

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO
- ASCES**

BACHARELADO EM DIREITO

**SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E A HUMANIZAÇÃO DA
EXECUÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE**

CRISTINA SILVA FERREIRA

CARUARU

2016

CRISTINA SILVA FERREIRA

**SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E A HUMANIZAÇÃO DA
EXECUÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade ASCES, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da professora Mestra Katherine Lages Contasti.

CARUARU

2016

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: ___/___/___

Presidente: Prof^a Mestra Katherine Lages Contasti.

Primeiro avaliador: Prof. ...

Segundo avaliador: Prof. ...

DEDICATÓRIA

*Dedico este trabalho a Deus, pois me dá forças para conquistar
meus objetivos;*

*A minha mãe, que mesmo sem ter tido a oportunidade de
estudar, sempre me incentivou;*

*Aos irmãos, amigos e marido, que estiveram sempre ao meu
lado;*

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela inspiração e pela força;

Aos meus familiares: mãe, irmãos e marido, que são minhas referências de vida;

A todos os meus professores, indispensáveis nesta caminhada, em especial a professora Mestra Katherine Lages Contasti, que me orientou de forma exemplar na confecção desta monografia.

Aos amigos, que sempre me incentivaram.

“A prisão é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”.

(Michel Foucault)

RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso tem por objetivo demonstrar a contribuição do sistema penitenciário e da pena privativa de liberdade no processo de humanização da execução penal ao longo dos anos. Além de proporcionar um debate a respeito dos fins que se propõe a pena e apresentar a realidade do sistema prisional brasileiro frente às previsões contidas na Lei de Execução Penal, objetivou-se também apontar as principais causas do insucesso da pena de prisão. É notório que o atual sistema carcerário brasileiro está longe de alcançar seu principal intuito, que é a recuperação do apenado. A situação é caótica, celas abarrotadas, deficiências na saúde, educação, lazer, assim como um alto índice de ociosidade nos presídios, poucos são os estabelecimentos prisionais que fornecem trabalho a todos os detentos. Nitidamente houve ao longo dos anos um desvirtuamento da função social essencialmente prevista para o sistema prisional e a pena privativa de liberdade. Atualmente, apesar das diversas críticas a respeito da aplicação da pena privativa de liberdade, a doutrina entende não ser possível substituí-la por completo, propondo o resgate do papel inicial proposto para este tipo de punição. Cumprir rigorosamente as regras da execução penal previstas na lei nº 7210/84 é um dos primeiros passos para a eficiência do sistema prisional. Visando a individualização da pena, a educação, o trabalho, a saúde e o lazer dentro das penitenciárias, procurando de uma vez por toda eliminar ou pelo menos diminuir significativamente a continuidade delitiva e o ócio dentro dos presídios, fatores que impossibilitam a recuperação dos apenados. Com isso, surge a necessidade de reavaliar os métodos utilizados dentro dos presídios, adaptando-os a realidade atual, proporcionando dignidade durante a execução da pena privativa de liberdade com a consequente recuperação do apenado e o seu retorno ao convívio social.

PALAVRAS CHAVE: Sistema Penitenciário. Pena Privativa de Liberdade. Humanização da Execução Penal. Ressocialização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO 1. DO SUPLÍCIO À PENA NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO MODERNO	11
1.1 Processo histórico: o castigo como pena.....	11
1.2 Do suplício às prisões.....	16
1.3 O Estado e a promoção do bem-estar social.....	22
CAPÍTULO 2. PENAS E PRISÕES NA REDEMOCRATIZAÇÃO BRASILEIRA	28
2.1 A pena privativa de liberdade como núcleo sistema penal brasileiro.....	28
2.2 Princípios constitucionais informadores da pena.....	38
2.3 Privação de liberdade versus ressocialização na lei nº 7210/84.....	43
CAPÍTULO 3. HUMANIZAÇÃO DAS PENAS COMO FIM DO ESTADO	49
3.1 A função social da pena privativa de liberdade.....	49
3.2 Deslocamento conceitual: o processo de execução penal como via de humanização.....	55
3.3 Os dilemas atuais da pena privativa de liberdade.....	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão de curso versa sobre a problemática da humanização da execução penal, discutindo os fins a que se propõe a pena privativa de liberdade, o processo de humanização das penas ao longo dos anos, as dificuldades enfrentadas pelo sistema carcerário para ressocializar o indivíduo delinquente, fazendo um paralelo entre a realidade e as previsões legais, além de mencionar o papel do Estado e da sociedade na recuperação do preso.

E tem por objetivo demonstrar a contribuição da pena privativa de liberdade na humanização da execução penal, pois mesmo com todas as críticas a respeito dessa pena, o ordenamento jurídico brasileiro prevê expressamente sua aplicação e cria mecanismos de garantia para uma real recuperação do encarcerado, se forem fielmente cumpridos. Com o intuito de diminuir as discrepâncias entre o texto legal e a realidade carcerária atual, garantindo efetividade à lei para que cumpra a finalidade a que se destina.

A motivação para este trabalho surgiu da necessidade de conhecer a realidade do sistema penitenciário e entender as causas que ocasionam a irrecuperabilidade do encarcerado e o conseqüente aumento da reincidência que culmina no aumento da violência. Também por ser um tema atual e de interesse de toda a sociedade, pois afeta a todos direta ou indiretamente.

O atual sistema carcerário brasileiro está longe de alcançar seu principal objetivo, que é a ressocialização do apenado, de forma que este não volte a delinquir em novos crimes. A situação é caótica, são celas abarrotadas, deficiências na saúde, educação, lazer, assim como um alto índice de ociosidade nos presídios, pois são poucos os estabelecimentos prisionais que fornecem trabalho a todos os detentos.

A superlotação dos estabelecimentos prisionais são uma das principais causas pelo fracasso do processo de ressocialização dos encarcerados. Sabe-se, também, que o Estado não proporciona as condições ideais de individualização da pena previstas na lei de execução penal. Se o governo criar mecanismos para solucionar o problema da superlotação dos presídios, bem como melhorar os serviços de educação, saúde, defensoria pública, entre outros, teremos um

cumprimento efetivo da lei e conseqüentemente uma possibilidade real de recuperação dos apenados.

Neste sentido, este trabalho de conclusão de curso realiza uma análise histórica e teórica a respeito da humanização da execução penal a partir da implantação do sistema penitenciário e da prisão-pena, vem com fundamentação na doutrina, legislação e dados do Ministério da Justiça (MJ) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mostrar de forma sucinta que, com a participação do governo e da sociedade em geral há possibilidade de melhorar a realidade do sistema carcerário brasileiro, efetivando apenas as disposições da Lei de Execução Penal. Beneficiando dessa forma, não só o apenado, mas proporcionando tranquilidade no meio social com a diminuição dos índices de criminalidade.

O trabalho em tela é qualitativo do tipo bibliográfico, produzido através de pesquisas na doutrina e legislações vigentes; as legislações utilizadas durante a pesquisa foram a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984) e o Código Penal Brasileiro (Decreto Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940); e também obras doutrinárias de autores significativos como Michel Foucault, Cesare Beccaria, Cezar Roberto Bitencourt, Rogério Greco, entre outros, além de revistas e artigos.

Apesar de existirem outras formas de reação social à criminalidade, que podem em alguns casos ser muito mais eficazes, percebe-se, portanto, que ainda não existe nenhuma alternativa viável a substituição da prisão por completo. Daí a importância de compreender o processo de humanização da execução de uma das penas mais utilizadas em nosso país e buscar soluções para uma recuperação efetiva do apenado.

Na atualidade existe uma tendência natural à aplicação de sanções que buscam a recuperação do apenado sem que este se afaste do convívio familiar e sem a interferência em seu trabalho habitual. Conseqüentemente não aumenta a população carcerária e diminui os gastos do governo. Porém há crimes que afetam os bens mais preciosos de um ser humano, a exemplo de sua própria vida e que demonstram total periculosidade do delinquente, impedindo-o, em nome do bem comum, de permanecer em sociedade, mesmo que temporariamente, até que se recupere.

É fácil perceber que ao longo dos anos houve um desvirtuamento da função social essencialmente prevista para o sistema prisional e a pena privativa de

liberdade. Portanto, deve haver um resgate do papel inicial proposto para este tipo de punição. Pois, a precariedade dos estabelecimentos prisionais existentes no país tem dificultado, sobretudo o atingimento das finalidades preventivas e ressocializadora da pena.

Cumprir rigorosamente as regras da execução penal previstas na lei nº 7210/84 é um dos primeiros passos para a eficiência do sistema prisional. Visando a individualização da pena, a educação, o trabalho, a saúde e o lazer dentro das penitenciárias, procurando de uma vez por toda eliminar ou pelo menos diminuir significativamente a continuidade delitiva e o ócio dentro dos presídios, fatores que impossibilitam a recuperação dos delinquentes. Superando os inúmeros problemas encontrados a partir do encarceramento, garantindo assim a reinserção social do condenado.

A pena de prisão surge como alternativa viável a preservação da ordem e da segurança. A prisão desempenha papel fundamental na gerência dos conflitos sociais, neutralizando os indivíduos considerados perigosos. Tendo como finalidades concomitantes a punição do delinquente, a prevenção da prática de novas infrações e a regeneração do preso. Sendo a principal meta do sistema penitenciário a reabilitação do condenado.

Assim, começamos o primeiro capítulo analisando o processo histórico da pena ao longo dos anos, do suplício à prisão, nos moldes que hoje a conhecemos. Realçando a figura do Estado como detentor do *jus puniend* e responsável pela promoção do bem-estar social, após o nascimento da prisão-pena.

No segundo capítulo, aborda-se a pena privativa de liberdade como núcleo do sistema penal brasileiro, os princípios constitucionais informadores da pena e discute-se sobre a função ressocializadora da pena de prisão com base na lei nº 7.210/84 (Lei de execução penal).

No terceiro e último capítulo trata-se do processo de execução penal como via de humanização do sistema carcerário, a função social exercida pela pena privativa de liberdade e os dilemas atuais enfrentados por esta.

CAPÍTULO 1. DO SUPLÍCIO À PENA NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO MODERNO

1.1 Processo histórico: O castigo como pena

O surgimento da criminalidade e das penas se confunde com a história da vida em sociedade. Desde que o homem começou a se organizar em sociedades surgiu a necessidade de impor regras de convívio, para que todos tivessem seus direitos mínimos garantidos. A pena era tida como uma reação contra um mal, fundada na necessidade de manutenção da ordem e da paz na comunidade, enquanto a vingança permaneceu como uma forma de reação da natureza humana.

Segundo Junqueira em seu livro *Direito Penal*,

a ideia de punição e imposição de castigo acompanha a humanidade desde suas origens, quando evidente a ausência de justificativa racional para o suplício, que se baseava em tabus (Freud) e outras reações quase instintivas¹.

A criminalidade ou a transgressão a lei é algo inerente à vida social, pois o ser humano a qualquer momento pode ferir um direito alheio, surgindo daí a necessidade de reparação ou de punição, evitando-se que a vida em sociedade se torne um caos. Nesse sentido a pena é a forma de retribuir um mal injusto praticado contra a vítima e a sociedade, prevenindo novas transgressões pela intimidação que provoca à coletividade.

A pena surge com o intuito de inibir os comportamentos que distorcem daqueles considerados normais e aceitáveis pela sociedade, exemplificando na sua aplicação, a fim de evitar o crescimento dos crimes. Na Antiguidade a punição recaía diretamente sobre o corpo do indivíduo delinquente. Os suplícios eram o tipo mais comum de pena, onde aquele que transgredisse a lei era submetido a diversos sofrimentos físicos. Nesse momento histórico a privação da liberdade não era concebida como sanção penal.

Foucault em seu livro *Vigiar e Punir* ressalta o valor atribuído às penas físicas definindo o suplício com as seguintes palavras: “pena corporal, dolorosa, mais ou

¹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal**. Coleção Elementos do Direito; V.7, Coordenação Marco Antonio Araujo Jr. e Darlan Barroso. São Paulo: 12ª edição revista e atualizada. Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.24.

menos atroz [...]; [...]‘é um fenômeno inexplicável a extensão da imaginação dos homens para a barbárie e a crueldade’”².

Durante todo o período da Idade Média houve o predomínio do sofrimento extremo na aplicação da pena. Buscava-se por meio da crueldade produzir o medo coletivo. Onde o suplício era uma prática usual e servia para quantificar o sofrimento do condenado, correlacionando o tipo de ferimentos, a qualidade, a intensidade e o tempo dos sofrimentos com a gravidade do crime, a pessoa do criminoso e seu nível social. Nesse período histórico “a privação da liberdade continua a ter uma finalidade custodial, aplicável àqueles que seriam ‘submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas’”³.

Nas palavras de Foucault⁴ o suplício desempenha uma função jurídico-política, objetivando reconstituir a soberania lesada. Pois, em todo crime há alguma espécie de sublevação contra a lei que torna o criminoso um inimigo do príncipe. E esclarece ainda que os suplícios deveriam cumprir duas exigências, uma em relação à vítima, que terá seu corpo marcado por sinais físicos, para alimentar a memória dos homens, e a outra em relação à justiça, que deve demonstrar a sua glória por meio do maior sofrimento possível ao condenado.

O suplício penal não corresponde a qualquer punição corporal: é uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune: não é absolutamente a exasperação de uma justiça que, esquecendo seus princípios, perdesse todo o controle. Nos ‘excessos’ dos suplícios, se investe toda a economia do poder⁵.

A aplicação da pena por meio do sofrimento não visava apenas punir o criminoso, mas também servia como demonstração de poder por parte do Soberano. Ou seja, transgredir a lei era uma afronta jurídica e também um desrespeito ao Governante. Até o final do século XVIII a penalidade é centrada na violência física sobre o corpo e quanto mais cruel a sua execução mais poder demonstra ter o

² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 40 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p.35.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 40 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. pp.36;49-50.

⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 40 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.p.36.

Soberano-Governante. Dessa forma a aplicação da pena funcionava como mecanismo político de dominação ⁶.

No início do século XIX a aplicação da pena ainda apresentava resquícios do espetáculo punitivo público. A sentença atingia diretamente o corpo do condenado e era executada ao ar livre, onde se praticavam as piores atrocidades possíveis em nome da lei e da justiça.

O delinquente estava submetido a uma sanção que, longe de ter um caráter punitivo e ressocializador, era tratada como castigo. As penas eram aplicadas com intuito de fazer vingança e demonstrar o poder do soberano, como nos ensina Junqueira:

Com a concentração de poder nas mãos do soberano, necessária para garantir a paz na comunidade e a sobrevivência dos súditos (Hobbes), há um marcante incremento de violência no direito penal, na busca de comunicar, através do terror das execuções públicas, o imenso poder do soberano. A punição é intencionalmente desproporcional, pois, mais que restabelecer justiça ou reeducar o criminoso, serve, na lição de Foucault, para comunicar poder, intimidar, enfim, reprimir o povo que, assolado pela miséria e pelos tributos, precisava ser afastado de anseios revolucionários ⁷.

Várias técnicas eram utilizadas para produzir sofrimento ao condenado, entre elas encontra-se a tortura, que nas palavras de Cesare Beccaria “é frequentemente um meio certo de condenar o inocente débil e absorver o criminoso forte”.⁸ O Estado na pessoa do Soberano utilizava-se desse meio para obter confissões, muitas vezes inverídicas, que garantiam a punição de alguém, independente de ser o autor ou não do crime praticado.

As prisões eram utilizadas como locais de contenção e custódia provisória dos delinquentes que ficavam aguardando a execução da pena por meio do suplício. Na Antiguidade, como bem nos ensina Jaime Peña Mateos *apud* Greco, “de nenhum modo podemos admitir nesta etapa histórica sequer um início de cárcere como lugar de cumprimento de penas, já que o catálogo de penas praticamente acaba com a morte” ⁹. Inicialmente as prisões não tinham a função de cumprimento da pena

⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 40 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. pp.48-49.

⁷ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal**. Coleção Elementos do Direito. V.7, Coordenação Marco Antonio Araujo Jr. e Darlan Barroso. São Paulo: 12ª edição revista e atualizada. Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.26.

⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2007, p.39.

⁹ Jaime Peña Mateos *apud* GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade** – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 147

privativa de liberdade. Eram locais que se mantinham os prisioneiros nas piores condições possíveis.

A Idade Média caracterizou-se por um sistema punitivo desumano, porém nesse período surgiu uma das poucas exceções à prisão-custódia que foi a prisão eclesiástica, criada pela Igreja, para punir com a pena de reclusão membros do clero em alguns casos específicos. Esta influência canônica no surgimento da prisão-pena trouxe alguns pontos positivos, como por exemplo, o isolamento celular a correção do delinquente, além de outras ideias relacionadas à reabilitação do recluso ¹⁰.

Apesar da inovação introduzida pela prisão eclesiástica, as prisões, nesse período histórico, continuam a exercer a função precípua de custodiar os condenados até o momento da execução das sentenças, que quase sempre se caracterizava no cumprimento de penas físicas que potencializavam ao máximo o sofrimento do condenado. Tais mudanças introduzidas pela Igreja e o direito canônico, só foram aproveitadas anos mais tarde.

Utilizavam-se estabelecimentos que seres humanos não poderiam permanecer, tais como: calabouços, edifícios em ruínas, conventos abandonados, masmorras, entre tantos outros. Ou seja, eram locais desumanos onde os réus ficavam custodiados com a única finalidade de aguardarem julgamento, que comumente terminava com a execução da pena de morte.

O sofrimento físico é um dos elementos constitutivos da pena, sobre o corpo do acusado recaiam as piores atrocidades. Visava não a punição em si, mas o espetáculo. Quanto maior o número de espectadores em praça pública mais gloriosa era a justiça feita pelo Soberano, pois era uma forma de demonstrar a todos a autoridade do governante, buscava-se extrair do condenado sofrimento durante a execução do castigo.

Foucault nos ensina que “a forma secreta e escrita do processo confere com o princípio de que em matéria criminal o estabelecimento da verdade era para o soberano e seus juízes um direito absoluto e um poder exclusivo” ¹¹. Tentava-se demonstrar com esse procedimento que o direito de punir pertencia ao Estado absolutista e não as multidões.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32-35.

¹¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 40 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p.37.

O suplício se inseriu tão fortemente na prática judicial, porque é revelador da verdade e agente do poder. Ele promove a articulação do escrito com o oral, do secreto com o público, do processo de inquérito com a operação de confissão; permite que o crime seja reproduzido e voltado contra o corpo visível do criminoso; faz com que o crime, no mesmo horror, se manifeste e se anule. Faz também do corpo do condenado o local de aplicação da vindita soberana, o ponto sobre o qual se manifesta o poder, a ocasião de afirmar a dissimetria das forças ¹².

As penas tinham mero caráter de castigo, com intuito de exemplificar a sociedade, operando como fator intimidador aos possíveis infratores, sendo as punições mais frequentemente aplicadas a pena de morte e os castigos perversos como a mutilação, a tortura, marcas de ferro em brasa pelo corpo.

A privação da liberdade, portanto, não era uma forma de punição autônoma, sendo apenas uma forma de garantir a posterior aplicação da pena de suplício ao condenado. As punições eram severas e cruéis com intuito de intimidar os possíveis infratores da lei, garantindo a ordem e a manutenção de poderes nas mãos dos soberano-governante.

No período da Antiguidade as formas de aplicação das penas eram cruéis, como a tortura, a mutilação e a pena de morte e passaram ao longo da evolução histórica da vingança privada para a vingança pública. No primeiro momento cada indivíduo ao sofrer um dano provocado por outro tratava de fazer a justiça da forma que considerava melhor. Essa fase foi marcada pelo Código de Hamurabi e a Lei de Talião que preconizava uma pena igual ao delito provocado pelo criminoso. No segundo momento o Estado assume o poder punitivo e se encarrega de reparar os danos sofridos provocados por infração à lei. Assim nos ensina Farias Júnior:

A vingança divina que de certo modo também era pública foi generalizada com o uso de juízes e tribunais. O escopo era o de conter a criminalidade, mas por mais aterradores que fossem os castigos e os suplícios infligidos contra os delinquentes, por mais ostensiva que tenha sido a pretensa exemplaridade das execuções das penas corporais e infamantes, nunca houve eficaz efeito inibitório ou frenador da criminalidade ¹³.

Nessa sociedade marcada por governos absolutistas o corpo além de ser castigado era exilado. As leis que garantiam a justiça do soberano estavam sempre a favor do poder real:

Os castigos, marcados por um forte elemento de crueldade, compreendiam em primeiro lugar o acréscimo, a multiplicação e a intensidade do sofrimento que acompanhava cruelmente a morte natural resultante dos

¹² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 40 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p.54.

¹³ FARIAS JÚNIOR, João. **Manual de Criminologia**. Curitiba: Juruá, 1996.p.24.

flagelos e era também elemento complementar importante no uso do chicote nas penas de degredo e outras tantas penalidades¹⁴.

Era o espetáculo público, que objetivava amedrontar e inibir o ato praticado pelo condenado perante a coletividade. Até meados do século XVIII predominou as penas físicas. Após esse período a pena privativa de liberdade começa a ganhar força, e as prisões se transformam oficialmente em locais de cumprimento de pena, a partir daí paulatinamente os suplícios vão sendo substituídos por punições consideradas mais humanas.

1.2 Do suplício às prisões

Durante toda a Idade Média a cena de execuções bárbaras se repetiu em praças ou espaços públicos. Porém a partir de fins do século XIX, diante da crise econômica e política vivenciada por toda a Europa que refletiu em várias partes do mundo e do aumento da criminalidade e da violência, a mentalidade das pessoas começava a mudar em relação às penas e a sua aplicação, pois na atual conjuntura política, social e econômica as penas cruéis não mais surtiam o efeito desejado.

Diante deste cenário, os meios truculentos de execução das penas que ainda resistiam ao tempo começaram a ser duramente contestados e repelidos. “A razão político-econômica apresentava-se muito clara quanto a sua influência decisiva na mudança de ‘prisão-custódia’ para ‘prisão-pena’”¹⁵.

Aos poucos os suplícios vão desaparecendo para dar lugar a penas mais humanas:

No entanto, um fato é certo: em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal.¹⁶

A pena passa a atingir algo que não é o corpo propriamente, a execução penal passa a ser um procedimento autônomo onde o castigo dar lugar a suspensão

¹⁴ MOTTA, Manoel Barros da. **Crítica da razão punitiva: o nascimento da prisão no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50.

¹⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 40 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p.13.

de direitos do indivíduo delinquente. “A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena”¹⁷.

Diante da pressão mundial as leis começam a sofrer modificações. A prática de crimes legalizados pelo Estado com a justificativa de cumprimento de uma sentença penal não mais é aceita pela sociedade moderna. Exige-se do Estado uma postura mais humana em relação à política de penalização.

Em diversas partes do mundo surgem movimentos em favor da humanização das penas e conseqüentemente da execução penal. Com tantas revoltas em relação a forma de punir do Estado, começam a surgir os primeiros códigos modernos, na Rússia, 1769; Prússia, 1780; Pensilvânia e Toscana, 1786; Áustria, 1788; França, 1791, Ano IV, 1808 e 1810 que defendiam a suavização das penas e uma execução penal humanitária e transparente¹⁸. No Brasil o código penal do império de 1830 inaugura a era da penalidade carcerária.

Justifica-se tal medida porque a pena capital e as corporais, que eram as mais aplicadas, entraram em vertiginosa trajetória, por não conseguirem refletir o sentido de justiça, reclamado pelo coletivo social da época, em função da incapacidade de garantir o controle do crime e a proteção dos segmentos dominantes da população¹⁹.

Quando a pena deixa de ser física e assume um caráter humanitário, as prisões adquirem um papel fundamental na execução das penas, que deixam de recair diretamente sobre o corpo do condenado. Agora a pena deixa de lado o seu caráter de vingança e surge como forma de retribuir um mal injusto danoso a sociedade, porém não mais com a pena capital como centro do sistema punitivo, mas agora entra em cena a pena privativa de liberdade.

Sendo o homem o centro do universo, é razoável exigir sua valorização e respeito, o que culmina com uma cultura humanista. A pena passa a carecer de justificativa racional, não bastando mais o sentimento de vingança ou a justificação divina²⁰.

¹⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 40 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p.14.

¹⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 40 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p.13.

¹⁹ GOMES, Geder Luiz Rocha. **A substituição da Prisão. Alternativas Penais: Legitimidade e Adequação**. Bahia: Editora JusPODIVM, 2008. p.54.

²⁰ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal**. Coleção Elementos do Direito. V.7, Coordenação Marco Antonio Araujo Jr. e Darlan Barroso. São Paulo: 12ª edição revista e atualizada. Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.26.

A prisão passou a ser considerada como meio de punição apenas no século XIX. Aos poucos deixou de ser um lugar de custódia onde se aplicavam os piores sofrimentos físicos, conforme ensina Foucault:

A forma-prisão pré-existe a sua utilização sistemática nas leis penais. Ela se constitui fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classifica-los, tirar deles o máximo de tempo, e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacunas, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza ²¹.

O término da aplicação dos suplícios é tido como um processo de humanização da pena e uma grande evolução no sistema punitivo. Os suplícios passam a ser substituídos pela pena privativa de liberdade, tornando a pena mais amena, no sentido de que esta não age mais diretamente sobre o corpo do indivíduo, pois se aplica por meio da “perda ou diminuição de um bem jurídico”.²²

No início do século XIX, a pena passou a ter uma função social, pois com a busca pelos direitos humanos, as penitenciárias passaram a ser locais de recuperação e reeducação dos condenados. Elimina-se todo o espetáculo punitivo, buscando-se a recuperação do delinquente por meio da aplicação da pena, e após seu cumprimento sua reinserção no convívio social.

O Estado cria o sistema penitenciário como mecanismo de controle dos indivíduos delinquentes. Através das prisões torna-se possível o controle social do criminoso, que passa a ser vigiado diuturnamente. Tendo sua rotina controlada pelo Estado e seus direitos restringidos, como forma de punição pelo mal que causou a sociedade.

Essa vigilância constante do delinquente se inspira no modelo arquitetural “panóptico” de Bentham que garante ao sistema penitenciário uma observação permanente e um reconhecimento imediato das características do condenado, possibilitando uma individualização da pena. O olhar panóptico permite a criação de um sistema de documentação individualizante e permanente. Ao mesmo tempo proporciona um controle sobre tudo e todos traduzindo-se numa vigilância permanente.

O Panóptico funciona como uma espécie de laboratório de poder. Graças a seus mecanismos de observação, ganha em eficácia e em capacidade de

²¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 40 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p.217.

²² DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 67.

penetração no comportamento dos homens; um aumento de saber vem se implantar em todas as frentes do poder, descobrindo objetos que devem ser conhecidos em todas as superfícies onde este se exerça²³.

O efeito mais importante do Panóptico é induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Fazendo da vigilância permanente um mecanismo capaz de criar e sustentar relações de poder. Neste modelo os detentos se encontram presos numa situação de poder de que eles mesmos são os portadores. Para isso, se faz necessário que o prisioneiro seja observado sem cessar por um vigia, pois é essencial que ele saiba dessa vigilância.

Enfim, um horário estrito, um sistema de proibições e de obrigações, uma vigilância contínua, exortações, leituras espirituais, todo um jogo de meios para 'atrair para o bem' e 'desviar do mal' enquadrava os detentos no dia a dia²⁴.

O cárcere desde o seu surgimento desempenhou papel fundamental no controle dos conflitos sociais, pois um dos principais objetivos da prisão é neutralizar os indivíduos considerados perigosos, utilizando-se do isolamento social até que o delinquente seja readaptado e ao retornar a vida em sociedade seja capaz de obedecer às leis:

Enfim, no projeto de instituição carcerária que se elabora, a punição é uma técnica de coerção dos indivíduos; ela utiliza processos de treinamento do corpo - não sinais - com os traços que deixa, sob a forma de hábitos, no comportamento; e ela supõe a implantação de um poder específico de gestão da pena²⁵.

O encarceramento tem a finalidade de transformar a alma e o comportamento do apenado. "Entre o crime e a volta ao direito e à virtude, a prisão constituirá um 'espaço entre dois mundos', um lugar para as transformações individuais que devolverão ao Estado os indivíduos que este perdera"²⁶.

O sistema penitenciário surge para renovar a crença no sistema punitivo, pois permite que se faça a utilização do tempo dos apenados, utilizando-se da disciplina, com a vantagem de não incidir de forma cruel sobre o corpo dos que cumprem a pena privativa de liberdade.

²³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 40 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

²⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 40 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p.117.

²⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 40 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p.126.

²⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 40 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p.119.

A docilização dos corpos é uma categoria trabalhada por Foucault no seu livro vigiar e punir. Nos apresenta a prisão como local de transformação dos indivíduos através da aplicação de técnicas corretivas capaz de produzir e incutir nas mentes criminosas uma disciplina. “A noção de ‘docilidade’ que une ao corpo analisável o corpo manipulável. É dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado”²⁷.

Com o advento da pena privativa de liberdade surgiram modelos de sistemas carcerários que buscavam adequação a realidade então vivida pela sociedade. Em 1790 nos Estados Unidos foi inaugurado o sistema Pensilvânico ou Filadélfico que pregava o isolamento absoluto, ficando o indivíduo sem trabalho e sem ter contato com o mundo externo. O criminoso deveria ficar em silêncio, lendo a Bíblia, para que pudesse refletir sobre seus crimes, ficando os reclusos separados durante todo o dia, não existindo interação social entre eles. O isolamento é uma das características fundamentais desse tipo de sistema:

As características essenciais dessa forma de purgar a pena fundamentam-se no isolamento celular dos intervalos, na obrigação estrita do silêncio, na meditação e na oração. Esse sistema reduzia drasticamente os gastos com vigilância, e a segregação individual impedia a possibilidade de introduzir uma organização industrial nas prisões²⁸.

Tal sistema, baseado na solidão e no silêncio, foi violentamente criticado, alegando-se que a prática da separação absoluta e da proibição de comunicação entre os presos ocasionava insanidade e, além disso, o aludido sistema foi adotado, com algumas modificações, por diversos países da Europa, durante o século XIX.

Cezar Roberto Bittencourt, afirma que:

Já não se trataria de um sistema penitenciário criado para melhorar as prisões e conseguir a recuperação do delinquente, mas de um eficiente instrumento de dominação servindo, por sua vez, como modelo para outro tipo de relações sociais²⁹.

No ano de 1821, surgiu o Sistema Auburniano, na cidade de Auburn, Estado de Nova Iorque, composto de uma ala com 80 celas que permitiam aos reclusos o trabalho e as refeições em comum, com proibição de visitas, lazer e exercícios físicos. Contudo, havia a regra do silêncio absoluto e o prisioneiro poderia comunicar-se apenas com os guardas, com autorização prévia e em voz baixa. O

²⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 40 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

²⁸ D. Melossi e M. Pavarini. *Cárcel y Fábrica*, p. 169 apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 79.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 79.

desenvolvimento econômico e de forças produtivas proporcionado pelo sistema auburniano apresentou vantagens maiores que o filadélfico.

O sistema auburniano pretendeu definir o trabalho sob um ponto de vista idealista, considerando-o como um agente de transformação, de reforma. Essa concepção ainda encontra fortes defensores. Tem-se vinculado a atividade laboral, o ensino de um ofício, com a reforma e reabilitação do delinquente, isto é, tem-se considerado o trabalho como meio de tratamento³⁰.

No século XIX ocorre o apogeu da pena privativa de liberdade, acompanhada pelo abandono dos sistemas filadélfico e auburniano e pela adoção do regime progressivo. Neste regime, o tempo de duração da condenação é distribuído em períodos, o qual vai variar de acordo com a boa conduta e o aproveitamento realizado durante o tratamento reformador³¹. Além disso, há o fato de dar condições para que o recluso possa reincorporar-se à sociedade antes de terminar a sua condenação. Portanto, este regime significa um avanço no sistema penitenciário, no qual à vontade do recluso passa a ter importância. O rigor na aplicação da pena privativa de liberdade se atenua. A função ressocializadora da pena, tema que será discutido no capítulo 2 e aprofundado no capítulo 3 deste trabalho, ganha força a partir da adoção deste sistema.

Sendo que, o sistema progressivo inglês, surgiu no século XIX, no ano de 1840, com o objetivo de melhorar as condições de vida dos reclusos, tendo como proposta, que o período da duração da pena fosse determinado tanto pela sentença de condenação, quanto pela conduta do preso. Este regime era composto pelo isolamento celular diurno e noturno, o qual tinha como objetivo fazer o recluso por meio do silêncio e do isolamento total refletir sobre seu delito. Já, o regime de trabalho comum, o prisioneiro era recolhido para realização do trabalho com regra de silêncio absoluto. Além disso, havia a liberdade condicional, em que o condenado recebia com restrições a liberdade limitada durante um determinado período.

Em 1854, é inaugurado o regime irlandês, o qual representou o aperfeiçoamento do sistema inglês com o acréscimo do regime intermediário, no qual o apenado poderia ser transferido para prisões com menor rigidez, caso tivesse bom comportamento. E o preso também poderia realizar trabalho fora das muralhas. Este sistema progressivo era composto por quatro fases. A primeira foi à reclusão

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 91.

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 96-97.

celular diurna e noturna, com recolhimento celular contínuo. Há também reclusão celular noturna com trabalho e ensino escolar diurno. As demais fases foram a semiliberdade e a liberdade condicional ³². O modelo carcerário adotado no Brasil nos dias atuais foi fortemente influenciado pelo sistema progressivo inglês e pelo sistema irlandês, demonstrando traços marcantes dos dois.

E, apesar dos vários surgimentos de modelos prisionais, o sistema irlandês foi o que mais proporcionava condições para o retorno gradativo e de modo satisfatório do indivíduo à sociedade.

1.3 O Estado e a promoção do bem-estar social

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), um dos fundamentos da República Federativa do Brasil passou a ser a dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, a partir de então o ser humano é considerado o fim último da atuação estatal. Nesse momento histórico qualquer tipo de tortura ou desrespeito a dignidade humana é totalmente condenável.

Constituição é a Lei Fundamental de um país que trata de sua estrutura política e da organização e separação dos poderes constituídos. A palavra Constituição na sua acepção política significa o modo de ser de uma sociedade politicamente organizada, referindo-se às normas que estruturam e organizam os poderes públicos, fixando-lhes competências e traçando seus limites, além de disciplinar direitos e deveres dos cidadãos, incluindo os direitos fundamentais do homem e suas garantias.

As constituições têm por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins socioeconômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais ³³.

A finalidade maior de uma Constituição é regular os poderes do Estado, não permitindo a supressão ou violação dos direitos individuais, garantindo uma real proteção para direitos fundamentais dos cidadãos. A partir da promulgação da

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 101-102.

³³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35ª ed. rev. atual. (até a emenda constitucional nº 68, de 21.12.2011). São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 43

Constituição Federal de 1988, foram criados vários mecanismos que regulam o cumprimento das penas privativas de liberdade, tornando o indivíduo criminoso sujeito de direitos e deveres, restringindo-se apenas os direitos que são inerentes as penas aplicadas após sentença judicial, garantidos a ampla defesa e o devido processo legal.

A partir do conceito de Constituição, o governo se obriga a seguir e a cumprir as leis que servem como base para formação do Estado. Com a implantação das regras oriundas da CF/88 o Estado Brasileiro serve ao bem da nação, garantindo ao povo as condições mínimas para o seu desenvolvimento saudável. A própria constituição federal traz no seu texto que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988 traz no bojo de seu Art. 1º, *caput*, o Estado Democrático de Direito como princípio que estrutura o Estado brasileiro, como se pode ver: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”³⁴.

O Estado Democrático de Direito é aquele que adota a democracia como forma de governo, em que os governados são considerados titulares do poder político e o exercem diretamente ou mediante representantes eleitos. Para Mendes, Coelho e Branco:

Considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos³⁵.

Num Estado de Direito nenhum indivíduo, independentemente de classe social ou cargo político que ocupa, está acima da lei. Os governos democráticos exercem a autoridade por meio da lei e estão eles próprios sujeitos aos constrangimentos impostos pelo ordenamento jurídico do país, tendo como lei maior a Constituição. As leis devem expressar a vontade do povo e não os caprichos dos governantes, uma vez que estes são eleitos para representá-lo. Os cidadãos que vivem numa sociedade democrática devem obedecer às leis, pois estas são as suas

³⁴ Brasil. **Constituição Federal de 1988, artigo 1º, caput.** In: Vade Mecum, 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 5 ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva: 2010.p.213.

próprias regras e regulamentos. A justiça é melhor alcançada quando as leis são criadas pelas próprias pessoas que devem obedecê-las.

A aplicação da pena privativa de liberdade é legitimada pela própria Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVI, alínea a, e só deve ser aplicada nos casos previstos em lei e quando for demonstrada a culpabilidade do agente observado o devido processo legal. O Estado como garantidor do bem estar- social deve se preocupar em cumprir as leis e garantir sua justa aplicação ao caso concreto, para que a justiça se realize no meio social. Dessa forma a execução da pena privativa de liberdade deve se restringir ao o cumprimento da sentença penal condenatória.

[...] a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal, conforme anuncia o art. 1º da Lei de Execução Penal, constitui pressuposto da execução a existência de sentença criminal que tenha aplicado pena, privativa de liberdade ou não, ou medida de segurança, consistente em tratamento ambulatorial ou internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico³⁶.

Existe o requisito de proteção igual pela lei, sendo que não pode ser aplicável unicamente a um indivíduo ou grupo. Os cidadãos devem estar protegidos da prisão arbitrária, da busca sem razão em suas casas ou da apreensão de seus bens pessoais. Os acusados de crime têm direito a um julgamento rápido e público, bem como à oportunidade de confrontar e questionar seus acusadores. E se forem condenados, não podem ser sujeitos a castigo cruel. Estas proteções impostas pela lei são princípios limitadores e protegem os cidadãos da coerção, do abuso ou da tortura.

A inserção de princípios como o da dignidade da pessoa humana, da legalidade e da culpabilidade, entre tantos outros decorrentes destes, no universo do direito penal e da execução da pena causou significativas mudanças na forma de agir do Estado diante da prática de um crime.

O reconhecimento da dignidade do ser humano é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e uma das inovações introduzidas pela CF/88. Um Estado Democrático de Direito, deve tomar todas as medidas para restringir, ao máximo, a possibilidade de arbítrios e desmandos das autoridades responsáveis pela aplicação da lei, por mais bem-intencionadas que estejam.

³⁶ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 10 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31.

Nesse contexto, preleciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

No esquema liberal, portanto, a Constituição é acima de tudo a garantia dos direitos fundamentais do homem. É numa construção imaginosa e hábil, a garantia desses direitos contra o Estado ao mesmo tempo que é a Lei Magna desse Estado, estabelecendo em linhas nítidas e inflexíveis a sua organização fundamental³⁷.

No Estado de Direito, a relação do Estado com os indivíduos submete-se ao Direito. A atividade estatal tem pois que seguir as regras do ordenamento jurídico e seus cidadãos possuem mecanismos jurídicos para se defenderem da possível ação abusiva do Estado³⁸. O Estado de Bem-Estar Social é aquele no qual o cidadão, independente da sua situação social, tem acesso aos meios e aos serviços imprescindíveis a uma vida digna, como por exemplo, alimentação, saúde, educação, habitação, distribuição mínima de renda, entre outros, não como caridade, mas como direitos políticos³⁹.

Nesse momento histórico vivido pela humanidade, um Estado autoritário e opressor é totalmente incompatível com a finalidade estatal de promoção do bem comum na sociedade. Com o atual Estado Democrático de Direito busca-se restringir as ações dos Estados, com a conseqüente delimitação de sua atuação na vida particular dos cidadãos.

A tendência caminha no sentido de estabelecer o equilíbrio entre o poder dos Estados e as liberdades individuais, ou, se preferir, colocar no mesmo patamar o individualismo e o poder coletivo. Surge o Estado mínimo, onde a promoção e a valorização dos direitos humanos supera uma realidade cruel e opressora em busca da humanidade das penas. O foco no aspecto humano cria um pensamento criminológico humanizado. Surgindo daí o direito penal e o direito processual penal para determinar os crimes e as penas, bem como sua correta aplicação ao caso concreto.

Apenas o Estado está autorizado a intervir na vida dos particulares, tipificando as condutas criminosas previamente e reprimindo-as sempre que um fato delituoso ocorrer em prol do bem-estar social. Dessa forma torna-se o guardião da vida em sociedade, garantindo o bem coletivo, punindo aqueles que praticam fatos

³⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.18

³⁸ STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 86

³⁹ STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.p.142.

tipicamente criminosos. Nesse contexto o bem comum é algo que deve atender a todos ou satisfazer a coletividade como um todo. Enquanto que o bem-estar relaciona-se a satisfação das necessidades físicas e a satisfação de todas as necessidades de existência.

O Estado tem o monopólio do *jus puniendi*, ou seja, é o único que pode aplicar a punição sempre que um fato delituoso ocorrer. Dessa forma eliminam-se as arbitrariedades na aplicação das penas praticadas pelo particular que teve seu bem atingido contra os indivíduos delinquentes.

Nos últimos anos surgiram alguns movimentos em defesa do direito penal máximo e em defesa do direito penal mínimo. O movimento intitulado como Lei e Ordem, vem com o discurso do Direito Penal Máximo, ou seja, fazendo a sociedade acreditar ser a lei penal a solução para todos os males⁴⁰. Este movimento ganhou força a partir do final do século XIX. O panpenalismo surge em reforço ao movimento lei e se traduz na tendência de exacerbação do poder estatal através da utilização de normas penais, com objetivo de orientar o comportamento social, evitando assim condutas lesivas ao interesse público, representado pelo Estado.

A política de tolerância zero é uma das vertentes do chamado movimento de Lei e Ordem. Por intermédio desse movimento político-criminal, pretende-se que o Direito Penal seja o protetor de, basicamente, todos os bens existentes na sociedade, não se devendo perquirir a respeito de sua importância. Se um bem jurídico é atingido por um comportamento antissocial, tal conduta poderá transformar-se em infração penal, bastando, para tanto, a vontade do legislador⁴¹.

Por outro lado a cultura criminalista de intervenção mínima é adepta ao direito penal mínimo, e por intermédio desta apenas o Poder Público está autorizado a intervir na vida particular dos cidadãos. Porém, o mínimo possível, indispensável à manutenção da ordem, da segurança e do bem comum. Embora tenha a titularidade do direito de punir, o Estado está limitado, pelas leis, a interferir em favor dos interesses da sociedade apenas quando estritamente necessário.

De fato, o direito penal tutela e busca proteger aqueles bens e interesses que são considerados os mais relevantes para a convivência social ou para a sociedade, logo, a punição daqueles que agridem tais bens e interesses só pode ser feita mesmo em prol da própria sociedade. Isto permite afirmar que, no fundo, o Estado exerce e concretiza o *jus puniendi* por meio de sua burocracia repressiva, mas o faz sempre em nome da sociedade civil, pois é

⁴⁰ GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.p.12.

⁴¹ GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.p.15.

exatamente esta última que o direito penal, no final das contas, visa a proteger⁴².

No Estado Democrático de Direito, pautado pelo princípio da legalidade a lei representa a vontade dos cidadãos, devendo estar sempre a serviço do bem-estar da sociedade. A aplicação do direito penal, processual penal e execução da pena devem atender a um fim social. Portanto, além do aspecto legal, há um núcleo de valores considerado indisponível pelo próprio Estado. Assim, a validade formal dos atos estatais é condicionada pela concordância material do seu conteúdo com uma tábua de valores que lhe é anterior e superior. Em resumo, o objetivo principal do Estado de direito é o de fazer com que o poder estatal seja limitado pelo direito.

Um Estado democrático de direito deve respeitar os direitos dos indivíduos, porém tem o poder-dever de limitá-los, para manter o equilíbrio entre o direito isolado de um cidadão e o direito à segurança da sociedade, sendo necessário manter um sistema de garantias e limitações.

⁴² MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 6ª ed. atual. de acordo com a Lei nº 12.850/2013. São Paulo: Atlas, 2014.

CAPÍTULO 2. PENAS E PRISÕES NA REDEMOCRATIZAÇÃO BRASILEIRA

2.1 A pena privativa de liberdade como núcleo do sistema penal brasileiro

Ao contrário de épocas passadas, nos dias de hoje a pena tem o objetivo não só de punir quem cometeu um delito, mas também prevenir a reincidência e de promover a reabilitação deste indivíduo à sociedade. Para Bitencourt “os regimes penitenciários contêm sempre uma estranha união de funções antitéticas: por um lado devem servir como instrumento para impor ordem e segurança e, por outro, devem propiciar a reabilitação do delinquente”⁴³.

Não só no Brasil, como também em diversos países, foi adotada a pena privativa de liberdade como núcleo do sistema de execução penal em substituição aos suplícios. E dessa forma foi extinta a legalidade das penas que recaiam sobre o corpo do indivíduo delinquente, passando agora a recair sobre a sua liberdade.

A pena privativa de liberdade é aquela que restringe, com maior ou menor intensidade, a liberdade do condenado, consistente em permanecer em algum estabelecimento prisional, por um determinado tempo. As penas privativas de liberdade são divididas em: Reclusão e Detenção⁴⁴.

Teoricamente o objetivo principal da pena é resgatar a dignidade do apenado, tendo como objetivo final a sua reinserção na sociedade. Para isso o Estado criou toda uma estrutura para recepcionar os indivíduos que infringiram as leis penais, pois a partir de então o suplício não faz mais parte da punição, que nos dias atuais deve ter um caráter mais educativo que punitivo. A execução da pena através do Sistema Carcerário deve garantir ao apenado condições adequadas e justas à dignidade humana. Esse modelo é usado para permitir a reabilitação do delinquente e a sua submissão ao Estado, único detentor do direito de punir.

O sistema carcerário no Brasil foi implantado a partir do século XIX, numa sociedade escravista onde os interesses pela expansão cafeeira geravam diversas tensões entre as classes sociais. Diante do cenário social vivenciado nesse período

⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 85.

⁴⁴ CAMARGO, Virginia. **Realidade do Sistema Prisional no Brasil**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 33, set 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1299>. Acesso em 10 de abr 2014.

a prisão surge como mecanismo de controle essencial, capaz de disciplinar e vigiar determinados segmentos da sociedade:

Na medida em que a prisão representa uma importante instância no processo de controle social, é de se esperar que esta tenha sido um reflexo e, ao mesmo tempo, um instrumento de consolidação das relações de poder na sociedade escravista brasileira. E o complexo normativo em sede penitenciária foi exatamente erigido no intuito de planificar a perpetuação desta estrutura relacional poder-sujeição ⁴⁵.

A partir da promulgação da CF/88⁴⁶ fica vedada qualquer tipo de pena degradante e desumana. Cabe ao Estado garantir que o indivíduo apenado, tenha um ambiente adequado para sua recuperação. As penas de morte, prisão perpétua ou qualquer outra que atinja fisicamente o indivíduo são consideradas contra a humanidade. Nas palavras de Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior “são sanções penais que contrariam o conceito de Estado Democrático de Direito, além de desrespeitarem os princípios da humanidade, do interesse público e todos aqueles previstos, explicitamente ou não, no texto da Lei Maior”⁴⁷. Por isso foram vedadas expressamente pela Constituição Federal de 1988 as penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e as cruéis. Em seu artigo 5º, inciso XLVII, a Constituição Federal de 1988, deixa clara a proibição da aplicação dessas penas no ordenamento jurídico brasileiro:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;⁴⁸

A Constituição Federal no seu art. 5º, incisos XLVIII e XLIX, prevê que a pena deve ser individualizada, cumprida em estabelecimentos distintos de acordo com o crime cometido, e que aos presos será assegurado o direito a sua integridade física e moral. Pois mesmo o criminoso que está sofrendo algum tipo de violência como sanção ele não deixa de ser um cidadão e perante a legislação vigente tem o direito de ser livre e tem, além disso, o direito de ter sua dignidade protegida.

⁴⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p.36.

⁴⁶ Brasil. **Constituição Federal de 1988**, incisos XLVIII e XLIX. *In*: Vade Mecum, 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴⁷ CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. pp.85-86.

⁴⁸ Brasil. **Constituição Federal de 1988**, incisos XLVIII e XLIX. *In*: Vade Mecum, 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

A lei de Execuções Penais⁴⁹ no título IV divide os estabelecimentos penais que serão utilizados para individualização da pena: Penitenciária; Colônia Agrícola, Industrial ou Similar; Casa do Albergado; Centro de Observação; Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico; e a Cadeia Pública.

A penitenciária é o estabelecimento prisional que destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado, devendo o mesmo ser alojado em cela individual com área mínima de 6m², que conterà dormitório, sanitário e lavatório.

A colônia agrícola, industrial ou similar estabelecimento destinado ao cumprimento da pena em regime semiaberto, onde o condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, depois de adequada seleção dos presos e respeitando-se o limite de capacidade máxima que atenda aos objetivos de individualização da pena.

A casa de albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto e da pena de limitação de fim de semana. O estabelecimento, que deverá situar-se em centro urbano, caracteriza-se pela inexistência de obstáculos físicos contra a fuga.

O Centro de Observação destina-se a realização de exames gerais e criminológicos, necessários à correta individualização da pena.

O Hospital de custódia e tratamento psiquiátrico destina-se aos imputáveis e semi-imputáveis referidos no art. 26 e seu parágrafo único do Código Penal Brasileiro.

A Cadeia pública é destinada ao recolhimento de presos provisórios, tem por objetivo resguardar o interesse da administração da justiça criminal e garantir a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar.

Na modernidade devido as variadas infrações das regras que regem a vida em sociedade, os conflitos se tornam inevitáveis e portanto a pena torna-se um mal necessário. O Sistema Penitenciário surge como mecanismo criado pelo Estado para cumprimento das penas privativas de liberdade, e tem o intuito de recuperar os encarcerados, através da disciplina e do trabalho, mantendo assim uma estabilidade social. No século XIX encontra-se consolidado o Sistema Carcerário.

⁴⁹ Brasil. **Lei de Execução Penal**, título IV. *In*: Vade Mecum, 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

O Brasil passou a utilizar o Sistema Progressivo de cumprimento de pena, conforme artigo 112 da Lei de Execução Penal⁵⁰, onde a liberdade do encarcerado é concedida gradualmente em decorrência do seu comportamento dentro da unidade prisional. A pena deve respeitar os ditames legais, observando os princípios constitucionais, principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana e as regras de um Estado Democrático de Direito.

O sistema progressivo é composto por três regimes penais: o fechado, o semiaberto e o aberto. Foi adotado no Brasil em 1940, pelo Código Penal, e posteriormente pela Lei nº 7210/84 - lei de execução penal, a qual está centrada na teoria ressocializadora, com concepções modernas de ressocialização.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVI, nos traz um rol exemplificativo das punições que têm sua aplicação autorizada no Brasil, entre elas prevê expressamente a pena de prisão. Conforme o artigo 32 do Código Penal está consolidado no direito brasileiro a divisão das penas em três espécies, que são: privativa de liberdade, restritivas de direitos e a pena de multa.

As penas privativas de liberdade determinam a perda ou diminuição da liberdade de locomoção do indivíduo delinquente, e foram criadas com o propósito de retribuir o mal causado pela prática do crime e como meio legítimo de proporcionar a reinserção do apenado à sociedade após ser totalmente recuperado. São cumpridas em estabelecimentos prisionais sob supervisão estatal. Além disso, visam garantir a proteção social contra delitos empregados com maior frequência, bem como constitui a principal pena ou sanção disciplinar e ressocializadora de diversos países, inclusive o Brasil⁵¹.

O cadafalso onde o corpo do supliciado era exposto à força ritualmente manifesta do soberano, o teatro punitivo onde a representação do castigo teria sido permanentemente dada ao corpo social, são substituídos por uma grande arquitetura fechada, complexa e hierarquizada que se integra no próprio corpo do aparelho do Estado⁵².

Neste sentido, Leal nos ensina que a pena privativa de liberdade é “uma medida de ordem legal, aplicável ao autor da infração penal, consistente na perda de sua liberdade física de locomoção e que se efetiva mediante seu internamento em

⁵⁰ Brasil. **Lei de Execução Penal**, artigo 112. *In*: Vade Mecum, 16.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵¹ GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011. p. 226.

⁵² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. 40 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p.111.

estabelecimento prisional”.⁵³As penas de prisão surgiram em substituição as penas desumanas e degradantes. Atualmente são aplicadas excepcionalmente aos crimes mais graves e de maior tempo de pena.

A vida é então repartida de acordo com um horário absolutamente estrito, sob uma vigilância ininterrupta: cada instante do dia é destinado a alguma coisa, prescreve-se um tipo de atividade e implica obrigações e proibições

⁵⁴.

De acordo com o artigo 33, do Código Penal (CP), existe duas espécies de penas privativas de liberdade, que são: pena de reclusão e detenção. “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado”.⁵⁵ O parágrafo 1º do mesmo artigo diferencia os regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade, considerando:

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.⁵⁶

Analisaremos as referidas espécies de privação da liberdade, discutindo, de forma sucinta, suas diferenças. A pena de detenção é um pouco mais branda que a pena de reclusão, seu regime de cumprimento se dá a partir do semiaberto ou aberto. Ou seja, não existirá o cumprimento de pena no regime fechado para os crimes puníveis com detenção, salvo hipótese de descumprimento das restrições impostas pela aplicação da pena, perdendo assim alguns benefícios e conseqüentemente regredindo de regime, podendo chegar ao fechado. Por outro lado a reclusão é a modalidade de pena mais rígida do Código Penal, onde seu cumprimento se dará, em qualquer dos regimes, dependendo da gravidade do delito, no regime fechado, semiaberto ou aberto. É aplicada aos crimes de natureza mais grave que os puníveis com detenção.

O regime da pena privativa de liberdade fixado na sentença penal condenatória não é definitivo, mas caracterizado pela execução progressiva da pena

⁵³ LEAL, João José. **Direito Penal Geral**. São Paulo: Atlas, 1998. p. 324.

⁵⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhete. 40 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p.120.

⁵⁵ BRASIL. Decreto Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. In: Vade Mecum, 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵⁶ BRASIL. Decreto Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. In: Vade Mecum, 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

para regime mais brando, podendo também haver a regressão a regime mais rigoroso, observando-se os requisitos legais, quais sejam o bom comportamento do apenado e o critério temporal. A respeito dispõe a Lei de Execução Penal, no artigo, 112:

Art.112 – A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.⁵⁷

O parágrafo 2º do artigo 33 do CP prescreve que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas de forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º- O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.⁵⁸

As penas restritivas de direitos são penas alternativas à privação de liberdade. Nas palavras de Fernando Capez, “são aquelas que suprimem parcial ou totalmente o exercício de determinados direitos do apenado e substituem a pena de prisão”⁵⁹. E no direito brasileiro são aplicadas em infrações leves com o objetivo de substituir a pena privativa de liberdade, bem como para diminuir a população carcerária e encontrar outras formas de ressocializar o indivíduo delinquente. Sendo uma das principais vantagens desse tipo de sanção a possibilidade de cumprimento da pena, sem perder o convívio social, ou seja, desfrutando do convívio familiar, e trabalhando paralelamente.

⁵⁷ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. In: Vade Mecum, 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵⁸ BRASIL. Decreto Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. In: Vade Mecum, 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 1 .18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

O artigo 43 do Código Penal Brasileiro nos diz quais são as penas consideradas restritivas de direito:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:_
 I - prestação pecuniária;
 II - perda de bens e valores;
 III – (vetado);
 IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
 V - interdição temporária de direitos;
 VI - limitação de fim de semana.⁶⁰

Dessa forma, ao infringir delitos leves, o Estado passou a aplicar sanções alternativas em busca do reequilíbrio social. As penas restritivas de direitos são consideradas penas autônomas e substitutivas e são aplicadas isoladamente em sentença. Segundo Cezar Roberto Bitencourt as penas restritivas de direitos são classificadas como:

- a) genéricas – aquelas em que podem ser aplicadas em quaisquer infrações penais que não exijam uma pena restritiva específica. São elas: multa, prestação pecuniária, perda de bens, prestações de serviços à comunidade e limitação de fim de semana;
- b) específicas – aquelas aplicáveis somente em determinados crimes, mais precisamente naqueles praticados no exercício de determinadas atividades, com violação do dever a elas inerente, ou por crimes culposos no trânsito de veículos. Nesse caso, compreende a interdição temporária de direitos que se subdivide em proibição do exercício do cargo, função ou atividade pública; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do Poder Público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo e proibição de frequentar determinados lugares.⁶¹

O artigo 45 § 1º do Código Penal brasileiro conceitua a prestação pecuniária, que consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos. Neste sentido preleciona Bitencourt:

a excepcionalidade dessa possível destinação secundária prende-se ao caráter indenizatório que referida sanção traz na sua finalidade última. Por isso, primeiro deverá reparar o dano ou prejuízo causado à vítima ou seus dependentes, e somente na ausência destes (vítima/dependente) ou aqueles (dano ou prejuízo) o produto resultante da condenação poderá destinar-se 'a entidade pública ou privada com destinação social'.⁶²

⁶⁰ BRASIL. Decreto Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. In: Vade Mecum, 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 226-227.

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 21ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 673

Entende-se, então, que a finalidade da prestação pecuniária é reparar o dano causado na infração penal, seja a vítima ou aos seus dependentes ou até mesmo a entidades públicas e privadas, estas desde que tenham destinação social. E conforme preceitua o artigo 45, § 2º do Código Penal a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza se houver aceitação do beneficiário. Isso significa que, caso o infrator não possua dinheiro para cumprir a sanção, poderá, por exemplo, pagar a prestação pecuniária com um carro ou até mesmo com serviço prestado aquele beneficiário, como é o caso de um pedreiro que não possuindo renda suficiente, se compromete a cumprir a sanção com seus serviços.

A pena de prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas está prevista no artigo 46 do CP e, de maneira geral, é uma das mais importantes sanções introduzidas no direito penal brasileiro. Com a reforma do Código Penal de 1984, este modelo começou a ser utilizado no Brasil. Nesse sentido, “a doutrina tem conceituado a prestação de serviços à comunidade como o ‘dever de prestar determinada quantidade de horas de trabalho não remunerado e útil para comunidade durante o tempo livre, em benefício de pessoas necessitadas ou para fins comunitários’”.⁶³

Assim, a prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição de tarefas a título gratuito ao condenado, que serão realizadas em hospitais, escolas, orfanatos, bem como em outros estabelecimentos úteis a comunidade. Esse tipo de medida surgiu com o objetivo de impedir que o delinquente voltasse a praticar novos delitos, mesmo que de menor potencial ofensivo, evitando a prisão e ao mesmo tempo recuperando o infrator. Em relação ao tempo de trabalho do condenado, Nucci preleciona que:

o condenado a cumprirá à razão de uma hora-tarefa por dia de condenação, num total de sete horas por semana, ajustando-se a maneira de executá-la de acordo com a conveniência do trabalho regular do condenado (art. 46, § 3º, do CP). Não poderá haver antecipação, afinal, esta somente é permitida quando a pena atinge patamar superior a um ano (art. 46, § 4º, do CP), o que não é o caso da Lei n. 11.343/2006.⁶⁴

A perda de bens e valores, segundo preconiza o art. 45, § 3º do Código Penal brasileiro consiste na perda de bens e valores em favor do Fundo Penitenciário

⁶³ JESCHECK *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 21ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 681

⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: RT, 2006. p. 758.

Nacional, e o seu valor terá como teto o montante do prejuízo causado pela infração ou pelo provento obtido em favor do agente ou de terceiro, em consequência da prática do crime. A perda de bens e valores refere-se aos imóveis e móveis legítimos, ou seja, os bens antijurídicos, obtidos por meios fraudulentos não é cabível a aplicação do art. 45, § 3º, neste caso aplica-se o instituto do confisco.

Em relação à perda de bens e valores e o confisco Luiz Flávio Gomes nos ensina:

só cabe o confisco dos instrumentos do crime e dos produtos do crime ou do proveito obtido com ele, isto é, bens intrinsecamente antijurídicos; por seu turno, a perda de bens não requer sejam bens frutos de crime. O que condenado vai perder são seus bens ou valores legítimos, os que integram seu patrimônio lícito. Nesse caso, portanto, dispensa-se a prova da origem ilícita deles.⁶⁵

No artigo 47, CP estão previstas as modalidades da pena de interdição temporária de direitos, importante frisar que essas penas serão aplicadas quando o agente praticar um crime no exercício da profissão, cargo, atividade, ofício ou função, ou seja, sempre que houver transgressões de obrigações e deveres que lhe são inerentes.

Por último o artigo 48 do CP trata da limitação de fim de semana que consiste na obrigação de permanecer aos sábados e domingos, por cinco horas diárias em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. Neste tipo de pena não há perda de vínculos profissionais, sociais ou familiares, tendo essa punição um caráter totalmente educativo. O estabelecimento designado deverá emitir relatório mensal e enviá-lo ao juiz da execução bem como deve comunicar a ausência ou falta disciplinar do apenado.

A pena de multa é a terceira e última espécie trazida pelo artigo 33 do CP. É uma modalidade de pena alternativa ou substitutiva a pena de prisão consagrada pelo código penal, pois o principal objetivo desse tipo de pena é punir o autor de um delito com o pagamento ao fundo penitenciário uma quantia em dinheiro fixada pelo juiz, ou seja, o delinquente não será encarcerado, pagará a multa como forma de sanção.

Assim conceitua Vera Regina de Almeida Braga:

a pena de multa constitui uma modalidade de pena pecuniária, imposta pelo Estado às pessoas condenadas pela prática de infrações penais. Trata-se de uma retribuição não correspondente ao valor do dano causado,

⁶⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999. p. 136.

considerada uma sanção de natureza patrimonial, por representar pagamento em dinheiro por determinação judicial, em virtude de sentença condenatória.⁶⁶

A pena de multa é aplicada para infrações cuja condenação seja igual ou inferior a um ano. Com isso é perceptível que a pena de multa atende as necessidades atuais da descarcerização.⁶⁷ É importante destacar uma grande vantagem na aplicação da pena de multa, que é o não afastamento do infrator de sua família e do trabalho, devendo apenas arcar com a sanção patrimonial.

A pena de multa será calculada de acordo com o sistema de dias-multa, sendo no mínimo de dez e, no máximo, trezentos e sessenta dias-multa. Além disso, o valor será arbitrado pelo juiz, não podendo, inclusive, ser inferior a um trigésimo do valor do salário mínimo da época do fato e nem superior a cinco vezes esse salário. Caso o juiz julgue ineficaz o valor máximo, poderá elevá-lo até o triplo.⁶⁸

Vale salientar que nesse sistema, o valor dias-multa deverá corresponder à renda média que o autor do crime recebe por dia, considerando ainda sua situação econômica e patrimonial. Deve-se ainda analisar não só o salário do infrator, mas toda e qualquer renda que este perceba.⁶⁹

Para quitar a pena de multa o código penal estabelece o prazo de 10 dias depois de transitada em julgado a sentença. Já a Lei de Execução Penal este prazo começa a contar a partir da citação para o pagamento e não do trânsito em julgado. A doutrina e a jurisprudência têm decidido pela forma mais benéfica para o acusado, que, neste caso, seria o art. 164 § 1º da Lei de Execução Penal.⁷⁰ Existem três formas de pagar a multa, que são: pagamento integral, pagamento parcelado e pagamento com desconto em folha.

As delimitações das penas e de sua execução foram criadas não apenas para reger um governo de comando e sim para garantir o respeito aos direitos fundamentais do homem e para socializar a sociedade, ensinando a conviver de forma harmoniosa. A principal função da sanção é a reeducação do criminoso, o que

⁶⁶ BRAGA, Vera Regina de Almeida. **Pena de multa substitutiva no concurso de crimes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 18

⁶⁷ GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 431.

⁶⁸ GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 433.

⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 272

⁷⁰ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. **Lei de Execução Penal**, artigo 164, §1º. In: *Vade Mecum*, 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

pode ser conseguido muitas vezes através da aplicação de uma pena alternativa a privação da liberdade, diminuindo assim os possíveis efeitos negativos do cumprimento das penas.

2.2 Princípios Constitucionais Informadores da Pena

Com a implantação da constituição de 1988 surgiram diversos princípios constitucionais expressos e implícitos intrínsecos a aplicação das penas. Dentre estes princípios alguns merecem um destaque especial, a saber: o da legalidade, o da pessoalidade da pena, o da proporcionalidade, o da inderrogabilidade da pena, o da intervenção mínima, o da humanidade e o da individualização da pena.

O princípio da legalidade divide-se em três postulados, o primeiro enfatiza as fontes (reserva legal), o segundo a enunciação (determinação taxativa) e o terceiro a validade da aplicação da pena no tempo (irretroatividade).

A reserva legal está expressa no artigo 5º, da Constituição Federal, em seu inciso XXXIX, com a seguinte redação: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. No mesmo teor está inserido também no artigo 1º do Código Penal. Dessa forma apenas a lei pode criar normas incriminadoras e suas respectivas punições. Portanto, nenhuma pessoa pode ser considerada criminosa por ter cometido um fato, se tal fato não é considerado crime e não tem sanção cominada a ele.

Esse princípio preconiza a limitação do arbítrio estatal, na medida que só a lei anterior ao fato pode estabelecer o que é antijurídico e a sua sanção, vinculando o Poder Judiciário a aplicação desta. R. Von Hippel *apud* Luiz Luisi “sustenta que o princípio da Reserva Legal é um axioma destinado a assegurar ‘a liberdade do cidadão contra a onipotência e a arbitrariedade do Estado e do Juiz’”.⁷¹

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948, já fazia menção ao princípio da legalidade conforme dispõe no artigo 11, 2 e mencionava que ninguém seria condenado por atos ou omissões que no momento em que se cometerem não

⁷¹ R. Von Hippel *apud* LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p.18

fossem crimes segundo o direito nacional ou Internacional. Tão pouco se imporá pena mais grave que a aplicável no momento da comissão do delito⁷².

A determinação taxativa exige do legislador qualificação e competência para que com o uso correto de técnicas e de uma linguagem coerente, rigorosa e uniforme haja a excelente formulação da lei penal. Esse postulado determina que as leis sejam claras e que sejam o mais possível certa e precisa. A taxatividade obriga o legislador a criar normas que sejam objetivas, claras e precisas, a fim de que sejam evitadas interpretações errôneas.

Conforme nos ensina Luiz Luisi “a exigência de normas penais de teor preciso e unívoco decorre do propósito de proteger o cidadão do arbítrio judiciário, posto que fixado com a certeza necessária a esfera do ilícito penal, fica restrita a discricionariedade do aplicador da lei”⁷³.

Quanto a irretroatividade, a lei penal não poderá retroagir para que sejam impostas penas àqueles que cometeram o fato antes do início de sua vigência. Assim declara a Carta Magna, no artigo 5º, XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”⁷⁴.

A irretroatividade não é absoluta, pois impede o alcance do fato apenas se a norma a ser aplicada for mais severa, podendo perfeitamente retroagir em se tratando de norma mais benéfica ao réu, como está disposto no parágrafo único do artigo 2º, do Código Penal: “A lei posterior que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.⁷⁵

É um postulado que exige atualidade na aplicação das leis penais, visto que estas tem como princípio a vigência pós-implantação sem que incida sobre fatos anteriores. A irretroatividade assegura que a lei penal seja racional dando certeza ao direito e salvaguardando a segurança do cidadão.

No caso das leis temporárias ou excepcionais a irretroatividade fundamenta-se em fatos concretos. De acordo com o artigo 3º do código penal, tanto as leis

⁷² **Declaração universal dos direitos humanos.** Resolução 217- A da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>> Acesso em: 14 de dez de 2015.

⁷³ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

⁷⁴ Brasil. **Constituição Federal de 1988.** In: Vade Mecum, 16.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁷⁵ BRASIL. Decreto Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** In: Vade Mecum, 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

excepcionais quanto as temporárias se aplicam aos fatos ocorridos durante o tempo em que estiverem eficazes embora já decorrido esse período.

O princípio da intervenção mínima ou da necessidade é o princípio que prevê a aplicação do Direito Penal em *última ratio*, ou seja, quando não for possível a tutela dos bens jurídicos estritamente relevantes por outros ramos do direito. Somente haverá uma sanção penal se houver a necessidade de proteger bens fundamentais ao homem. A lesão aos direitos fundamentais do homem em decorrência da aplicação da pena deve ser a menor possível, visto que o artigo 5º da constituição federal vigente rege que todo cidadão tem direito à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e a propriedade.

Deste princípio decorre o caráter fragmentário e subsidiário do direito penal, ou seja, os ilícitos penais, longe de ser a regra, são criados em decorrência da necessidade indispensável de proteção de um bem jurídico, sendo que o direito penal só se legitima quando os demais ramos do direito se mostrarem incapazes de tutelar os bens de relevância para existência do homem e da própria sociedade.

O princípio da Humanidade consiste no reconhecimento do condenado como pessoa humana, e como tal sujeito de direitos e deveres. Num Estado Democrático de Direito, a pessoa humana deve ser o núcleo central da tutela do Estado, devendo ter todos os seus direitos fundamentais mantidos, desde que não atingidos pela condenação. A Constituição Federal no seu artigo 1º, inciso III, nos diz que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Segundo Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho “em um Estado Democrático de Direito, veda-se a criação, a aplicação ou a execução da pena bem como de qualquer outra medida que atentar contra a dignidade humana” ⁷⁶. No mesmo sentido a Declaração dos Direitos do Homem aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas rege em seu artigo 5º que “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano e degradante” ⁷⁷.

⁷⁶ PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes de. CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 122.

⁷⁷ **Declaração universal dos direitos humanos**. Resolução 217- A da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em:< <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>> Acesso em: 14 de dez de 2015.

A Constituição Federal de 1988 dispõe a respeito deste princípio em vários de seus dispositivos, como por exemplo, no artigo 5º, III: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”⁷⁸; artigo 5º, XLVII, proibindo a pena de morte, salvo hipótese excepcional; assim como proíbe a pena de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e penas cruéis; artigo 5º, inciso XLIX, onde “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”⁷⁹.

O princípio da pessoalidade ou da personalidade estabelece que a pena deve atingir apenas ao criminoso sentenciado. Está previsto expressamente no artigo 5º, inciso XLV: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”⁸⁰.

Neste princípio consagra-se a intransmissibilidade da pena. Dessa forma, se o agente não concorreu, ao menos culposamente, para que o evento criminoso ocorresse não poderá ser responsabilizado. Segundo Giuseppe Bettiol *apud* Shecaira e Corrêa Junior:

[...] A responsabilidade penal está intimamente ligada à pessoa do agente, assim como o pressuposto da pena, isto é, a culpabilidade tem caráter estritamente pessoal [...] não se pode punir por motivo algum quem não participou, de algum modo, da prática de um crime. A responsabilidade penal, assim como não se comunica a estranhos, não se transmite a herdeiros⁸¹.

Em matéria criminal não admite-se a responsabilidade objetiva. Portanto, de forma alguma pode ser imposta a sanção se o acusado não concorreu para a infração nem ao menos culposamente, sendo a responsabilização na esfera penal eminentemente subjetiva.

O princípio da individualização da pena está prescrito no artigo 5º da CF/88, inciso XLVI, nos seguintes termos: “a lei regulará a individualização da pena [...]”. O

⁷⁸ Brasil. **Constituição Federal de 1988**. In: Vade Mecum, 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁷⁹ Brasil. **Constituição Federal de 1988**. In: Vade Mecum, 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁸⁰ Brasil. **Constituição Federal de 1988**. In: Vade Mecum, 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁸¹ CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.79.

processo de individualização da pena se desmembra em três complementos: o legislativo, o judicial e o executivo.

O primeiro complemento é observado pelo legislador na definição dos crimes e cominação das penas, obedecendo-se aos limites impostos pela Constituição. O segundo, chamado de individualização judiciária, é observado pelo juiz na aplicação da lei ao caso concreto atentando-se aos limites legais, devendo fixar a pena de acordo com as circunstâncias do crime, as suas condições e também a culpabilidade do agente. O terceiro e último, chamado de individualização executiva está previsto no artigo 5º da LEP, que prevê que “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”⁸².

Em obediência a este princípio os estabelecimentos prisionais devem discriminar os presos de acordo com exame criminológico, com a finalidade de prognosticar a conduta e o melhor programa de tratamento para sua ressocialização. Dessa forma, atende-se à individualização da pena, com maior probabilidade de readaptação e menores chances de reincidência.

O artigo 5º, XLVIII, da Constituição Federal prevê que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”⁸³. A individualização da pena visa a sua mensuração de acordo com o caso concreto, devendo corresponder a cada delito uma sanção a ser aplicada ao infrator. O artigo 59 do Código Penal e seus incisos, estabelecem regras da individualização da pena: o juiz deve escolher uma das espécies de pena cominadas ao crime (artigo 59, I, CP), devendo fixar a quantidade da pena, observando os limites legais (inciso II, artigo 59, CP). Por fim deve fixar o regime em que se iniciará o cumprimento da pena, em se tratando de pena privativa de liberdade, devendo substituí-la sempre que possível (artigo 59, III e IV, CP).

Em conclusão, o princípio da individualização da pena informa a cominação em abstrato e em concreto da pena, assim como a sua execução, no que tange à espécie, quantidade e forma de cumprimento.

O Princípio da proporcionalidade apesar de não estar expressamente previsto no ordenamento jurídico, encontra-se insculpido em diversos dispositivos da Carta

⁸² BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. In: Vade Mecum, 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁸³ Brasil. **Constituição Federal de 1988**. In: Vade Mecum, 16.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

Magna, como no artigo 5º, XLVI, ao tratar da individualização da pena; no artigo 5º, XLVII, ao proibir expressamente determinadas espécies de sanções, ao estabelecer o direito de resposta proporcional ao agravo praticado no artigo 5º, V, entre outros.

Segundo este princípio a pena deve ajustar-se à gravidade do fato, sem desconsiderar as condições do agente. O preceito secundário da norma deve conter pena que seja proporcional à gravidade da conduta incriminadora. O juiz deve aplicar a pena segundo o caso concreto. Doutrinariamente essas duas fases são denominadas como proporcionalidade em abstrato e proporcionalidade em concreto respectivamente.

O princípio da proporcionalidade se apresenta sob dois ângulos, o primeiro deles visa evitar o excesso por parte do Estado e o segundo busca evitar a insuficiência da intervenção estatal.

Princípio da inderrogabilidade ou inevitabilidade da pena prescreve que a pena, desde que presentes os seus pressupostos, deve ser aplicada e fielmente cumprida. Este princípio deve ser aplicado em consonância com o princípio da necessidade da pena.

Todos os princípios desde o primeiro postulado devem ser observados em conjunto a fim de uma correta aplicação da legislação que proporcione a justiça preservando os direitos do homem.

2.3 Privação da Liberdade Versus Ressocialização na Lei nº 7210/84

A execução das penas previstas no código penal é regulada pela lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, denominada lei de execução penal (LEP). Considerada uma moderna e avançada lei que prevê mecanismos eficientes destinados à ressocialização do indivíduo marginalizado. O objetivo da execução penal consiste principalmente em reeducar e reinserir o preso no meio social, buscando evitar a reincidência. Portanto, a pena para ser justa tem que cumprir sua função junto ao preso e a sociedade. As regras para execução das penas privativas de liberdade estão previstas a partir do artigo 105 da LEP até o artigo 146-D.

A Lei de Execução Penal contém princípios e regras que se destinam a devida ressocialização do preso, consistente na modificação de seu comportamento. Conforme artigo 1º da Lei nº 7210/84 “a execução penal tem por objetivo efetivar as

disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.⁸⁴ Portanto, o processo de ressocialização deve estar voltado a reverter os valores negativos e nocivos em valores positivos e benéficos para a sociedade.

Nas palavras de Foucault “a correção individual deve então realizar o processo de requalificação do indivíduo como sujeito de direito, pelo reforço dos sistemas de sinais e das representações que fazem circular”⁸⁵. A prisão deve desempenhar seu papel social no intuito de reinserir o indivíduo delinquente na sociedade, após o término da pena: “entre o crime e a volta ao direito e a virtude, a prisão constituirá um ‘espaço entre dois mundos’, um lugar para as transformações individuais que devolverão ao Estado os indivíduos que este perdera”⁸⁶.

Enfim no projeto de instituição carcerária que se elabora, a punição é uma técnica de coerção dos indivíduos; ela utiliza processos de treinamento do corpo - não sinais - com os traços que deixa, sob a forma de hábitos, no comportamento; e ela supõe a implantação de um poder específico de gestão da pena.⁸⁷

O artigo 3º da LEP preceitua que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”⁸⁸. Não havendo, portanto nenhuma incompatibilidade entre o respeito às garantias fundamentais e a punição do indivíduo considerado culpado. O Aparelho punitivo do Estado através da aplicação de técnicas penitenciárias tem legitimidade não só para punir o delinquente, mas também para recuperá-lo, devendo privá-lo apenas dos bens jurídicos indispensáveis ao cumprimento da pena.

Atualmente o encarceramento não pode ser empregado apenas como meio de segregação de indivíduos considerados perigosos para o convívio em comunidade, deve também ser direcionado, em sua execução, à reabilitação para que o condenado futuramente volte ao meio social em condições de conviver pacificamente.

⁸⁴ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. In: Vade Mecum, 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁸⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 40 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p.124.

⁸⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 40 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p.119.

⁸⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 40 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p.126.

⁸⁸ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. In: Vade Mecum, 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

Além do mais, a Teoria do Direito Penal Mínimo nos faz refletir sobre a necessidade de obediência extrema ao princípio da intervenção mínima. Portanto, a pena privativa de liberdade só deve ser aplicada em *ultima ratio*, ou seja, quando tal punição estiver estritamente prevista em lei e não seja previsto nenhum outro meio substitutivo desta pena. Na prática só deve ser aplicada aos crimes mais graves, de maior repercussão social ou quando o delinquente demonstrar alta periculosidade para permanecer em sociedade.

A Lei de Execuções Penais que está em vigor desde 11 de julho de 1984, prevê, essencialmente, em seus artigos 5º ao 37, a individualização da pena, assistência jurídica, material, a educação, a saúde, social e religiosa, bem como, assistência ao egresso, além de regulamentar o trabalho interno e externo do apenado.

O exame criminológico previsto na LEP tem por finalidade a individualização do tratamento penal. Quanto à classificação dos presos, a Lei de Execução Penal dispõe que os presos devem ser classificados segundo os seus antecedentes criminais e personalidade, adequando a pena ao condenado e separando os presos reincidentes dos primários.

Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.⁸⁹

São obrigações estatais disciplinadas pela Lei de Execução Penal a prestação de assistências ao preso e ao egresso previstas nos artigos 10 e 11:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

- I - material;
- II - à saúde;
- III - jurídica;
- IV - educacional;
- V - social;
- VI - religiosa.⁹⁰

⁸⁹ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. In: Vade Mecum, 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁹⁰ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. In: Vade Mecum, 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

Com relação à laborterapia, a Lei dispõe que o trabalho do preso tem finalidade educativa e produtiva, devendo ter remuneração mínima não inferior a $\frac{3}{4}$ do salário vigente. A jornada normal de trabalho prevista é de seis a oito horas diárias com descanso aos domingos e feriados.

Em seus artigos 126 a 129, a Lei prevê o instituto da remição da pena, ou seja, a cada três dias de trabalho realizado, é descontado um dia de pena. Se ele não trabalha, perde os benefícios da remição, excetuados apenas o preso provisório e o preso político, para os quais o trabalho não é obrigatório.

O parágrafo 1º do artigo 29 da LEP estabelece que o produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

- a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;
 - b) à assistência à família;
 - c) a pequenas despesas pessoais;
 - d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.
- § 2º Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.⁹¹

Os artigos 36 e 37 da LEP estabelecem as regras para o trabalho externo:

Art. 36. O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

§ 1º O limite máximo do número de presos será de 10% (dez por cento) do total de empregados na obra.

Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de $\frac{1}{6}$ (um sexto) da pena.⁹²

A Lei de execução penal estabelece em seu artigo 39 os deveres inerentes ao condenado que cumpre pena de prisão, obrigando-o a submeter-se às normas de execução da pena.

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

- I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
- II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
- III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
- IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
- V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
- VI - submissão à sanção disciplinar imposta;

⁹¹ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. In: Vade Mecum, 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁹² BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. In: Vade Mecum, 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;
 VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
 IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
 X - conservação dos objetos de uso pessoal.
 Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.⁹³

Cabe aqui, ressaltar, os direitos dos apenados, que estão elencados no rol do art. 41 da LEP, como sendo:

I – alimentação suficiente e vestuário;
 II – atribuição de trabalho e sua remuneração;
 III – previdência social;
 IV – constituição de pecúlio;
 V – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
 VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
 VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
 VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
 IX – entrevista pessoal e reservada com o advogado;
 X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
 XI – chamamento nominal;
 XII – igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
 XIII – audiência especial com o diretor do estabelecimento;
 XIV – representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
 XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.⁹⁴

No parágrafo único do artigo 41 LEP tem-se a possibilidade de suspensão ou restrição de alguns direitos do apenado mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Com a garantia e a prestação concreta desses direitos, juntamente com o serviço assistencial, como a auxílio à saúde, jurídica, material, educacional, social e religiosa, tem-se o primeiro passo para trabalhar a ressocialização com os apenados, resgatando, principalmente, os valores humanos, de modo que a lei de execução penal, perfilhou todos os anseios, ensinamentos, decisões e conquistas sobre a necessidade de humanização da pena.

Ressalta-se, neste ponto, que os apenados também possuem direitos humanos e o Estado é responsável por garantir esses direitos e prestar assistência

⁹³ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. In: Vade Mecum, 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁹⁴ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. In: Vade Mecum, 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

nos estabelecimentos prisionais, bem como deve garantir uma celeridade processual, para que estes apenados não fiquem reclusos por mais tempo do que deveriam.

Deve-se salientar que os direitos e assistências devem ser prestados a todos os apenados sem distinção, independentemente, de sua cor, crença, nacionalidade, classe social e etc. Isso para evitar que o nosso sistema penitenciário permita que haja apenados com regalias, enquanto outros não tenham garantidos nem os direitos básicos do ser humano.

Também estão regulados na lei 7.210/84 o instituto da suspensão condicional da pena (*sursis*) e o desvio ou excesso de execução. A respeito do primeiro nos ensina Renato Marcão: “consiste em permitir que o condenado não seja submetido ao cumprimento de pena privativa de liberdade, desde que durante determinado período – denominado período de prova – cumpra as condições que se fixar”⁹⁵. Sobre o segundo tratam os artigos 185 e 186 da LEP:

Art. 185. Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares.

Art. 186. Podem suscitar o incidente de excesso ou desvio de execução:

I - o Ministério Público;

II - o Conselho Penitenciário;

III - o sentenciado;

IV - qualquer dos demais órgãos da execução penal⁹⁶

⁹⁵ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 10 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁹⁶ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. In: Vade Mecum, 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPÍTULO 3. HUMANIZAÇÃO DAS PENAS COMO FIM DO ESTADO

3.1 A função social da pena privativa de liberdade

A punição ou sanção é a consequência jurídica principal que deriva da infração penal. A conceituação apresentada pelo Dicionário Jurídico Brasileiro⁹⁷ descreve a pena num primeiro momento como punição, castigo. E na segunda parte da definição como imposição da perda ou diminuição de um bem jurídico, prevista em lei e aplicada, pelo órgão judiciário, a quem praticou ilícito penal.

Nelson Pizzotti Mendes assim conceitua a pena privativa de liberdade: “a pena privativa de liberdade, como seu nome indica, priva o sentenciado de sua liberdade, colocando-o em reclusão em um estabelecimento penal e submetendo-o a um regime especial de vida, e comumente, à obrigação de trabalhar”.⁹⁸ A pena de prisão é o meio mais frequente de defesa contra o delito nas sociedades contemporâneas, e hoje é a base do sistema repressivo de diversos países.

A ressocialização do indivíduo delinquente passa a ser tratada como prioridade na atual ordem jurídica brasileira. De tal forma que o infrator da lei continua sendo sujeito de direitos e deveres, ressalvadas apenas as privações inerentes a aplicação da pena privativa de liberdade ou de qualquer outra que tenha sido imposta pelo poder judiciário, após o devido processo legal. A pena deve garantir a integridade pessoal do apenado.

A prisão é não apenas a forma contemporânea de punição, como também a forma de reeducar, ressocializar, reinserir o Homem na sociedade que o mundo civilizado ocidental adotou. É meio pelo qual acredita-se poder conter a violência contemporânea⁹⁹.

A proposta ressocializadora da privação de liberdade está aliada a existência de limitação do poder punitivo e a humanização da justiça e da pena. A pena privativa de liberdade adotada pelo Estado como pena núcleo do sistema punitivo surge como meio eficaz de controle social, sendo o marco para humanização da

⁹⁷ SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

⁹⁸ MENDES, Nelson Pizzotti. **Classificação das penas**: a pena privativa de liberdade. Disponível em < <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/6ab9d1.pdf>>. Acesso em: 20 Dez. 2015.

⁹⁹ RUDNICKI, Dani. **Sobre a Pena de Prisão**. Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 727, p. 345, Mai. 1996.

execução penal. A partir de então a pena passa a ter caráter não apenas retributivo tendo como fim fazer a justiça. Sendo aplicada em consequência ao delito praticado.

De acordo com a classificação das penas feita por Nelson Pizzotti Mendes¹⁰⁰, estas podem ter as seguintes finalidades: reparatorias, repressivas, preventivas e eliminatórias. As penas reparatorias buscam suprimir o estado ou ato antijurídico e reparar os danos causados pela ação delituosa; as repressivas são exclusivamente retributiva ou expiatória, ou seja, será dada ao transgressor da lei a pena que ele merece; as preventivas buscam o tratamento e a adaptação do delinquente, visando o seu retorno à sociedade e a não- reincidência; já as eliminatórias buscam apenas a desaparecimento do delinquente. A função preventiva da pena ocupa lugar de destaque no cenário atual, permanecendo, porém, os outros fins naturais da pena.

Hoje não há uma preocupação com a exata coincidência entre o bem lesado pelo criminoso e o bem que se quer privar a este como havia na época da Lei de Talião. A conservação da segurança pública reflete diretamente na preservação da estrutura ou segurança do Estado. E nesse aspecto a pena privativa de liberdade desempenha um papel preventivo, e

Seus defensores a justificam, antes de tudo, por ser um instrumento até agora insubstituível de segregação de indivíduos perigosos para a sociedade, por constituir o meio mais adequado para a reforma dos delinquentes e exercitar uma adequada intimidação sobre as massas, separando muitos do delito, realizando assim um benéfico labor preventivo¹⁰¹.

O sistema carcerário assume na sociedade uma função de prevenção, à medida que se espera ao aplicar a pena a um indivíduo que cometeu uma infração penal que sirva de lição para que outros não cometam tal falta. Além de que espera-se impedir a reincidência do apenado, aplicando-lhe um tratamento reeducativo, tendo em vista a sua reabilitação e readaptação ao meio social.

Na doutrina discutem-se as várias finalidades que são atribuídas a pena privativa de liberdade passando pelo castigo ao delinquente; a reforma do infrator; a readaptação individual e social do criminoso. Há ainda quem mencione a função curativa desta pena, similar a dos manicômios.

¹⁰⁰ MENDES, Nelson Pizzotti. **Classificação das penas:** a pena privativa de liberdade. Disponível em < <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/6ab9d1.pdf>>. Acesso em: 20 Dez. 2015.

¹⁰¹ Cuello Calon, Eugenio. La moderna penologia, tomo I, Bosch, 1958. *Apud* MENDES, Nelson Pizzotti. **Classificação das penas:** a pena privativa de liberdade. Disponível em < <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/6ab9d1.pdf>>. Acesso em: 20 Dez. 2015. p 55.

As três principais teorias sobre a função da pena são: a teoria retributiva (absoluta), a teoria preventiva (relativa), subdividida em prevenção geral e prevenção especial e a teoria mista (unificadora ou eclética). As quais explicam o sentido, a função e a finalidade das penas.

A Teoria retributiva considera que a pena se esgota na ideia de pura retribuição, ou seja, responde ao mal constitutivo do delito com outro mal que se impõe ao autor deste. Nesse sentido a pena é uma espécie de penitência que o condenado deve cumprir para purgar (expiar) seu ato injusto e sua culpabilidade. Enfim, a pena retributiva esgota o seu sentido no mal que se faz sofrer ao delinquente como compensação ou expiação do mal causado pela prática do crime.

Ensina-nos Bitencourt, acerca da teoria retributiva:

[...]é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a justiça. A pena tem como fim fazer Justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto¹⁰².

A teoria preventiva da pena atribui à pena a capacidade e a missão de evitar que no futuro se cometam delitos. Essa teoria também reconhece que, segundo sua essência, a pena se traduz num mal para quem a sofre. Porém para se justificar, a pena tem de usar desse mal para alcançar a finalidade precípua de toda a política criminal, mais precisamente, a prevenção ou a profilaxia criminal. Desse modo justifica a necessidade da pena para inibir a violência e a prática de novos fatos delitivos.

Na prevenção geral negativa a pena é concebida como forma de intimidação da coletividade através da ameaça de sua aplicação. E que, ao fim, conduzirá os cidadãos a não cometerem fatos delitivos. Por outra parte, na prevenção positiva, a pena é o meio de que o Estado se serve para manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na força de vigência do ordenamento jurídico-penal. Sendo a punição o instrumento por excelência destinado a revelar perante a coletividade a inquebrantabilidade da ordem jurídica, apesar de todas as violações que tenham tido.

¹⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas – 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 118

Enquanto que a prevenção especial busca prevenir a reincidência. Sendo a pena um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do delinquente, com o fim de evitar que, no futuro ele cometa novos crimes. A prevenção especial positiva persegue a ressocialização do delinquente, através da sua correção. A pena deve ser dirigida ao tratamento do delinquente, com o propósito de incidir em sua personalidade, com efeito de evitar sua reincidência. A finalidade da pena-tratamento é a ressocialização. Por outro lado, a prevenção especial negativa tem por fim neutralizar a possível nova ação delitiva buscando tanto a inocuização através da intimidação – do que ainda é intimidável -, como a inocuização mediante a privação da liberdade – dos que não são corrigíveis nem intimidáveis.

Esclarece de forma sucinta o autor Bitencourt:

a prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais¹⁰³.

A teoria mista ou unificadora tenta agrupar em apenas um conceito os fins da pena unificando os aspectos mais destacados das teorias retributiva e preventiva. Um dos argumentos básicos dessa corrente doutrinária é a necessidade de adotar uma teoria que abranja a pluralidade funcional da pena. Tendo a adoção de uma teoria isoladamente consequências graves para a segurança e os direitos fundamentais do homem.

Constata-se que as teorias mistas ou ecléticas são adotadas de forma ampla e majoritária no mundo ocidental, não só mantendo o conteúdo retributivo da sanção penal, calcado no parâmetro da culpabilidade, mas, de igual modo, com ênfase no caráter preventivo do delito, tanto no seu aspecto geral (quando busca robustecer o nível de confiabilidade pelo corpo social na ordem jurídica, contendo também caráter intimidatório em face da ameaça da punição) como de prevenção especial negativa e positiva revelada, respectivamente pela inoculação do infrator ou pela busca de sua reinserção para evitar-lhe o retorno ao crime(reincidência)¹⁰⁴.

Após análise acerca das teorias da pena, conclui-se-se que a doutrina brasileira adotou a teoria mista ou unificadora. Os doutrinadores observam que a interpretação do artigo 59 do Código Penal é padronizada no sentido da adoção de uma teoria mista aditiva, em que não existe a prevalência da retribuição, nem da

¹⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 21ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 154

¹⁰⁴ GOMES, Geder Luiz Rocha. **A substituição da Prisão. Alternativas Penais: Legitimidade e Adequação**. Bahia: Editora JusPODIVM, 2008.p.51.

prevenção, porque tais fatores coexistem, somando-se, sem que exista uma hierarquia.

Na fixação da pena, em conformidade com o artigo 59 do Código Penal Brasileiro: “o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”¹⁰⁵. A pena de prisão deve levar em conta um modelo cujo objetivo não seja apenas castigar o indivíduo, mas orientá-lo dentro da prisão para que ele possa ser reintegrado à sociedade de maneira efetiva, evitando com isso a reincidência.

Um Estado democrático de direito obriga-se a tutelar os bens jurídicos relevantes sob o ponto de vista constitucional, sendo a pena considerada legítima quando socialmente necessária. Ou seja, quando imprescindível à vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista a dignidade da pessoa humana.

Sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana a pena privativa de liberdade, por ferir um dos bens mais precioso do ser humano, a liberdade, só será aplicada quando a lesão ao bem jurídico tutelado assim o justificar e estiver estritamente previsto na seara penal. Impondo limites ao poder punitivo do Estado em prol das liberdades individuais. Dessa forma o direito penal protege os bens jurídicos essenciais para a convivência humana, atuando em *ultima ratio*, ou seja, só deve ser utilizado quando os demais ramos do direito não servir mais para tutelar tais bens jurídicos primordiais.

As finalidades essenciais da pena é punir e recuperar o delinquente por meio da aplicação de metodologias ressocializadoras. A prisão do delinquente tem como finalidades concomitantes a punição, a prevenção da prática de novas infrações e a regeneração do preso. Sendo considerada a principal meta do sistema penitenciário a reabilitação do condenado.

Na concepção moderna de Estado a pena assume uma finalidade essencialmente preventiva. Nas palavras sábias de Cesare Beccaria:

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam

¹⁰⁵ BRASIL. Decreto Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal, artigo 59**. In: Vade Mecum, 16.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida. - (Cesare Beccaria)¹⁰⁶.

O modelo ressocializador é um sistema reabilitador, que indica a ideia de prevenção especial à pena privativa de liberdade. Consiste em medida que visa ressocializar a pessoa em conflito com a lei. Nesse sistema, a prisão não é um instrumento de vingança, mas sim um meio de reinserção mais humanitária do indivíduo na sociedade.

Jason Albergaria em seu livro *Das Penas e da Execução Penal*¹⁰⁷ preleciona que a ressocialização é um dos direitos fundamentais do preso e está vinculada ao estado social de direito, que deve se empenhar para assegurar o bem estar material a todos os indivíduos, inclusive ao infrator. O delinquente, como indivíduo em situação difícil e como cidadão, tem direito a sua reincorporação social. Essa concepção exige a cooperação de todos que compõe a sociedade para uma missão eminentemente humana e que pode contribuir para o bem-estar de toda a humanidade.

Porém, Cezar Roberto BITTENCOURT¹⁰⁸ ressalta que a ressocialização não é o único e nem o principal objetivo da pena, mas sim, uma das finalidades que deve ser perseguida na medida do possível. Saliencia também que não se pode atribuir às disciplinas penais a responsabilidade de conseguir a completa ressocialização do delinquente, ignorando a existência de outros programas e meios de controle social através dos quais o Estado e a sociedade podem dispor para cumprir o objetivo socializador, como a família, a escola, a igreja, etc. Convoca-se assim a sociedade para uma efetiva participação e cooperação no processo executório.

Do exposto verifica-se, que uma das principais características da ressocialização consiste em reformar, reeducar, dar autoconfiança, preparar para o trabalho estimulando a iniciativa e a consciência social do apenado, possibilitando que este possa voltar a conviver em sociedade. Assim como se depreende do artigo 1º da Lei de Execução Penal: “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a

¹⁰⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**; tradução de Torrieri Guimarães. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2007.p101.

¹⁰⁷ ALBERGARIA, Jason. **Das penas e da execução penal**. 3ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.146.

¹⁰⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 21ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 607-608.

harmônica integração social do condenado e do internado”¹⁰⁹. Deve-se orientar o cumprimento da execução penal de maneira tal que possa conferir-lhe utilidade.

Conclui Michel Foucault¹¹⁰, que para punir é preciso ajustar a enormidade da pena e a enormidade da falta aos seus próprios efeitos, calculando uma pena em função não do crime, mas de sua possível repetição. Visar não à ofensa passada, mas à desordem futura, fazendo que o infrator sinta-se com isso desestimulado a recomeçar. Afirmando isso, Foucault acrescenta que o motivo do crime é a vantagem que se representa com ele e a eficácia da pena está na desvantagem que se espera dela. Não devendo assim, ser por meio de dor o instrumento da técnica punitiva, mas sim com a quantidade de pena que o crime merece ser punido.

3.2 Deslocamento conceitual: o processo de execução penal como via de humanização

O Período humanitário na execução das penas inicia-se a partir da necessidade de adequar a aplicação da pena aos fins de ressocialização dos criminosos, pois a consciência comum do povo clamava por modificações e reformas no direito repressivo. É a essência da obra de Beccaria a defesa do indivíduo contra as leis e a justiça daqueles tempos, que se notabilizaram; aquelas, pelas atrocidades; e esta, pelo arbítrio e servilismo aos fortes e poderosos. “É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada em lei”¹¹¹.

O princípio da dignidade da pessoa humana foi consagrado pela primeira vez na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948 e recepcionado no Brasil pela CF/88. A Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º, inciso III, diz que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Brasileiro, não admitindo-se distinções entre pessoas, que mesmo tendo infringido a lei, têm direitos

¹⁰⁹ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. **Lei de Execução Penal, artigo 1º**. In: Vade Mecum, 16.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹¹⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 40.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p.89.

¹¹¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**; tradução de Torrieri Guimarães. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2007, p..

garantidos pelo Estado. Todo ser humano precisa ter atendidas as condições existenciais mínimas, como nos ensina Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior:

Portanto, o homem deve ser a medida primeira para a tutela do Estado, alcançando ainda maior destaque no Direito Penal onde o condenado será encarado como sujeito de direitos, e deverá manter todos os seus direitos fundamentais que não forem lesados pela perda da liberdade em caso de pena privativa. Note-se que a pena é privativa de liberdade, e não da dignidade, respeito e outros direitos inerentes à pessoa humana ¹¹².

O Período Humanista da Pena começa no movimento renascentista e com a primazia dos ideais iluministas. Surge a valorização do livre arbítrio e do respeito ao homem. A pena passa a ter justificativa racional, não bastando mais o sentimento de vingança ou de justiça divina.

Não havia qualquer preocupação com o aspecto humano do condenado, mesmo porque não se tratava de uma pena em si mesma. Já nos estabelecimentos modernos, esta preocupação é fundamento teórico do sistema. Por isso criou-se todo um conjunto de normas visando proteger o condenado do arbítrio estatal e 'humanizar' o quanto for possível, o cumprimento da pena numa prisão ¹¹³.

O Direito Penal Brasileiro é baseado no princípio da intervenção mínima, ou seja, a intervenção do Estado na esfera de direitos do cidadão será a mínima possível, com o intuito de permitir o convívio social e desenvolvimento individual. A pena como medida extrema e grave, deve ser aplicada apenas quando estritamente necessária para evitar um mal maior. O Estado na aplicação do uso do *jus puniendi* deve sempre observar a proporcionalidade e adequação das penas ao crime cometido.

Por vedação constitucional não é possível a aplicação de penas cruéis, de trabalhos forçados e de banimento, por serem atentatórias à dignidade humana. Surge o princípio da humanidade das penas, que garante a proteção aos bens jurídicos com respeito à dignidade humana.

Durante muito tempo o condenado foi objeto da Execução penal e só recentemente é que ocorreu o reconhecimento dos direitos da pessoa humana condenada, ao surgir a relação de Direito público entre Estado e o condenado. ¹¹⁴

¹¹² CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p.31.

¹¹³ LEAL, João José. **Penitenciarismo Brasileiro, Sombra Sinistra da Sociedade Desajustada em que Vivemos.** Doutrinas Essenciais Processo Penal, vol. 6, p. 607. Revista dos Tribunais. São Paulo: Jun. 2012.

¹¹⁴ CAMARGO, Virginia. **Realidade do Sistema Prisional no Brasil.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n.33, set2006. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1299>. Acesso em 10 de abr 2014.

A preservação da integridade pessoal dos delinquentes é elevada a categoria de direito fundamental. Garantindo proteção legal ao preso e respeito a todos os princípios constitucionais relacionados a execução penal. Durante o cumprimento da pena a lesão provocada pelo Estado visa o bem comum, inclusive do apenado.

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria *mista* ou *ecclética*, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se por meio da execução, punir e humanizar¹¹⁵.

Apesar da pena ter um caráter expiatório, mesmo assim é totalmente voltada para a proteção da sociedade. Além de ter função exemplar e retributiva, ela tem um escopo de melhoramento, servindo para reeducação do delinquente. A justiça penal deve ter em consideração a pessoa humana além das simples exigências da técnica processual, afim de que o tratamento penal seja humanizado.

Busca-se a humanização da execução penal que em nada põe em risco a ordem e a segurança pública. Um Estado democrático de direito deve proporcionar o bem-estar social respeitando todas as normas de direitos humanos, garantindo uma integração social do condenado ou do internado, ou seja, além da prevenção de novos crimes visa-se a humanização do processo executório. Não apenas punir, mas humanizar.

A execução penal possui natureza jurisdicional, apesar da intensa atividade administrativa que a envolve. E por ter natureza jurisdicional o processo de execução das penas está sujeito aos princípios e garantias constitucionais. A intenção da punição não é exterminar o condenado, mais transformá-lo e reinseri-lo no convívio social.

O Estado deve definir técnicas de correção individualizada e utilizar-se de instrumentos capazes de provocar uma transformação comportamental no indivíduo infrator sem restringir os direitos inerentes ao ser humano além daqueles estritamente necessários ao cumprimento da pena. A intervenção estatal na vida do condenado deve ser a mínima possível para garantir-lhe a preservação da dignidade humana.

Em particular, deve-se observar o princípio da humanização da pena, pelo qual deve-se entender que o condenado é sujeito de direitos e deveres, que

¹¹⁵ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 10 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 32.

devem ser respeitados, sem que haja excesso de regalias, o que tornaria a punição desprovida de sua finalidade ¹¹⁶.

Em decorrência dos princípios da segurança e da certeza jurídica somente o Estado é que pode tornar efetiva a sanção penal, ainda que decorrente de condenação imposta em ação penal privada, inexistindo outro titular do direito de fazer cumprir, executar, o título que se formou com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Portanto a fase de execução penal será sempre de natureza pública.

Criou-se o direito penal para vincular a cada infração uma pena, qualitativa e quantitativamente preestabelecida. O Estado se autolimita não podendo aplicar outra pena senão aquela que escolheu para punir determinada conduta típica. Além do mais não pode esquecer que o sentenciado é um homem, ainda que apartado da sociedade pela sua delinquência, e a pena jamais pode perder o caráter humanitário que envolve toda a execução penal.

Seguindo uma sequência lógica surge o direito processual penal que rege as relações entre o Judiciário, a vítima e o delinquente, garantindo o contraditório e a ampla defesa na apuração dos fatos, servindo como um importante instrumento de humanização do processo acusatório. Nesse sentido nos ensina Antônio Alberto Machado:

É por levar em conta a situação de inferioridade do réu perante o aparato repressivo do Estado que o processo penal se constitui mesmo num instrumento de salvaguarda das várias formas de liberdade do indivíduo, de modo a não permitir que a disparidade entre a situação frágil do acusado e a superioridade do Estado, na relação processual penal, se aprofunde a ponto de aniquilar importantes conquistas das sociedades democráticas, tais como a condição de sujeito de direito atribuída aos acusados, a dialética contraditória dos processos criminais e a isonomia substancial que deve haver entre os sujeitos processuais ¹¹⁷.

Por último temos a fase de execução da pena, que permite um tratamento humanizado ao indivíduo já condenado pela prática de um crime, determinando as regras mínimas para cumprimento de sua pena. Nesse contexto a lei de execução penal nos traz o passo a passo para aplicação das penas. Não sendo mais admissível qualquer punição atentatória a dignidade humana. Sendo o homem sujeito de direitos fundamentais invioláveis mesmo após condenação penal.

¹¹⁶ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 10 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 34.

¹¹⁷ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 6ª ed. atual. de acordo com a Lei nº 12.850/2013. São Paulo: Atlas, 2014.

Uma vez condenado o autor da infração penal deve ter todos os seus direitos respeitados na fase de execução da pena. O direito-dever de punir do Estado encontra limites no próprio ordenamento jurídico estatal, sujeitando-se aos limites e garantias constitucionais.

As limitações impostas ao poder punitivo do Estado visam a impedir o despotismo do poder público e evitar atrocidades como aquelas ocorridas antes do séc. XVIII. É o direito objetivo que deve consagrar normas e princípios onde o Homem seja colocado como medida do poder punitivo¹¹⁸.

A execução forçada decorrente de sentença penal só poderá ser feita pelo Poder Judiciário, respeitando-se entre outros os princípios do contraditório, da ampla defesa, da legalidade, da impessoalidade do juiz, da proporcionalidade, da razoabilidade e do duplo grau de jurisdição. Este último permitindo ao condenado o direito de interpor recurso da decisão do juiz de primeira instância, garantido uma decisão o mais justa e adequada possível para o caso concreto.

3.3 Os dilemas atuais da pena privativa de liberdade

A privação da liberdade como pena surge como alternativa as cruéis penas corporais aplicadas até fins do século XVIII. Com a introdução dos Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro e para garantir a dignidade da pessoa humana foi implantado o sistema penitenciário e seus princípios com a finalidade precípua de ressocializar o indivíduo delinquente.

O termo ressocialização significa a reintegração de uma pessoa a fim de trazê-la novamente ao convívio social por meio de políticas humanísticas, ou seja, as sanções que são impostas pela lei têm as funções de reeducar, ressocializar o criminoso a fim de que ele possa voltar a sociedade totalmente recuperado.

Partindo dessas premissas que demonstram a finalidade da Lei de Execução Penal, passemos a analisar quais são as supostas causas que inviabilizaram a ressocialização.

A grande discussão está na falta de condições do sistema carcerário para abrigar um delinquente. Existem vários fatores que revelam o sistema penitenciário brasileiro como impróprio, entre eles, a superpopulação, a falta de instalações

¹¹⁸ CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e constituição**: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

condizentes, falta de gerenciamento adequado, a falta de investimento e o descaso do poder público ao longo do tempo.

O sistema penitenciário nos dias de hoje possui graves deficiências. As condições dos estabelecimentos prisionais deixam a desejar, faltam instalações adequadas, higienização, assistência à saúde e tantas outras necessidades básicas do apenado são ignoradas.

As violações de direitos e a falta de ambientes que individualizem a pena gera aumento da violência e da reincidência e demonstram a necessidade de reformas radicais no sistema penal brasileiro, para que a pena privativa de liberdade seja efetivamente meio de reabilitação dos apenados e não simples meio de estigmatização.

Apesar de todas as falhas e inconvenientes encontrados na prisão, não há ainda alternativa que possa substituí-la por completo. Segundo Foucault é a detestável solução, de que não se pode abrir mão. São diversos fatores que refletem negativamente na realidade carcerária atual. Nesta parte do capítulo abordaremos alguns dos problemas que mais afligem a execução das penas privativas de liberdade no Brasil, analisando as causas consideradas mais relevantes para o desvirtuamento da função ressocializadora da pena de prisão a consequente degradação do encarcerado.

Um dos maiores problemas que evidenciam a crise penitenciária é a superpopulação carcerária, que torna praticamente impossível a aplicação das normas inerentes ao tratamento reeducativo, devido à exígua estrutura física disponibilizada ao sistema penitenciário, gerando em consequência o desrespeito ao princípio da individualização da pena em sua fase executiva.

O total de apenados condenados no sistema prisional passou de 3.866 pessoas em 1938 para 321.014 em 2009. Se considerarmos informações mais recentes, e que 38% da população carcerária encontra-se em situação provisória, a realidade adquire contornos ainda mais dramáticos: o Brasil possuía, em 2012, 515.482 pessoas presas para apenas 303.741 vagas, *deficit* de 211.741 vagas. O Brasil já é o quarto país que mais encarcera no mundo e, mesmo assim, convive com taxas de criminalidade muito altas, segundo o *Anuário Brasileiro de Segurança Pública* (2012) ¹¹⁹.

A ausência do tratamento individualizado a cada caso “contribui para o fracasso da pena como instrumento de reinserção social, criando inclusive as

¹¹⁹ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Reincidência criminal no Brasil**: Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/9273eaea20159abdadb8bb43a3530f49.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2016. Acesso em: 30 jan. 2016. p.10.

condições adequadas para que o condenado retorne à delinquência”¹²⁰. Além disso, a superpopulação e as más condições das instalações dos presídios interferem negativamente no processo de reeducação do preso.

Dessa forma, sem que o interno seja submetido a um tratamento adequado com base em um exame criminológico visando a sua classificação (com finalidade pedagógica), e seja a execução de sua pena individualizada conforme determina a lei, dificilmente serão observados resultados satisfatórios quanto à ressocialização.

Outro grande problema que pode ser constatado nos presídios, resultante da superpopulação e da falta de estrutura física é a falta de higiene adequada (os presos ficam amontoados num espaço reduzido, onde são obrigados a realizar suas necessidades fisiológicas e com espaço de movimentação restrito), o que pode ser gerador da proliferação de inúmeras enfermidades.

Outro fator criminógeno da prisão é a inexistência de instalações adequadas para funcionamento dos diversos estabelecimentos prisionais. Assim como, a precariedade de assistência ao preso e também às vítimas e aos egressos, ligados ainda, à crônica falta de recursos de todos os tipos para o sistema penitenciário como um todo, além do descumprimento da progressão do regime. Esses fatores somados a tantos outros inviabilizam a aplicação da lei de execuções penais.

Essas situações demonstram o não cumprimento das obrigações estatais disciplinadas pela Lei de Execução Penal em seus artigos. E em consequência justificam a falha no processo de reeducação e o aumento da reincidência.

A privação da liberdade interliga-se a ressocialização uma vez que tira-se um indivíduo criminoso da sociedade e colocam-no em um presídio a fim de reeducá-lo para que volte a sociedade e aplique ações boas e de bom convívio. Porém muito é discutido sobre como e quando a privação deve ser aplicada, pois o estado que algumas penitenciárias se encontram é quase deplorável.

A reincidência é outro problema que assola o sistema penitenciário brasileiro. Na definição dada pelo código penal em seu artigo 63: “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que,

¹²⁰ CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e constituição**: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p.84

no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”¹²¹. Fazendo algumas ressalvas no seu artigo 64:

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos¹²².

Segundo informações do Relatório de pesquisa produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) intitulado Reincidência criminal no Brasil,

O Censo Penitenciário Nacional de 1994 concluiu que 34,4% dos apenados no Brasil eram reincidentes. Entretanto, o Ministério da Justiça substituiu o conceito de reincidência penal por reincidência penitenciária em 1997. Para essa definição, reincidente é aquele que cumpriu pena, foi solto e voltou a ser preso para o cumprimento de nova pena. Kahn (2001) produziu pesquisa sobre reincidência penal para o estado de São Paulo e apontou que a taxa era de 50% em 1994; 45,2% em 1995; e 47% em 1996¹²³.

O Ministério da Justiça (MJ), por meio do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), já mencionou a dificuldade de se calcular os números de reincidência criminal. Verifica-se, que as taxas de reincidência calculadas pelos estudos brasileiros variam muito em função do conceito de reincidência adotado. Em seu relatório de gestão, ano 2001, o Depen citou que a reincidência criminal em 1º de janeiro de 1998 era de 70% e que sua meta era reduzi-la, até 2003, para 50%:

Todavia, analisando o exposto nesse documento, percebe-se que o conceito utilizado é bem amplo e considera, em verdade, a reincidência prisional como parâmetro de cálculo. Para o Depen, o indicador é definido como o número de reincidências sendo igual a presos recolhidos no ano com passagem anterior pelo sistema (condenados ou não). Ou seja, a porcentagem de 70% está sobrestimada pelos presos provisórios, que têm seu movimento influenciado pela atividade policial e que não necessariamente se convertem em condenações. Na verdade, esse mesmo relatório constata que a taxa de reincidência criminal, nos critérios nele definidos para a sua apuração, não conta como base de informações para o acompanhamento e o processamento de nova apuração. O próprio Depen, em junho de 2008, divulgou que 43,12% dos apenados de todo o país no primeiro semestre daquele ano eram réus primários com uma condenação,

¹²¹ BRASIL. Decreto Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. In: Vade Mecum, 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹²² BRASIL. Decreto Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. In: Vade Mecum, 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹²³ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Reincidência criminal no Brasil**: Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/9273eaea20159abdadb8bb43a3530f49.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2016. p.12.

23,87% eram primários com mais de uma condenação e 33,01% eram reincidentes (Brasil, 2001; 2008a) ¹²⁴.

Apesar das variações encontradas a respeito dos números da reincidência no Brasil, estamos vivenciando um estado de constante preocupação com o aumento progressivo da criminalidade no país e a dificuldade encontrada para aplicação dos meios de recuperação do condenado.

Os números, contudo, são sempre altos (as menores estimativas ficam em torno dos 30%). Esse grave problema tem levado o poder público e a sociedade a refletirem sobre a atual política de execução penal, fazendo emergir o reconhecimento da necessidade de repensar essa política, que, na prática, privilegia o encarceramento maciço, a construção de novos presídios e a criação de mais vagas em detrimento de outras políticas ¹²⁵.

A educação e o trabalho são mecanismos importantes de reintegração social do apenado. E são garantidos pela LEP como direitos do indivíduo encarcerado. Porém, na prática a estrutura oferecida dentro dos presídios não viabiliza esses projetos. A falta de perspectiva de reinserção social é fator determinante no aumento da criminalidade e da reincidência.

As condições em que as aulas são ministradas desestimulam tanto os professores quanto a comunidade carcerária: o material didático é escasso e os locais, improvisados. Em tese, o trabalho deveria ser um item importante no processo de recuperação do infrator. Entretanto, a prisão opera na contramão dos objetivos sociais a que foi destinada. Em regra, não ensejam perspectivas futuras de inserção social dos egressos.

Em entrevista a repórter Elaine Patricia Cruz da Agência Brasil Luciano Losekann, juiz auxiliar da presidência do CNJ e coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Setor Carcerário mencionou algumas estatísticas a respeito da educação e trabalho dos presos nos presídios brasileiros:

Nem todos [os presos] estão aptos ao trabalho. Dentro deste cenário, temos um quadro muito pequeno de presos trabalhando. Menos de 14% dos 500 mil presos [existentes no país] trabalham, e menos de 8% estudam. Podemos ver por aí que temos um desafio enorme pela frente no sentido de

¹²⁴ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Reincidência criminal no Brasil**: Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/9273eaea20159abdadb8bb43a3530f49.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2016. p.12.

¹²⁵ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Reincidência criminal no Brasil**: Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/9273eaea20159abdadb8bb43a3530f49.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2016. p.12.

qualificar esta população e quebrar este ciclo de criminalidade que vem sendo gerado ao longo do tempo¹²⁶.

Algumas penitenciárias encontram-se em estado deplorável, a exemplo disso temos o complexo de Pedrinhas, no Maranhão, que em 2013 foi declarado como o presídio mais perigoso do Brasil, registrando mais de 60 mortes dentro do complexo em múltiplas rebeliões de presos que exigiam melhores condições dentro das celas.

A matéria sobre as seis piores prisões do Brasil produzida pelo repórter Luis Kawaguti da BBC Brasil em São Paulo, destaca o pensamento do juiz Douglas Martins – autor do relatório do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) que denunciou nacionalmente a onda de assassinatos e abusos em Pedrinhas (MA) em dezembro do ano passado – quando disse que

todos esses presídios problemáticos têm características em comum. As principais são a superlotação e a concentração excessiva de detentos em grandes unidades prisionais – o que favorece a formação e fortalecimento de facções criminosas¹²⁷.

No sistema carcerário brasileiro atual, acontecem de fato, diversos abusos, e uma evidente repressão aos direitos dos presos, onde o acompanhamento social, psicológico, jurídico ainda é geralmente precário, insuficiente, assim obstruindo qualquer forma efetiva de ressocialização e reinserção do preso à sociedade.

A respeito da crise da pena de prisão e da sua função ressocializadora, Bitencourt escreveu:

Quando a prisão se converteu na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um instrumento idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu, e atualmente predomina uma atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero que a prisão está em crise. Essa Crise também atinge o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se fazem a prisão refere-se a impossibilidade - absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado¹²⁸.

¹²⁶ CRUZ, Elaine Patricia. **No Brasil, sete em cada dez ex-presidiários voltam ao crime, diz presidente do STF.** *Agência Brasil, Empresa Brasil de Comunicação. 05 de set de 2011.* Disponível em: < <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2011-09-05/no-brasil-sete-em-cada-dez-ex-presidiarios-voltam-ao-crime-diz-presidente-do-stf>> Acesso em: 23 jan. 2016.

¹²⁷ KAWAGUTI, Luis. **As seis piores prisões do Brasil.** BBC Brasil. 20 de jan de 2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/01/140115_seis_prisoas_1k> Acesso em: 20 jan. 2016.

¹²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.1.

Ainda segundo Cezar Roberto Bitencourt, em seu livro *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*, a história da prisão não é a da sua progressiva abolição, mas a de sua permanente reforma. Para ele a prisão é concebida modernamente, com um mal necessário.

Apesar de existirem inúmeras normatizações referentes a aplicação das penas, essas deixam muito a desejar no que tange à efetivação, a verdadeira prática que deveria ser aplicada nas instituições carcerárias. Causando a falta de credibilidade em relação à ressocialização do apenado.

A Lei de Execuções Penais prevê, essencialmente, em seus artigos 5º ao 37º, a individualização da pena, assistência jurídica, material, a educação, a saúde, social e religiosa, bem como, assistência ao egresso e regulamenta o trabalho interno e externo, mas até hoje não pode ser aplicada na sua integralidade, por falta de medidas que deveriam ter sido adotadas pelo Estado, bem como pela falta de estrutura fornecida pelos mesmos.

A Lei nº. 7.210 de 1984 é considerada uma das mais avançadas no mundo e se cumprida integralmente, na prática, certamente propiciará a redução e a ressocialização de uma parcela significativa da população carcerária atual. De fato, em seu artigo 1º a LEP, afirma que o objetivo da execução penal é "proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado". Compreende, portanto, a assistência e ajuda na obtenção dos meios capazes de permitir o retorno do apenado e do internado ao meio social em condições favoráveis para a sua integração.

Esse espírito otimista da LEP é resultado de uma esperança de alcançar a recuperação do condenado. Porém, as leis na maioria das vezes, exaurem-se na literalidade dos textos, pois as medidas não se efetivam na prática, ou quando são efetivadas, não produzem os resultados desejados. Assim, infelizmente as normas cuidadosamente traçadas pela LEP na teoria, não são cumpridas na realidade das prisões brasileiras, onde os presos, ao invés de serem reeducados para o retorno à convivência social, vivem em condições desumanas e são tratados de forma humilhante. A referida lei não está sendo aplicada de forma integral porquanto a finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade está se tornando inalcançável.

Além disso, o problema da superlotação carcerária é agravado pela escassez de funcionários. Trinta mil agentes públicos integram a Secretaria de Administração

Penitenciária, revelando uma média de quatro funcionários para cada preso, sendo que a maior parte exerce funções administrativas.

O número de agentes penitenciários, que são aqueles profissionais que têm um contato mais direto com os presos, é mínimo se comparado ao número de detentos e o relacionamento entre eles é muito complicado. Submetidos a uma exaustiva jornada de trabalho somada a baixos salários, mecanismo que alimenta o poder das facções que atuam no interior das prisões e um dos principais fatores que inviabiliza a reabilitação social do infrator.

A pena de prisão, não obstante seus gravíssimos inconvenientes e a forte reação que contra ela se tem manifestado, em particular nos últimos anos, é o meio mais frequente de defesa contra o delito nas sociedades contemporâneas, e hoje é a base do sistema repressivo de diversos países. Nesse sentido Rodrigo Duque Estrada Roig ensina que

o cárcere sempre desempenhou papel fundamental na política de gerência dos conflitos sociais, não apenas diante da perspectiva de intervenção corporal, mas também em virtude de sua eficácia neutralizadora sobre os indivíduos considerados ameaçadores ¹²⁹.

Nas palavras de Nelson Pizzoti Mendes, “o sistema penitenciário dos países mais progressistas se caracteriza pela humanização do regime interno e a neutralização dos efeitos nocivos do cárcere, pela tendência de passar da comunidade penitenciária à terapêutica, da instituição fechada à aberta”.¹³⁰

¹²⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p

¹³⁰ MENDES. Nelson Pizzotti. **Classificação das penas**: a pena privativa de liberdade. Disponível em < <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/6ab9d1.pdf>>. Acesso em: 20 Dez. 2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fazendo uma breve retrospectiva histórica, pode-se dizer que as penas e os castigos que o Estado impôs aos transgressores das normas, foram evoluindo ao longo dos anos em busca de maior humanização. As penas desumanas e degradantes do primitivo sistema punitivo, cederam seu espaço para outras, com senso mais humanitário, cuja finalidade é a recuperação do delinquente. Desta forma, as penas corporais foram substituídas pelas penas privativas de liberdade, persistindo este objetivo de humanização das penas até os dias atuais.

Mesmo após amplo processo de afirmação dos direitos humanos, fundamento essencial de organização das sociedades políticas do mundo moderno, continuamos no século XXI com o objetivo de buscarmos mecanismos de aperfeiçoamentos para o modelo de Estado, para que atinja o quanto antes o equilíbrio entre a liberdade e igualdade dos seres humanos e possa proporcionar o ideal de oportunidades de desenvolvimento com saúde, segurança, habitações dignas, educação para todos.

A pena como instrumento político-criminal destinado a atuar no mundo, não pode bastar-se com essa característica, em si mesma destituída de sentido social-positivo. Na verdade, a pena privativa de liberdade deve perseguir um fim condizente com a democracia e os ditames constitucionais. O mais importante é perceber que o Estado só deverá recorrer a esta pena quando a conservação da ordem jurídica não se possa obter com outros meios de reação, isto é, com os meios próprios de outros ramos do direito que não o penal.

O Brasil em 1988 recepcionou a Constituição Federal transformando-se em uma República democrática de direito e como tal sendo regida por leis que respeitam os direitos e garantias fundamentais do homem. Atendendo ao princípio constitucional da anterioridade da lei penal foram criadas às leis que descrevem os crimes e suas determinadas punições e a lei de execução penal que determina os parâmetros para cumprimento das penas.

Neste diapasão, a Lei 7210/84 é considerada uma das mais evoluídas do mundo no que se refere a uma execução que seja efetiva no desiderato ressocializador da pena privativa de liberdade, entretanto, atualmente o Estado não demonstra ser capaz de gerir o sistema em atendimento aos parâmetros legais.

No século XIX, quando a prisão se converteu na principal pena, acreditava-se que seria o meio ideal para reabilitar os indivíduos delinquentes. A função precípua da prisão é transformar os indivíduos, através do encarceramento legalizado e de técnicas corretivas, cumuladas com a observação do delinquente. Sendo imprescindível manter um olhar permanente sob o prisioneiro, registrando e contabilizando comportamentos, tempos, movimentos, espaços e contingenciando direitos. A vigilância deve ser permanente e a observação dos presos é fundamental para manter a ordem e a disciplina.

É importante destacar que a criação do sistema penitenciário com todo o arcabouço jurídico que o cerca é sem dúvida um marco no processo de humanização da execução penal, à medida que proporciona ao condenado direitos e garantias fundamentais essenciais ao ser humano. Através da aplicação da pena de prisão busca-se a recuperação do delinquente, dando-lhe a oportunidade de retornar a sociedade e recomeçar uma nova vida.

Percebe-se que é difícil, entretanto, prever o futuro do cárcere. A pena de prisão segue sendo a mais correntemente utilizada, porém quando nos indagamos se subsistirá a pena privativa de liberdade, nos moldes que hoje a encontramos ou em outros, entramos no campo da especulação.

E apesar das diversas críticas em torno dos fundamentos e fins da pena de prisão, esta continua a ser o eixo de todo sistema penalógico brasileiro, mesmo porque ainda não existe nenhuma punição que possa substituí-la completamente atendendo aos fins que esta se propõe, ao menos na teoria. Daí a importância de conhecer o funcionamento do sistema penitenciário e entender os motivos que causam insucesso da pena privativa de liberdade.

Chegamos a conclusão que a legislação constitucional, penal e de execução penal referentes a privação da liberdade atendem aos anseios sociais de aplicação das penas, sem ferir os direitos humanos, porém o que precisa melhorar são as condições de gerência desta pena, proporcionando o fiel cumprimento das leis, a fim de se obter um resultado satisfatório quanto ao fim que se propõem.

Em suma, a lei de execução penal por mais que seja avançada, se não for incrementada para sua plena aplicação, acaba por se transformar em letra morta, devido primeiro a omissão dos poderes constituídos e, segundo pela apatia populacional. Assim, na atual conjuntura torna-se, imprescindível a união dos poderes constituídos e da sociedade em geral.

Dessa forma, diante da ineficiência e inoperância das políticas públicas constituídas pelo Estado, a sociedade não pode ignorar a realidade do sistema prisional brasileiro, ficando alheia ao tema. Sob pena de inibir a alocação de qualquer tipo de recursos, seja de ordem financeira, de material e principalmente humana, necessárias a sua implementação.

Nesse contexto, a educação passa a assumir uma função preponderante no processo socializador, seja na formação da consciência social ou como mecanismo de ressocialização do criminoso, a escola, e, por conseguinte a educação passa a ser uma das maiores tábuas de salvação do ser humano.

Diante da realidade apresentada pelo sistema penitenciário atual é evidente que algumas atitudes têm que ser tomadas, pois se não tratarmos efetivamente os detentos, os índices de reincidência criminal só tendem a aumentar, causando o aumento da população carcerária, e, conseqüentemente toda a sociedade será vítima da péssima gestão dos presídios pelo Estado.

Por isso o objetivo principal a ser atingido, é o fiel cumprimento da Lei de Execução Penal, com a conseqüente humanização da aplicação da pena e a verdadeira ressocialização dos presidiários, beneficiando a sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. **Das penas e da execução penal**. 3ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**; tradução de Torrieri Guimarães. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 21ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. In: Vade Mecum, 16.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. In: Vade Mecum, 16.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Decreto Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. In: Vade Mecum, 16.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMARGO, Virginia. **Realidade do Sistema Prisional no Brasil**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 33, set 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1299>. Acesso em: 10 de Abr. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 1. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e constituição**: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Cuello Calon, Eugenio. La moderna penologia, tomo I, Bosch, 1958. *Apud* MENDES. Nelson Pizzotti. **Classificação das penas:** a pena privativa de liberdade. Disponível em < <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/6ab9d1.pdf>>. Acesso em: 20 Dez. 2015.

CRUZ, Elaine Patricia. **No Brasil, sete em cada dez ex-presidiários voltam ao crime, diz presidente do STF.** *Agência Brasil, Empresa Brasil de Comunicação.* 05 de set de 2011. Disponível em: < <http://memoria.etc.com.br/agenciabrasil/noticia/2011-09-05/no-brasil-sete-em-cada-dez-ex-presidiarios-voltam-ao-crime-diz-presidente-do-stf>> Acesso em: 23 jan. 2016.

Declaração universal dos direitos humanos. Resolução 217-A da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em:< <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>> Acesso em: 14 de dez de 2015.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado.** São Paulo: Saraiva, 2002.

D. Melossi e M. Pavarini. Cárcel y Fábrica, p. 169 apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão:** causas e alternativas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS JÚNIOR, João. **Manual de Criminologia.** Curitiba: Juruá, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir:** nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 40 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

GOMES, Geder Luiz Rocha. **A substituição da Prisão. Alternativas Penais:** Legitimidade e Adequação. Bahia: Editora JusPODIVM, 2008.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Reincidência criminal no Brasil**: Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/9273eaea20159abdadb8bb43a3530f49.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2016.

Jaime Peña Mateos *apud* GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade** – São Paulo: Saraiva, 2011.

JESCHECK *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 21ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal**. Coleção Elementos do Direito; V.7, Coordenação Marco Antonio Araujo Jr. e Darlan Barroso. São Paulo: 12ª edição revista e atualizada. Editora Revista dos Tribunais, 2012.

KAWAGUTI, Luis. **As seis piores prisões do Brasil**. BBC Brasil. 20 de jan de 2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/01/140115_seis_prisoas_1k> Acesso em: 20 jan. 2016.

LEAL, João José. **Direito Penal Geral**. São Paulo: Atlas, 1998.

LEAL, João José. **Penitenciário Brasileiro, Sombra Sinistra da Sociedade Desajustada em que Vivemos**. Doutrinas Essenciais Processo Penal, vol. 6, p. 607. Revista dos Tribunais. São Paulo: Jun. 2012.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 6ª ed. atual. de acordo com a Lei nº 12.850/2013. São Paulo: Atlas, 2014.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 10 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis n. 12.403/2011 (prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas) e 12.433/2011 (remição de pena). São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5 ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Nelson Pizzotti. **Classificação das penas: a pena privativa de liberdade**. Disponível em: < <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/6ab9d1.pdf>>. Acesso em: 20 Dez. 2015.

MOTTA, Manoel Barros da. **Crítica da razão punitiva: o nascimento da prisão no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: RT, 2006.

PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes de. CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

RUDNICKI, Dani. **Sobre a Pena de Prisão**. Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 727, p. 345, Mai. 1996.

R. Von Hippel *apud* LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35ª ed. rev. atual. (até a emenda constitucional nº 68, de 21.12.2011). São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.