser*.

20. A evolução social pressupõe conflitos, violências e mudanças, desempenha concomitantemente uma função geradora de desorganização. A sociedade está em constante transformação. A *prisionalização* é o processo de assimilação que sofre o apenado dos *valores da subcultura*

carcerária. A microsociedade apresenta um processo de aculturação, no qual vai paulatinamente se adaptando aos usos e costumes próprios para poder sobreviver. Assim, adota novos *hábitos de vida*, que incontestavelmente modelam a personalidade, constituindo-se em fator adverso à sua reinserção, obedecendo as pautas normativas.

21. As *instituições totais* são, além de organizações formais, sistemas sociais informais, com códigos de comportamento bem definidos, que proporcionam ambiente para a aprendizagem de novas respostas sociais. O sistema de valores a que os encarcerados são submetidos é inevitavelmente mais criminoso do que o do mundo exterior porque todos os apenados são criminosos. Não seria causa de surpresa se as atitudes favoráveis ao cometimento do delito fossem reforçadas e os talentos e habilidades relevantes para o crime se desenvolvessem após período em instituição correcional. Erickson escreve que em “tais instituições, as prisões, reúnem marginais em grupos estritamente segregados, oferecem oportunidades para ensinar uns aos outros as habilidades e as atitudes de uma carreira desviante e, com frequência, provocam-lhes para usarem essas habilidades, reforçando o seu senso de alienação do restante da sociedade”. O preso é “ressocializado para viver na prisão”, cumprindo o regulamento prisional, mantidas a segurança e a disciplina.

22. Os dois processos, a *criminalização* e a *prisionalização*, constituem na verdade aspectos correlatos dos amplos efeitos da vida carcerária. O *controle social* é fundamental para a sociedade, constituindo-se em uma ferramenta de limitação e ao mesmo tempo de opções comportamentais diante da norma penal. Para determinada vertente da doutrina o objetivo da *prevenção geral* não é a *motivação intimidatória*, mas a confirmação e a garantia das normas fundamentais que ditam as regras de convivência social. Baratta adverte que os novos sistemas totais de controle social através da socialização institucional cumprem a *mesma função seletiva e marginalizadora* que eram então atribuídas ao sistema penal. Alguns apenados podem tornar-se mais obedientes às normas disciplinares, em consequência da associação obrigatória com infratores de alto grau conflitivo, que servem de estímulos discriminativos claramente definidos do comportamento a ser evitado.

23. Não se pode esquecer da perda da confiança da sociedade na possibilidade de “reabilitação” pela prisão e o aumento de tal desconfiança no caso de cumprimento da pena de prisão, na qual os efeitos negativos de contaminação retroalimentam o sistema de violência urbana. Há plena incompatibilidade entre a *realidade da prisão* e a função de *reintegração social* do condenado atribuída a pena de prisão. Assim, quanto maior for o tempo do encarceramento, maior será o desajuste aos padrões sociais e normativos. O regime fechado, quando aplicado, deverá ser pelo menor tempo possível. Enfim, no estágio atual a *reintegração social* é um mito simbólico.

24. O *movimento descarceratório* com o surgimento das medidas alternativas à pena de prisão, ainda é objeto de rejeição social e de escassa aplicação pelos magistrados (“sem confinamento, há impunidade”). Para Munõz Conde, o problema do Direito Penal se situa no conflito entre a *prevenção especial* e a *geral* (indivíduo e sociedade). De um lado, deve proteger os bens jurídicos relevantes, recorrendo à pena, e, de outro, o violador da norma tem o direito de ser tratado como pessoa, obedecido o princípio da dignidade humana, se é possível alguém ainda ter a esperança em reintegrar-se ao grupo social. A crise dialética da pena de prisão leva à imperatividade de sistemas alternativos.

25. Registre-se a pressão da opinião pública através das mídias sociais, em relação a métodos que possam implicar aparente *benignidade* em relação ao condenado. Embora, até o Presidente do Supremo Tribunal Federal reconheça que a prisão no Brasil é um *inferno*, ainda há forte pressão social que defende “o encarceramento e, depois, jogar a chave fora”. A Lei de Execução Penal, em seu art. 88, estabelece que o condenado seja alojado em cela individual, que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório com salubridade do ambiente com a ocorrência de fatores aerossão e condicionamento térmico, adequados à existência humana e que a área necessária será de seis metros.

26. O Direito Penal deve observar a função *preventiva geral positiva limitadora ou integradora* com base nos princípios de exclusiva proteção dos bens jurídicos e de proporcionalidade, obedecidos ao estrito *princípio da legalidade*, tanto no campo formal como no material. A *cominação da*

pena é a expressão de vontade do Direito para que os cidadãos *não* realizem determinadas condutas intoleráveis, que gerem conflito de interesses básicos da sociedade organizada. A pena *não* pode sancionar com *rigor excessivo* (*princípio da proporcionalidade*) uma desobediência normativa, produto das condições precárias de resistência do autor, geradas até pela postura conflitiva da própria sociedade (*princípio da coculpabilidade*).

27. Repetindo Foucault, *conhecendo-se todos os inconvenientes da prisão, sabe-se que é tão perigosa quanto inútil. E, entretanto, não “vemos” o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão. O mal da prisão é a própria prisão. Sabe-se que é deletéria: não educa, não socializa, não dá condições à reintegração social. As vulnerabilidades da prisão são: a superlotação, a ociosidade e a promiscuidade. O cumprimento da pena é um efeito trágico para quem suporta, pois fica exilado da vida e é um fator constante de conflito, colocando em risco a segurança pública. A pena justa é a que é necessária, oportuna e proporcional. Portanto, a pena de prisão deve ser substituída em maior escala por outras medidas menos aflitivas e mais pedagógicas, incentivando, o valor da liberdade pelo cumprimento da norma, restringindo o inferno do cárcere tão só em relação aos portadores de comportamentos desviantes de especial gravidade, intolerados pela sociedade, que fizeram a sua opção como forma de controle direto da segurança e paz social.*

28. Para que a crise possa ser repensada é necessário que exista uma conscientização da sociedade e uma vontade política de desconstruir o “sistema prisional”, medieval, que continua há dois séculos com as mesmas vulnerabilidades básicas (superlotação, ociosidade e promiscuidade). De nada valem esforços isolados, momentâneos e não contínuos para sufocar rebeliões (gritos dos desesperados), sem que existam ações públicas de política penitenciária integrada, através de uma gestão moderna e eficaz, que privilegie o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. A maior evolução do sistema penal contemporâneo foi a substituição da pena de prisão pelas alternativas de liberdade, objetivando vencer as vulnerabilidades do *inferno do cárcere* e garantir o princípio reitor da dignidade da pessoa humana. O *princípio da necessidade da pena* abarca os *princípios da legalidade, fragmentalidade e subsidiariedade*. Visa, teoricamente, prevenir e reprimir as condutas

transgressoras da norma penal, criminalizadas diante do princípio da intolerância comportamental, violadora dos bens jurídicos tutelados, para garantir a paz pública e a segurança social.

29. A pena de prisão *não ressocializa* nem proporciona a *reintegração social* futura do condenado ao modelo sacionormativo, opera teoricamente a tutela dos bens jurídicos, sem conseguir reduzir o conflito violento de interesses. Como é impossível aboli-la, cumpre ao Estado, como instrumento de prevenção geral positiva limitadora, reservá-la aos portadores de comportamentos transgressores de especial gravidade à ordem jurídico-social, intolerados pela macrosociedade, e efetivar através de intervenção garantista a reforma efetiva da gestão penitenciária diante da *crise da prisão*, assegurando o respeito à dignidade da pessoa humana presa, garantida por um estado social e democrático de direito.

30. A política penitenciária progressista deve apartar-se dos discursos de emergência, direcionando para a construção de um programa voltado para as garantias que confirmem a axiologia constitucional da execução penal e desconstituir na gestão penitenciária, ao máximo, os efeitos negativos da prisionalização. Assim, elegem-se cinco princípios básicos do modelo: **a)** legalidade executiva; **b)** controle jurisdicional permanente; **c)** compensação e intervenção penitenciárias mínimas; **d)** respeito à dignidade do apenado; **e)** democratização do sistema. O princípio da execução penal mínima tem por finalidade fortalecer a flexibilização do regime prisional para mitigar o efeito contracultural do encarceramento.

31. Fica a pergunta: Será que a sociedade está aberta ao discurso da aceitação do egresso, com o estigma do cárcere abrindo oportunidades para novas opções de vida? Continua-se fingindo embalando mitos. ❖

PS.: O Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Joaquim Barbosa, após realizar no dia 17 de março de 2014 inspeção no Presídio Central de Porto Alegre, disse: **a)** “A dignidade das pessoas encarceradas foi aniquilada, colocada de lado. Submeter seres humanos a condições de vida como essas que temos aqui é prova de falta de civilidade nacional. É o padrão seguido no Brasil inteiro.”; **b)** “Eu faria uma recomendação. Se todas as pessoas têm um mínimo de responsabilidade política no âmbito estadual, e não só as pessoas eleitas, tirassem um dia de sua vida para visitar um presídio como este, tenho certeza de que nasceria uma consciência mais qualificada da necessidade de mudar este estado de coisas. As pessoas passam anos no exercício de certos cargos públicos e não tomam conhecimento pessoal, empírico, de certas situações. Isso faz parte da nossa cultura papelórica, livreasca”. (O **Globo**, 6, País, 18.03.2014)