

PENA DE PRISÃO, DE BECCARIA A FOUCAULT, UM MAL NECESSÁRIO.

Cláudia Rodrigues de Morais Piovezan

Ministério Público do Estado do Paraná

O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples ideia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça bradir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança. Rudolf Von Ihering – A luta pelo Direito.

Com cada vez mais frequência, os noticiários gastam muitos dos seus preciosos minutos e os jornais gastam muita tinta e papel para tratar de assuntos relacionados às precárias condições das carceragens brasileiras. O conforto ou o desconforto de presos passou a fazer parte das conversas cotidianas dos brasileiros, que diariamente são bombardeados com (des) informações sobre o assunto.

Na maioria dos órgãos de imprensa, jornalistas fazem jorrar o discurso *pietatis causam*, cobrando do Estado e, portanto, do contribuinte e do espectador/leitor, mais investimentos nas prisões, a fim de garantir “condições dignas” aos criminosos. E sempre aparecem os “experts” para defender a liberdade para condenados.

O site globo.com noticiou, em letras garrafais, no dia 04 de janeiro de 2017, que **“O Brasil teve quase 400 mortes violentas nos presídios em 2016”**¹. Ao longo do texto, o jornalista esclareceu que foram 379 mortes, numa evidente tática de arredondar para cima para impressionar mais, mas como já afirmou Samuel Johnson “Números redondos são sempre falsos”.

O mesmo site noticiou, em 28 de outubro de 2016, que **“Número de homicídios no Brasil é maior do que o de países em guerra”**, esclarecendo que, no ano de 2015, 58.000 pessoas foram assassinadas², dando destaque, todavia, à responsabilidade da polícia pelo aumento das estatísticas, com cerca de 09 mortes por dia. Contudo, num cálculo grosseiro, verifica-se que a grande responsável pelos “assassinatos em massa”, **a polícia**, teria matado 3.285 pessoas desse total. Assim, constata-se, por conseguinte, que mais de 54.000 morreram pelas mãos e armas de criminosos civis e, dentre as vítimas, também há policiais. Entretanto, os destaques são para a violência da polícia e, ao mesmo tempo, ao “excessivo encarceramento”, e ainda se explora à exaustão que a população carcerária brasileira chegou a mais de 622 mil detentos em 2014³ (esses dados estão ao alcance de poucos cliques na web).

¹<http://g1.globo.com/politica/noticia/brasil-teve-mais-de-370-mortes-violentas-nos-presidios-em-2016.ghtml>

²<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/10/numero-de-homicidios-no-brasil-e-maior-do-que-o-de-paises-em-guerra.html>

³<http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>

Diante desse quadro catastrófico, não faltam “especialistas” nas redes sociais, nos blogs, nas revistas jurídicas e nos noticiários para pregar, do alto de sua autoridade e sentimentalismo, que o autoritário Estado Brasileiro encarcera em demasia e injustamente, sugerindo soluções absurdas como liberação imediata dos encarcerados, essas vítimas da sociedade capitalista e burguesa; prisão domiciliar geral e irrestrita; legalização das drogas; abolição penal; etc. Enfim, cada um com uma sugestão de panaceia para sensibilizar a opinião pública. Assim, a prisão vai se tornando, no imaginário popular, o castigo inaceitável, inadmissível e opressor. E cada palpiteiro vai avocando para si o papel do novo Beccaria, como se fosse simples criar um novo paradigma para tratar do criminoso e da pena.

Esse modesto texto não objetiva tratar de estatísticas para desconstruir essas falácias, afinal, já afirmou Disraeli que *“existem três tipos de mentira: as mentiras, as mentiras deslavadas e as estatísticas”*. Ademais, outros já o fizeram com brilhantismo. O Procurador de Justiça paranaense, Rodrigo Régner Chemim Guimarães, em 06 de janeiro de 2017, em seu perfil na rede social facebook⁴, numa análise sobre o tema, chegou a citar a seguinte cifra: *Só no Paraná, portanto, e levando em conta só e tão somente estes quatro crimes (homicídio doloso, estupro, roubo e tráfico de drogas) são 81.000 crimes ao ano; ou 810.000 ao longo dos últimos dez anos*. Daí se pode inferir que se levássemos em conta todas as ocorrências criminais registradas e não registradas, poder-se-ia alcançar um número altíssimo de crimes, demonstrando a falaciosa alegação de que todo crime, ainda que de menor potencial ofensivo, gera prisão⁵.

Todavia, fazer um levantamento, ainda que grosseiro, acerca do número de crimes registrados anualmente no Brasil não é tão simples quanto obter o número de encarcerados ou o número de homicídios, em especial, aqueles praticados por agentes do Estado, incumbidos da segurança pública, e tratar do número de presos sem apresentar os números da criminalidade; dizer que 40% dos presos são provisórios, sem apresentar a porcentagem desses que são reincidentes e habituais, parece mais um artifício de mentir com estatísticas, tema abordado com profundidade e humor na obra *“Como mentir com estatísticas”*, de Darrell Huff.

“A linguagem secreta da estatística, tão atraente em uma cultura voltada para os fatos, é empregada para apelar, inflar, confundir e levar a simplificações exageradas. Métodos e termos estatísticos são necessários para relatar dados de tendências sociais e econômicas, condições de negócios, pesquisas de opinião e censos. No entanto, sem redatores que usem as palavras com honestidade e conhecimento, e sem leitores que saibam o que elas significam, o resultado só pode ser um absurdo semântico... Uma estatística bem-arrumada é melhor do que a “grande mentira” de Hitler: ela engana, mas a culpa não pode ser atribuída a você.”⁶

A questão, como tem sido colocada, é basicamente decidir se chegamos ao ponto em que a pena de prisão deve ser abolida, já que tem sido exaustivamente defendido por parcela dos “especialistas” que sua manutenção ofende direitos fundamentais.

⁴<https://www.facebook.com/rodrigo.regniercheminguiaraes/posts/1302445566478551>

⁵ No Estado do Paraná, alguns dados podem ser obtidos no site da Secretaria Estadual da Segurança Pública e Administração Penitenciária-
http://www.seguranca.pr.gov.br/arquivos/File/Relatorio_Estatistico_3Trimestre_2016.pdf

⁶HUFF, Darrell. *How to lie with statistics – Como mentir com estatísticas*. 1954. Ed. Intrínseca. Rio de Janeiro. 2016, p. 16 e segs.

Pelo menos desde o Iluminismo, a civilização ocidental vem se debatendo em busca de uma solução para o crime e a correspondente pena, entre elas, a pena de prisão. O jovem Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, em 1764, ao 26 anos de idade, lançou ao mundo a sua obra *Dei delitti e delle pene*, na qual aborda entre outros temas: a origem das penas e do direito de punir, o crime, o processo, e as penas, destacando a insensatez de penas corporais ou verdadeiros suplícios impostos por monarquias absolutistas. Um marco do Direito Penal moderno, os princípios ali contidos são, em grande parte, os princípios do Código Penal e da Constituição Brasileira. No entanto, a despeito de todo o humanismo que permeia essa obra paradigmática, Beccaria reconhece como válida a pena de prisão que deve estar alicerçada em indícios que apontem para a culpabilidade do autor do crime, bem como esses indícios devem estar especificados na lei: *“A voz pública, a fuga, as confissões particulares, o depoimento prestado por um cúmplice no crime, as ameaças que foram feitas pelo acusado, seu ódio sem limites ao ofendido, um corpo de delito palpável, outras presunções idênticas, são suficientes para permitir a prisão do cidadão”*⁷.

Beccaria chegou a defender hipóteses em que a própria pena de morte seria defensável, algumas das quais se enquadrariam perfeitamente à situação brasileira atual, e nem é o que se defende aqui:

*“A morte de um cidadão apenas pode ser tida como precisa por razões: nos instantes confusos em que a nação está na dependência de recuperar ou perder a sua liberdade, nos períodos de confusão quando se substituem as leis pela desordem, e quando um cidadão, embora sem a sua liberdade, pode ainda, graças às suas relações e ao seu crédito, atentar contra a segurança pública, a sua existência, podendo acarretar uma revolução perigosa no governo estabelecido.”*⁸

Não seria, por exemplo, o caso de alguns chefes de facções criminosas que criam o caos nas cidades brasileiras mesmo estando custodiados no sistema penitenciário? Não estaríamos em um período em que as leis estão sendo substituídas pela desordem? Basta lembrar o ocorrido no Estado do Espírito Santo quando da “greve” de policiais militares ou mesmo da barbárie das mencionadas dezenas de milhares de homicídios a cada ano.

Pois bem, não se milita aqui em prol da pena de morte, o que é vedado pela nossa Constituição Federal. O que se defende é, pelo menos, o estrito cumprimento da lei, a qual já é bastante complacente com o criminoso. Transação penal, suspensão condicional do processo, pena restritiva de direitos em substituição à pena privativa de liberdade, regime aberto, progressão de regime, remição de pena até por leitura, livramento condicional, indultos, etc. Mas ainda assim, os “modernos penalistas” querem mais laxismo! O que mais se quer? Aparentemente, apenas o caos e a desordem absoluta.

Louk Hulsman, professor holandês de Direito Penal, em sua obra *PENAS PERDIDAS, O SISTEMA PENAL EM QUESTÃO*, defende o abolicionismo penal e, sem entrar nas minúcias de suas ideias e ideologia, o fato é que Hulsman, não querendo se colocar apenas na condição de crítico do sistema, o que sabe fazer muito bem, propõe-se a apresentar alternativas ao sistema criminal. Assim, ele traz 3 alternativas

⁷BECCARIA, Dos delitos e das penas. Hemus Editora Ltda. 1983. pág. 21.

⁸Obra cit. pág. 45 e seg.

que considera relevantes e paradigmáticas para provar a sua tese de que há outro caminho. Dentre elas, cita-se a primeira apenas para ilustração, a qual é baseada em sua experiência como vítima de 3 furtos em sua residência, em curto período, nos quais poucos objetos de pequeno valor foram subtraídos. Segundo ele, os ladrões quebravam ovos pela casa e deixavam bitucas de cigarro no chão, a polícia era chamada, processava o local do crime, mas não lhe dava esperanças de que os autores seriam identificados. Narra ele os seus sentimentos angustiantes de vítima, até chegar ao alívio pela conclusão de que nada mais grave tinha lhe acontecido ou à sua família. Após algum tempo, os autores, 3 adolescentes, foram identificados pela polícia, e ele iniciou uma espécie de amizade com os pequenos infratores e suas respectivas famílias. Compuseram-se. O processo criminal foi levado a efeito contra a sua vontade, contudo, sem maiores danos à vida e ao futuro dos jovens. Terminaram todos felizes e amigos. Mas, a despeito da crítica radical ao aparato criminal, ele reconhece que o trabalho da polícia foi fundamental para que ele pudesse sair satisfeito de sua condição de vítima de crimes, conciliado com os pequenos delinquentes⁹.

Uma narrativa poética e fascinante. Mas voltando ao mundo real, é de se convir que se o sistema penal fosse abolido, não haveria polícia a quem recorrer. Seguindo ainda dentro da realidade, nem todos os delitos são praticados por jovens que possuem famílias que ainda mantêm algum senso moral e ético. Nem todos os crimes são praticados sem violência. Nem todas as vítimas estão dispostas a se tornarem amigas de seus algozes. Qual seria a alternativa nesses casos? A lei de Talião ou a mera aceitação da violência em prol da “justiça social”? Seria fascinante ver a narrativa do Sr. Hulsman caso ele ou alguém de sua família fosse barbaramente agredida, estuprada, assassinada e despedaçada, ou mesmo corrompida pelo tráfico de drogas, o que é mais próximo da realidade brasileira nos dias atuais, do que singelos furtos por adolescentes bem-criados e entediados.

Uma questão que tem sido afastada do debate é sobre o tipo de criminosos que têm sido levados ao cárcere, pois o assunto tem sido debatido como se todos os presos fossem indivíduos inocentes e puros, aquele bom selvagem de Rousseau, que não possui livre arbítrio, e é apenas um feixe de reflexos, pois não dispõe de inteligência e nem vontade, e não o pecador que precisa de freios para poder viver em sociedade.

“Na visão de mundo psicoterapêutica adotada por todo bom progressista, o mal simplesmente não existe; temos apenas a vitimização. O ladrão e o roubado, o assassino e o assassinado são todos vítimas das circunstâncias, subjugados e unidos pelos acontecimentos. As futuras gerações (espero) acharão curioso como, justamente no século de Stalin e Hitler, pudemos ser tão veementes em nossa obstinada negação quanto à capacidade do homem para o mal.”¹⁰

Franz Von Liszt, um jurista “à moda antiga”, defendia a existência de três tipos de delinquentes e que para cada um desses tipos era necessário se estabelecer uma pena diferente, haja vista que “a pena correta, vale dizer, a pena justa, é a pena necessária”, dizia ele. Aos delinquentes ocasionais, “isto é, aqueles para quem o delito em que incorreram constitui um episódio, ou uma aberração atribuível principalmente a influências exteriores”, ele defendia que a mera intimidação seria pena suficiente para restaurar a autoridade da norma violada. Para os delinquentes necessitados de correção, isto é, “aqueles com disposição hereditária ou

⁹HULSMAN, Louk. Celis, Jacqueline Bernat de. Penas perdidas. O sistema penal em questão. Niterói. Luam Editora. 1993. pág.164 e segs.

¹⁰DALRYMPLE, Theodoro. Nossa cultura... ou o que restou dela. São Paulo. É Realizações. 2015, pág. 307.

hábito adquirido de propensão ao crime, mas ainda não irremediavelmente perdidos”, afirmava ele que esses principiantes do crime, frequentemente podem se salvar, sempre e quando forem submetidos a uma disciplina séria e contínua: “Por isso, o mínimo da pena não deveria baixar, em meu conceito, a menos de um ano de reclusão. Não há nada mais desmoralizante e insensato dos que nossas penas de privação de liberdade por tempo curto, aplicadas ao aprendiz no caminho do delito. É aí, exatamente, onde a sociedade arca com a parte leonina da culpa a cujo peso deve sucumbir o futuro criminoso habitual. Pelo lado prático teria de se proceder assim: por motivo do primeiro e do segundo cometimento de um dos delitos acima enumerados, o tribunal deve decretar a internação em um estabelecimento de correção”¹¹.

Para Von Liszt, o grupo que mereceu maior destaque foi o grupo dos incorrigíveis, exatamente o grupo que preocupa a todos nós, que se encontra encarcerado, ainda que seja por furto, por ser um criminoso habitual, totalmente corrompido e que representa um grande risco para a sociedade, a esses ele defendeu a **inocuidade**:

“A enérgica luta contra a criminalidade habitual constitui uma das mais urgentes tarefas a ser levada a cabo na atualidade. Assim como um órgão doente contamina todo o organismo, o câncer da rapidamente crescente criminalidade habitual vai destruindo cada vez mais profundamente nossa vida social. O doutrinário que impera na esfera do direito penal tomou a si uma grave culpa ao permanecer até agora – salvo raras exceções – indiferente a esse fato, por estar arraigado em construções puramente conceituais. ... Dos incorrigíveis deve-se defender a sociedade. E como não queremos nem o machado e nem a força, nem podemos deportá-los, somente nos resta o encarceramento (perpétuo ou por tempo indefinido)”¹².

Numa rápida leitura, poderíamos situar o “delinquente que necessita de correção”, de Von Liszt, ao lado do “direito penal de primeira velocidade”, de Jesús Maria Silva Sánchez, representado pelo Direito Penal “da prisão¹³.”

Os incorrigíveis de Von Liszt, de certo modo, identificam-se com o direito penal do inimigo de Jakobs, ou o direito penal de terceira velocidade, citado por Jesús Maria Silva Sánchez, que “é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta. ... A transição do “cidadão” ao “inimigo” iria sendo produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas. Em tais situações extremas, em que a “conduta delitiva não somente desestabiliza uma norma em concreto, mas todo o Direito Penal como tal, o próprio Sanchez admite que se possa discutir a questão do incremento das penas de prisão concomitantemente a da relativização das garantias substantivas e processuais¹⁴”.

¹¹ LISZT, Franz Von. A ideia do fim do direito penal. Editora Rideel. São Paulo, trad. Hiltomar Martins Vieira – 1ª edição. Pág. 58 e segs.

¹² LISZT. Obra cit. Pág. 58 e segs.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2002. pág. 144 e segs.

¹⁴ SILVA SANCHEZ. Obra cit. pág. 144 e segs.

O criminoso, entretanto, tem sido romantizado e idealizado há muito tempo, tanto que a imagem do bom ladrão já contaminou uma parcela da sociedade e atualmente, há quem ouse defender o “bom terrorista”. Esse entorpecimento moral não ocorreu ao acaso e também não é ao acaso que o goleiro Bruno, ao ser colocado em liberdade, passou a figurar em “selfies”, inclusive, infantis, nas redes sociais, felizmente, causando indignação em uma parte da população. Olavo de Carvalho já denunciou a contaminação intelectual e moral proporcionada pelos artistas e intelectuais brasileiros há mais de 20 anos, e fora do Brasil também ocorre fenômeno idêntico.

Entre as causas do banditismo carioca, há uma que todo o mundo conhece mas que jamais é mencionada, porque se tornou tabu: há sessenta anos os nossos escritores e artistas produzem uma cultura de idealização da malandragem, do vício e do crime. Como isto poderia deixar de contribuir, ao menos a longo prazo, para criar uma atmosfera favorável à propagação do banditismo?

De Capitães da areia até a novela Guerra sem fim, passando pelas obras de Amando Fontes, Marques Rebelo, João Antônio, Ledo Ivo, pelo teatro de Nelson Rodrigues e Chico Buarque, pelos filmes de Roberto Farias, Nelson Pereira dos Santos, Carlos Diegues, Rogério Sgarzela e não-sei-mais-quantos, a palavra de ordem é uma só, repetida em coro de geração em geração: ladrões e assassinos são essencialmente bons ou pelo menos neutros, a polícia e as classes superiores a que ela serve são essencialmente más¹⁵.

Como dito anteriormente, esse pensamento não é uma jabuticaba, pois o importamos de terras distantes. Também outros países padecem do mesmo mal, ou seja, um aumento assustador da criminalidade, um entorpecimento moral, um relativismo extremado levando a uma aceitação do crime como fato normal e a uma aparente incompreensão para o fenômeno. No entanto, há explicação. A *intelligentsia*, como já dito por Dalrymple, tem exaustivamente trabalhado para alcançar esse objetivo:

“Os acadêmicos utilizaram dois argumentos intimamente ligados para estabelecer a estatística da normalidade moral do crime e a consequente ilegitimidade das penas do sistema judiciário criminal. Primeiro alegam que, em todo caso, somos todos criminosos; e quando todos são culpados, todos são inocentes. O segundo argumento, marxista de inspiração, é que a lei não tem conteúdo moral, sendo simplesmente a expressão do poder de certos grupos de interesse – do rico contra o pobre, por exemplo, ou do capitalista contra o trabalhador. Uma vez que a lei é uma expressão de força bruta, não há distinção moral essencial entre o comportamento criminoso. É apenas uma questão de qual pé calça a bota¹⁶.

Desta forma, a ideologia e o relativismo têm corrompido o Direito, em especial o Direito Penal. As escusas servem para alguns e não servem para outros, de acordo com as conveniências, e a Justiça vai ficando esquecida num canto qualquer da memória de quem viveu em outros tempos, enterrada sob um discurso sobre “novos valores” e pela defesa de uma “verdade” meramente formal.

“Quando um habitante da favela comete um crime de morte, deve ser tratado com clemência porque pertence à classe dos inocentes. Quando um diretor de empresa sonega impostos, deve ser punido com rigor, porque pertence à classe

¹⁵ CARVALHO, Olavo de. A nova era e a revolução cultural. Campinas. Editora Vide. 2016, 1ª Edição, pág. 122 e segs.

¹⁶ DALRYMPLE, Theodore. A vida na sarjeta. São Paulo. É Realizações. 2014, pág. 226.

*culpada. Os mesmos que pedem cadeia para deputados corruptos fazem campanha para a libertação do chefe do Comando Vermelho*¹⁷.”

Vivemos tempos de LAVA-JATO, o discurso até então usado para absolver o bandido pobre agora também é usado para defesa do bandido rico. Prisão não resolve, prisão não ressocializa, prisão é um porão sujo e desumano. Pelo menos, os novos tempos servem para demonstrar as inverdades do discurso de que a prisão é para pobre e que o sistema é injusto porque os crimes são construções do poder político e econômico e que atinge apenas os Três Pês. Mas essa falácia já foi desmascarada por Volney Correa.

*“OS FAMOSOS TRÊS PÊS - Difama-se a pena reclusiva e brada-se por sua extinção, afirmando que é imposta somente a pobres, pretos e prostitutas (mais um lugar-comum de orador medíocre para uma assembleia de beócios). Supondo haver muito de verdade nisso (e há), o problema da preservação do princípio da igualdade de todos perante a Lei não se resolve, abrindo-se as portas dos presídios para a saída dos que lá foram ter, após devido processo legal. Antes, abrindo-se aquelas portas para a entrada também de brancos culpados, amarelos culpados, ricos culpados, virgens culpadas e quem mais, aos olhos imparciais da Justiça, deva estar dentro e fora.”*¹⁸

Poder-se ia alegar que Beccaria e Von Lizst representam o passado e, segundo alguns, o passado deve ser ignorado. Entretanto, tem-se, por outro lado Sánchez e Jakobs, que pertencem ao mundo contemporâneo, mas que ainda assim sustentam a necessidade de pena de prisão. Portanto, não se trata de defender um passado remoto que contraria a modernidade, mas sim da defesa da lógica. Sobre essa paixão dos laxistas pela modernidade, Volney Correia já profetizou:

*TEMPUS EDAX RERUM – Meditem sobre essa verdade os que se julgam dispensados de justificar seus títulos e brasões, simplesmente porque suas posições obedecem às diretrizes do direito penal “moderno”. Esse direito penal moderno não será moderno in aeternum. A modernidade só hoje é modernidade. Cedo, talvez mais cedo do que imaginam, o seu direito penal envelhecerá. Virá o pós-moderno, quando (alguns psicopatas anunciam esses tempos) a lobotomia a laser, a castração química, a intervenção genética, com grande alívio orçamentário, trarão a esperada abolição da prisão. Nessa hora, o que farão os modernos? Aderirão ao pós-moderno, elaborando fundamentação humanística para tais métodos? Ou recuarão ao hoje execrado conservadorismo e defenderão a prisão como um mal menor? Uma coisa é certa: essa hora chegando, terão que aposentar a catatonia do direito penal moderno e terão que começar a pensar.”*¹⁹

Michel Foucault, que se dedicou a questionar toda forma de poder e todas as instituições, também deu a sua contribuição para o sistema punitivo e pode ser considerado um dos baluartes do discurso abolicionista penal, pois, segundo ele, a criação do crime é mera forma de opressão da classe dominante. Segundo Roger Scrouton, em 1968, numa discussão com um grupo de maoistas, Foucault inferiu algumas das morais políticas de sua análise do direito, como outro modo de poder capilar, de “introduzir contradições entre as massas”²⁰. “A revolução só pode ocorrer pela eliminação radical do aparato jurídico, e qualquer coisa que possa reintroduzir o aparato penal, qualquer coisa que possa reintroduzir a ideologia e permitir esta ideologia subrepticamente imiscuir-se em práticas populares deve ser banida”.²¹

¹⁷CARVALHO. Obra cit. pág. 124 e seg.

¹⁸ DIP, Ricardo. Crime e castigo/Ricardo Dip, Volney Corrêa Leite de Moraes Jr. Campinas. Editora Millennium. 2002. pág. 102.

¹⁹DIP. Obra cit. pág. 138.

²⁰SCROUTON, Roger. Os pensadores da nova esquerda. São Paulo. Ed. É Realizações. 2014. pág. 71.

²¹COLIN Gordon (org.), Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings, 1972-1977. Brighton, 1980. pág. 14.

No entanto, o próprio Foucault, em sua obra *Vigiar e Punir*, que não deixa de atacar o Estado, reconhece a necessidade da pena de prisão: *“Pode-se compreender o caráter de obriedade que a prisão castigo muito cedo assumiu. Desde os primeiros anos do século XIX, ter-se-á ainda consciência de sua novidade; e entretanto, ela surgiu ligada, e em profundidade, com o próprio funcionamento da sociedade, que relegou ao esquecimento todas as outras punições que os reformadores do século XVIII haviam imaginado. Pareceu sem alternativa, e levada pelo próprio movimento da história: [Não foi o acaso, não foi o capricho do legislador que fizeram do encarceramento a base e o edifício quase inteiro de nossa escala penal atual: foi o progresso das ideias e a educação dos costumes.] E se, em pouco mais de um século, o clima de obriedade se transformou, não desapareceu. Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E entretanto, não “vemos” o que por em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão.*”²²(negritei)

Independentemente da linha ideológica do grupo dominante do poder estatal, o fato é que a segurança é direito fundamental do cidadão, como tal, está previsto no artigo 5º, da Constituição Federal:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

Ademais, o mesmo art. 5º, em seu inciso XLVI dispõe que:

“A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade.”

Diante disso, qualquer discussão acerca de abolição penal ou extinção de pena privativa de liberdade é no mínimo inútil e falaciosa, viola princípio constitucional. Não passa de discurso retórico e populista, sentimental e simplista, mas que tem um tal poder de encantamento, que pode seduzir até mesmo o agente do Ministério Público, a quem incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e que tem privativamente a função de promover ações penais que, podendo se deixar levar pelo modismo do ativismo ministerial, passa a descumprir a ordem jurídica, abandonando a defesa da sociedade-vítima de uma criminalidade crescente, esquecendo-se de que o Ministério Público, na defesa da Lei penal, é a última barreira entre o indivíduo e a barbárie. Nas sábias palavras de Tobias Barreto *“O direito penal é o rosto do Direito, no qual se manifesta toda a individualidade de um povo, seu pensar, seu sentir, seu coração e suas paixões, sua cultura e sua rudeza. Nele se espelha a sua alma. O direito penal é o povo mesmo, a história do direito penal dos povos é um pedaço da humanidade”*.

Tem-se de visto que alguns agentes do Estado, incumbidos da aplicação do direito penal, por vezes, têm se colocado contra o próprio sistema político e penal, com crítica radical a todo o *status quo* em nome do sonho de um mundo ideal e perfeito, mas não apresentam soluções que se adequem à realidade dura e cruel dos crimes violentos de rua, questionando até o próprio direito de punir do Estado. Agindo

²²FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis, RJ: Vozes, 42ª ed. 2014. pág. 224.

em contrariedade com a lei, igualam-se à advocacia criminal que tem apenas um cliente, na maioria das vezes, por óbvio, o próprio criminoso, deixando sem defesa os seus verdadeiros “clientes” que são a sociedade e a vítima.

*“O direito de punir é um conceito científico, isto é, uma fórmula, uma espécie de notação algébrica, por meio da qual a ciência designa o fato geral e quase quotidiano da imposição de penas aos criminosos, aos que perturbam e ofendem, por seus atos, a ordem social. Pôr em dúvida, ou perguntar simplesmente, se existe tal direito, importa perguntar: 1º, se há com efeito crimes ou ações perturbadoras da harmonia pública, e se o homem é realmente capaz de as praticar; 2º, se a sociedade empregando medidas repressivas contra o crime, procede de um modo racional e adaptado ao seu destino, se satisfaz assim uma necessidade que lhe é imposta pela mesma lei da sua existência. (...) Podem frases teóricas encobrir a verdadeira feição da coisa, mas no fundo o que resta é o fato incontestável de que punir é sacrificar, sacrificar em todo ou em parte, o indivíduo a bem da comunhão social, sacrifício mais ou menos cruel conforme o grau de civilização deste ou daquele povo nesta ou naquela época dada, mas sacrifício necessário, que, se por um lado não se acomoda à rigorosa medida jurídica, por outro lado também não pode se abolir por efeito de um sentimentalismo pretendido humanitário, que não raras vezes quer ver extintas, por amor da humanidade, coisas sem as quais a humanidade não poderia talvez existir”.*²³

É de se perquirir se humanidade sobrevive sem um direito penal que protege os bens mais importantes ou mesmo a própria norma, definidos pelo legítimo representante da sociedade, escolhido por meio de sufrágio. É de se perquirir se age corretamente o servidor da justiça penal ao contrariar a lei meramente em defesa de suas próprias convicções pessoais. O Ministro Francisco Resek Campos em Campos do Jordão-SP, setembro/95, citado por Mougenot Bonfim, faz algumas ponderações sobre “esse mundo” : *“as tendências alternativas do direito nos atemorizam pelo fato de que se o juiz, se o promotor têm o direito de em nome da sua concepção de interesse social usurpar a função legislativa e ler a regra como deseja lê-la e não como se estampou pela pena de eleitos pelo povo; se o juiz, se o promotor podem fazê-lo, vem à cena a pergunta do professor Celso Bastos: “Por que os militares não poderiam fazê-lo também e com muita mais eficácia operacional”? O Estado de Direito vai por água abaixo se admite que o legislador brasileiro é confuso o bastante, para que, caso se queira decidir de uma ou outra forma, sequer haja necessidade de afrontar-se a legislação: o “justo”- conceito até pessoal – pode ser buscado na própria letra da lei, ou em outra, ou em um parêntese, sem a quebra ou ruptura do direito positivo”*²⁴

Neste aspecto, tem-se que o Promotor de Justiça deve defender o estado democrático de direito, inclusive defendendo a manutenção das penas de prisão, ainda que confronte com todo um discurso poético de ordem sentimentalista, ideológico e midiático, tendo em vista que nada de melhor foi criado apesar de séculos de discussões acadêmicas, por ser incumbido constitucionalmente para tal função e para garantir o direito fundamental à segurança e porque deixar a sociedade à mercê da delinquência viola o princípio da proibição da proteção deficiente²⁵.

“Para Canaris, o dever de proteção impõe ao Estado uma atuação mínima de proteção jurídica constitucionalmente exigida, não sendo possível descer abaixo desse limiar mínimo. O princípio da proibição do déficit, contudo, exige a eficiência da proteção, bem como que os bens jurídicos e interesses

²³ TOBIAS BARRETO. Estudos de Direito. Bookseller, 2000, 1ª Edição, págs. 166 e 173.

²⁴ BONFIM, Edilson Mougenot. Direito penal da sociedade. São Paulo. Editora Mendes, 1998, 2ª edição, pág. 245.

²⁵ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629960>

*contrapostos não sejam sobreavaliados 3. Ao enunciar um direito fundamental, incumbe ao Poder Público não somente respeitá-lo, evitando, desse modo, por ação, ferir o direito fundamental do cidadão, considerado em sua dimensão subjetiva, mas também imprescindível que o defenda de ataques de terceiros, sob pena de incorrer em omissão inconstitucional.*²⁶”

As tantas falácias que envolvem o tema devem ser deixadas para aqueles que não têm compromisso em defender a ordem jurídica e o estado democrático de direito, àqueles que não precisam dar respostas às vítimas nos momentos mais tomentosos de sua existência e tampouco devem estar diante de criminosos cruéis em seus gabinetes e em salas de audiência, espaços onde só cabe a VERDADE e a utopia não encontra lugar.

*“É preciso que o direito penal tutele os valores da família, que proteja o homem dela integrante, que se respeite a mulher, o velho e a criança, que volte seus olhos à “agremiação do bem”, e que embora respeitando o delinqüente, respeite igualmente/mais a vítima, porque vítima, visando a sua tutela enquanto potencialmente vítima, buscando a reparação do dano se já ocorrido o processo de “vitimização”, salvaguardando-se, desse modo, o direito social.”*²⁷

Assim, se a prisão é uma pena para a qual ainda não se encontrou uma alternativa melhor, se não proporciona condições adequadas ao preso enquanto indivíduo, por omissão do Estado, deve-se buscar meios para que seja melhorada, a fim de garantir dignidade ao preso, sem se deixar cair na armadilha de defender a sua abolição, colocando em risco o devido equilíbrio da vida social.

Portanto, em conformidade com as funções constitucionais outorgadas pela Constituição Federal ao Ministério Público, cabe-nos, diante do cenário que se apresenta, buscar condições de salubridade para os presos em cumprimento de pena e em prisão cautelar, seja por meio de medidas extrajudiciais, seja por meio de medidas judiciais, consoante artigo 129, II e III, da Constituição Federal.

CONCLUSÕES

1) A prisão, detestável solução, é um mal necessário, para o qual ainda não se apresentou alternativa que defenda satisfatoriamente a sociedade;

2) O Ministério Público, enquanto órgão incumbido da defesa da ordem jurídica e do regime democrático de direito, e enquanto detentor privativo da função de promover a ação penal e fiscalizar a escorreita aplicação da pena, deve defender a pena de prisão, tal como prevista no ordenamento jurídico, a fim de garantir o direito fundamental à segurança, conforme artigo 5º, da Constituição Federal, sob pena de violar o princípio da proibição da proteção deficiente.

3) A fim de assegurar a correta e devida aplicação da pena de prisão, o Ministério Público deve exigir do Estado, exclusivo detentor do *jus puniendi*, o fornecimento de instalações adequadas para a permanência de presos definitivos e provisórios, no efetivo exercício de suas funções previstas no artigo 129, II e III, da Constituição Federal.

²⁶http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/09/2014_09_07029_07072.pdf

²⁷BONFIM. *Obra cit.*, pág. 49.