

VEDAÇÃO AO LESS ELEGIBILITY: FINALIDADES DA PENA E MARGINALIZAÇÃO DO APENADO EM ANÁLISE

ESEALING LESS ELEGIBILITY: PENALTY PURPOSES AND MARGINALIZATION OF JUST IN ANALYSIS

Hewldson Reis Madeira **1**
João Emanuel R. B. da Silva **2**
Tiago Alencar Cruz **3**

Resumo: O artigo apresenta um estudo sobre a construção da noção de marginalização do apenado, evidenciando a distanciação das finalidades da pena que se encontram positivadas no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais buscou-se apresentar neste trabalho as mazelas produzidas pelo cárcere e a consequente degradação do sujeito criminalizado, gerando a aplicação concreta do princípio da less eligibility e a consideração da pessoa presa como cidadã de segunda categoria, encontrando-se umbilicalmente vinculada a diversas violações de direitos humanos no âmbito da execução da penal. O método utilizado foi o dedutivo; a abordagem foi qualitativa se utilizando da técnica indireta; quanto aos procedimentos técnicos a pesquisa foi bibliográfica. Ao final, observou-se que é necessário seguirmos algumas linhas para o enfrentamento das violações de direitos humanos no âmbito do sistema prisional brasileiro, a consolidação do princípio da legalidade na execução penal, indo até uma compreensão macrossistêmica dos órgãos responsáveis. **Palavras-chave:** Sistema prisional. Pena. Segregação. Vulnerabilidade.

Abstract: The article presents a study on the construction of the notion of marginalization of the prisoner, showing the distancing from the purposes of the sentence that are positivized in the Brazilian legal system. In addition, we sought to present in this work the affliction produced by prison and the consequent degradation of the criminalized subject, generating the concrete application of the principle of less eligibility and the consideration of the prisoner as a second-class citizen, being umbilically linked to several violations of human rights in the context of the execution of the prison sentence. The deductive method was used; the approach was qualitative using the indirect technique; as for technical procedures, the research was bibliographic. In the end, it was observed that it is necessary to follow some lines to face human rights violations within the scope of the Brazilian prison system, the consolidation of the principle of legality in criminal execution, going to a macrosystemic understanding of organs responsible bodies.

Keywords: Prison system. Feather. Segregation. Vulnerability.

Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP/ALFA, 2019). Atualmente é professor da Universidade Estadual do Tocantins (Unitins), da Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST) e da Faculdade de Imperatriz (Wyden/FACIMP). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST). Pesquisador. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1954305395268356>. E-mail: hewldson@hotmail.com **1**

Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (Unitins). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5482564457547501>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6777-9974>. E-mail: joaoemanuel545@gmail.com **2**

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (Unitins). Assessor da 3ª Defensoria Pública Criminal e Execuções Penais de Araguatins/TO. Pós-graduando em Docência do Ensino Superior e Direito Processual Civil pela Faculdade Batista de Minas Gerais (FBMG). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0965536523495040>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1068-1706>. E-mail: tiagoalencar.cruz2@gmail.com **3**

Introdução

O trabalho em voga visa expor o processo de marginalização encarado por presos ergástulos nos estabelecimentos prisionais brasileiros, os quais estão submetidos a constantes violações de seus direitos humanos em diversos níveis. Frisa-se de forma crítica nesse estudo como a garantia dos direitos fundamentais dos detentos é uma luta que está longe de ter um fim, especialmente no Brasil, em que historicamente encontra forte resistência, sendo que o princípio da legalidade parece não ser visto com bons olhos pela sociedade civil e o Estado.

Gradualmente trabalha-se a relação entres as finalidades da pena positivada no ordenamento jurídico pátrio e a dicotomia com os mecanismos de produção de sofrimento por meio da privação de liberdade e restrição de direitos, a prisão, dotada de um *status quo* obscuro vindo à tona discursos de diversas ordens que tentam legitimar todas as suas mazelas.

Ante a isso analisa-se o conceito de *less eligibility* e a manifestação desse princípio latente que prospera para conferir menor proteção jurídica aos detentos, bem como analisou-se a forma mais segura de evitar o arbítrio e o tratamento diferenciado aplicando-se o princípio da legalidade estrita, ou seja, o penalmente condenado apenas pode ter limitados os seus direitos expressamente previstos na lei e na sentença, por fim aprofundou-se na importância da primazia ao princípio da não marginalização da pessoa segregada.

Ao longo da pesquisa expõe-se as degradantes condições de aprisionamento no Brasil, a emergente ausência de intervenção diante da cotidiana violação da dignidade humana confirma o predicado do cárcere como espaço de não direito e a legitimação daquilo que se denominou como a construção jurídica do cidadão de segunda classe. Por fim, é fundamental a construção desse artigo com o objetivo de analisar de forma concisa e objetiva os problemas gerados pelas penas privativas de liberdade, as suas violações e o modo de pensar do coletivo e do Estado sobre as pessoas presas, e por meio deste não exaurir a discussão sobre o tema, mas sim fazê-lo emergir para que assim tenhamos conhecimento e ferramentas para resolver a lide em questão.

O método utilizado foi o dedutivo, a abordagem foi qualitativa se utilizando da técnica indireta, vez que tivemos como fonte de pesquisa artigos, livros e revistas especializadas. Quanto aos procedimentos técnicos a pesquisa foi bibliográfica, utilizando-se o apoio teórico crítico na área de execução penal, criminologia e sociologia criminal trazendo à baila argumentos de autoridade ao artigo.

Fundamentou-se esta pesquisa por meio de discussões sobre a temática pela ótica de diversos autores, quais sejam: Andrea Saad, Ingo Wolfgang, Massimo Pavaniri, Rodrigo Duque Estrada, Salo de Carvalho e entre outros.

Por mais, consubstanciou-se dados estáticos atualizados, com abordagem quantitativa, acerca das condições dos estabelecimentos prisionais brasileiros captados pelo Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0 (CNJ 2018).

Finalidades das Penas e a Realidade Fática

A pena é a resposta estatal consistente na vedação ou restrição de um bem jurídico ao autor de um fato punível não atingido por causa extintiva da punibilidade. Nesse sentido, destaca-se que no Brasil, esta sanção penal tem tríplice finalidade: retributiva, preventiva (geral e especial) e reeducativa ou ressocializadora. As finalidades da pena não ocorrem ao mesmo tempo, ou seja, cada finalidade tem o seu momento específico, teoricamente.

Em um conceito mais analítico, dispõe Dotti:

A pena criminal é a sanção imposta pelo Estado através de previsão legal específica e consistente na perda ou restrição de bens jurídicos do responsável pela infração, em retribuição à sua conduta e para prevenir novos ilícitos (DOTTI, 2013).

Ademais, nossa Constituição Federal também prevê vários princípios relativos às penas, sendo os mais importantes: Reserva Legal e Anterioridade (artigo 5º, XXXIX); Princípio da Personalidade (artigo 5º, XLV); Princípio da Humanidade (artigo 5º, XLIX e XLVII); e Princípio da

Individualização da Pena (artigo 5º, XLVI).

Desse modo a finalidade preventiva geral ocorre no momento da cominação da pena em abstrato pelo legislador e visa atingir a sociedade. Por outro giro, na sentença (cominação da pena em concreto), o juiz aplica a pena buscando-se a finalidade retributiva e a preventiva especial (esta acontece depois da prática delituosa visando evitar a reincidência do delinquente). Importante ressaltar que a finalidade preventiva geral e a preventiva especial ocorrem em momentos diversos. Se seu *modus operandi* não fosse, restaria violado o princípio da individualização da pena.

No âmbito da execução penal, as finalidades de retribuição, prevenção especial e ressocialização, que significa reingressar o delinquente ao convívio social, conforme dispõe o artigo 1º da Lei de Execução Penal (artigo 1º, Lei nº 7210/84). A execução penal, conforme a LEP, teria por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Comenta o ilustre professor Greco acerca da finalidade da pena adotada no Brasil:

Nosso Código Penal, por intermédio do artigo 59, diz que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Assim, de acordo com a nossa legislação penal, entendemos que a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais (GRECO, 2011).

Temos assim nesse desiderato a teoria unitária. Para complementar a temática relativa às funções da pena salienta-se os dizeres de Cesare Beccaria:

Toda pena, que não derive da 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 da absoluta necessidade é tirânico (BECCARIA, 2006).

Vale frisar que na prática a ressocialização deveria ser feita respeitando a individualização da pena, em um ambiente prisional salubre, com assistência social, assistência médica e entre outros direitos dos detentos, leia-se direitos subjetivos e não benefícios. Uma vez ressocializado o autor do fato delituoso, a finalidade da pena estaria parcialmente cumprida, já que este não é o único fim dela.

A legislação tenta, de um lado, garantir a dignidade e a humanidade da execução da pena, tornando expressa a extensão de direitos constitucionais aos presos e internos, e, de outro, assegurar as condições para a sua reintegração social. No artigo 10 da LEP está disposto que “a assistência ao preso e ao internado como dever do Estado objetiva prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade, estendendo-se esta ao egresso” (BRASIL, 1984). A LEP prevê, entre as atenções básicas que devem ser prestadas aos presos: assistência psicológica, educacional, jurídica, religiosa, social, material e à saúde.

Os ideais previstos pelos legisladores trouxeram para o cerne da discussão polêmicas em torno da finalidade da pena, em especial o conceito de ressocialização Bitencourt (2007), finalidade atribuída à prisão moderna e base da concepção de execução penal prevista na LEP. Embora a literatura revele a existência de controvérsias em torno do tema da ressocialização Baratta (2007), qualquer das posições traz propostas de ações que têm como finalidade impactar na trajetória de vida dos indivíduos encarcerados. Entre os especialistas sobre o tema, predomina a opinião sobre a incapacidade da prisão no que se refere à ressocialização do condenado, de modo que é difícil defender que esse possa ser um de seus objetivos/finalidades.

As críticas mais severas advêm dos adeptos da criminologia crítica, que retalham a ressocialização por implicar na violação do livre-arbítrio e da autonomia do sujeito, uma vez que a ideia de tratamento ou correção do indivíduo que sustenta esta perspectiva pressupõe que se deva anular a sua personalidade, suas ideologias e suas escalas de valores para adequá-lo aos valores sociais tidos como legítimos. Haveria ainda um paradoxo: como esperar que indivíduos

desviantes se adequem às regras sociais segregando-os completamente da sociedade e inserindo-os em um microcosmo prisional com suas próprias regras e cultura? (BITENCOURT, 2007)

Sobre o instituto das penas Zaffaroni busca nos mostrar é que:

A prisão ou cadeia é uma instituição que se comporta como uma verdadeira máquina deteriorante: gera uma patologia cuja principal característica é a regressão. (ZAFFARONI, 1991).

O tratamento que é submetido o encarcerado dentro das cadeias e presídios já é tormento suficiente para que ele seja punido e tenha inúmeros direitos fundamentais violados. A pessoa que tem privada a sua liberdade e enfrenta submissões desumanas e degradantes, destacando Zaffaroni (1991): A isso juntam-se condições deficientes de quase todas as prisões: superpopulação, alimentação paupérrima, falta de higiene e assistência sanitária entre outros percalços.

Isso está diretamente ligado à violação ao preceito constitucional da dignidade da pessoa humana, dos direitos humanos e de diversos tratados internacionais que o Brasil é signatário. De tudo quanto exposto, cria-se uma reflexão acerca do sistema no qual essas pessoas estão inseridas.

Sobre as finalidades da pena, lembramos as palavras de Cesare Beccaria:

Da simples consideração das verdades, até aqui expostas, fica evidente que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer o delito já cometido. É concebível que um corpo político que, bem longe de agir por paixões, é o tranquilo moderador das paixões particulares, possa albergar essa inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo, ou dos fracos tiranos? Poderiam talvez os gritos de um infeliz trazer de volta, do tempo, que não retorna, as ações já consumadas? O fim da pena, pois, é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo. É, pois, necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu (BECCARIA, 2006).

O sistema carcerário por si só já desmotiva a melhora do preso, pois são prisões sem qualquer estrutura, sendo muito criticada pela criminologia crítica. Cita-se então:

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. (...). A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social (BITENCOURT, *apud* MIRABETE, 2007).

Vendo isso, verifica-se que nem mesmo a principal finalidade da pena está sendo cumprida, motivo pelo qual o sistema carcerário se encontra falido, pois os presos se encontram cada vez mais marginalizados, fora da sociedade, esquecidos pelos governantes. Verifica-se ainda, que a grande maioria da sociedade deseja que os presos fiquem deste modo, sem qualquer dignidade, o que leva mais ainda à exclusão social.

Less Eligibility e a sua Materialização na Execução Penal Brasileira

Para compreendermos a ineficácia das finalidades da pena, bem como o processo de marginalização das pessoas em situação de cárcere no Brasil é salutar ter ciência do que se trata a teoria ou princípio do *less eligibility* e como este se externaliza amplamente nos estabelecimentos prisionais em todo país.

Nota-se que a função de degradação que é atribuída – dentro de uma análise sociológi-

ca – mostra que pena privativa de liberdade conta com uma antiga história. Para aqueles que operam com essa perspectiva que se desvirtua de princípios basilares de dignidade humana, ou seja, para aqueles que aceitam que a qualidade de vida do preso tem mesmo que ser humilhante, vexatória e sub-humana, não há como deixar de considerar como referência obrigatória a teoria da *less eligibility*.

O princípio da *less eligibility* (ou através de tradução literal a teoria da menor elegibilidade) nasceu na Inglaterra, em 1834, com a *Poor Law Amendment Act* (lei do alívio dos pobres). Seu significado original era o seguinte: as condições de trabalho nas prisões (nas *workhouses*) deveriam ser piores que o pior emprego fora desses reformatórios. A condição do mendigo no reformatório não pode ser mais atraente que a de um trabalhador da classe mais baixa fora dele.

Segundo Patrick Lemos Cacicedo:

A partir do *Poor Law Amendment Act*, de 1834, o princípio da *Less Eligibility* determina que as condições de vida no cárcere devem ser acentuadamente piores que as condições de vida dos mais precários trabalhadores livres, para que preserve seu caráter punitivo e se mantenha devidamente dissuasor diante do custo da opção de delinquir (CACICEDO, 2015).

Seu significado cultural dentro do discurso punitivista - e desumano - que passou a ser difundido amplamente, sobretudo em países periféricos, é o seguinte: as condições de vivência na prisão assim como o tratamento dos presos têm que ser piores do que as condições de vida da classe trabalhadora externa mais baixa e mais depauperada.

Ainda nesse ensejo Gomes *apud* Sabatine (2014) que bem explica o tema. Pelo princípio da *less eligibility* (diz a referida autora) “o lugar destinado à prisão deve ser tão indigno e assustador, que ninguém possa ser encorajado a ali desejar permanecer. O cerne deste princípio é fazer com que até mesmo o mais desafortunado dos indivíduos esteja mais bem instalado que qualquer outro que na prisão se encontrar”.

O princípio da *less eligibility*, portanto, estava originalmente voltado para as condições de trabalho das pessoas que estavam dentro dos reformatórios, não em relação ao tratamento do preso. Sob o influxo das culturas punitivistas o princípio se distanciou do seu sentido original, por fim acolhendo tal ideário a realidade dos apenados em diversos sistemas prisionais ao redor do mundo, inclusive o brasileiro, logo tal teoria foi ressignificada no contexto que vivemos.

Em países que culturalmente aderem ao sentimento de populismo punitivo, as prisões se transformaram em verdadeiros campos de concentração e de extermínio, em que funciona um sistema de violações pertinentes aos preceitos mais fundamentais do ser humano, que são realidades mais adequadas ao chamado direito penal de guerra, que não têm presos, sim, inimigos prisioneiros que devem sofrer excessivamente para que venha a receber a punição que lhe é merecida.

A lógica do castigo, nesse contexto, entra em consonância com dos dizeres de Foucault (1977): “Para que o castigo produza o efeito que se deve esperar dele, basta que o mal que causa ultrapasse o bem que o culpado retirou do crime”.

Essa lógica apresenta total sintonia com o sentido culturalmente punitivista extraído do princípio da *less eligibility*. O imaginário punitivista coletivo está convencido de que se o ambiente prisional não oferecesse condições horríveis ao apenado, não sortiria o efeito desejado, ou seja, a intimidação que a prisão deve dar.

Após as devidas análises é fácil concluir o sistema prisional brasileiro deita suas raízes no *less eligibility*. Desta maneira, calha notar que a realidade social e econômica das prisões do Brasil é a prova concreta de que a legitimação do controle social continua sendo exercida por uma minoria privilegiada sobre muitos. Ademais, é evidente a ambiência prisional, sobretudo no Brasil, que se tornou um território sem lei, campo de sistemáticas violações de direitos. A violência nas prisões e delegacias constitui um meio necessário segundo a cultura brasileira, majoritariamente, para manutenção do que chamam de ordem, ou mesmo por uma questão

de imposição, sob pena de deixar os delinquentes mal acostumados, caso sejam tratados como humanos.

Sobre tal assunto, é válido citar o seguinte argumento crítico:

O sistema prisional brasileiro constitui-se num dos maiores atentados aos direitos humanos no país e no mundo, desde o seu surgimento até os dias atuais, conforme dão conta os diversos estudos realizados sobre a situação carcerária. Em que pese o fato de que vivemos em uma época de inflação punitiva e de altas taxas de encarceramento, a pena privativa de liberdade encontra-se hoje marcada pela sua total insustentabilidade como principal forma de resposta ao delito. Dentre os aspectos que nos revelam essa inequívoca constatação, podemos destacar o histórico descaso por parte do Estado com relação aos estabelecimentos prisionais, circunstância esta que, para além de todas as críticas ao encarceramento, impossibilita a satisfação de quaisquer fins a que a pena possa estar supostamente destinada, e inviabiliza a garantia da segurança na sociedade como um todo. (CANOTILHO, MENDES, SARLET E STRECK, 2013).

Todo tipo de ilegalidade e arbitrariedade praticado dentro dos presídios raramente tem apuração e punição. Predomina aqui o não direito. Comenta assim Gomes *apud* Sabatine (2014) “Sob a ótica do princípio da *less eligibility*, autoridades que praticam atos de violência em relação aos apenados são “heróis”, pois defendem a sociedade destes (sub)seres matáveis” [mortáveis]. Nesse contexto insere-se Ferrajoli (2018) “a história das penas, por tudo quanto acaba de ser exposto, sempre gerou muito mais violência que a história dos crimes”.

Para Roig (2018), “apesar da difusão das posições que passaram a enxergar o recluso como sujeito de direitos, jamais foi abandonada que as pessoas presas deveriam ter necessariamente menos garantias ou menos direitos do que as pessoas livres”. Na verdade, é justamente nessa falsa ideia que se pautava o princípio da *less eligibility*.

Portanto, antes de se rotular pejorativamente o preso e suas condutas, devemos também entender pelo que ele passa quando cumpre sua pena. Penas cruéis e desumanas nunca levarão à ressocialização e nem à inclusão social, tanto almejada para uma melhora no sistema carcerário.

Não Marginalização do Apenado e os Órgãos Fiscalizadores da Execução Penal

É imprescindível esforços ao combate dessa ideia de que as pessoas presas devem ser marginalizadas, até porque isso faz com que a prevenção, tanto especial como geral não funcionem, logo consubstancia-se as ideias trabalhadas da *less eligibility* com o cenário de distanciamento da legalidade na execução penal, e a conseqüente marginalização da pessoa segregada.

Este quadro fático que se encontra as pessoas encarceradas nos estabelecimentos contribui com a concepção social comum que o preso é cidadão de segunda categoria, sendo este, mesmo quando cumpre a pena torna-se segregado do meio social, pois a menor elegibilidade da pessoa que já passou pelo cárcere se perpetua após o cumprimento da pena, tornando-se sujeito desvirtuado de seus direitos fundamentais.

Diante disso, percebe-se que as penas vedadas pela Constituição Federal, apesar de não serem aplicadas de modo direto e claro, estão no meio carcerário. Isto se dá pela falta de uma política pública efetiva de controle e estruturação das penitenciárias e cadeias públicas, trazendo mais sofrimento e agonia para os detentos e, também, seus familiares.

A garantia dos direitos fundamentais dos detentos é uma luta que está longe de ter um fim. Especialmente no Brasil, em que ela historicamente encontra forte resistência, logo, o princípio da legalidade parece não ter eficácia em sua aplicação. Não são raras disposições normativas que impõem aos detentos limitações absolutamente desnecessárias e ilegais. Cita-

-se, por exemplo, a vedação do consumo de determinados alimentos, a obrigação de os homens rasparem o cabelo e a barba, entre outros, são previsões sem amparo na lei e, mais do que isso, são verdadeiras violações aos direitos individuais dos detentos.

No Brasil há pertinente falta de gerenciamento de qualidade dentro das penitenciárias, a precariedade das instalações físicas culmina com diversos processos judiciais acusando o Estado de ser displicente quanto aos direitos humanos. O sistema penal se apresenta sob a roupagem de instituição promotora de avanços sociais que contribui para a plena socialização do indivíduo infrator. Mas o que se apresenta não condiz com a realidade. As prisões nem sempre cumprem os objetivos propostos teoricamente almejados em termos de discurso: “ressocializar aquele que cometeu o desvio social”. Daí, talvez, a origem da problemática da reinserção na sociedade do preso pós-sistema carcerário. Neste sentido afirma Mirabete:

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as grandes contradições que existem no sistema social exterior. [...] A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de dominação (MIRABETE, 2002).

Tendo em vista que os presídios brasileiros, em sua grande maioria, não proporcionam de forma alguma as condições necessárias para a reabilitação do presidiário, o que se observa, na verdade, são condições que tornam o detento ainda pior do que quando entrou na penitenciária.

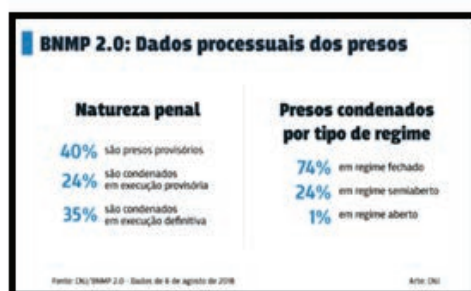
Vale ressaltar a quantidade de pessoas que se encontram segregadas e submetidas a estas condições desumanas. Segundo o CNJ (2018), o Brasil conta com 602.217 presos, sendo 95% homens e 5% mulheres. Veja-se os dados:

Figura 1. Perfil dos presos brasileiros.

Figura 2. Dados processuais dos presos



Fonte: CNJ (2018)



Fonte: CNJ (2018)

Ao analisar o quantitativo de pessoas segregadas e os constates abusos que estas sofrem é irracional pensar que dentro de estabelecimentos prisionais insalubres a vida humana, *a posteriori* poderiam voltar a sociedade “ressocializados”.

Tal situação acarreta condições subumanas de existência para qualquer indivíduo. Tendo em vista que os detentos estão inseridos em uma instalação que lesa sua integridade física, uma vez que a superlotação impede que necessidades vitais do corpo humano (como o sono, a higiene, a alimentação) sejam realizadas de forma adequada. Além disso, a violência dentro dos próprios presídios já constitui um ambiente totalmente hostil, que é agravado por essa concentração absurda de detentos em um mesmo espaço.

Outro grande problema estrutural é quanto aos agentes penitenciários, que não recebem o treinamento apropriado para lidar com os detentos, não possui rotina regulada por procedimentos operacionais e seus salários facilitam a corrupção dentro das cadeias, visto que o aliciamento por parte dos presos é uma realidade alarmante.

É mais do que evidente que o sistema prisional acentua a marginalidade dos indivíduos que nele ingressam, aumentando aquilo que deveria combater. Nesse sentido o que se observa é uma “eficácia inversa” de tal sistema. Logo, de fato, podemos inferir que o suposto escopo estatal de regeneração do marginal é hipócrita. Tendo em mente que isso nunca virá acontecer com o sistema penitenciário que existe hoje no Brasil, e em grande parte dos países ocidentais. Tal situação contribui com um fato alarmante: o detento vai sendo moldado e criando suas próprias aferições sobre o sistema, que o enclausura numa cela, muitas vezes, sem condições infraestruturais dignas de humanidade, permitindo que além da ociosidade, se crie uma mente capaz de arquitetar planos maléficos fora daquele recinto ou até mesmo dentro dele.

A incapacidade de controle pelo poder público sobre a população carcerária, a falta de apoio ao egresso para reinserir-se na comunidade, a falta de preparo dos agentes penitenciários, além do descaso do Estado aos direitos dos presos, ao não assegurar condições elementares de encarceramento (assistência jurídica, social, médica), evidenciam a realidade alarmante e preocupante das prisões brasileiras (MARTINS, 2013).

Há, dentro e fora das penitenciárias, arbitrariedade e abusos de poder por parte da polícia, morosidade da justiça no desenrolar dos processos penais, além das péssimas condições estruturais e violência no sistema penitenciário.

Alguns estabelecimentos funcionam em condições precárias, distantes do ideal normativo, deixando de contribuir, como poderia, com as diretrizes indicadas no artigo 1 da Lei de Execuções Penais: humanizar e punir. A falta de oportunidades de trabalho em regime fechado também evidencia um descumprimento da Lei de Execuções Penais, visto que seu artigo 126 diz que o condenado que cumpre pena nos regimes fechado e semiaberto pode descontar, para cada três dias de trabalho, um dia no restante da pena.

Outrossim, a falta de oportunidade enfrentada pelos egressos do sistema prisional vai além da carência de emprego formal em razão da mancha que carregam, repercutindo também sempre de forma negativa na sua vida cotidiana, sofrendo preconceito também da comunidade onde vive, nas abordagens policiais que culminam em prisão para averiguação, porque na visão de muitos, seja sociedade, seja o sistema de justiça, um egresso é sempre visto como um risco iminente, sempre estigmatizado pela tarja de ex-presidiário, como sempre será conhecido e identificado.

Para tanto, observa-se que normas de tratamento penitenciário e assistência presidiária e ao egresso são paulatinamente deixadas de lado em diversos estabelecimentos prisionais brasileiros, afastando dezenas de milhares de pessoas segregadas de uma digna assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa e ao trabalho.

Nesse interim, é mister que os órgãos responsáveis pela fiscalização da execução penal venham a agir ativamente para que a sistemática de violações de direitos fundamentais das pessoas privadas de sua liberdade seja mitigada. Desse modo, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; o Juízo da Execução; o Ministério Público; o Conselho Penitenciário; os Departamentos Penitenciários; o patronato; o conselho da comunidade e, por fim, a Defensoria Pública devem ter uma postura positiva na manutenção da legalidade no âmbito carcerário.

Resumidamente cada um desses referidos órgãos têm responsabilidades importantíssimas, que se eficazmente prestadas seriam instrumentos substanciais de melhoria do sistema prisional brasileiro. A Execução Penal no Brasil é matéria regulada especialmente pelo Direito Penal, Processual Penal, e pela Constituição Federal. A Lei de Execução Penal estabelece como órgãos da execução, de acordo com o art. 61 da LEP, os quais já foram mencionados acima.

A opção de o legislador inserir em um mesmo capítulo os órgãos da execução, propondo sua atuação conjunta, destaca a tendência hoje irreversível na linha do Estado Democrático de Direito. Assim, é possível dizer que tais órgãos possuem atribuições específicas, sem conflitos e diferentes entre si. Destarte, é essencial a atuação positiva desses órgãos e se bem prestadas tornam-se ponto chave da melhora das condições dos presos em nosso país.

O fato é que há uma tradição bastante consolidada no sentido de se conferir menor proteção jurídica aos detentos, urgindo então a necessidade de atuação substancial do Poder Judiciário e demais órgãos ligados à fiscalização da execução penal em assegurar especial proteção à pessoa segregada. A forma mais segura de evitar o arbítrio e o tratamento diferenciado é se aplicar o princípio da legalidade estrita, ou seja, o penalmente condenado apenas pode ter limitados os seus direitos expressamente previstos na lei e na sentença.

As degradantes condições de aprisionamentos no Brasil somam-se a omissão de vários órgãos supramencionados. A emergente ausência de intervenção diante da cotidiana violação da dignidade humana confirma o predicado do cárcere como espaço de não direito e a legitimação daquilo que se denominou como a construção jurídica do cidadão de segunda classe.

Sem a consolidação do princípio da legalidade na execução penal, continuará a existir, na prática, sérias e graves violações a direitos humanos da pessoa encarcerada. Os presos continuarão a ser vistos como cidadãos marginalizados e de menor valor. É necessária, portanto, uma inversão da ótica propagada pelas teorias de supremacia do Estado e do *less eligibility*. E, mais do que isso, como já afirmou a Suprema Corte dos Estados Unidos: não existe nenhuma cortina de ferro entre o preso e a Constituição.

Considerações Finais

No decorrer do presente trabalho arguiu-se as funções da pena que são positivadas no ordenamento jurídico brasileiro, que, no entanto, sofrem deterioração a partir do momento que se externalizam haja vista que nosso sistema carcerário é envolto por violações mais que graves em diversos direitos humanos. As pessoas reclusas não encontram na pena meios que a levam a ressocialização, até mesmo porque antes de ingressarem nos estabelecimentos prisionais já estão em situação de marginalização na sociedade, pois nunca gozaram de seus direitos sociais. Sendo que o fato de estarem segregados só agrava o fenômeno de marginalização do interno.

Conclui-se com clareza que nossas prisões são hoje lugares insalubres e desumanos, em que fora enraizado as ideias da menor elegibilidade do preso, o qual tem que estar submetido à piores condições de vida que qualquer ser humano livre. Diante disso, a *less eligibility* ganha um novo significado dentro de contexto punitivista que se instala no modo como executamos as penas, abrindo espaço para abusos inconcebíveis em um Estado Democrático de Direito.

Dessa maneira, o apenado não pode ser desvirtuado de sua condição humana, não se pode retirar a titularidade dos direitos humanos dessas pessoas, não se pode fazer acepção a estas pessoas, mesmo quando privadas de sua liberdade, eis que todas elas são dotadas da mesma dignidade. Portanto, é primordial afastar as ideias de menor elegibilidade das pessoas reclusas, pois isso vai contra tratados internacionais, direitos fundamentais consolidados e inclusive as finalidades das penas elencadas pelo nosso sistema de execução penal.

No mais, a vedação ao *less eligibility* face ao preso é ferramenta mitigadora de sua marginalização, partindo tal mudança das esferas estatais envolvidas na tutela dos reclusos, que os órgãos que participam na fiscalização da execução penal empenhe-se ativamente para se contrapor ao regime opressor e limitador de direitos imputados aos presos, por fim que a sociedade civil veja as pessoas segregadas e egressas, como seres humanos assim como eles **são**, que todos entendam que somos presenteados igualmente com o anseio de buscar a felicidade durante a efemeridade da vida.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo:2003.

BANCO NACIONAL DE MONITORAMENTO DE PRISÕES – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça. **Relatório**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BARATTA, A. **Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da reintegração social do sentenciado**. Alemanha: Universidade de Saarland, 2007. Disponível em: <http://goo.gl/E4zA8o>. Acesso em: 14 maio 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BETIOL, Giuseppe. **O problema penal**. Campinas: LZN, 2003.

BITENCOURT, C. R. **Criminologia crítica e o mito da função ressocializadora da pena**. In: BITTAR, W. A criminologia no século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris e BCCRIM, 2007.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Lei n. 003.689** – 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/Constituição/Constituição%3%A7ao.html. Acesso em 08 jun. 2020.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.html>. Acesso em 10 jun. 2020.

_____. **Decreto-Lei n. 2848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/legislação/Decreto-Lei/Del2848.html>. Acesso em 11 jun. 2020.

_____. Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Brasília: Congresso Nacional, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/legislação/Decreto-Lei/Del2848.html>. Acesso em 06 jun. 2020.

_____. **DECRETO Nº. 592, DE 6 DE JULHO DE 1992**. ATOS INTERNACIONAIS. Pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Diário Oficial [Da] República Federativa Do Brasil, Brasília, 6 Jul. 1992. Disponível Em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 30 mai. 2020.

_____. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Decreto. Brasília, DF, 19 abr. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 06 jan. 2020.

CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CACICEDO, Patrick Lemos. **O Princípio da Less Eligibility, a Legalidade na Execução Penal e os Tribunais Superiores**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p.306-316, 2015. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_306.pdf. Acesso em: 19 jun. 2020.

DOTTI, R. A. **Curso de direito penal: parte geral**. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **El paradigma garantista: filosofía crítica del derecho penal**. Madrid: Editorial Trotta, 2018.

_____, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJO, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva: São Paulo, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**; Trad. Ligia M. Pondé Vassallo. Petrópolis, Vozes, 1977.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Tradução: Sandra Regina Netz. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2008.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado, 5ª**. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A natureza jurídica da execução penal**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; NUSANA, Dante (Coord). **Execução penal**. São Paulo: Max Limonad, 1987.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 7. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **Becaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie?**. São Paulo: Saraiva, 2014.

HOSSNE, Andrea Saad. **Autores na Prisão, Presidiários Autores: anotações preliminares à análise de Memórias de um sobrevivente**. In: Literatura e Sociedade, 8. São Paulo: 2005.

MARTINS, Herbert. **Crime, criminoso e prisão: um estudo sobre a reincidência penitenciária em Montes Claros – MG**. Rev. Bras. Segur. Pública | São Paulo v. 7, n. 2, p. 32-48 Ago/Set 2013.

MENDES, Luiz Alberto. **Memórias de um Sobrevivente**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. 10aed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 1. ed. São Paulo: Ed. Foco, 2019.

PAVARINI, Massimo. **Castigar al enemigo: criminalidade, exclusión e inseguridad**. Quito: Flasco, 2009.

PNUD – **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento**. Relatório de desenvolvimento humano: racismo, pobreza e violência, Brasil 2006. Disponível em: <http://www.pnud.org.br>. Acesso em: 11 jun, 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos / André de Carvalho Ramos**. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva. Educação, 2018.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 4. Ed. 2018.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

SALLA, F.; LOURENÇO, L. C. **Aprisionamento e prisões**. In: LIMA, R. S.; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R. (Orgs.). **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em 30 set. 2019.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Eugenio Raul, **em busca das penas perdidas**, São Paulo: Saraiva 1991.

Recebido em 14 de julho de 2020.

Aceito em 20 de julho de 2020.