

CURSO DE DIREITO

Tizzy da Silva Russo

**A CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E A INEFICÁCIA DA
FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

Santa Cruz do Sul
2015

Tizzy da Silva Russo

**A CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E A INEFICÁCIA DA
FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentada ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. (Ms). Nidal Khalil Ahmad
Mohmad Mahmud

Santa Cruz do Sul
2015

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender ao disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, do/a acadêmico/a Tizzy da Silva Russo adequada para ser inserida na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 04 de novembro de 2015.

Prof. (Ms). Nidal Khalil Ahmad Mohmad Mahmud
Orientador

*À minha família, por ser minha fonte de inspiração
para a realização do meu sonho.*

Acredite na justiça, mas não a que emana dos demais e sim na tua própria. (Código Samurai)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que me iluminou e me guiou durante esta longa jornada.

Agradeço também aos meus pais Rafael e Virgínia que de uma forma carinhosa me passaram força, emitindo palavras de conforto sempre.

À minha grande inspiração pessoal e profissional, minha avó Leony, que transmite amor e paz pelos corredores da vida e me contagia com sua sabedoria e lucidez.

Aos meus irmãos Diana e Dimas, pela paciência, compreensão e entusiasmo.

A toda minha família, tios, tias, dindos, primos e sobrinhos, por todo o carinho de sempre.

Aos meus amigos e colegas de curso, pela cumplicidade, companheirismo, aconchego e amizade verdadeira.

Ao meu querido professor, mestre e orientador Nidal, que me auxiliou de forma incomparável nesta pesquisa, transmitindo valiosos ensinamentos e sugestões que levarei para minha vida toda. Obrigada pela paciência, pelo carinho e por estar sempre disponível de maneira atenciosa, inclusive no intenso período que passei ao prestar o Exame de Ordem.

Ao meu professor e também orientador Rui, que com toda a presteza e paciência me permitiu concluir com excelência o meu projeto de pesquisa, que foi essencial para prosseguir com o presente trabalho.

Por fim, aos demais professores desta instituição que exercem a docência com amor, o que me possibilitou ir além do aprendizado com o conteúdo necessário à minha formação acadêmica.

Enfim, muito obrigada a todas as pessoas que por alguma razão me apoiaram nesta caminhada.

RESUMO

O presente trabalho monográfico trata do tema “a crise do sistema carcerário brasileiro e a ineficácia da função ressocializadora da pena privativa de liberdade”, tendo sido proposto para estudar as principais causas que envolvem essa problemática. Para tanto, utiliza-se a metodologia de pesquisa bibliográfica que consiste, em suma, na leitura, fichamento e comparação das teorias instituídas pelos principais autores do Direito que estudam esse enigma. Considerando que a prisão tem falhado no seu caráter ressocializador, causando praticamente o efeito contrário, na medida em que a criminalidade só aumenta, busca-se no contexto histórico avaliar as origens das penas e as variadas formas de punir existentes na antiguidade, para que seja possível uma análise completa de suas raízes. Os meios utilizados à época eram cruéis e desumanos, razão pela qual foi necessária uma reforma penal, oportunidade em que foram criadas diferentes teorias pelos operadores do Direito, no intuito de se buscar uma punição mais branda. Com o tempo, o Direito Penal foi se desenvolvendo e inovando a cada dia, até se chegar ao mais evoluído sistema carcerário, que conta atualmente com medidas alternativas à segregação, no intuito de que esta seja mais eficaz na sua função, tendo em vista que a submissão dos apenados à forçosa prisão só tem piorado a ocorrência de atos criminosos, de forma que inclusive elevou os índices de reincidência. Procura-se avaliar a situação carcerária do país, demonstrando-se as falhas e problemas enfrentados, como a superlotação e a corrupção dentro dos estabelecimentos. Por fim, conclui-se que a preservação da dignidade do preso em conjunto com a utilização de meios alternativos à prisão deve auxiliar no objetivo de reinseri-los adequadamente no convívio social, para que se obtenha sucesso nessa finalidade.

Palavras-chave: dignidade; pena; prisão; reinserção; ressocialização.

ABSTRACT

This monograph deals with the theme "the crisis of the Brazilian prison system and the ineffectiveness of rehabilitation function of deprivation of liberty", has been proposed to study the root causes involved in this issue. For this, we use the bibliographical research methodology that consists, in short, reading, book report and comparison of theories imposed by the principal authors of the law who study this puzzle. Whereas the prison has failed in its resocializing character, causing nearly the opposite effect, in that crime only increases, it seeks the historical context to assess the origins of feathers and various forms of punishment exist in antiquity, to be a complete analysis of its roots. The means used were generally cruel and inhuman, which is why a criminal reform was needed, at which different theories were created by legal professionals in order to seek a milder punishment. Over time, the criminal law has been developing and innovating every day to get to the more advanced prison system, which currently has alternatives to segregation in order to make it more effective in their role, considering that submission of convicts to forcible arrest has only worsened the occurrence of criminal acts, so that even increased recidivism rates. Seeks to evaluate the prison situation in the country, showing up the shortcomings and problems faced, such as overcrowding and corruption within the establishments. Finally, we conclude that preserving the dignity of the prisoner together with the use of alternative means to prison should aid in order to reinsert them appropriately in social life, in order to obtain success in this purpose.

Keywords: dignity; feather; prison; reintegration; resocialization.

1 INTRODUÇÃO

Desde os tempos mais primórdios eram aplicadas penas desumanas e atrozes. Com a passagem do tempo, foram surgindo elementos para se encaminhar a uma possível ressocialização do condenado, a partir da criação de penas mais humanitárias.

Dentre essas penas adveio a pena privativa de liberdade que, atualmente, não é considerada ideal, destoando da sua efetiva função, que possui, como característica principal, ressocializar os encarcerados. Frente à falência do sistema prisional e das diversas críticas, os reformadores do Direito Penal criaram as teorias preventivas e retributivas, no intuito de compreender a razão da ineficácia do Estado na execução das penas e obter resultados positivos para reinserir adequadamente o delinquente na sociedade após o cumprimento da pena, no intuito de que este não venha a cometer novos delitos.

Contudo, é sabido que a atual realidade do sistema carcerário é diferente, o índice de reprovação desde tipo de pena é altíssimo, comportando diversas críticas, tendo em vista que, mormente, a submissão dos apenados à forçosa prisão tem aumentado consideravelmente o número de reincidência, ao invés de causar os efeitos desejados.

A criminalidade é cada vez mais frequente e atroz em nosso país, nos últimos anos o percentual de homicídios elevou-se consideravelmente, muitos deles sem qualquer motivo ou, por motivos fúteis e torpes. Acredita-se que para possibilitar uma efetiva ressocialização é imprescindível colocar em prática as normas existentes em nosso ordenamento jurídico, essencialmente a Lei de Execução Penal, tendo como base a aplicação das medidas de assistência aos apenados. Esta Lei, embora tenha sido elaborada metodicamente pelo legislador, acaba por ser inexecutável em muitos de seus dispositivos, principalmente pela falta de estrutura adequada ao cumprimento, em especial, das penas privativas de liberdade.

A partir desse aspecto, o tema envolvendo a ressocialização será abordado no intuito de demonstrar a dificuldade que este procedimento enfrenta ao ser colocado em prática, tanto é verdade que a criminalidade só tem aumentado com o passar

dos anos. O objetivo é buscar os melhores meios e formas para se proceder à reinserção do ex-detento na sociedade, bem como no exercício da atividade laborativa após o cumprimento da pena.

É evidente que esse tema além de despertar um interesse social, também se destaca por atrair interesse jurídico e da sociedade num todo, pois é extremamente necessário o seu deslinde para que se consiga alcançar o mais próximo do perfeito sistema carcerário e, conseqüentemente, diminuir o percentual ou até mesmo obstruir a criminalidade do país.

Neste contexto, tal assunto deve ser aprofundado, tecendo ponderações a respeito e buscando os meios possíveis para se alcançar uma efetiva ressocialização, seja através da execução das penas, do trabalho ou das demais assistências abordadas pela LEP.

Acredita-se que as práticas que envolvem a ressocialização ainda podem surtir efeitos positivos, uma vez que este procedimento é diariamente renovado e investigado entre doutrinadores e aplicadores do Direito, que buscam o caminho correto a ser traçado em prol dos detentos e, igualmente, da sociedade.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS

Neste item será abordada a evolução histórica das penas, demonstrando-se as suas origens, as suas raízes, por quais razões foram constituídas, sendo posteriormente estudados alguns modos de repressão existentes na antiguidade.

De início, importante se ponderar a conceituação dos termos *pena* e *prisão* que, apesar de serem comparados frequentemente, a doutrinadora Oliveira (2003, p. 24) esclarece:

embora entendendo estes institutos, respectivamente, como gênero e espécie, a literatura específica, seja de generalidade histórica ou casuística, emprega os dois termos de forma tão envolvente que parecem resultar num só conceito. Entretanto, assim não o é, pois a pena é uma instituição muito antiga, cujo surgimento se registra nos primórdios da civilização, já que cada povo e todo período histórico sempre tiveram seu questionamento penal, inicialmente, como manifestação de simples reação natural do homem primitivo para conservação de sua espécie, sua moral e sua integridade [...].

Ainda neste panorama, afirma Oliveira (2003, p. 24) que o termo pena “procede do latim (*poena*), porém com derivação do grego (*poiné*), significando dor, castigo, punição, expiação, penitência, sofrimento, trabalho, fadiga, submissão, vingança e recompensa”.

Como se pode perceber, o conceito de prisão vem visivelmente geminado ao instituto da pena, haja vista também se tratar de uma “punição”, um “castigo” imposto pelo Estado como forma de reabilitar o cidadão que praticou o delito, para que, em princípio, este não venha a cometer novas infrações.

De outro lado, entende o doutrinador Fernando Capez (2005, p. 228) que “prisão é a privação de liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito”.

Tem-se que desde os tempos mais primórdios a pena antecede à prisão e, conforme se verá adiante, aquela possuía um caráter vingativo, que sobrevinha por parte da sociedade contra os delituosos. Isto ocorria, geralmente, com a morte ou a mutilação do corpo do criminoso. Diante da recorrência destas reações atroz, foram surgindo ideias mais humanitárias com relação à aplicabilidade das sanções, instituindo-se, dentre elas, a prisão (PREDIGER, 2000).

No entendimento de Bittencourt (2011, p. 25),

a prisão é uma exigência amarga, mas imprescindível. A história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma. A prisão é concebida modernamente como um mal necessário, sem esquecer que guarda em sua essência contradições insolúveis.

Nesta senda, passamos a analisar a evolução das penas por meio das mais variadas culturas e civilizações, as suas fases, bem assim o seu desenvolvimento e progresso. Em especial, serão abordados os seguintes períodos: vingança privada, vingança divina, vingança pública, período humanitário, colonial, imperial e republicano.

2.1 As penas na antiguidade

A história da pena revela que a sua existência precisou ser modelada com a passagem dos anos, na medida em que necessitou evoluir positivamente, no intuito de, principalmente, respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Isto porque primitivamente a ideia era de se aplicar a punição e a vingança a todos aqueles que desrespeitavam ordens ou costumes, e isso era feito de maneira desumana. Na sequência, procurou-se alcançar a proporcionalidade e, posteriormente, uma forma de penitenciar o sujeito ao mesmo tempo em que o reeducava para não vir a repetir a delinquência, bem como para ser reinserido de modo adequado no convívio social, pois os meios de punição utilizados só causavam repúdio nos criminosos.

Na primeira fase, nomeada como vingança privada, a reação era imediata após o cometimento de um crime por um indivíduo, não somente por parte da vítima, mas também dos parentes dela ou até de seu grupo social (tribo), que agiam de modo desproporcional ao insulto. A falta de limite no revide à agressão caracterizou a chamada vingança de sangue, sendo este o comportamento mais adotado pelos povos primitivos. Esta reação era natural e instintiva, de mera realidade sociológica, e não uma instituição jurídica (SILVA, 2003).

Segundo Canto (2000, p. 08, http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/monografia_joseribamar.pdf) citado por José Ribamar:

a vingança privada, com o evoluir dos tempos, produziu duas grandes regulamentações: o talião e a composição. Apesar de se dizer comumente

pena de talião, não se tratava propriamente de uma pena, mas de um instrumento moderador da pena. Consistia em aplicar no delinquente ou ofensor o mal que ele causou ao ofendido, na mesma proporção.

A Lei de Talião surgiu na segunda idade da pedra, representando uma grandiosa conquista na época, vez que configurava a proporcionalidade entre a ação e a reação do delito cometido, com a conseqüente pena imposta. A vingança tornou-se limitada, ou seja, a punição era de igual para igual, sendo permitido impor ao delinquente o mesmo mal por ele causado (OLIVEIRA, 2003).

Oliveira (2003, p. 26) afirma, ainda, que:

a lei de talião era bem mais racional do que as outras formas de vingança punitiva, mas ainda não era reconhecida propriamente como um gênero de pena; porém, sua importância lhe é devida por ser a primeira forma de justiça penal.

Para um melhor entendimento, esclarece Dotti (2012, p. 209):

a pena de talião (do latim *talis* = tal, tal qual) consistia em impor ao delinquente um sofrimento igual ao que produzira com sua ação. Assim consta na Bíblia: 'Pagará a vida com a vida; mão com mão, pé por pé, olho por olho, queimadura por queimadura' (*Êxodo*, XXI, versículos 23 a 25). Aquela antiga modalidade de sanção penal caracterizou uma moderação relativamente ao exercício da vingança como reação à ofensa e consta no Código de Hammurabi, na legislação mosaica e na Lei das XII Tábuas. (Grifado no original).

Com o decorrer dos anos e a evolução dos povos, surgiu a composição, considerado um meio moderado de pena. Este meio possibilitava ao criminoso a opção de se redimir, "comprando" a impunidade do ofendido, ou de seus parentes, através de dinheiro, armas, utensílios e/ou gado, no intuito de reparar, embora que materialmente o sofrimento da vítima. Contudo, este procedimento não foi considerado um tipo de pena, diferente do Talião (OLIVEIRA, 2003).

Conforme Dotti (2012, p. 209), a composição caracteriza, historicamente, um "abrandamento das penas violentas que se dirigiam contra o corpo do condenado (morte, mutilação etc.) e a expressão de utilidade social que deve ser inerente a todas as sanções criminais".

Em um segundo momento, segundo Oliveira (2003), a pena ainda indicava um

sentimento de vingança, porém, de uma vingança divina. A sanção cominava aos povos normas de conduta inspiradas, na maior parte das vezes, advindas dos deuses.

Assim explica Oliveira (2003, p. 28):

a história penal dos povos antigos apresenta reação primitiva de caráter religioso, em conexão com o sistema de talião e o da composição. O Direito aparece envolto por princípios religiosos. A Religião era o próprio Direito, posto que imbuído de caráter divino, e as leis penais encontravam-se introduzidas e misturadas nos livros sagrados.

A coibição do delituoso tinha como ponto crucial a revolta da divindade ofendida pelo cometimento do delito, com intuito de castigar o infrator. Isto porque a religião tinha forte influência na vida dos povos antigos e, assim agindo, os sacerdotes, como administradores dos deuses, ficavam a cargo da justiça, aplicando penas desumanas e cruéis (CANTO, 2000).

Farias Júnior (2001, p. 24) acrescenta que:

determinados povos da antiguidade cultivavam a crença de que a violação da boa convivência ofendia a divindade e que sua cólera fazia recair a desgraça sobre todos, todavia, se houvesse uma reação, uma vingança contra o ofensor, equivalente à ofensa, a divindade depunha a sua ira, voltava a ser propícia e a dispensar de novo a sua proteção a todos. Surgiu então a figura do juiz que, representando o povo perante a divindade, passou, a exercitar a justiça retributiva, como modo de expiação e consequência aplacamento da ira da divindade.

A legislação típica desta fase é o Código de Manu, mas esses princípios foram adotados na Babilônia, no Egito (Cinco Livros), na China (Livro das Cinco Penas), na Pérsia (Avesta) e pelo povo de Israel (CANTO, 2000).

Conforme Oliveira (2003), para os povos primitivos, o delito era tão somente a transgressão à prática do culto, o desrespeito aos rituais, a oposição aos costumes dos ancestrais e, ainda, a desobediência à autoridade constituída.

Seguindo as palavras de Oliveira (2003, p. 35):

assim, à medida que a civilização evolui, o crime se reduz mais e mais contra a pessoa, enquanto que as formas religiosas da criminalidade vão regredindo e sua pena enfraquecendo. Este enfraquecimento não é devido à suavização dos costumes, mas de religiosidade, cujo povo estava

primitivamente envolvido, e os sentimentos coletivos, que eram sua base, vão gradativamente desaparecendo.

Isto significa dizer que, conforme a criminalidade humana vai crescendo, a criminalidade religiosa diminui, perdendo cada vez mais a sua misticidade e, por mais divina que fosse, mesmo que supostamente advinda de um poder superior, vai sendo, aos poucos, assimilada, acabando por se tornar uma simples realidade do passado (OLIVEIRA, 2003).

Na chamada vingança privada, com o desenvolvimento das relações entre os povos, foram instituídos novos conceitos de valores, que permitiram delimitar definitivamente os campos do Direito e da Religião. Neste período, fortalecida a autoridade pública, o Estado adquiriu competência para se sobrepuser ao ofendido e a vítima, ou de sua família, para administrar a execução da pena (OLIVEIRA, 2003).

Na passagem do privado ao público, a composição, que na vingança individual era uma alternativa para indenização e reparação, se tornou um dever jurídico; paralelamente, a pena adquiriu uma finalidade política, perdendo o seu fundamento religioso (OLIVEIRA, 2003).

Refere Oliveira (2003, p. 36):

a época precisa desta transição do privado ao público é incerta. Observa-se que, já em Roma, ao término da monarquia, nas leis compiladas por Papirio, sob o título de *Jus Civilis Papirianum*, os delitos de morte eram considerados infrações de caráter público e seus autores punidos pelo Estado. Após a queda da Monarquia, aproximadamente 500 anos a.C., com a *Lex Valeria*, foi dado fim ao poder discricionário penal exercido pelos monarcas, senadores, magistrados e “pater-famílias”. (Grifado no original).

Farias Júnior (2001, p. 24), assevera que:

a vingança divina era também uma vingança pública, sendo que esta se generalizou, com o uso de juízes e tribunais com o objetivo de conter a criminalidade, mas por mais aterradores que fossem os castigos e 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.

Apesar da tentativa da igreja em amenizar as penas, a Idade Moderna atingiu o pico da repressão. Anota Oliveira (2003, p. 38) que:

as penas capitais, então em uso, foram acrescidas da pena das galeras, tão cruel que os infelizes condenados, para se esquivarem, cortavam os braços e as mãos. A tortura era bastante empregada não só como meio de procedimento, mas como forma de penalidade: arrancavam-se ou furavam-se a língua, faziam-se incisões nos lábios, amputavam-se as orelhas, o nariz e os órgãos genitais, marcavam-se com ferro quente, fustigavam-se com bastões, usavam-se a chibata, a canga, a roda, etc.

Na época, a pena de morte não era somente tomar a vida do ser humano, mas sim ser a execução de forma mais lenta e torturadora possível, sendo, para tanto, utilizadas diversas técnicas e modalidades de suplícios, que causavam muita dor e agonia. Esta execução era precedida de cerimônia destinada a impressionar o povo, de forma que o condenado era exposto publicamente ao cadafalso, pelourinho e demais locais usados para a prática do evento.

A população, no dia designado para o suplicio, entrava em clima de festa, consumia bebidas, aplaudia e aclamava, sendo que, para assistir à “cerimônia”, advinham pessoas de vários recantos da cidade. Na praça onde era realizada a execução, aglomeravam-se todos os tipos do submundo do crime e da contravenção: ladrões, pobres, mendigos, batedores de carteiras, vagabundos, entre outros.

Estas formas de punições cruéis perduraram até o final do século XVIII e início do século XIX. Pode-se dizer que nada mais era do que a lei de talião sendo colocada em prática, de modo a buscar e exigir a vingança pública, pois, na lei, a força política se encontra presente (OLIVEIRA, 2003).

Oliveira (2003, p. 41), anota:

na época, foi-se disseminando o consenso de que o cruel prazer de punir, com suas formas refinadas de supliciar, não causava mais o horror esperado, não servindo, portanto, de função exemplar de castigar. Logo, a pena não poderia mais objetivar uma vingança pública, pois, em cada homem, por pior que fosse, há alguma humanidade, que deve ser respeitada. Finalmente, as autoridades compreenderam a inutilidade do cerimonial meticuloso do espetáculo ostentado na execução da pena e que o condenado deveria deixar de ser alvo da prática tradicional daqueles castigos.

Importante se destacar que o Brasil também vivenciou uma realidade cruel, que foi a condenação de Tiradentes pelo crime de lesa-majestade. Ele foi conduzido

pelas ruas públicas até o lugar do patíbulo, para então, ser morto “para sempre”. A sepultura lhe foi negada em razão de que sua cabeça seria levada a Vila Rica quando decepada, para ficar exposta em um pico de madeira.

Oliveira (2003) refere que a execução da pena podia ocorrer de três formas: morte cruel (por meio de torturas), morte atroz (queima de cadáver, exposição das partes do corpo) e morte simples (sem ritual ou suplícios).

Partindo disso, tornou-se evidente a necessidade de se adotar uma política punitiva diversa daquela, ou seja, de se reformar o Direito Penal. Daí se iniciou um novo ciclo na história da pena, conhecido como período humanitário (OLIVEIRA, 2003).

2.2 Períodos históricos e o desenvolvimento da reforma penal

Na segunda metade do século XVIII, iniciou-se uma fase de movimentos de protesto, formados por juristas, magistrados, parlamentares, filósofos, legisladores e técnicos do Direito, pois, conforme Oliveira (2003, p. 42), “o suplício das penas apresentava-se odioso e intolerável”. A intenção das manifestações era moderar a forma de punição e a proporcionalidade com o crime cometido.

À época, alguns reformadores como Servan, Voltaire, Marat, Duport, Target, e também Cesar Bonesana, Marquês di Beccaria, construíram suas próprias teorias, que permitiram renovar e abrandar o sistema penal, indagando a consciência pública frente às crueldades infames do suplício (OLIVEIRA, 2003).

Contudo, Oliveira (2003, p. 23) constatou que:

por outro lado, verificou-se que, aos poucos, houve um declínio dos crimes contra as pessoas (crime de sangue e agressões físicas) e um acréscimo contra o patrimônio (roubo, furto e fraude), devido a uma grande elevação do nível de vida, com a conseqüente multiplicação de bens móveis e imóveis e um forte crescimento demográfico. Simultaneamente, a justiça tornou-se mais severa contra o roubo e registrou-se um desenvolvimento do aparelho policial.

Focault (2004, p. 66) assevera que:

na verdade, a passagem de uma criminalidade de sangue para uma criminalidade de fraude faz parte de todo um mecanismo complexo, onde figuram o desenvolvimento da produção, de aumento das riquezas, uma valorização jurídica e moral maior das relações das propriedades, método de vigilância mais rigoroso, um policiamento mais estreito da população, técnicas mais bem ajustadas de descoberta, de captura, de informação.

A pretensão dos reformadores era, em especial, atacar a corrupção que dominava a justiça, além de atenuar as penas que atribuíam castigos cruéis aos humanos. A corrupção ainda era lacunosa, irregular e contraditória, de modo que outras instâncias a maculavam e a centralizavam ao superpoder monárquico (OLIVEIRA, 2003).

A reforma visava não somente a criação de uma teoria da justiça da pena, mas também que ela fosse mais bem distribuída, sem ficar submetida ao soberano ou que favorecesse aos privilegiados e ser aplicada de forma justa e universal. Para isso ser possível, o novo Direito precisaria deixar de lado a vingança suprema do soberano e objetivar a defesa da sociedade, principalmente deslocar-se do caráter retributivo e caracterizar-se pela intimidação, atenuação da punição, codificação nítida dos crimes e sanções para formar um “consenso a respeito da necessidade da prevenção do delito, pois o passado não retorna, mas o futuro será certo, e é para ele que o castigo deve ter função exemplar” (OLIVEIRA, 2003, p. 45).

Oliveira (2003, p. 46) assevera, ainda,

que a legislação penal de muitos países manteve a pena capital por muitos anos, e é só por volta da primeira metade do século XIX que os vários tipos de suplícios, com seus castigos aflitivos e infamantes, são definitivamente repudiados e banidos.

Se, pouco a pouco, a punição deixou de ser uma cena de terror sobre o corpo do condenado, a nova pena de reclusão que veio substituí-la, por sua vez, também se impôs sobre a vontade, intelecto e disposição do encarcerado, de maneira dolorosa e institucionalizada.

Assim, os progressos instituídos pelos reformadores começaram a surtir efeito somente com o advento do Código Penal francês de 1810 e sua revisão realizada no ano de 1832, pois suprimiu as diversas formas de mutilações e diminuiu o índice de crimes capitais, sendo, então, assegurados aos magistrados os meios de atenuarem as penas.

Conforme já mencionado anteriormente, as sociedades primitivas eram conduzidas pelos costumes que a geração transmitia, não sendo, portanto,

reguladas pelo Estado legalmente constituído.

Assim, quando surgiu a necessidade do homem viver em sociedade, utilizou-se o Direito Consuetudinário para impor um regramento das condutas entre o grupo social, para se garantir a harmonia entre os povos. Seguindo as tradições empregadas, os grupos praticavam a vingança e excluíaam o delinquente do grupo, como forma de puni-lo pelo desrespeito às normas de conduta, no intuito de prezar pela boa convivência social.

No período Colonial, que surgiu ao tempo da descoberta do Brasil, em Portugal, no ano de 1500, persistindo até 1822, o regime jurídico dos portugueses era baseado primeiramente nas Ordenações Afonsinas (de D. Afonso V), fundadas em 1446, sendo que as normas contemplavam o Direito Canônico, o Direito Romano e o Direito Costumeiro.

A disposição do livro V destas Ordenações de que tratava o Direito Penal e Direito Processual Penal era incompatível com o progresso a caminho da preservação da dignidade do preso àquela época, vez que ainda detinha incongruências e crueldades.

O objetivo da prisão era de caráter preventivo e também coercitivo, considerando que visava evitar a fuga do delinquente para garantir o julgamento do crime cometido por ele, característica comum da antiguidade e do Direito Romano. A coerção se mostrava como um meio de obrigar o encarcerado a efetuar o pagamento da pena pecuniária (KLOCH e MOTTA, 2008).

Dotti (1998) afirma que as Ordenações Afonsinas não obtiveram êxito na terra conquistada, mas foram essenciais para a elaboração das Ordenações Manuelinas, que predominaram a legislação do período, vigorando de 1514 a 1603. De outro lado, houve entendimento de que as Ordenações Manuelinas não constituíaam fonte de Direito aplicável no Brasil, considerando que, na prática, as regras jurídicas eram impostas pelo arbítrio dos donatários, que descumpriam com o respectivo ordenamento.

Consolidando o Direito de Portugal, o diploma foi distribuído em cinco livros, sendo que o último deles versava sobre o Direito Penal e Processual Penal, quando a prisão ficou definida como coerção pessoal até o momento do julgamento e condenação do apenado, sendo pouco frequente a prisão por débitos e a privação da liberdade como sanção, de modo que a pena era fixada em quinta ou trinta dias ou a sua duração era discricionária.

Após, mais precisamente no ano de 1603, D. Felipe II, quando assumiu o trono português, julgou necessário o aperfeiçoamento das Ordenações Manuelinas, oportunidade na qual instituiu as Ordenações Filipinas.

O novo ordenamento incluiu novos impedimentos e penas severas na redação anterior, ignorando quaisquer princípios e valores fundamentais dos humanos. Além das penas corporais, os governantes determinaram a aplicação de castigos infames, deixando marcas vexatórias no infrator, bem como manchando a reputação e a moral de várias gerações.

Estudos históricos revelaram que as Ordenações Filipinas acabaram não divergindo muito das Manuelinas, sendo praticamente acrescentadas as leis extravagantes.

Dotti (1998, p. 46) conta que:

as denúncias contra a ferocidade das sanções corporais e infamantes e a multiplicidade absurda de “ilícitos” constituem passagem necessária na história das práticas penais daquele tempo. Narram os cronistas que o catálogo de infrações era tão vasto que um rei africano estranhou, ao lhe serem lidas as ordenações, que nelas não se cominasse pena para quem andasse descalço.

Como se percebe, o Brasil sofreu as consequências deste vasto terror punitivo por dois séculos, até completar o período da dominação portuguesa, subsistindo, ainda, quando foi promulgada em 1640 a Restauração da Independência de Portugal, que foi um grupo de nobres que se reuniram secretamente para derrubar o reinado e seus representantes à época, tendo em vista que não aceitavam o fato de o seu país ser governado de longe pela província espanhola.

Este cenário de penas atroztes ficou conhecido como a face negra do Direito Penal ou Direito Penal do Terror, tendo destaque o nome de José da Silva Xavier, o Tiradentes, como já mencionado, que foi executado de forma cruel pelo domínio português, ao representar parte do povo que pretendia defender a liberdade do país, durante o processo da Inconfidência Mineira.

Após diversas tentativas e episódios de mortes na luta por este ideal, no dia 07 de setembro de 1822 o Brasil conquistou a sua independência, quando deixou de ser uma colônia de Portugal.

No entanto, resquícios das Ordenações Filipinas ainda permaneceram até a outorga da primeira Constituição, em 1824, quando se declarou, por meio do artigo

179, XVIII da Carta de Lei de 25 de março, pelo Imperador Dom Pedro I:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.

A Carta Política proclamou, em geral, o fim das penas cruéis, do confisco de bens, infâmia aos parentes do réu e a segregação perpétua, dispondo que as celas seriam separadas de acordo com a gravidade de cada crime e teriam, obrigatoriamente, uma estrutura segura e limpa.

Em 16 de dezembro de 1830 foi sancionado o Código Criminal do Império do Brasil, pelo Imperador D. Pedro I. O ordenamento foi inspirado nas ideias liberais dos Estados Unidos, Inglaterra e França, constituindo bases de justiça e equidade, reforçando a luta contra o reinado de Portugal.

O objetivo principal da reforma do sistema criminal era reduzir as hipóteses da pena de morte e a eliminação da crueldade na execução, assim como a supressão das penas infamantes, com exceção dos chibates, que ainda eram aplicados nos escravos.

Daí surgiu a pena privativa de liberdade como sanção penal, que visava substituir as penas corporais, sendo criados dois modelos: a prisão como trabalho, que “obrigava os réus a se ocuparem diariamente no labor que lhes fosse imposto, dentro do recinto das prisões, na conformidade das sentenças e dos regulamentos dos presídios”; e a prisão simples, que “obrigava os réus a permanecerem reclusos nas prisões públicas pelo tempo marcado na sentença” (DOTTI, 1998, p. 53).

A prisão neste novo tempo passou a ser vista como fonte de reforma moral aos condenados, pois a preocupação não se limitava ao acompanhamento do progresso revelado em outros países, mas também ao mantimento de um regime penitenciário mais apropriado, no escopo de dotar o Brasil de novos rumos neste campo.

Posteriormente, foi proclamada a República Federativa e a constituição dos Estados Unidos do Brasil, razão pela qual foi chamado de período Republicano, tendo início no ano de 1889.

A abolição da escravidão em 1888 obrigou a reforma do Código, com a

consequente supressão de algumas figuras criminosas, quando foi então elaborado o Código Penal, por meio do Decreto 817, em 11 de outubro de 1890.

No ano de 1927, após diversas propostas e discussões para alteração do Código Penal, foi divulgado o projeto de Código Penal de autoria do Desembargador Virgílio de Sá Pereira. Embora incompleto, a sua redação descrevia a divisão das penas em duas categorias diferentes: “*principais e acessórias*. As primeiras eram constituídas pela multa, o exílio local, a detenção, a prisão e a relegação; as outras seriam: a interdição de direitos, a publicação de sentença, o confisco de certo objetos e a expulsão de estrangeiro” (DOTTI, 1998, p. 58).

Em 1932, as inúmeras leis extravagantes criadas no decorrer dos anos foram reunidas na Consolidação das Leis Penais, que perdurou até o final de 1941, quando em 1942 entrou em vigor o Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

Conforme Luz (2000, p. 15), o Código Penal:

incorpora o princípio da reserva legal (inaplicável às medidas de segurança); o sistema de duplo binário (penas e medidas de segurança); a pluralidade das penas privativas de liberdade (reclusão e detenção); a exigência do início da execução para a configuração da tentativa (art. 12); o sistema progressivo para o cumprimento das penas privativas de liberdade; a suspensão condicional da pena e o livramento condicional. Na Parte Especial, dividida em onze títulos, a matéria se inicia pelos crimes contra a pessoa (abandonando-se os critérios do CP anterior), terminando pelos crimes contra a administração pública.

Importante referir, ainda, que a pena de morte deixou de existir, bem como a prisão perpétua, sendo admitida a privação da liberdade apenas até 30 anos.

Dentre as variadas Leis que foram instituídas, duas delas merecem destaque, tendo em vista que modificaram o Código Penal brasileiro. A Lei de nº 6.416/77, conforme Luz (2000, p. 16), que “introduziu novas disposições sobre a pena e sua execução, procurando atenuar o agravamento do quadro prisional dos anos 70, possibilitando a diminuição da superpopulação carcerária.”; e a Lei de nº 7209/84 que, “reformulou toda a parte geral, humanizou as sanções penais e adotou penas alternativas à prisão, além de reintroduzir o sistema de dias-multa, que fora abandonado pelo CP de 1940”.

As medidas de maior abrangência adotadas pela Lei nº 6416/77 foram a suspensão condicional da pena e o livramento condicional. Ainda, pela Lei nº

7.209/84 o sistema duplo binário foi reconstruído, passando a reger-se pelo sistema unitário, que determina a aplicação de pena aos imputáveis e a possibilidade de aplicação de medidas de segurança no caso dos semi-imputáveis.

O mérito principal da reforma penal foi devido à necessidade de se estabelecer estreita ligação entre a teoria do crime e a tarefa individualizadora da pena, sendo a legislação penal aperfeiçoada com o aparecimento da Lei das Contravenções Penais, em 1941, bem como de diversas outras leis penais.

De 1984 a 1995 houve aversão aos diferentes modos de punição sem ocorrer a privação da liberdade, e somente com o advento da Lei nº 9.099/95, que instituiu as penas alternativas à prisão, que estas foram aplicadas aos delitos de menor potencial ofensivo.

Nunes (2005, p. 46) destaca a relevância do advento da lei:

com a aplicação das denominadas penas alternativas, notou-se uma diminuição da impunidade e uma maior rapidez no julgamento de infratores, pois o procedimento adotado é simples, em contraste com o modelo ordinário, ainda hoje previsto no Código de Processo Penal de 1941. Todavia, significativo foi comprovar que as penas alternativas – ao contrário da pena de prisão – praticamente aboliram a reincidência criminal e têm evitado os custos financeiros que decorrem da manutenção do preso dentro do sistema prisional.

Assim foi evoluindo o sistema penal, até que em 1988 a Constituição Federal demonstrou, de forma explícita, através de seu artigo 5º, o empenho pela preservação dos direitos e garantias fundamentais, citando-se como exemplo o inciso XLVI:

Art. 5º. [...]

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Da mesma forma, observa-se o inciso seguinte (XLVII) do art. 5º da CF/1988:

Art. 5º. [...]

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;

A partir disso, as penas passaram a ter um aproveitamento mais eficaz, considerando cada caso concreto e a composição do crime, evoluindo-se para punições mais justas e eficazes no conceito ressocializador.

3 ORIGEM DOS SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

Com o passar do tempo, na busca pelos direitos humanos, mais precisamente no início do século XIX, a pena passou a ter uma função social. Isto é, as penitenciárias se transformaram definitivamente em locais próprios de reabilitação e reeducação dos apenados, de forma que a pena deixou de ser uma execução pública. No entanto, alguns resquícios do suplício de séculos passados ainda permanecem nas muralhas das prisões atuais.

No sistema celular, o sentenciado era obrigado a permanecer em cárcere isolado e em silêncio absoluto, sem poder exercer qualquer atividade laborativa, nem sequer receber visitas, sendo-lhe permitida somente a leitura da Bíblia, tendo em vista que a crença principal deste regime era de que a solidão e a leitura bíblica, conjuntamente, incitariam o sentimento de arrependimento no delinquente.

Com a evolução dos sistemas houve a necessidade de instituir uma maneira de cumprir o castigo imposto em nome da sociedade, sob a ótica mais humana. Ou seja, sendo a pena um mal necessário, atribuída ao delinquente para que pudesse penitenciar a sua culpa, tornou-se imprescindível a existência de um sistema prisional obediente aos tratados internacionais chamados pela sociedade civilizada e que respeitasse aos princípios da dignidade humana (KLOCH, e MOTTA, 2008).

Nos termos de Kloch, e Motta (2008, p. 25),

a prisão deixa de ser apenas um depósito de seres humanos aguardando execução, passa a ser um sistema em que, no mesmo tempo que é instrumento de segurança, também pune, (re)socializa e (re)educa o condenado.

Seguindo esta linha, entre o século XII e o século XIII, foi criado um sistema prisional, por Jeremias Bentham, chamado Panóptico, que, para a época, era considerado como menos severo. A sua estrutura celular permitia que as pessoas aprisionadas fossem observadas com facilidade pela vigilância.

Contudo, este sistema suportou duras críticas, por ser considerado apenas uma demonstração de poder do Estado, embora tenha sido o primeiro projeto de um sistema mais humanizado para a época. Este sistema deu origem a dois importantes sistemas prisionais no cenário internacional, o que criou o Direito Penitenciário, organizando e definindo as formas de execução da pena, quais sejam: o sistema

Pensilvânico ou Filadélfico e o sistema Auburniano (KLOCH, e MOTTA, 2008).

3.1 Sistema Pensilvânico ou Filadélfico

O sistema Pensilvânico teve sua origem no ano de 1681, quando foi criada esta prisão celular na Pensilvânia e Filadélfia, considerada uma prisão revolucionária para a época.

Pode-se afirmar que este sistema prisional foi de grande monta e reconhecimento, ganhando destaque quando foi construído o complexo prisional conhecido como *Walnut Street Jail*, no ano de 1776, sendo considerada a primeira prisão a implantar um sistema carcerário reconhecido como humanitário.

No jardim desta prisão foi construído um prédio celular, onde visava o confinamento solitário dos detentos. Por esta razão, o sistema Filadélfico ficou conhecido como “a prisão que adotou o isolamento dos apenados, onde os internados não se comunicavam e eram obrigados a cultivar a religião. A oração era obrigatória, para que os condenados não enlouquecessem, quando de sua expiação” (KLOCH, e MOTTA, 2008, p. 28).

Segundo Luz (2000), a crítica principal que se fez a este regime foi a de que o isolamento total significava uma tortura refinada. Tal sistema foi considerado desumano, estúpido e dispendioso, conforme leciona Ferri (1908, p. 291), citado por Luz (2000, p. 26):

o sistema celular não pode servir à reparação dos condenados corrigíveis (nos casos de prisão temporária), precisamente porque debilita, em vez de fortalecer o sentido moral e social do condenado e, também, porque se não se corrige o meio social é inútil prodigalizar cuidados aos presos que, assim que saem de sua prisão, devem encontrar novamente as mesmas condições que determinavam seu delito e que uma previsão social eficaz não eliminou.

Esta maneira de segregação demonstrou, na prática, a sua ineficácia, uma vez que o isolamento apenas contribuía para que os encarcerados chegassem ao delírio ou dessem fim à própria vida.

Posteriormente, foram criadas celas individuais para o período da noite, pois o trabalho e refeições eram comunitários, entretanto, o silêncio não deixou de ser a regra fundamental, de forma que a comunicação era permitida somente quando dirigida aos carcereiros, exigindo-se expressa autorização para tanto.

Contudo, poucos anos após a sua implantação, a prisão chamada *Walnut Street* demonstrou “graves problemas de ordem administrativa, pois além das contra-indicações provocadas pelo isolamento dos apenados, houve o excesso de egressos, dificultando a aplicação solitária” (KLOCH e MOTTA, 2008, p. 28).

3.2 Sistema Auburniano

Baseado no sistema Pensilvânico, este sistema foi instituído na cidade de Auburn, em Nova York, no ano de 1816 a 1840. No entanto, embora considerados semelhantes, a intenção era de melhorar a forma de aplicação da pena simultaneamente ao momento em que o aprisionado era penitenciado, objetivando-se um maior aproveitamento de seu trabalho, por exemplo.

O intuito principal era de solucionar o problema enfrentado na prisão celular, tendo em vista que já havia superlotação para impor o isolamento, além de o resultado não ter sido satisfatório pelas organizações internacionais dos direitos do homem.

Explicam Kloch e Motta (2008, p. 29):

neste sistema reinstalou-se a disciplina, impedia-se a fuga, buscava-se a reabilitação do delinquente. Para isso, os prisioneiros eram isolados durante a noite, dormiam em celas separadas e trabalhavam durante o dia em conjunto com os demais prisioneiros. O preso passou a ter direito à cela individual durante a noite, trabalho e as refeições em comum e, como regra, o silêncio absoluto, onde só podiam falar com os guardas, cujo objetivo, além da “importância da mão-de-obra carcerária”, era diminuir as tentativas de suicídios e fugas. Por isso, este método foi proposto para ser implantado em todas as prisões anglo-saxônicas.

Assim, buscava-se “a transformação do delinquente através do arrependimento e da expiação, levado pela reflexão religiosa”, bem como corrigir o detento pelo trabalho e pela disciplina (KLOCH e MOTTA, 2008, p. 30).

Focault (2004, p. 200), que também repudia o sistema Auburniano, alude:

a prisão deve ser um microcosmo de uma sociedade perfeita, onde os indivíduos estão isolados em sua existência moral, mas onde sua reunião se afeta num enquadramento hierárquico estrito, sem relacionamento lateral, só podemos fazer comunicação no sentido vertical. [...] Mais que manter os condenados “a sete chaves como uma fera em sua jaula”, deve-se associá-los aos outros, fazê-los participar em comum de exercícios úteis, obrigá-los em comum a bons hábitos, prevenindo o contágio moral por uma vigilância ativa [...]”.

Verifica-se que ambos os sistemas, Auburniano e Filadélfico baseiam-se numa disciplina rigorosa e na subordinação total do ser humano quando da execução da pena.

Na medida em que houve a ausência de auxílio para a recuperação e progressão no cumprimento das penas, surgiram oposições a estes dois sistemas.

Assim critica Foucault (2004, p. 201):

- a) religioso – onde a conversão é fundamento da correção;
- b) médico – justifica que o isolamento enlouquece;
- c) econômico – não houve qualquer comprovação de se ter menor custo;
- d) administrativo – para manter o sistema em funcionamento há necessidade de reforçar a vigilância.

Mesmo assim, este sistema foi a opção escolhida pelos Estados Unidos, por ser conveniente economicamente, em razão do crescimento das forças de produção, o que superava o sistema celular de todas as formas. Já na Europa o sistema celular foi o selecionado, sendo utilizado na maior parte dos países, até o nascimento do sistema penitenciário progressivo (KLOCH e MOTTA, 2008).

3.3 Sistema Progressivo

A partir do século XIX, quando foram criadas as penas privativas de liberdade, houve a necessidade de mudanças nos sistemas prisionais para permitir a execução da pena. Logo, conforme Foucault (2004, p.16), neste período desapareceu “o grande espetáculo da punição física: o corpo supliciado é escamoteado; exclui-se do castigo a encenação da dor. Penetramos na época da sobriedade punitiva”.

Assim surgiram os sistemas progressivos nomeados de Montesinos, Inglês e Irlandês.

3.4 Sistema de Montesinos

Apesar da divergência entre os doutrinadores, acredita-se que o fundador do sistema progressivo foi o Coronel Manuel Montesinos, que era um dos maiores críticos do sistema Auburniano e precursor do exercício penal humanitário na Espanha, pois defendia o sentido reeducativo e ressocializador da pena.

Nas palavras de Muakad (1994), citado por Luz (2000, p. 28), Montesinos

procurou inculcar o respeito à pessoa do preso e desenvolver o senso de responsabilidade em cada um, chegando a conceder permissões para saídas. Ultimou reformas no presídio que funcionava num velho convento, transformando-o em uma casa limpa, cômoda, sem meios especiais contra evasão, sendo desprezível o número de fugas, apresentando uma forma arquitetônica que o tornava semelhante às prisões de segurança mínima. As regras ali estabelecidas são consideradas por muitos como sementes dos regulamentos penitenciários ou códigos de execuções penais de hoje.

Conforme Kloch e Motta (2008, p. 32), o sistema foi disposto em fases, que ocorria da seguinte forma progressiva:

reclusão celular diurna e noturna; reclusão celular noturna e trabalho diurno, preservando-se a incomunicabilidade; período, denominado como “intermediário”, no qual o preso trabalhava no exterior do estabelecimento prisional e; liberdade condicional, onde o apenado era libertado sob determinadas condições até atingir a liberdade definitivamente.

Contudo, a restrição à comunicação e do direito ao regime aberto incitou as organizações mundiais a reavaliarem a disposição dos sistemas prisionais, de modo que, com o passar dos anos, o sistema foi alterado significativamente, considerando a diversidade das penas privativas de liberdade que foram aplicadas em diferentes sociedades.

Assim, em razão da preocupação em relação à dignidade dos presos, as organizações internacionais dos direitos humanos firmaram diversos tratados, no intuito de serem estabelecidas mínimas regras para tratamento dos apenados. Dentre eles estão: o Tratado de Genebra, A Declaração dos Direitos e Deveres do Homem, A Declaração dos Direitos Humanos de Paris e A Convenção Americana dos Direitos Humanos (KLOCH e MOTTA, 2008).

Montesinos, como administrador do presídio de Valência, criou o sistema de redução da pena, em uma terça parte, visando recompensar o bom comportamento do encarcerado, caracterizando um dos requisitos para a obtenção do benefício da liberdade condicional.

Neste mesmo caminho, Montesinos entendia que a função da pena era de reintegrar o apenado no convívio social de forma adequada, para isto afirmava que os detentos deveriam ser honrados com o trabalho, a fim de diminuir a repugnância

que os atingia e criar o amor pela atividade laborativa, assim como deveria o trabalho penitenciário ser remunerado, para servir de estímulo e interesse geral.

Além disso, seguindo as ideias de Montesinos, que discordava do regime celular onde era praticado o absoluto isolamento dos presos, acreditava em outras maneiras de reabilitar o apenado, como a concessão de licenças de saída, que era novidade na época, a integração de grupos, a prisão em regime aberto e, ainda, a concessão de livramento condicional (LUZ, 2000).

3.5 Sistema Inglês

Ainda no século XIX, na Inglaterra, foi criado um sistema decorrente da combinação de regimes, tendo origem atribuída às ideias de um capitão da Marinha Real Inglesa, chamado Alexander Maconochie, que, impressionado com as péssimas condições em que viviam os presos, se dispôs a mudar o tratamento penal que recebiam (LUZ, 2000).

O oficial instituiu o *mark system*, ou sistema de vales, onde o tempo de execução da pena não seria determinado exclusivamente pela sentença condenatória, mas também seriam considerados alguns critérios, como a dedicação do preso ao trabalho e o seu nível de aproveitamento, bem como a gravidade do delito cometido e as suas circunstâncias. O nome se deu em razão de que o presidiário recebia marcas ou vales quando obtia uma boa conduta, ou os perdia, em caso contrário.

Para instituir a duração da pena eram divididos três períodos, quais sejam: o período de prova, onde ocorria o isolamento total do preso; o período em que seria permitido o trabalho carcerário, observando-se o rigoroso silêncio e isolamento noturno e, por fim, o período em que era concedida a liberdade condicional ao aprisionado, se avaliado positivamente o seu comportamento.

Assim, o sistema foi aceito e utilizado por diversas prisões da Inglaterra, ficando, portanto, conhecido como sistema progressivo Inglês (LUZ, 2000).

3.6 Sistema Irlandês

Diferente do sistema Inglês, foi criado o sistema Irlandês, em 1854, sendo o pioneiro Walter Crofton, diretor das prisões da Irlanda, que adotou o sistema dos

vales, acrescentando, no entanto, a necessidade de um período de experiência para a concessão do benefício do livramento condicional, quando o apenado deveria trabalhar externamente, ocasião em que era avaliado para o reingresso à liberdade em sociedade.

De acordo com Luz (2000, p. 30) este sistema possuía quatro períodos:

o penal, na cela; o da reforma, pelo isolamento noturno; o intermediário, com trabalho em comum, caracterizado pelo fato dos prisioneiros vestirem roupas civis e desempenharem alguns encargos ou exercerem empregos externos, como verdadeiros trabalhadores livres; o da liberdade provisória, que se tornava definitiva pelo bom comportamento.

O critério para a progressão das etapas era em razão de merecimento, através dos ganhos de vales.

Este foi o sistema adotado pelo Código Penal, excetuando-se o uso de marcas e vales (KLOCH, e MOTTA, 2008).

3.7 Sistema e regimes adotados pelo Brasil

O Brasil regia-se pelas Ordenações Filipinas, que admitiam modos cruéis e desumanos na aplicação das penas. Contudo, no ano de 1824 essas punições foram repensadas, após a outorga da primeira Constituição Brasileira, que aboliu de forma geral as penas consideradas infamantes.

Com a regulamentação da Constituição de 1824, foi promulgado o Código Criminal Imperial, no ano de 1830, que determinou a redução da execução da pena com a morte, sendo que dos setenta que eram aplicados restaram apenas três: o motim dos escravos, o homicídio com agravante e o latrocínio.

Posteriormente, no ano de 1889 foi promulgado o Código Penal, após a proclamação da República, “como fonte legislativa de evolução do sistema prisional brasileiro, pois iniciou-se neste período a humanização das prisões” (KLOCH, e MOTTA, 2008, p. 37).

Explicam Kloch, e Motta (2008, p. 37) que:

o Código Penal de 1890 previa a pena privativa de liberdade, dando outra conotação e sentido à pena, além do direito de punir. Implantou-se nesta legislação outras formas de penas, ressaltado, como exemplo, a prisão disciplinar. Este sistema de gerenciamento de penas perdurou até o ano de 1940, quando foi publicado o novo Código Penal, que regulamentou: as

liberdades; o sistema de regimes de cumprimento de pena; o sistema progressivo e regressivo de regime.

Assim, o Código Penal de 1940 foi considerado um grande avanço nos modos de aplicação e execução das penas no Brasil, que adotou o regime progressivo, com algumas mudanças. Foram admitidas três espécies de regimes, quais sejam: aberto, quando o condenado é primário e a pena aplicada é inferior a quatro anos; semiaberto, quando o condenado é primário e a pena aplicada é superior a quatro anos e não excede a oito anos e, por fim, o fechado, quando o condenado é reincidente ou a pena aplicada é superior a oito anos (LUZ, 2000).

Neste sentido, é o que prevê o artigo 33 do Código Penal:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

[...]

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em 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 semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Conforme a disposição do artigo há a possibilidade de o condenado progredir de regime, de acordo com o seu merecimento, bem como de regredir em caso contrário, o que será mais bem abordado adiante.

No regime aberto, conforme já mencionado acima, o condenado deve preencher alguns requisitos, como ser primário e a pena cominada do delito não ser superior a quatro anos.

O cumprimento deste regime consiste no aprisionamento do delinquente à noite, para pernoitar, pois a exigência é de que ele saia durante o dia para trabalhar, retornando a noite somente para dormir na unidade prisional (KLOCH, e MOTTA, 2008).

Assim expressa o artigo 36 do Código Penal brasileiro:

Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§ 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

§ 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.

O estabelecimento prisional para esses condenados que fazem jus ao regime inicial aberto ou encontram-se promovidos do regime semiaberto foi nomeado pelo legislador como casa do albergado, de acordo com o que dispõe a sequência dos artigos 93, 94 e 95 da Lei de Execução Penal:

Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.

Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.

Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.

No entanto, poucas comunidades cumpriram com o dever de construir este estabelecimento, de modo que os juízes das execuções foram obrigados a adaptar a lei à nova realidade.

Ou seja, o dormitório dos condenados agraciados pelo regime mais brando passou a ser, de início, as cadeias públicas ou presídios previamente nominados pelos juízes locais. Inobstante isso, a superlotação carcerária – o que se elucidará mais adiante - obstou essa possibilidade, razão pela qual a alternativa restante foi a utilização das próprias residências dos albergados para pernoitarem durante todas as noites e nos dias de folga do trabalho.

Cumprir observar que a única obrigação imposta ao albergado consiste na necessidade de apresentar-se periodicamente ao juízo para justificar as suas atividades, embora essa fiscalização, na prática beire a insignificância, tendo em vista que “o cartorário encarregado do controle dos albergados se limita, na maioria das vezes, a carimbar a carteira de posse do condenado, não havendo exigência de se comprovar o exercício de atividade laborativa” (PRADO, LUIZ REGIS; HAMMERSCHMIDT, DENISE; MARANHÃO, DOUGLAS BONALDI; COIMBRA,

MÁRIO, 2011, p. 136).

Assim, o cumprimento da pena ocorre a cada dia enquanto perdurar o condenado neste regime, dependendo a sua interrupção de decisão judicial, suspendendo-se provisoriamente a sua execução ou regredindo para regime mais rigoroso, se for o caso.

Em razão disso, muitos apenados optam pelo regime aberto ao livramento condicional. Explicam Prado, Hammerschmidt, Maranhão e Coimbra (2011, p. 136), que, teoricamente,

compreende a última etapa do sistema progressivo, já que, na primeira hipótese, em caso de suspensão ou regressão, não perderá o condenado o período de cumprimento de pena, enquanto no livramento condicional, descumprido o período de prova, não será ele computado como cumprimento de pena.

A realidade brasileira demonstra que a exigência da legislação não é respeitada como deveria, tanto é que os juízes das execuções criminais têm concedido um prazo razoável para que os condenados ao regime comprovem o exercício da atividade laboral, embora o artigo 114 da LEP defina a prova imediata.

O desrespeito do sistema penal brasileiro, somado ao aumento da violência criminal - praticados em grande parte por aqueles condenados que se encontravam no gozo das saídas temporárias ou em regime domiciliar -, motivou uma discussão acerca da necessidade de aprimoramento da vigilância nestes casos.

Por falar nisso, importante referir que a prisão domiciliar foi introduzida no Código de Processo Penal, por meio do artigo 317, no intuito de substituir a prisão preventiva, tendo natureza cautelar. É cabível para acusados maiores de 80 anos de idade; acusados extremamente debilitados por doença grave; acusados com filhos menores de seis anos ou deficientes; e acusadas gestantes no sétimo mês ou gravidez de risco.

Diferente é a prisão domiciliar inculpada no artigo 117 da Lei 7210/84, que substitui o cumprimento da pena em casa de albergado, com natureza prisional. É cabível para condenados maiores de 70 anos (limite etário este não alterado pelo Estatuto do Idoso); condenados cometidos de doença grave; condenadas com filho menor ou deficiente (em razão do princípio da isonomia, abrange os condenados, desde que comprove a dependência do filho); condenadas gestantes.

Para tanto foi criada a monitoração eletrônica, instituto que muito foi debatido sobre a eventual inconstitucionalidade desse tipo de cautela, até que foi aprovada a

Lei nº 12.258/2010, disciplinando essa possibilidade, nos casos específicos, devendo, obviamente, serem preservados os direitos fundamentais do preso. Desta forma, foi estabelecido que a monitoração deve ser revogada nas hipóteses em que se tornar desnecessária ou inadequada. (PRADO, LUIZ REGIS; HAMMERSCHMIDT, DENISE; MARANHÃO, DOUGLAS BONALDI; COIMBRA, MÁRIO. 2011, p. 141).

Entende-se que a maior vantagem da prisão aberta é permitir ao condenado que sinta a experiência de viver em liberdade, de forma concreta, pois mesmo em tempo de execução da pena tem a oportunidade de trabalhar e estar se sentindo liberto.

Já no regime semiaberto, o condenado deve cumprir pena na chamada colônia agrícola, industrial ou similar, oportunidade em que será submetido logo no início ao cumprimento de pena à realização de exame criminológico de classificação para individualização da execução, sendo obrigatório o exercício de atividade laborativa durante o dia ou admitido o trabalho externo e a frequência a cursos profissionalizantes, de segundo grau ou superior (LUZ, 1998).

Neste sentido, prevê o artigo 35 do Código Penal brasileiro:

Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

§ 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

O trabalho interno é obrigatório aos condenados definitivos, “respeitadas as aptidões, a idade, a habilitação, a condição pessoal (doentes ou portadores de deficiência física), a capacidade e as necessidades futuras”; aos condenados provisoriamente o trabalho é facultativo, sendo permitido somente no interior do estabelecimento (MARCÃO, 2010, p. 61).

O trabalho externo exige autorização do diretor do estabelecimento. Da mesma forma, devem ser respeitadas a aptidão, idade, habilitação, condição pessoal, capacidade e necessidade dos presos. No entanto, neste devem ser satisfeitos, cumulativamente, dois requisitos básicos: um subjetivo, que é a disciplina e a responsabilidade, podendo ser comprovada por meio de exame criminológico, e o outro objetivo, consistente no dever de o condenado ter cumprido no mínimo um

sexto da pena aplicada (MARCÃO, 2010).

Observa-se que este regime deve ser inicial quando aplicado aos condenados a pena superior a quatro anos e inferior a oito, se não reincidentes.

Sobre isso, cabe ressaltar que o verbete da Súmula nº 269 do Superior Tribunal de Justiça “culminou por perfilhar a tese de que é possível a fixação do regime semiaberto ao condenado reincidente, desde que a pena seja igual ou inferior a quatro anos e as circunstâncias judiciais lhe sejam favoráveis” (PRADO, LUIZ REGIS; HAMMERSCHMIDT, DENISE; MARANHÃO, DOUGLAS BONALDI; COIMBRA, MÁRIO. 2011, p. 141).

Ademais, cumpre pena no regime fechado desde o início, obrigatoriamente, aquele condenado à pena de reclusão, desde que reincidente, ou a pena aplicada for superior a oito anos. De praxe, os autores de crimes hediondos ou equiparados deveriam iniciar o cumprimento da pena inegavelmente em regime fechado. Assim expressa o artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/1990:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:
[...].
§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal entendeu por bem declarar a inconstitucionalidade deste artigo, editando a Súmula Vinculante nº 26, sob o fundamento de que tal exigência violaria o princípio da individualização da pena, mormente pelo fato de que a Carta Magna não veda a progressão de regime nos crimes hediondos.

Os estabelecimentos prisionais destinados para este regime são os de segurança máxima ou média, que são as penitenciárias, onde se alojam os presos em celas individuais, com seis metros quadrados de área mínima (ZAFFARONI, e PIERANGELI, 2013).

A administração da penitenciária de segurança máxima permite a construção de pavilhão especial no caso de o preso ser perigoso ou já ter participado de motins e perturbação na instituição.

Albergaria (1993, p. 105) ensina que além da prevalência das normas de segurança, ordem e disciplina, o regime engloba a vida dos três grupos de condenados, que são os de difícil recuperação, os que geram dúvidas e os que têm

grande chance de recuperação. Na instituição, “submetem-se às diferentes fases do processo de ressocialização: trabalho, instrução, religião, recreação e esporte”.

Além disso, o artigo 34 da Lei de Execução Penal estabelece algumas regras do regime fechado, com a seguinte disposição:

Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

§ 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

§ 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.

Assim, Brito (2011) entende que a finalidade do recolhimento à prisão fechada baseia-se a impossibilitar aos condenados o tratamento em liberdade, pelo recebimento de regimes mais brandos ou de penas alternativas. Deveria, portanto despertar a intenção de mudança após o cumprimento de sua tarefa de fase inicial do processo de execução da pena (BRITO, 2011, p. 240).

Como se vê, não é novidade que a Lei de Execução Penal adota o sistema progressivo no caso das penas privativas de liberdade, que nada mais é do que a oportunidade de obter-se a passagem de um regime mais severo para outro mais brando.

A redação do artigo 33, §2º do Código Penal é clara neste sentido:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: [...]. (Grifo próprio)

Para o sucesso no avanço é necessário o preenchimento de alguns requisitos, chamados objetivos e subjetivos. Neste sentido, inspirou-se o legislador na famosa metodologia de *mark system*, que permite ao condenado chegar mais próximo da liberdade quando atingir determinadas metas, através de conquistas de privilégios.

Sobre o tema, esclarece BRITO (2011, p. 243) que, para ter direito à progressão, deverá o condenado:

cumprir ao menos 1/6 da pena no regime anterior, se condenado por um crime comum, ou 2/5 e 3/5 (para o reincidente), se condenado por crime considerado hediondo ou equiparado;
 Ostentar *bom comportamento* carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;
 Se 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. (Grifado no original).

Importante lembrar que, no caso de crime hediondo ou equivalente, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a redação do artigo 2º da Lei 8.072/90 na parte que proibia a progressão de regime, devendo o juízo da execução “avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico” (BRITO, 2011, p. 245).

Em sentido oposto é o episódio da regressão de regime, que é a transferência do regime mais brando ao mais severo. Isto ocorre devido à má conduta do encarcerado, a qual está prevista no artigo 50 da Lei de Execução Penal, mediante falta grave:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:
 I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
 II - fugir;
 III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
 IV - provocar acidente de trabalho;
 V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
 VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.
 VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.
 Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.

Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 711) acreditam que “além da importância que estas faltas graves têm para a regressão no regime, determinam sanções, sendo as mais graves a suspensão de alguns direitos e o isolamento celular [...]”.

Ainda, importante atentar-se à redação do artigo 118 da Lei de Execução Penal, que alerta as hipóteses em que o condenado à pena privativa de liberdade se poderá se sujeitar à forma regressiva:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime.

É possível observar que o sistema progressivo de regime de penas é baseado na evolução do condenado durante o tempo da execução da pena, ou seja, a progressão fica dependente do seu próprio comportamento dentro da unidade carcerária, que pode reduzir ou aumentar a quantidade de sua pena fixada, bem como o nível do rigor que será submetido.

4 A INEFICÁCIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E AS MEDIDAS ALTERNATIVAS

As prisões e as penas privativas de liberdade eram ignoradas pelos povos primitivos. A pena de morte era utilizada como medida suprema, pura e simples e, para aqueles crimes considerados mais graves e bárbaros, eram aplicados suplícios adicionais aos culpados, de efeitos aterrorizantes. Tais penas também foram aplicadas em épocas e por legislações mais avançadas, sendo que, inicialmente, a detenção era considerada como uma medida preventiva para, após, incorporar o modo repressivo e se tornar um tipo de penalidade.

Conforme Oliveira (2003, p. 47):

nas sociedades pouco desenvolvidas, a prisão preventiva não era necessária, pois a responsabilidade é ainda coletiva e não individual. Não é só o acusado que deverá reparar o mal cometido, mas, se ele faltar, o clã, de que ele mesmo faz parte, arcará com as consequências. À medida, porém, que a sociedade vai se desenvolvendo, cresce a vida coletiva e se intensifica a responsabilidade que se torna individual. Para evitar a fuga, a prisão aparece localizada nos palácios dos reis, nas dependências dos templos, nas muralhas que cercavam as cidades.

Quando alguém comete uma infração penal, sendo o fato típico, ilícito e culpável, a pena é a consequência natural imposta pelo Estado, que, na oportunidade, tem o dever de fazer valer o *ius puniendi*. Cabe ressaltar que, embora tenha tal dever, a pena a ser imposta deverá observar os princípios a ela atribuídos,

previstos em nossa Constituição Federal (GRECO, 2007).

Deveras, é sabido que a privação da liberdade é o pior castigo que o ser humano pode receber. O rompimento compulsório com familiares, filhos e a restrição do aconchego do lar é, em geral, a dor mais difícil de suportar (OLIVEIRA, 2003).

O Código de 1890 gerou complicações no sistema prisional, pois adotou quatro penas privativas de liberdade: prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar. Já o Código de 1940 estabeleceu duas penas privativas de liberdade – reclusão e detenção -, proibindo sua execução conjunta, o que nunca foi respeitado. Esta distinção é mantida no texto vigente, embora tenha sido praticamente suprimida, pois a redação do artigo 33 do Código Penal expressa que a reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto e aberto, enquanto a detenção não permite o cumprimento em regime fechado, salvo necessidade de transferência (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013, p. 705).

A pena privativa de liberdade teve origem no século XVI, generalizando-se no século XIX (ZAFFARONI, e PIERANGELI, 2013). Neste período, este tipo de repressão abrochou esperanças de que poderia ser um meio adequado para reestruturação do delinquente, pensamento otimista que perdurou por muitos anos, até desaparecer, e este sistema punitivo ser considerado atualmente como falido, entrando no período de crise. Essa crise abrange, também, o desempenho da função ressocializadora da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos aponta para a impossibilidade – absoluta ou relativa – de se obter o efeito positivo sobre o detento (BITTENCOURT, 2011).

Nas palavras de Bittencourt (2011, p. 164):

fala-se da crise da prisão, mas não como algo derivado estritamente de sua essência, mas como resultado da deficiente atenção que a sociedade e, principalmente, os governantes têm dispensado ao problema penitenciário, o que nos leva a exigir uma série de reformas, mais ou menos radicais, que permitam converter a pena privativa de liberdade em meio efetivamente reabilitador.

No decorrer da evolução da pena, no intuito de compreender a sua função diante dos comportamentos sociais de cada época e da organização do Estado, bem como suas finalidades e características, foram criadas as teorias absolutas e relativas, que buscavam, igualmente, entender a figura do condenado como sujeito passivo da atuação da pena. De primeiro lance, a pena foi considerada como um

meio de corresponder ao delinquente o mal por ele causado, em razão da infração cometida. Posteriormente, foi surgindo o caráter preventivo da sanção penal (MORAES, 2006, <http://www.ambito-juridico.com.br>).

Não obstante, importante mencionar que ainda surgiu a teoria mista, que concilia o caráter retributivo e o preventivo da pena, possuindo um fim político e útil, bem assim a necessidade de garantir os interesses da sociedade. Pontua Oliveira que “pune-se porque pecou e para que não peque” (OLIVEIRA, 2013, p. 70).

Bitencourt (2011, p. 123) também assevera que:

questiona-se a validade da pena de prisão no campo da teoria, dos princípios, dos fins ideais ou abstratos da privação de liberdade, e se tem deixado de lado, em um plano muito inferior, o aspecto principal da pena privativa de liberdade, que é a sua execução. Igualmente se tem debatido no campo da interpretação das diretrizes legais, do dever-ser, da teoria e, no entanto, não se tem dado a atenção devida ao tema que efetivamente merece: o momento final e dramático, que é o do cumprimento da pena institucional.

Na realidade, a questão deve ser interpretada conforme a atualidade, de acordo com o cumprimento e execução da privação da liberdade. Seguindo o entendimento de Bitencourt (2011, p. 123), “definitivamente, deve-se mergulhar na realidade e abandonar, de uma vez por todas, o terreno dos dogmas, das teorias, do dever-ser e da interpretação das normas”.

4.1 Principais funções e finalidades

O artigo 59 do nosso Código Penal ensina que as penas devem ser necessárias e suficientes à **reprovação** e **prevenção** do crime.

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Deste modo, a pena deve reprová-lo mal causado pela conduta ilícita do agente, bem como prevenir que cometa novas infrações. A teoria absoluta recai sobre o caráter retributivo da pena, conforme menciona o doutrinador Greco (2007, p. 489):

a teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria 'absoluta' porque para ela o fim da pena é independente, 'desvinculado' de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense.

A tendência da sociedade é, em geral, de se acomodar com essa finalidade, pois sendo aplicada a pena privativa de liberdade ao apenado, dá-se por satisfeita com essa espécie de "pagamento" ou compensação feita por ele. De outro lado, no caso de ser aplicada ao condenado uma pena restritiva de direitos ou mesmo a de multa, a sociedade tende a interpretar como impunidade, mormente pelo fato de o detento não ser submetido à segregação (GRECO, 2007).

Sob a perspectiva de que a prisão, de fato, está em crise, entende-se que não emana estritamente de sua essência, e sim como resultado da escassez de atenção por parte da sociedade e, principalmente, dos governantes, que têm escusado ao problema carcerário. Tal situação instiga a exigir uma série de reformas, especialmente para que se possibilite a conversão da pena privativa de liberdade em um meio efetivamente reabilitador (BITENCOURT, 2011).

As teorias relativas apontam como finalidade fundamental da pena a sua utilidade e prevenção, devendo ser aplicada também por ser imperiosa à segurança da sociedade e conservação social. Nas palavras de Oliveira (2000, p. 69-70), "o delito já não é mais fundamento da pena, mas seu pressuposto. Não se castiga porque pecou, mas para que não peque".

Tais teorias podem ser classificadas em dois grupos: preventivas, que têm por finalidade evitar futuras infrações, e reparadoras, que, pretendem, como fim da pena, corrigir danos consequentes do delito.

Nas palavras de Oliveira (2000, p. 70):

por sua vez, as teorias preventivas podem agir como uma prevenção geral ou especial. A prevenção é geral quando a sanção representa um modo de evitar as violações futuras, agindo sobre a generalização das pessoas. A pena tem por finalidade impedir, por meio da intimidação, que todos os indivíduos pratiquem delitos. A prevenção especial atua sobre o criminoso pela intimidação de sua personalidade. A pena tem uma única referência, intimidar o delinquente que cometeu um ato punitivo, e a execução da pena é concebida como meio idôneo para evitar que o delinquente não torne a delinquir.

O principal objetivo da pena, que persegue a lei penal e o direito penal em geral, é a segurança jurídica, pois deve prevenir futuras condutas delitivas. Contudo, ao seguir a via da prevenção geral se chegará à repressão intimidatória e, por último, à vingança. Isto significa que o passo da repressão exemplar à vingança é perspicaz e difícil de identificar.

Zaffaroni e Pierangeli criticam (2013, p. 100-1):

a prevenção geral se funda em mecanismos inconscientes: o homem respeitador do direito sente que reprimiu tendências que outro não reprimiu; que privou-se do que o outro não se privou, e experimenta inconscientemente como inútil o sacrifício de uma privação a que o outro não se submeteu. Inconscientemente, quem se reprimiu clama por vingança, e daí que o passo da prevenção geral à vingança nunca seja de todo claro e que a prevenção geral sempre encerre um conteúdo vingativo. Para refrear este conteúdo vingativo se sustenta que a pena “justa” é a “retributiva” e por isto, dentro desta linha, deve obedecer à lei do talião: a pena deve importar a mesma quantidade de mal causado pelo delito (“olho por olho e dente por dente”). (Grifado no original).

Seguindo o entendimento de Zaffaroni e Pierangeli (2013), se a pena deve ter como base a prevenção geral, deveria ser mais gravosa aquela imposta por crimes cuja omissão se encontra menos reforçada por outros meios de controle social, e menos gravosa no caso de delitos que estão prevenidos por outros meios de controle social.

Outra alternativa frente à rejeição da finalidade de prevenção geral é a prevenção especial. Esta prevenção não pode ser rígida, mas deve ser uma pluralidade de objetivos concretos, que devem ser adequados a cada situação real. Deve ser um modo prático de resolver conflitos (ZAFFARONI, e PIERANGELI, 2013, p. 105).

A prevenção especial desempenha um papel relevante, pois possui a atribuição

da medição da pena, examinando as agravantes e atenuantes que concorrem em um determinado fato. A avaliação concreta da personalidade do agente delituoso permite conhecer as circunstâncias pessoais que o instigaram ao cometimento do crime, processo que permite uma melhor ponderação sobre as possibilidades de aplicar-lhe uma medida alternativa, evitando, dentro do possível, o encarceramento (BITENCOURT, 2011).

Como já mencionado no capítulo anterior, existe uma concepção retributiva e uma formulação preventiva da pena. Nas palavras de Bitencourt (2011, p. 115), “com essa evolução, o conceito de culpabilidade também se torna consideravelmente modificado em sua finalidade e consideração doutrinária.” Isto quer dizer que, atualmente, de um modo geral, a culpabilidade está relacionada com as novas direções que vem surgindo sobre o sentido e a real função da pena.

Bitencourt (2011, p. 115-6) esclarece:

estado, pena e culpabilidade formam conceitos dinâmicos inter-relacionados. Com efeito, é evidente a relação entre uma teoria determinada de Estado com uma teoria da pena, e entre a função e finalidade desta com o conceito dogmático de culpabilidade adotado. Assim como evolui a forma de Estado, o direito penal também evolui, não só no plano geral como em cada um dos seus conceitos fundamentais. [...] Um conceito dogmático como o de culpabilidade requer, segundo a delicada função que vai realizar – fundamentar o castigo estatal -, uma justificativa mais clara possível do porquê e para quê da pena.

Pode-se dizer, superficialmente, que a ressocialização restringe-se a uma sociedade mais igualitária, com intuito de impor penas mais humanitárias, prescindindo, dentro do possível, as privativas de liberdade (BITENCOURT, 2011).

Destaca-se que a intenção é que a pena privativa de liberdade seja aperfeiçoada, quando necessária, e substituída, quando possível e recomendável. Propõe-se que sejam aplicadas somente àquelas condenações de longa duração e àqueles condenados efetivamente perigosos e de difícil recuperação (BITENCOURT, 2011).

Conforme Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 105):

a ‘reforma’ do criminalizado pode se obter, às vezes, mediante uma simples privação de algo que tem por valioso, e que pode gerar uma contramotivação, como acontece no caso das multas ou de algumas outras penas conhecidas pelo direito penal contemporâneo (prestação de serviços à comunidade nos finais de semana, pagamento de uma parte do salário da vítima etc.). (Grifado no original)

As improbidades que o apenado utiliza ao cometer o delito devem ser trabalhadas atenciosamente, para ser possível a superação das dificuldades que o conduziram a cometer o crime, de maneira que seja capaz de ser reintegrado novamente à sociedade (MACHADO, 2008, p. 50, <http://siaibib01.univali.br/pdf/Stefano%20Jander%20Machado.pdf>).

Bitencourt (2003) é objetivo quando esclarece que só se concebe o *esforço ressocializador* como *uma faculdade* que se oferece ao delinquente para que, de forma espontânea, ajude a si próprio a, no futuro, levar uma vida sem praticar crimes.

4.2 O atual sistema prisional brasileiro e a crise enfrentada

Atualmente, a legislação que rege a forma de execução da pena cominada é a Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, que dispõe a divisão dos regimes de cumprimento da pena no sistema carcerário.

Os estabelecimentos penais no Brasil têm a finalidade de acolher os presidiários, tanto em execução provisória ou definitiva, quanto àqueles submetidos à medida de segurança.

São oito tipos de estabelecimentos existentes, quais sejam: cadeias públicas, penitenciárias, colônias agrícolas, industriais ou similares, estabelecimentos específico para idosos, casas do albergado, centros de observação criminológica, hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico e, por fim, o patronato (KLOCH e MOTTA, 2008).

Para melhor compreensão, pertinente a descrição pormenorizada da finalidade atribuída a cada um deles, respectivamente.

As cadeias públicas destinam-se ao recolhimento de presos em caráter provisório, sendo que cada Comarca possui a sua. Em alguns estados estas são regionalizadas, denominadas Presídios Regionais, onde os detentos aguardam julgamento ou vaga na penitenciária até serem transferidos.

As penitenciárias destinam-se ao recolhimento dos condenados à pena privativa de liberdade em regime fechado, que são subdivididas em segurança máxima especial, onde as celas são individuais, conhecidas como unidade celular; segurança média ou máxima, onde contém celas individuais e coletivas e, por fim,

em femininas, cujo objetivo é afastar a mulher presidiária dos condenados masculinos.

As colônias agrícolas, industriais ou similares destinam-se ao recolhimento do apenado que deve cumprir pena no regime semiaberto, tendo direito ao trabalho remunerado com a conseqüente remissão da pena.

Os estabelecimentos para idosos abrigam pessoas que tenham idade mínima de 60 anos, quando já alcançados ou quando completarem essa idade durante o cumprimento da pena privativa de liberdade. Estes estabelecimentos são próprios, com seções e módulos autônomos, destinados especificamente aos adultos.

As casas do albergado destinam-se ao recolhimento dos condenados à pena privativa de liberdade em regime aberto e da pena de limitação dos finais de semana. Este estabelecimento deverá situar-se no centro urbano, separado dos demais estabelecimentos.

Os centros de observação criminológica são nos casos de regime fechado e segurança máxima, onde os presidiários devem passar por exames gerais e criminológicos, no intuito de averiguar o tipo de estabelecimento e o tratamento adequado.

Os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico destinam-se a abrigar pessoas submetidas à medida de segurança, que são os inimputáveis e semi-inimputáveis.

Por fim, o patronato, que é um instituto que visa orientar os condenados à pena restritiva de direitos, fiscalizar a prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana e, ainda, auxiliar na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão da pena e do livramento condicional.

No Brasil, existem estabelecimentos penitenciários estaduais e federais, conforme explicam Kloch e Motta (2008, p. 44):

os estabelecimentos Penitenciários Estaduais apresentam formas diversificadas de execução, na tentativa de atingir o objetivo almejado pela Lei de Execução Penal. Mas, enfrentam superlotação carcerária, dificuldades financeiras e despreparo do pessoal técnico, que se reverte em afronta direta e indireta aos direitos fundamentais dos apenados.

Oportuno referir que a população carcerária atual do país atingiu um número aproximado de 715.655 presos, segundo levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça no mês de junho de 2014 (2014, www.cnj.jus.br), sendo que

destes apenas 147.937 cumprem pena em prisão domiciliar.

Conforme o Conselho Nacional de Justiça (2014, <http://www.cnj.jus.br>), assim é composto o panorama brasileiro:

população no sistema prisional = 567.655 presos
Capacidade do sistema = 357.219 vagas
Déficit de Vagas = 210.436
Pessoas em Prisão Domiciliar no Brasil = 148.000
Total de Pessoas Presas = 715.655
Déficit de Vagas = 358.219
Número de Mandados de Prisão em aberto no BNMP = 373.991
Total de Pessoas Presas + Cumpr. de Mandados de Prisão em aberto =
1.089.646
Déficit de Vagas = 732.427

Aliás, um dos principais problemas em relação à crise atual do sistema é devido ao alto déficit das penitenciárias, considerando que abrigam um número maior de presos do que a sua real capacidade.

Com essas novas estatísticas, o Brasil passou a ter a terceira maior população carcerária do mundo, segundo os dados do Centro Internacional de Estudos Prisionais de Londres (ICPS, 2015, www.prisonstudies.org).

No Brasil, um a cada três detentos encontra-se em situação irregular, tendo em vista que estão confinados nas Delegacias de Polícia e em Cadeias Públicas, ao invés de estarem nos presídios, que possibilitam melhores condições de segurança e assistência ao preso.

Estudos computam um gasto de cerca de 5 milhões de dólares por ano aplicado no custeio das despesas dos detentos, só no Brasil, o que poderia ser destinado à melhoria da estrutura de hospitais e escolas, considerando que a saúde e a educação são dois dos seus maiores problemas sociais. Extrai-se, portanto, que essa situação acaba gerando um círculo vicioso, vez que a falta de boas condições, em especial, do estímulo ao estudo e aprendizado pode recair sobre a prática de atividades delituosas.

A situação crítica é mais bem elucidada por Nunes (2005, p. 146):

oitenta por cento dos que cumprem pena de prisão, no Brasil, voltam a cometer novos delitos, um número alarmante e acentuado, que a cada dia cresce assustadoramente, aos olhos inertes de uma Sociedade que clama por segurança pública, há muito tempo, mas que não é ouvida. Dentro dos Presídios brasileiros, a tortura, os maus-tratos e a desumanidade imperam, porque os reclusos não são tratados como seres humanos, nem há preocupação com a sua recuperação.

O desrespeito à dignidade do preso é outra problemática enfrentada nas unidades. Embora a proibição à tortura esteja determinada expressamente na nossa Constituição, está permanentemente presente nos estabelecimentos prisionais, principalmente no momento em que os detentos optam pelo silêncio a nominar um culpado, quando acabam sendo mortos mesmo antes de realizar uma eventual denúncia.

Outra situação é a intimidade do preso, costumeiramente violada. As cartas recebidas e enviadas por eles não têm qualquer proteção, sendo totalmente desrespeitado o direito constitucionalmente previsto e também consagrado na Lei de Execução Penal.

A alimentação e a saúde são desprezíveis. A alimentação servida é totalmente inadequada, enquanto a saúde praticamente inexistente, tanto é que os presidiários são encaminhados a hospitais de fora do estabelecimento quando necessitam de atendimento médico, considerando o catastrófico atendimento fornecido pela unidade carcerária, sem falar na insuficiência de medicamentos destinados às doenças constantemente presentes, como a tuberculose e outras doenças transmissíveis.

Nunes (2005, p. 147) aponta a falta de preparo dos agentes penitenciários:

os agentes penitenciários, encarregados da segurança dos presídios, quase sempre são despreparados para a função, máxime no que tange ao tratamento oferecido ao detento. Os diretores de unidades prisionais são recrutados pela via do interesse político, muitos deles sem nenhuma formação humanística e sem conhecimento da Lei de Execução Penal. É comum a designação de oficiais do quadro da Polícia Militar dos Estados, como dirigentes das unidades prisionais, donde conclui-se que a administração da unidade prisional, nesse caso, é realizada com a experiência vivida dentro dos quartéis, o que muito dificulta a humanização dos Presídios, porque não se pode comparar a figura do policial com o detento.

Essa realidade representa um fator significativo para piorar a busca pela recuperação do criminoso. O desprezo em relação aos técnicos, que são os psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais e advogados – estes últimos em razão da desatenção quando devem apenas peticionar solicitando a imediata soltura dos presos pelo cumprimento integral do tempo da pena - “compromete, sobremaneira, a execução da pena, pois o Juiz de Execução Penal, no julgamento de benefícios aos

detentos, necessita de pareceres técnicos que vislumbrem o perfil do criminoso, sua periculosidade e o seu mérito carcerário” (NUNES, 2005, p. 148).

A corrupção é outro fator determinante nesse sentido, infelizmente existente dentro das prisões. Isto porque parte da população carcerária é privilegiada com determinadas vantagens pessoais, o que é concretizado através do envolvimento de dinheiro e do tráfico de drogas, acabando por prevalecer o mal sobre o bem, tendo em vista que as regalias só estão ao alcance dos que têm dinheiro. Esse tipo de corrupção comum “sobrevive no anonimato, uma vez que não se chega ao corrupto nem ao corruptor” (NUNES, 2005, p. 148).

Nunes (2005, p. 150) refere que o Promotor de Justiça de Minas Gerais, Rodrigo Iannaco, indicou os maiores problemas das prisões brasileiras:

- 1 – Presos definitivos em estabelecimentos destinados a presos provisórios;
- 2 – Presos de regimes distintos submetidos ao mesmo tratamento;
- 3 – Ausência de condições para o trabalho;
- 4 – Inexistência de estabelecimentos prisionais de característica industrial (semi-aberto);
- 5 – Insuficiência de colônias agrícolas;
- 6 – Corrupção;
- 7 – Ausência de classificação, individualização e assistência efetiva.

Em suma, o quadro apresentado acima aponta a questão crucial: a superlotação carcerária.

Outro quesito que depõe contra a exacerbada utilização da pena privativa de liberdade é a reincidência, isto porque estudos realizados em alguns países chegaram à conclusão de que a solução não está em encher as cadeias.

Luz (2000, p. 214), acredita que “o reincidente, portanto, fruto daquilo que vivenciou enquanto preso, potencializando o mal nele latente, é uma pessoa endurecida, perversa, rancorosa, ávida por retribuir à sociedade que o alijou, tudo aquilo que lhe foi proporcionado”.

No entanto, a privação da liberdade não pode ser totalmente abolida no atual estágio em que se encontra a nossa civilização, considerando que deve ser oferecido um contra estímulo àqueles que optaram por infringir a lei, sob o ângulo da prevenção.

4.3 O princípio da individualização da pena como proposta de melhora

Desde o surgimento da pena privativa de liberdade, a busca por um sistema carcerário adequado foi incansável, no intuito de que a sua aplicação fosse eficaz na recuperação do delinquente.

Acredita-se que o melhor sistema prisional é “aquele que resguarda os direitos da personalidade do detento, impedindo que a unidade prisional seja apenas um depósito de pessoas que não aderiram ao sistema” (KLOCH e MOTTA, 2008, p. 165).

Isto significa a importância que o princípio da individualização da pena possui no direito moderno, que está estabelecido no Código Penal, Processo Penal e na Lei de Execução Penal, sob norte da Constituição Federal, considerando que a análise da periculosidade do criminoso, bem como o nível de sua culpa, é essencial no momento da fixação da pena, em respeito ao que se chama de proporcionalidade.

Dotti (1998, p. 140) ressalta:

um Direito Penal próprio de um Estado social e democrático de Direito rejeita a periculosidade como fundamento ou limite da pena, o que ocorre nos regimes totalitários quando a indefinição das acusações criminais se concilia com o caráter fluido do estado perigoso e permite a imposição da sanção penal de cariz evidentemente preventivo. Ao reverso, nos regimes inspirados pela democracia efetiva, a culpa pelo ato concreto deve ser a base sobre a qual incidirão a qualidade e a quantidade da pena adequada. O generoso princípio da culpa é extraído da dignidade da pessoa humana e do seu direito à liberdade.

À luz do atual sistema penal, a individualização da pena “consiste numa diretriz constitucional e orientadora de imposição, aplicação e execução da pena (art. 5º, XLVI)” e possui três estágios, quais sejam: a individualização legislativa, quando o legislador fixa uma ou mais reprimendas considerando o bem jurídico tutelado e a gravidade da conduta; a individualização judicial, quando o juiz fixa a pena considerando cada caso concreto, utilizando os critérios orientadores e estabelecendo como se processará a sua execução; por fim, a executória, que é o momento em que deverá haver a concretização correta da sanção penal aplicada pela individualização da pena judiciária (PRADO, HAMMERSCHMIDT, MARANHÃO e COIMBRA, 2011, p. 27).

Barros (2001, p. 112) explica:

assim, o processo de concretização da individualização da pena começa na lei e termina com a conclusão da execução penal – para que o juiz do processo de conhecimento possa impor pena ao agente responsável pelo

fato, a conduta deve estar previamente incriminada pelo legislador, bem como para que se execute a pena imposta, ela deve estar individualizada conforme a culpabilidade exteriorizada no fato. Ao longo desse processo, a pena está condicionada aos princípios constitucionais norteadores do Estado de direito, e só haverá legitimidade onde a pena for necessária e proporcional ao fato – a mínima entre as possíveis – e se destinar à proteção subsidiária de bens jurídicos.

Todo esse processo de individualização, adaptação da pena ao fato e à personalidade concreta está norteado pelos princípios da legalidade, necessidade e proporcionalidade. Ou seja, o respeito à legalidade limita o legislador a incriminar condutas conforme a legalidade estrita e não a legalidade formal, devendo obedecer aos princípios constitucionais. Determinam ainda, de forma conjunta, o princípio da legalidade, aliado ao princípio da igualdade, que a descrição da sanção penal deve estar clara em sua quantidade e adstrita à gravidade do delito, evitando-se, portanto, excessos na interpretação da lei e tratamentos desiguais (Barros, 2001).

O princípio da proporcionalidade implica a ponderação entre o crime praticado e a pena fixada, permitindo-se a sua graduação. Sendo assim, “a proporcionalidade revela, por um lado, a força do interesse da defesa social e, por outro, o direito do condenado em não sofrer uma punição que exceda o limite do mal causado pelo ilícito” (DOTTI, 1998, p. 140).

Assim, ao cominar as penas, cabe ao legislador “considerar que as restrições dos direitos fundamentais (que sempre implicam em alguma criminalização e respectiva punição) devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (BARROS, 2001, p. 115).

Após a reforma, o Código Penal adotou o ensinamento de que o juiz deve determinar a medida da pena considerando o direito de cada um ver na pena que lhe foi imposta a medida de sua culpabilidade.

É o que estabelece o artigo 59 do Código Penal:

Art. 59 - 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:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Conforme já dito, admite-se ainda a graduação da culpabilidade, na medida em que avaliadas as circunstâncias judiciais, que são os motivos, circunstâncias e consequências do delito, bem como a personalidade, antecedentes criminais, comportamento da vítima e a conduta social do agente. Cabe ao juiz, no ato individualizador, levar em conta também o provável efeito da pena na vida futura e na liberdade do réu (BARROS, 2001).

Contudo, a fase executória da individualização da pena comporta algumas falhas. Importante atentar à redação do artigo 5º, XLVIII da Constituição Federal, que dispõe que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

Sendo assim, cabe ao Estado prestar ao segregado o tratamento adequado com a finalidade de resgatar a dignidade do preso, oferecendo-lhe educação, profissionalização, saúde e alimentação, única maneira capaz de utilizar a pena privativa de liberdade como instrumento efetivo no controle da criminalidade.

Fácil observar o reiterado descumprimento deste preceito fundamental, tendo em vista que, conforme já apontado no item anterior, a realidade carcerária é totalmente diversa, considerando a superlotação das unidades, que impossibilita o cumprimento correto da lei no momento da seleção dos estabelecimentos de acordo com a natureza do delito, idade e sexo do apenado.

Mostra-se, portanto, imprescindível a separação adequada dos condenados para obter-se êxito nesse procedimento, que não poderiam permanecer submetidos às delegacias de polícia sem a assistência adequada, assim como os presos provisórios, que necessitariam de estabelecimento próprio e acabam em conjunto com os condenados, em meio às más condições e a manifesta ilegalidade do recolhimento (KLOCH, e MOTTA, 2008).

4.4 O avanço do sistema penal alternativo

Com o advento da Lei dos Juizados Especiais Criminais, no ano de 1995, surgiram as penas alternativas substitutivas, o que expandiu um novo modelo de justiça penal.

O modelo penal clássico já contava com as medidas alternativas despenalizadoras, por meio do livramento condicional, suspensão condicional da pena, remição de pena, multa alternativa, entre outras. No entanto, o país implantou

um novo e alternativo modelo penal, que ocupa uma posição no sentido de que a prisão seja a última medida adotada, que só se justifica para fatos de especial gravidade.

Gomes (2000, p. 99) leciona:

doravante, para bem se compreender o sistema de Justiça Penal brasileiro deve-se partir da premissa de que dentro dele existem *dois subsistemas*: o *clássico*, que privilegia o encarceramento porque acredita na função dissuasória da prisão, e o *alternativo*, que procura sancionar o infrator conforme a gravidade da infração, com penas e medidas alternativas, isto é, sem retirá-lo do convívio familiar, profissional e social. (grifo no original)

Esse subsistema alternativo conta tanto com penas como com medidas alternativas à prisão.

As penas alternativas podem ser consensuais, como, por exemplo, a transação penal, que exige o consenso do autor do fato, ou as não consensuais, que é quando o juiz aplica diretamente e somente a multa ou, ainda, aplica a pena de prisão e depois a substitui pelas penas restritivas de direitos.

Acredita-se que o modelo penal alternativo possui considerável potencialidade ressocializadora e reúne capacidade para a preservação da segurança, “sem necessidade de recorrer à traumática pena de prisão, isto é, ao encarceramento desnecessário do infrator” (GOMES, 2000, p. 101).

Isto porque traz vantagens tanto ao autor do delito, pois não é segregado, separado da família e do trabalho, quanto para a vítima, quando há a possibilidade da reparação do dano, e para a sociedade em geral, que resguarda a segurança com menores custos e previne o fato punível com a redução da taxa de reincidência.

Entende Gomes (2000, p. 102) que:

[...] para se alcançar as múltiplas e pretensiosas metas programadas, é evidente que todos (órgãos governamentais e não governamentais, juízes, promotores, comunidade etc.) devem envidar esforços para encontrar instrumentos ágeis e eficazes de controle e fiscalização das alternativas penais, sob pena de se desmorerar a tão alvejada prevenção do delito (geral e especial) e, em consequência, as poucas e ainda vacilantes incursões da política criminal brasileira na linha humanitária de Beccaria, Filangieri, Bentham e tantos outros.

Desta forma, cabe especialmente ao judiciário a boa e correta aplicação da Lei de Execução Penal, que não deve aguardar a atuação dos outros poderes, sob pena de sua omissão ser reputada imperdoável. É possível estabelecer uma política de

benefícios trocados, por meio da pena de prestação a uma entidade de cesta básica de alimentos, remédios e demais necessidades, podendo-se obter vagas para a prestação de serviços à comunidade em troca.

Gomes (2000, p. 105) alerta que “a pena de prisão somente pode ser cominada para infrações mais graves. Para as outras, devemos nos valer de penas alternativas, que viriam já cominadas diretamente no tipo penal, no lugar da prisão”.

Assim, a reforma penal de 1984, inseriu no Código Penal a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos ou multa, por meio do artigo 44 do Código Penal, que depende de alguns requisitos:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

A edição da Lei 9.714/1998 trouxe o elenco das penas restritivas de direitos no artigo 43 do Código Penal da seguinte forma:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I - prestação pecuniária;

II - perda de bens e valores;

III - limitação de fim de semana.

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V - interdição temporária de direitos;

VI - limitação de fim de semana.

Estas penas possuem, em suma, dois objetivos: evitar a segregação e buscar ressocializar o infrator por outras vias alternativas, para assim impedir a reincidência (GOMES, 2000).

A prestação pecuniária e a perda de bens e valores estão previstos no artigo 45 do Código Penal:

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

§ 1º A prestação pecuniária 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 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

§ 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

A prestação de serviços à comunidade, segundo o artigo 46 do Código Penal, é aplicável a condenações superiores a seis meses de prisão, consistindo na atribuição gratuita do ao condenado de tarefas gratuitas junto a entidades assistências, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. Essas tarefas deverão ser condicionadas às aptidões do condenado, devendo ser cumpridas durante oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

A interdição temporária de direitos consiste na proibição do exercício de cargo ou profissão, suspensão da habilitação para dirigir veículos, proibição de frequentar determinados lugares e, por fim, proibição de inscrição em concursos, avaliação ou exames públicos, conforme a redação do artigo 47 do Código Penal.

A limitação do fim de semana, previsto especificamente no artigo 48 do Código Penal, exige a permanência do condenado durante os finais de semana por cinco horas em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado e, não havendo casa de albergado, entende Brito (2011, p. 366) que “a melhor opção será a de conceder ao condenado prisão albergue domiciliar de forma excepcional”.

A pena de multa tem o propósito de substituir aquela prisão com curta duração, e “objetiva a prevenção da contaminação carcerária e a estigmatização da prisão, procurando reduzir a superlotação penitenciária” (Albergaria, 1993, p. 156).

Importante mencionar brevemente a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade também por medida de segurança, que se aplica nos casos dos inimputáveis ou semi-imputáveis, que serão internados em hospital psiquiátrico ou receberão tratamento ambulatorial (Albergaria, 1993).

Por fim, outra possibilidade importante de se apontar é a suspensão condicional da pena – que não se confunde com a suspensão condicional do processo -, conhecida como *sursis*, que não é medida facultativa que depende do arbítrio do juiz, tendo em vista que o artigo 157 da Lei de Execução Penal estabelece o dever do magistrado de pronunciar-se motivadamente sobre a aplicação desse benefício (LUZ, 2000).

Assim, o artigo 77 do Código Penal estabelece a necessidade do preenchimento de alguns requisitos:

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

Nunes (2005) salienta que a aplicação das medidas alternativas em substituição às penas privativas de liberdade diminuiu o índice de reincidências, além de reduzir o custo e atenuar a superlotação carcerária.

Jesus (2000) acrescenta que a sua aplicação permite ao juiz fixar a pena considerando a gravidade do delito e as características pessoais do condenado, evitando-se a segregação no caso de infrações de menor potencial ofensivo e afastando o condenado do convívio com os outros criminosos em cumprimento de pena por crimes muito mais graves.

4.5 Linhas fundamentais para um efetivo progresso

É possível observar, dos apontamentos feitos, a alarmante necessidade de urgente reforma do sistema carcerário. Para isto, Nunes (2005) apresenta algumas alternativas que entende auxiliar na problemática.

A possibilidade de construção de novos presídios é uma delas, embora creia que isso está longe de resolver a questão da violência; no entanto, acredita que a abertura de novas vagas poderia contribuir para atenuar a aflição carcerária nacional, considerando que o Brasil sempre apresentou um déficit em razão da superlotação.

Alerta, entretanto, que a recusa da população na construção dos presídios e cadeias públicas nas imediações da vida urbana dificulta o cumprimento da exigência da presença do preso próximo à família, visto que, além da superlotação carcerária já absurda, os presídios estão afastados das cidades, onde a família do recluso reside.

Outra possibilidade é a aplicação correta da conversão das penas privativas de liberdade por restritivas de direito, conforme já exposto acima. O doutrinador adota o entendimento de Gomes (2000), no sentido de que a finalidade das medidas alternativas de evitar a prisão tem reduzido o índice de reincidência e permitido a ressocialização do condenado por outras vias.

A criação de um Código Penitenciário Federal seria outra necessidade, tendo em vista que a Lei de Execução Penal traz regras de direito material e processual de forma desorganizada e sem a técnica legislativa comum nos outros códigos. Nesse sentido, seria viável copiar o modelo europeu, de Portugal e da Itália, que possuem o seu Código Penitenciário há muito tempo. De outro lado, demonstra a resistência dos doutrinadores brasileiros em relação à denominação exata do Direito Penitenciário, pois para a maioria o Direito da Execução Penal seria suficiente.

Nas palavras de Nunes (2005, p. 395):

temos a impressão que a nomenclatura Código Penitenciário ou Código de Execução Penal, não retira a extrema necessidade do Brasil possuir um conjunto de regras, num só texto, regulando as relações entre o presidiário e o Estado, configurando, de uma vez por todas, a autonomia do Direito Penitenciário ou do Direito de Execução Penal.

Um Código Penitenciário Federal, com efeito, implicaria numa necessária preocupação em propiciar aos presídios condições de realizar a regeneração dos presos, dotando-se o conjunto prisional de suficiente

número de vagas, de sorte a habilitá-lo a recolher toda clientela que, oficialmente, lhe é destinada [...].

Assim, dentre as demais propostas de Nunes (2005) estão a atenção à dignidade do preso, a realização de vistorias e revistas, a devida segurança pública e assistência ao egresso, a efetividade da Lei de Execução Penal, entre outras.

Kloch, e Motta (2008, p. 176) acreditam que para o sistema penitenciário atingir o fim a que se propõe, vejamos:

deve-se modificar a forma de administrar, instituir o trabalho como terapia ocupacional; educar e instruir o apenado recluso, primando pela (re)socialização; construir presídios regionalizados, com vagas limitadas para segregar o condenado e; qualificar os profissionais que atuam diretamente com o tratamento do internado.

A terceirização das unidades prisionais foi um dos meios imediatos utilizados por determinados Estados do Brasil, mas apesar de amenizar alguns problemas de gestão e prestação dos serviços carcerários, não foi considerado eficaz para recuperar a falência do sistema, considerando que a superlotação impossibilita a prestação digna, seja pelo Poder Público ou pela iniciativa privada.

Considera-se, assim, o melhor modelo de sistema prisional brasileiro como aquele exercido “através das parcerias públicas e privadas, onde as empresas exercem apenas algumas atividades, dentro e fora das unidades prisionais” (KLOCH, e MOTTA, 2008, p. 181).

Conclui-se, portanto, que a crise do sistema é devida à própria prisão, que carece de um custo social demasiadamente elevado. A falta de estrutura gera a superlotação, a ociosidade e a promiscuidade. Sendo assim, embora as inúmeras propostas de melhora possam reduzir o índice de criminalidade e de reincidência, nenhuma das hipóteses foi suficiente para ressocializar integralmente o agente delituoso e reinseri-lo adequadamente na sociedade.

5. CONCLUSÃO

Primeiramente, cabe salientar que não foram exauridos todos os assuntos que abarcam o tema em questão, todavia a presente pesquisa monográfica buscou demonstrar a importância da ressocialização dos apenados para reinseri-los adequadamente no convívio social após o cumprimento da pena, como forma de diminuir ou até obstruir a criminalidade do país.

Iniciou-se pela evolução conceitual e histórica das penas e das prisões, a fim de se compreender as suas origens, bem como o sistema carcerário brasileiro, que necessitou passar por diversas transformações ao longo dos anos.

Nesta senda, restou demonstrado que com o passar dos anos foram criadas novas teorias, normas e princípios, no intuito de se reformar o Direito Penal, todas sem êxito integral.

Observa-se que a Lei de Execução Penal expressa, em seu artigo 1º, o desígnio de executar a pena cominada ao condenado e, ao mesmo tempo, fornecer condições eficazes para sua reintegração à sociedade. Isto é, o recolhimento à prisão não tem como objetivo somente de punir os apenados, mas também de prover condições para que estes sejam reinseridos de forma adequada na sociedade. No entanto, sabe-se que a referida lei não vem produzindo os resultados almejados, entrando em período de crise, aproximando-se, então, da total falência do sistema prisional brasileiro. Ademais, os estabelecimentos carcerários do nosso país não apresentam condições mínimas para a realização do trabalho de ressocialização dos presos.

Isto porque o sistema carcerário se tornou falho e ineficaz, com problemas de superlotação de presídios, atrelados a rebeliões, motins e fugas, que vem, diariamente, sendo demonstrado de forma pública através de notícias advindas dos meios de comunicação. Ocorre que, a ineficiência do Estado na tentativa de recuperar e ressocializar o apenado não comporta qualquer dúvida, pois já é cabal o caos vivido pelo sistema penitenciário brasileiro.

O que se pode extrair é que o aumento das infrações ou sua continuidade se dá especialmente pela falta de um sistema carcerário melhor estruturado aos condenados, de modo que se obtenha uma política carcerária que garanta a reestruturação do preso em todos os sentidos. Isto significa que, a educação e a profissionalização do apenado são fundamentais para possibilitar o seu reingresso

no mundo do trabalho e, conseqüentemente, no convívio social.

Para isto, seria necessário o respeito aos princípios constitucionais, em especial da dignidade da pessoa humana, para que seja oferecido ao encarcerado o mínimo de condições de vivência dentro das unidades carcerárias.

Tal questão suscitou a importância em se discutir e procurar trazer de maneira mais coerente ao mundo jurídico o difícil processo de ressocialização do apenado, que busca reinserir adequadamente o agente criminoso na sociedade após a execução da pena, bem como prevenir o cometimento de novos atos delituosos.

Conclui-se, portanto, que a atual crise do sistema ocorre especialmente pela falta de recursos econômicos, tendo em vista que os estabelecimentos prisionais, que são superlotados, demandam um custo elevado. Assim, embora as inúmeras propostas de melhora possam reduzir o índice de criminalidade e de reincidência, entende-se que nenhuma das hipóteses foi suficiente para ressocializar integralmente o agente delituoso e reinseri-lo adequadamente no convívio social.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. *Manual de direito penitenciário*. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

BARROS, Carmen Silva de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BRASIL. Código Penal (1984). *Código Penal. Brasília: Presidente da República, 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 16 out. 2015.

_____. Constituição da República Federal do Brasil de 1998. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2015.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. *Institui a Lei de Execução Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm> Acesso em: 29 out. 2015.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. *Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072compilada.htm>. Acesso em: 29 out. 2015.

BRITO, Alexis Couto de. *Execução penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANTO, Dilton Ávila. *Regime inicial de cumprimento de pena reclusiva ao reincidente*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis (SC), 2000. In: SILVA, José Ribamar da. *Prisão: ressocializar para não reincidir*. 60f. 2003. (Monografia de Pós-Graduação). Curitiba: UFPR, 2003. Disponível em: <http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/monografia_joseribamar.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2015.

CÓDIGO SAMURAI. *Pensador*. Disponível em: <http://pensador.uol.com.br/frases_de_samurai/>. Acesso em: 04 nov. 2015.

DOTTI, Ariel René. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998.

_____. *Curso de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FARIAS JÚNIOR, João. *Manual de Criminologia*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

FERRI, Enrique. *Sociologia criminal. II*. Espanha: Reus, 1908.

FOCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 29. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 41. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 9. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2007.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos de derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Arroyo Sapatro. Barcelona, Bosch, 1984.

INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISION STUDIES – ICPS. *Highest to Lowest – Prison Population Total*. Londres, 2015. Disponível em: <http://www.prisionstudies.org/highest-to-lowest/prision-population-total?field_region_taxonomy_tid=All>. Acesso em: 04.nov. 2015.

JESUS, Damásio E. de. *Penas alternativas: anotações à Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

KLOCH, H.; MOTTA, I. D. da. *O sistema prisional e os direitos da personalidade do apenado com fins de res(socialização)*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

LUZ, Orandyr Teixeira. *Aplicação de penas alternativas*. Goiânia: AB, 2000.

MACHADO, Stéfano Vander. *A ressocialização do preso à luz da lei de execução penal*. 2008. Disponível em: <[http://siaibib01.univali.br/pdf/Stefano% 20Jander %20Machado.pdf](http://siaibib01.univali.br/pdf/Stefano%20Jander%20Machado.pdf)>. Acesso em: 17 nov. 2014.

MARCÃO, Renato Flávio. *Curso de execução penal*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. A função das penas. In: *Âmbito Jurídico*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620. Acesso em: 06 out. 2014.

MUAKAD, Irene Batista. *Pena privativa de liberdade: Problemática de sua execução*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie. São Paulo: Universidade Mackenzie, 1994.

NUNES, Adeildo. *A realidade das Prisões Brasileiras*. Recife: Nossa Livraria, 2005.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*. 3. ed. Florianópolis: UFSC, 2003.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Sistemas penitenciários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

PRADO, L. R.; HAMMERSCHMIDT, D.; MARANHÃO, D. B.; COIMBRA, M. *Direito de execução penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PREDIGER, Rui. *Prisão e penas alternativas*. Dissertação (Mestrado) - UNISC, 2000.

SILVA, José Ribamar da. *Prisão: ressocializar para não reincidir*. 60f. 2003. (Monografia de Pós-Graduação). Curitiba: UFPR, 2003. Disponível em: <http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/monografia_joseribamar.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

SOUZA, Guilherme Nucci de. *Código de penal comentado*. 13 ed. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2013.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.