

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

FERNANDA ROCHA MARTINS

**AS FUNÇÕES DA PENA E O SISTEMA PENITENCIÁRIO
BRASILEIRO: EM BUSCA DE NOVAS ALTERNATIVAS**

São Paulo

2014

FERNANDA ROCHA MARTINS

AS FUNÇÕES DA PENA E O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO:
EM BUSCA DE NOVAS ALTERNATIVAS

Dissertação de Mestrado apresentada à
Universidade Presbiteriana Mackenzie como
parte das atividades para obtenção do título de
Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientador Prof. Dr. Gianpaolo Poggio
Smanio

São Paulo
2014

R672f Martins, Fernanda Rocha

As funções da pena e o sistema penitenciário brasileiro: em busca de novas alternativas. / Fernanda Rocha Martins. – 2014.

187 f. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.

Orientador: Gianpaolo Poggio Smanio

Bibliografia: f. 171-176

1. Sistema Prisional 2. Direito de Punir 3. Pena de Prisão 4. Função da Pena 5. Estabelecimentos Penais 6. Políticas Públicas. I. Título

CDDir 341.501

FERNANDA ROCHA MARTINS

AS FUNÇÕES DA PENA E O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO:
EM BUSCA DE NOVAS ALTERNATIVAS

Dissertação de Mestrado apresentada à
Universidade Presbiteriana Mackenzie como
parte das atividades para obtenção do título de
Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientador Prof. Dr. Gianpaolo Poggio
Smanio

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Gianpaolo Poggio Smanio – Orientador
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Alexis Augusto Couto de Brito
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Eduardo Dias de Souza Ferreira

São Paulo
2014

Aos meus pais, razão de minha existência.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais por todo esforço despendido para garantir-me uma boa formação. À minha mãe, pela paciência, pelos conselhos e incentivos, pelo amor incondicional. Ao meu pai, pela ideia e estímulo para que eu cursasse Direito, pelas palavras firmes que me mantiveram no caminho e me tornaram a mulher que sou. Aos meus irmãos, por todo carinho e alegria dedicados todos os dias.

Agradeço ao Professor Gianpaolo Poggio Smanio pela orientação irretocável, não apenas para o trabalho acadêmico, mas para toda a vida; pela paciência e preciosa compreensão diante de meus atrasos, indecisões e infortúnios.

Agradeço ao Professor Alexis Couto de Brito por todo incentivo para que eu seguisse a carreira acadêmica, pelas oportunidades e conselhos, por toda ajuda despendida para que este trabalho se realizasse, por ter se revelado, com o passar do tempo, um amigo.

Agradeço as amigas Maria Fernanda Soares Macedo, Daliane Vasconcelos e Bárbara Lívio, por toda paciência e apoio, por estarem comigo nas horas mais difíceis, por estimularem meus objetivos acadêmicos e, acima de tudo, pela amizade.

Agradeço ao Renato Carlos Mariano Quintão por sua paciência, por seu apoio e, principalmente, pelo amor dedicado.

Por fim, agradeço a Deus. Sem ele, nada disso seria possível.

*“É possível julgar o grau de civilização de
uma sociedade visitando suas prisões”*
(Dostoievski)

RESUMO

Trata o presente trabalho acerca do sistema prisional brasileiro e, portanto, dos estabelecimentos destinados ao cumprimento da pena privativa de liberdade, sanção mais grave que pode ser imposta, no ordenamento jurídico brasileiro, a quem realiza uma conduta considerada intolerável pelo resto da comunidade. Pois bem, o estudo dos estabelecimentos penais e de seu (correto) funcionamento conduz necessariamente ao estudo do Direito de punir do Estado e da própria pena de prisão. Ora, o que legitima o Estado a segregar um de seus membros e interferir em seu modo de vida, impondo a restrição de certos bens jurídicos? O que pretende o Estado ao impor uma pena de prisão, ou seja, ao segregar um indivíduo por determinado período de tempo, consciente de seu retorno ao seio social? Bom, a presente dissertação se dedica, em seus dois primeiros capítulos, a responder essas questões e estabelecer qual a função da pena em um Estado Democrático de Direito. A partir daí, possível se torna a análise do sistema prisional brasileiro: se os estabelecimentos penais são destinados ao cumprimento da pena de prisão, eles devem necessariamente estar estruturados de forma a alcançar a função desta mesma pena. Os capítulos 3 e 4 se destinam, neste sentido, a demonstrar a atual realidade do sistema prisional brasileiro, se ele se presta ao cumprimento da função que lhe é intrínseca e, em caso negativo, se é possível a elaboração de políticas públicas que visem a alcançar essa finalidade essencial.

Palavras-chave: sistema prisional; direito de punir; pena de prisão; função da pena; estabelecimentos penais; políticas públicas.

ABSTRACT

It treats the present work about the Brazilian prison system and hence the establishments intended to serve the sentence of imprisonment, a more serious sanction that can be imposed, in the Brazilian legal system, who performs a behavior not tolerated by the rest of the community. Well, the study of prisons and their (correct) functioning necessarily lead to the study of law to punish the state and own imprisonment. Now what legitimizes the state to segregate one of its members and interfere with their way of life, imposing the restriction of certain legal rights? What do you want the state to impose a prison sentence, in other words, to segregate an individual for a certain period of time, conscious of his return to the bosom of society? Well, this thesis is dedicated, in its first two chapters, answer these questions and establish what function pen in a democratic state. From there, it becomes possible to analyze the Brazilian prison system: if the prisons are intended to serve the sentence in prison, they must necessarily be structured to achieve the function of this same penalty. The Chapters 3 and 4 are intended, in this sense, to demonstrate the current reality of the prison system, if it lends itself to the fulfillment of the function that it is intrinsic and, if not, it is possible to design public policies aimed at achieve this very purpose.

Keywords: prison system, the right of punishing; prison sentence; function of the penalty, penal establishments, public politics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. BREVES DELINEAMENTOS ACERCA DA HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DA PENA DE PRISÃO.....	13
1.1 Origem da Pena de Prisão.....	13
1.1.1 A Idade Antiga.....	14
1.1.2 A Idade Média.....	15
1.1.3 A Idade Moderna.....	17
1.2 Humanização das Penas.....	22
1.2.1 Cesare Beccaria.....	23
1.2.2 John Howard.....	26
1.2.3 Jeremy Bentham.....	28
1.3 Conceito Moderno de Pena.....	30
2. FUNÇÕES DA PENA.....	34
2.1 Teorias sobre as Funções da Pena.....	34
2.1.1 Teorias absolutas ou retributivas.....	34
2.1.2 Teorias relativas ou utilitaristas.....	38
2.1.2.1 Teoria da prevenção geral negativa.....	40
2.1.2.2 Teoria da prevenção geral positiva ou de integração.....	43
2.1.2.3 A prevenção especial negativa.....	49
2.1.2.4 A prevenção especial positiva.....	50
2.1.3 Teorias mistas ou ecléticas.....	51
2.2 A Função da Pena de Prisão no Atual Modelo de Estado.....	54
2.2.1 O Estado Social e Democrático de Direito como paradigma.....	57
2.2.2 A Constituição Federal brasileira de 1988.....	64

2.2.3 A função da pena em um Estado Social e Democrático de Direito.....	68
2.2.4 A inafastável correspondência entre função da pena e a função do Direito Penal.....	75
2.2.5 As finalidades da Execução Penal tendo como foco a garantia da cidadania.....	78
3. OS SISTEMAS PENITENCIÁRIOS.....	82
3.1 Tipos de Sistemas Penitenciários.....	82
3.1.1 Sistema pensilvânico.....	83
3.1.2 Sistema auburniano.....	87
3.1.3 Sistemas progressivos.....	91
3.2 As Regras Mínimas de Genebra.....	95
3.3 O Sistema Penitenciário Brasileiro.....	97
3.3.1 Disciplina legislativa: A Lei de Execução Penal.....	98
3.3.2 Os estabelecimentos penais.....	100
3.3.3 A realidade das cadeias públicas e penitenciárias brasileiras.....	107
3.3.4 Crise do sistema penitenciário brasileiro: algumas causas.....	112
3.3.4.1 O fenômeno da prisionização.....	112
3.3.4.2 A estrutura descentralizada do sistema penitenciário.....	115
3.3.4.3 O sistema penitenciário como tema de agenda política.....	117
3.3.4.4 A falta de profissionais especializados/qualificados.....	118
3.3.4.5 A existência de facções criminosas nos presídios.....	120
4 ALTERNATIVAS VIÁVEIS: A NECESSÁRIA ATUAÇÃO ESTATAL NA REALIDADE PRISIONAL.....	122
4.1 A Participação da Sociedade no Processo de Ressocialização do Preso como Exercício da Cidadania.....	124

4.2 A Eliminação das Penas de Prisão de Curta Duração: A Necessária Aplicação de um Direito Penal de <i>Ultima Ratio</i>	130
4.2.1 Realidade atual: as penas restritivas de direitos e a suspensão condicional da pena.....	133
4.2.2 A Fixação de penas alternativas no preceito secundário do tipo penal	140
4.3. O Trabalho nos Estabelecimentos Penais.....	147
4.3.1 A importância do trabalho e o instituto da remição de pena.....	150
4.3.2 A necessidade de elaboração de políticas públicas voltadas à implementação do trabalho no ambiente carcerário.....	157
4.3.3 As políticas públicas que deram certo: o projeto “Carpe Diem”.....	162
CONCLUSÃO	167
REFERÊNCIAS	171

INTRODUÇÃO

Pouco estudada nas faculdades de Direito do país, a execução penal apresenta-se como uma das fases mais importantes do processo penal. É nela que se faz valer o comando contido na sentença penal condenatória e, efetivamente, se impõe a sanção penal.

A execução penal é, pois, uma atividade complexa, que se desenvolve nos planos jurisdicional e administrativo. Dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais.

Cuida, esta dissertação, dos estabelecimentos penais que compõem o sistema prisional brasileiro, partindo da premissa de que eles devem estar estruturados não apenas como o local em que se cumpre a pena privativa de liberdade, mas essencialmente como o local em que se atinge a função perseguida com a imposição dessa pena.

Com efeito, o sistema prisional, também chamado de sistema penitenciário ou de sistema carcerário, está intimamente ligado ao direito de punir do Estado, afinal, apenas com o seu surgimento foi possível legitimar o poder punitivo estatal, banir a punição ligada à vingança e, principalmente, possibilitar o cumprimento efetivo da sentença penal condenatória.

Não obstante, num Estado social e democrático de Direito, cuja base é justamente o cidadão, entendido como o ente dotado de direitos civis, políticos e sociais, não é possível admitir a imposição de uma pena como mera retribuição a um mal causado. A toda atividade estatal é, pois, atribuída uma função e não é diferente quando se trata da pena de prisão. Estabelecer qual a função da pena dentro do mencionado modelo de Estado, adotado pela Constituição Federal, é, sem dúvida alguma, o ponto de partida para a compreensão do sistema prisional.

Ora, saber o que legitima o Estado ao exercício do direito de punir e qual a função da pena imposta é saber, antes de tudo, quais os caminhos devem seguir os estabelecimentos penais para o seu correto funcionamento. E esta análise só pode partir da própria Constituição Federal.

Portanto, constitui objetivo geral desta dissertação examinar o sistema penitenciário brasileiro de forma a detectar problemas e indicar possíveis alternativas ou soluções. O que se busca, essencialmente, é a apresentação de alternativas viáveis para o aperfeiçoamento da pena privativa de liberdade, no que tange ao seu cumprimento, e a demonstração da necessidade de substituição da pena carcerária por outras penas alternativas, quando possível e recomendável, haja vista as contradições insolúveis que caracterizam a prisão.

No longo caminho a ser percorrido, pretende-se estabelecer, prioritariamente, a função da pena em um Estado Democrático de Direito, tendo como diretriz os princípios e valores consagrados na Constituição Federal. Após, o estudo será concentrado na pesquisa destinada a detectar se, na realidade prática do sistema prisional, a finalidade outrora colimada é, de fato, alcançada. E, estabelecendo-se a ineficácia do sistema, torna-se imprescindível detectar os principais problemas que obstam o seu correto funcionamento. Feito isto, será possível, finalmente, estabelecer alternativas viáveis para o aperfeiçoamento do sistema prisional, o que apenas pode se dar através de políticas públicas.

1. BREVES DELINEAMENTOS ACERCA DA HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DA PENA DE PRISÃO

1.1 Origem da Pena de Prisão

A pena de prisão, não obstante guarde em sua essência contradições sabidamente insolúveis, afigura-se como um instituto reconhecidamente imprescindível, um mal necessário à sociedade que a utiliza como forma quase que exclusiva de controle social formal. E, justamente em razão de sua imprescindibilidade, é que a origem da pena de prisão é quase tão antiga quanto à própria humanidade. Seu caminho ao longo dos séculos não é tão linear nem tão evolutivo: a história da pena de prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma. Há, em razão disso, uma carência quase total de continuidade, sendo a história da pena de prisão marcada por evoluções e retrocessos.

Diante de tais peculiaridades, a narrativa da origem histórica e evolução da pena de prisão torna-se uma tarefa árdua, onde as contradições que se apresentam são dificilmente evitadas. Os próprios doutrinadores não concordam na divisão de suas investigações¹, de modo, que não há um padrão a ser seguido. Aqui, por razões didáticas, optou-se por apresentar a origem e evolução da pena de prisão de acordo com os períodos da História da humanidade².

¹ Cezar Roberto Bitencourt, em *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas* (4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012), e Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior, em *Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de Ciência Criminal* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002), apresentam a origem e evolução das penas de acordo com os períodos da humanidade; Renê Ariel Dotti, em *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas* (2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998), trata da “Referência histórica e evolução” das penas (capítulo I), trazendo “Os tempos imemoriáveis e antigos”, “O instrumento espiritual de castigo”, “A pena como instrumento de terror”, “As vantagens do trabalho presidiário”, “A prisão como penitência”, “O estado das prisões” e “A ficção e a realidade”; Rogério Greco, em *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação da liberdade* (São Paulo: Saraiva, 2011), apresenta a “Origem e evolução histórica da pena e da prisão”, estabelecendo a seguinte divisão “As penas aflitivas”, “A Pena de morte”, “Antecedentes históricos das prisões” e apresentando, em seguida, os reformadores Beccaria, Howard e Bentham.

² Uma das periodizações da história da humanidade adotada pelos historiadores considera dois períodos básicos: o da Pré-História e o da História, tendo como critério de divisão o desenvolvimento da escrita. Assim, situa-se a Pré-História entre os surgimentos dos hominídeos (família da ordem dos primatas, que inclui o gênero humano) e as primitivas manifestações da escrita (por volta de 3500 a.C.). A História, período que será considerado neste ensaio, é situada em período mais curto, iniciada nessa época e ainda em curso. De acordo com uma divisão eurocêntrica, a História subdivide-se em Idade Antiga, Média e Moderna (Cf. MORAES. José Geraldo Vinci de. *História: Geral e do Brasil*. vol. único. 3. ed. reform. e ampl. 3ª reimpressão. São Paulo: Atual, 2009. p. 10 e 88).

1.1.1 A Idade Antiga

A Antiguidade³, considerada aquele período da história que abrangeu desde o surgimento da escrita, cerca de 3500 a.C., até a queda do império Romano e a invasão da Europa pelos denominados povos bárbaros, em 476 d.C., não conheceu a prisão como sanção penal. Neste período, a privação da liberdade era utilizada para a contenção e guarda dos réus até o momento de serem julgados ou executados, isto porque prevaleciam a pena de morte, as penas corporais (mutilações e açoites) e as infamantes. A prisão era, portanto, lugar de custódia – já que nela os presos aguardavam o julgamento ou execução da pena – e de tortura, frequentemente utilizada para o “descobrimento” da verdade.

A Grécia, grande expoente das civilizações antigas, também não conheceu a privação da liberdade como pena, embora seja indiscutível a influência de Platão e Aristóteles na reflexão sobre os fundamentos do direito de punir e sobre as finalidades da pena. Platão, inclusive, no livro nono de “As leis”, propunha o estabelecimento de três tipos de prisão: uma na praça do mercado, que servia de custódia; outra, denominada *sofonisterium*, situada dentro da cidade, que servia de correção, e uma terceira destinada ao suplício, que, com o fim de amedrontar, deveria constituir-se em um lugar deserto e sombrio, o mais distante possível da cidade⁴.

Não obstante os estudos de Platão, a Grécia também utilizou a prisão, quase que exclusivamente, para a custódia dos réus. Era possível, ainda, a utilização da prisão como meio de reter os devedores até que pagassem as suas dívidas: tratava-se de uma prática inicialmente privada, mas que, posteriormente, foi adotada como pública, mantendo-se a característica de medida coercitiva para forçar o devedor a pagar sua dívida.

Roma, igualmente, não conheceu a privação da liberdade como pena propriamente dita. O encarceramento tinha como finalidade a custódia dos réus, aos quais poderia se aplicar a pena de morte, penas pecuniárias, perda de direitos civis, desterro e trabalhos forçados, além de

³ A Idade Antiga ganhou uma subdivisão: Antiguidade oriental (referente aos povos do Oriente Próximo, Ásia Menor e Ásia Oriental) e Antiguidade clássica (referente à Grécia e Roma). Essa designação leva em conta não a situação geográfica das sociedades em questão, mas a importância a elas atribuída pelos renascentistas, que pretendiam retomar os valores greco-romanos na construção do mundo moderno: *clássico*, em latim, significa algo “excelente”, “de alta qualidade” (Cf. MORAES, José Geraldo Vinci de. *História: Geral e do Brasil*. vol. único. 3. ed. reform. e ampl. 3ª reimpressão. São Paulo: Atual, 2009. p. 88). Como a história grega e romana foram determinantes para a formação do mundo ocidental, o estudo aqui desenvolvido se atém à antiguidade clássica.

⁴ GARRIDO GUZMAN, Luis. *Manual de Ciencia Penitenciaria*. Madrid: Edersa, 1983. p. 29.

penas acessórias como a perda da liberdade (torná-lo um escravo), a perda dos direitos de cidadão e a confiscação dos bens.

Alguns autores, entretanto, afirmam que em Roma a pena de morte era comutada, em alguns casos, pela prisão perpétua⁵. Além disso, deve-se consignar que Roma, assim como a Grécia, conheceu a prisão por dívida e, ainda, permitia o aprisionamento e reclusão de escravos, em um local destinado a esse fim na casa dos donos, quando necessário castigá-los.

Também naquela época, não existia uma arquitetura penitenciária própria. Os piores lugares eram empregados como prisão, como calabouços, torres, conventos abandonados, aposentos insalubres, etc.

Grécia e Roma, portanto, adotaram a prisão com finalidade eminentemente de custódia, para impedir que o culpado pudesse se subtrair ao castigo ou que o acusado fugisse antes do julgamento. A pena de prisão dos devedores tinha a mesma finalidade: garantir que cumprissem suas obrigações. Daí porque impossível identificar o germe da pena privativa de liberdade no mundo antigo.

1.1.2 A Idade Média

Com a queda do império romano e a invasão da Europa pelos povos bárbaros, inicia-se a Idade Média, período no qual a privação da liberdade, em regra, continuou a ter a função de custódia de réus e que as penas propriamente ditas caracterizaram-se pela extrema crueldade com que eram aplicadas, sendo comuns as amputações, mutilações, queima do condenado a fogo e morte das mais variadas formas. Neste período, destacaram-se o direito germânico e o direito canônico.

Nos primórdios da aplicação do direito germânico, a punição era realizada através da perda da paz, ou seja, se retirava a proteção social do condenado, possibilitando que qualquer pessoa o agredisse ou o matasse impunemente. Em relação aos delitos privados, utilizava-se a

⁵ MOMMSEN, Teodoro *apud* SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA Jr, Alceu. *Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da Ciência Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 26.

composição e a faida, quer dizer a inimizade contra o infrator e sua família, que deveriam sofrer a vingança do sangue⁶.

Posteriormente, o poder público germânico se fortaleceu e, com isso, o Direito Penal tornou-se público, ocasião em que a faida foi mitigada pela composição, a qual se tornou obrigatória em uma série de hipóteses.

Também exerceu grande influência, naquela época, o Direito Penal canônico, porquanto a Igreja Católica, cujas bases começaram a se formar com a expansão do cristianismo no fim do Império Romano, figurou como uma das principais instituições da Idade Média, seja em razão de sua influência político-econômica, seja em razão de sua influência na vida cotidiana das pessoas.

Com efeito, com o aumento do poder da Igreja, as decisões eclesiásticas passaram a ser executadas por Tribunais civis e, no que tange às penas, passaram a ter caráter evidentemente sacral, de base retribucionista, porém com preocupações de correção do infrator. O mérito do Direito Penal canônico, portanto, foi o de consolidar a punição pública como a única justa e correta, em oposição à prática individualista da vingança privada utilizada pelo Direito germânico.

E foi justamente a Igreja Católica que produziu o primeiro antecedente da moderna pena de prisão. Com efeito, a Igreja do século IV, para punir os clérigos faltosos, costumava aplicar como penalidade a reclusão em celas ou internações em mosteiros. A prisão respondia às ideias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, a qual dava à reclusão e ao internamento um sentido de penitência e meditação. Os infratores eram recolhidos para que, por meio da penitência e da oração, se arrependessem do mal causado e obtivessem a correção e emenda.

Esse pensamento eclesiástico de que a oração, o arrependimento e a contrição contribuam mais para a correção do que a mera força física teve grande influência nos primeiros penitenciaristas e inspiraram os princípios que orientaram os clássicos sistemas penitenciários, quais sejam o celular e o auburniano.

⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 1º vol. 9ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011. p. 172.

Em verdade, a influência do direito canônico foi tão grande que do vocábulo “penitência” surgiram as palavras “penitenciário” e “penitenciária”, além de ter predominado, até o século XVIII, no direito penal, os conceitos teológico-morais, já que o crime era considerado um pecado contra as leis morais e divinas.

Nesta época, também, surge a prisão de Estado, aplicada tão somente aos inimigos do poder, real ou senhorial, que tivessem cometido delitos de traição e aos adversários políticos dos governantes de então. Referida pena de prisão coexistia com a prisão-custódia que, sem dúvida alguma era a regra no período, já que a verdadeira pena aplicada era caracterizada por ser extremamente desumana, cruel e terrível - como dito anteriormente.

Nesse contexto, só poderia destacar-se a influência penitencial canônica que deixou como legado o isolamento celular, o arrependimento e a correção do delinquente e outras ideias de reabilitação do recluso, as quais, se não incorporadas totalmente, constituem um indiscutível antecedente da pena de prisão.

1.1.3 A Idade Moderna

A partir do século XVI, com a conquista da Constantinopla pelos turcos ortomanos e consequente queda do Império Romano do Oriente, inicia-se a Idade Moderna, caracterizada pelo desaparecimento do feudalismo e pela extrema pobreza que se abate, entre os séculos XVI e XVII, por toda a Europa, aumentando o número de desafortunados e consequentemente de delinquentes.

Ora, ante esse contexto de delinquência generalizada, a pena de morte já não se mostrava mais adequada, porquanto não se podia aplicar a tanta gente. Assim, enquanto na primeira metade do século XVI (até 1552) os instrumentos de controle social são, principalmente, a pena capital, o desterro e os açoites, as condições socioeconômicas que marcaram o período – pobreza extrema que criou verdadeiros exércitos de vagabundos, mendigos e delinquentes – fez com que na segunda metade do mesmo século houvesse um movimento de grande transcendência no desenvolvimento das penas privativas de liberdade, na criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados.

Assim, para fazer frente ao aumento desenfreado da criminalidade, as pequenas minorias, pretendendo proteger seus patrimônios, dispuseram-se elas mesmas a defender-se, criando instituições de correção de grande valor histórico penitenciário⁷: a pedido de alguns integrantes do clero inglês, por exemplo, o Rei da Inglaterra autorizou a utilização do Castelo de Bridwell para que nele se recolhessem os vagabundos, os ociosos, os ladrões e os autores de delitos pequenos. Essas “prisões” foram chamadas de *houses of correction* ou *bridwells* e tinham como finalidade a correção dos delinquentes, através do trabalho e forte disciplina, além de buscar desestimular a vadiagem e a ociosidade. Essa experiência alcançou notável êxito, sobretudo, na segunda metade do século XVII quando já estavam presentes em vários lugares da Inglaterra e contavam com um estatuto próprio.

Na mesma linha de desenvolvimento, surgiram na Inglaterra as chamadas *workhouses*, resultado da união de várias paróquias de Bristol e cujo desenvolvimento demonstra claramente as relações existentes, ao menos em suas origens, entre a prisão e a utilização da mão de obra do recluso.

Na Holanda, a exemplo da Inglaterra, também foram criadas casas de correção: em Amsterdam, foram criadas, em 1596, casas de correção para homens; em 1597, para as mulheres; e, em 1600, uma seção especial para jovens. Buscavam, igualmente, a correção do delinquente por meio do trabalho constante e ininterrupto, do castigo corporal e da instrução religiosa.

Contudo, deve-se destacar que, não obstante essas casas de trabalho ou de correção já assinalassem para o surgimento da prisão, elas apenas se destinavam à pequena delinquência, já que o sistema de penas continuava baseado nas penas pecuniárias, penas corporais e pena capital.

Foi no século XVI, inclusive, que surgiu a pena de galés, umas das mais cruéis modalidades de pena de prisão que já existiu na história da humanidade e que foi utilizada até meados do século XVIII. Tratava-se de uma prisão flutuante: condenados a penas graves e prisioneiros de guerra eram enviados como escravos ao serviço das galés militares, onde eram acorrentados a um banco e permaneciam, sob ameaça de um chicote, obrigados a remar.

⁷ GARRIDO GUZMAN, Luis. *Manual de Ciencia Penitenciaria*. Madrid: Edersa, 1983. p. 38.

Em contrapartida, foi também nesse período que surgiram obras de importante valor histórico do ponto de vista penitenciário. Em 1667, foi fundada em Florença, pelo sacerdote Felippo Franci, o Hospício de San Felipe Neri, instituição que, a princípio, destinava-se à reforma de crianças errantes e que, posteriormente, tratou de cuidar também de jovens rebeldes e desencaminhados. Aplicava-se um regime celular estrito, no qual um interno sequer conhecia o outro, já que, nos atos coletivos, estavam sempre com as cabeças cobertas por capuzes.

Essas ideias inspiraram Jean Mabillon, um monge beneditino francês que escreveu um livro intitulado *Reflexões sobre as prisões monásticas* (uns sustentam que foi publicado em 1695, outros em 1724⁸). Mabillon, partindo da experiência punitiva do tipo carcerário que se havia aplicado no direito penal canônico, formula uma série de considerações, dentre elas a ideia de proporcionalidade da pena de acordo com o delito cometido e a força física e espiritual do réu e a ideia de reintegração do apenado à comunidade, sendo um dos primeiros defensores dessa ideia. Insiste, em sua obra, que os penitentes ocupem celas e que nos atos coletivos utilizem cada um o seu respectivo capuz; para ele, cada cela deveria ter um jardim, onde o recluso pudesse caminhar e cultivar o solo, sendo que não seriam permitidas visitas do exterior, mas somente do superior e de pessoas devidamente autorizadas.

Deve-se citar, ainda, a Casa de Correção de São Miguel, fundada em 1703, por Clemente XI, em Roma. A Casa abrigava jovens delinquentes para a correção e asilava órfãos e anciãos num regime misto: durante o dia trabalhavam em comum e, à noite, eram mantidos isolados em celas, permanecendo todo o dia com a obrigação de guardar silêncio absoluto. O ensino religioso era um dos pilares fundamentais da instituição e a disciplina era mantida à custa de fortes sanções. Novamente, trabalho e disciplina como formas de correção, aplicados através do ensino religioso e isolamento, marcas do período em comento.

Neste ponto, no que tange à utilização do trabalho como forma de correção, é bom que se diga que ele não foi introduzido nas instituições destinadas à reclusão de pequenos delinquentes, vagabundos e ociosos simplesmente porque se pretendia corrigir os reclusos, ensinando-lhes um ofício, para, em seguida, reinseri-los no corpo social, ideias que ainda eram incipientes naquele período da história.

⁸ Segundo Bitencourt, Elias Neuman, em sua obra *Evolución de la pena*, e Luis Garrido Guzman, em *Compendio*, se referem a 1695; Já Dario Melossi e Massimo Pavarini, em *Cárcel y fábrica*, a 1724, tratando-se, pois, de uma obra póstuma (*Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 41).

Como dito anteriormente, a pobreza se generalizou no continente europeu e, com ela, a criminalidade. Já não era possível aplicar a pena de morte a tantas pessoas e, nesse sentido, a pena de prisão afigurou-se como um substituto ideal. Contudo, seria ingenuidade acreditar que a prisão surgiu simplesmente porque era necessário encontrar uma sanção que substituísse a pena capital, até porque, como já referido, a pena de morte continuou a existir e, ao lado das penas pecuniárias e das penas corporais, constituía a base da maioria dos Códigos Penais então existentes, sendo a prisão destinada tão somente à pequena delinquência.

Em verdade, foi a razão econômica a determinante para a transformação da pena privativa de liberdade. Com o fim do feudalismo e a ascensão da classe burguesa, surge o capitalismo e com ele um novo modo de produção e organização social: as primeiras fábricas são construídas, as cidades começam a se desenvolver e o trabalho passa a ser assalariado. As pessoas, especialmente os pobres, precisavam se adaptar às novas concepções burguesas, sejam de vida, de sociedade ou mesmo de divisão do capital. Era necessário transformar o trabalhador agrícola, expulso de sua terra, em operário, introduzi-lo no mundo da produção manufatureira, mas de uma forma que aceitasse a ordem, a hegemonia da classe proprietária dos bens de produção, sem qualquer resistência.

Assim, não é mera coincidência que as primeiras prisões tenham se caracterizado pelo trabalho imposto aos reclusos. Com efeito, num ambiente opressivo como a prisão era muito mais fácil preparar o recluso para que se adaptasse ao novo sistema e se submetesse, obedecendo de forma irreflexiva.

Neste sentido, Dario Melossi e Massimo Pavarini⁹:

“É na Holanda da primeira metade do século XVII que a nova instituição da *casa de trabalho* atinge, no período das origens do capitalismo, à sua forma mais desenvolvida. A criação desta nova e original forma de segregação punitiva responde mais a uma exigência conexas ao desenvolvimento geral da sociedade capitalista que à genialidade individual de algum reformador”.

Para os autores, a prisão surge quando se estabelecem as casas de correção holandesas e inglesas, cuja origem não se explica pela existência de um propósito mais ou menos humanitário e idealista, mas pela necessidade que existia de possuir um instrumento que

⁹ *Cárcere e fábrica*. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI - XIX). Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (pensamento criminológico; v. 11). p. 39.

permitisse não tanto a reforma ou reabilitação do delinquente, mas a sua submissão ao regime dominante (capitalismo)¹⁰.

E, se por um lado as *workhouses* tinham como objetivo prioritário que os reclusos aprendessem a disciplina da produção, por outro, se deve admitir que esse novo modelo punitivo se prestava bem ao controle de mercado: a prisão se afigurava como fonte de mão-de-obra barata quando havia trabalho e altos salários; em períodos de desemprego, servia para a reabsorção dos ociosos e proteção contra a agitação e os motins. Neste ponto, não olvidemos que as primeiras *workhouses* aparecem justamente em um dos pontos mais industrializados da Inglaterra, qual seja Bristol.

Acerca dessa relação, afirmou Marx¹¹:

“a aprendizagem da disciplina de seu novo estado, isto é, a transformação do trabalhador agrícola expulso da terra em operário, com tudo o que isso significa, é um dos fins fundamentais que, em suas origens, o capital teve de se propor. A organização das casas de trabalho, e de tantas outras organizações parecidas, responde, antes de mais nada, a essa necessidade. É evidente que esse problema não está separado do que estabelece o mercado de trabalho, isso não só porque através da institucionalização das casas de trabalho de um setor, embora limitado, da força de trabalho obtém-se um duplo resultado: ao contrário do trabalho livre, com o trabalho forçado, geralmente mais rebelde, força-se a aprendizagem da disciplina, e também a docilidade ou a oposição da classe operária nascente às condições de trabalho depende da força que tenha no mercado, pois na medida em que a oferta da mão de obra é escassa, aumenta a sua capacidade de oposição e resistência, e a sua possibilidade de luta”.

É evidente que essa análise, estritamente vinculada ao materialismo histórico, não é a única possível acerca da origem da pena de prisão. Com efeito, inúmeras condicionantes confluíram para o desenvolvimento da pena privativa de liberdade a partir do século XVI, destacando-se a influência dos movimentos renascentistas, que trouxeram para o campo da filosofia, da ciência e da arte, novos valores, como o humanismo, o individualismo e o conhecimento baseado na razão, no método científico e no experimentalismo e, ainda, a necessidade de substituição da pena capital. No entanto, não se pode ignorar que a razão político-econômica apresenta influência decisiva na mudança de “prisão-custódia” para “prisão-pena”.

¹⁰ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI - XIX). Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (pensamento criminológico; v. 11). p. 40-41.

¹¹ MARX Karl. *Il capitale*. Roma: [s.n.], 1970. p. 192-193.

1.2 Humanização das Penas

No século XVIII, conhecido como século das luzes¹², houve uma verdadeira revolução filosófica e política: os pensadores abandonaram as concepções religiosas e, incorporando a maioria das preocupações renascentistas, passaram a adotar a razão, resgatando o homem como centro dos debates filosófico, político e jurídico. O Iluminismo trouxe, ainda, ferrenhas críticas ao modelo absolutista, ao mercantilismo e aos privilégios da nobreza e, conseqüentemente, ao sistema penal vigente, sobretudo às penas cruéis e de morte.

Com efeito, a legislação criminal europeia, até meados do século XVIII, caracterizava-se por procedimentos de excessiva crueldade, sendo comum a tortura e castigos corporais, além da pena capital. O Direito era um grande instrumento gerador de privilégios e, não raras vezes, a pessoa sequer sabia do que estava sendo acusada, tampouco podia acompanhar o procedimento criminal ou defender-se, o que atribuía aos juízes um enorme poder e permitia que julgassem de acordo com a classe social do acusado.

A reforma dessa situação não podia esperar mais e, a segunda metade do século, é marcada por uma verdadeira revolução nas ideias e forma de pensar. Esse movimento atingiu seu ápice com a Revolução Francesa e a incorporação dos ideais de igualdade, fraternidade e solidariedade. As correntes iluministas e humanitárias faziam severas críticas à legislação penal e bradavam pela proporcionalidade das penas, pelo fim das penas cruéis e pela consideração de circunstâncias pessoais do delinquente.

Dentre os pensadores desse período, destacaram-se Cesare Beccaria, com sua obra “Dos Delitos e das Penas”; Jean Jacques Rousseau, com “Do contrato social”; Montesquieu e sua obra “O Espírito das Leis”; Voltaire, com “O Preço da Justiça e da Humanidade”; Jeremias Bentham e sua obra “Introdução aos Princípios Morais na Legislação”; Immanuel Kant e a “Metafísica dos Costumes”; John Haward e “O Estado das Prisões na Inglaterra e no País de Gales”; dentre outros.

¹² Os termos luzes e ilustração são usados para identificar a razão como ‘luz’ capaz de iluminar as trevas da ignorância e da obscuridade. É a substituição da razão divina pela razão humana. (Cf. MORAES. Geraldo Vinci de. *História: Geral e Brasil*. 3ª ed. reform. e ampl. 3ª reimpressão. São Paulo: Atual, 2009. p. 275).

Ante a impossibilidade de analisarmos cada um dos autores mencionados, nos ocuparemos de Cesare Beccaria, John Howard e Jeremias Bentham, cujas ideias retratam com clareza o pensamento da época.

1.2.1 Cesare Beccaria

Nascido em 15 de março de 1738 em Milão e formado em Direito em 1758 na Universidade de Pavia, na França, Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, vivenciou todas as inquietudes de seu tempo e foi influenciado diretamente pelas ideias políticas e filosóficas que fervilhavam na época. Beccaria viveu no Século das Luzes e se embriagou com as ideias desse movimento intelectual que defendia a razão como único e legítimo instrumento para se chegar a uma verdade científica e que criticava duramente o Antigo Regime e os privilégios do clero e da nobreza. Inspirou-se em Iluministas como Montesquieu (1689-1755) e Rousseau (1712-1778) e interessou-se por fenômenos sociais, sendo grande partidário do contratualismo e do utilitarismo.

Embora pertencesse à nobreza, Beccaria rompeu relações com sua família ao casar-se contra a vontade desta com Teresa Blasco, chegando ao ponto de seu pai conseguir um decreto de prisão em seu desfavor, ocasião em que conheceu pessoalmente as arbitrariedades do sistema prisional de seu tempo, fato que evidentemente influenciou seu interesse e estudo sobre o sistema de penas.

Em sua principal obra, *Dei delitti e delle pene* (Dos delitos e das penas), Beccaria ataca ferozmente a arbitrariedade da prática criminal dominante, as penas cruéis e degradantes que eram impostas e propõe inúmeras reformas, expressando valores até hoje vigentes. As ideias filosóficas que informam referida obra, no entanto, não podem ser tidas como originais, porquanto grande parte de suas proposições já havia sido formulada por outros pensadores. O mérito de Beccaria foi, sem dúvida, dirigir-se a um grande público num momento histórico de grande opressão. Aliás, deve-se destacar que a primeira publicação da obra, datada de 1764, foi distribuída na cidade de Livorno, sendo que Cesare residia em Milão, e de forma apócrifa, justamente em razão do medo da Inquisição¹³.

¹³ BRITO, Alexis. A. Couto. *Apresentação à obra dos delitos e das penas*. Trad. Alexis Augusto de Couto Brito. São Paulo: Quarter Latin, 2005. p. 24.

E não era para menos: Dos delitos e das penas aspirava uma reforma penal, criticava duramente o sistema até então vigente e propunha mudanças que, não apenas foram incorporadas à prática criminal, como perduram até os dias atuais.

Como dito anteriormente, Beccaria era partidário da teoria clássica do contrato social e, com ela, do utilitarismo. Assim, a pena, para ele, se origina justamente do pacto social, em suas palavras:

“As leis são condições sob as quais os homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de sua conservação. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranquilidade. A soma dessas porções de liberdade sacrificada ao bem comum forma a soberania de uma nação e o soberano é seu legítimo depositário e administrador. Mas não bastava constituir esse depósito, havia que defendê-lo das usurpações privadas de cada homem em particular, o qual sempre tenta não apenas retirar do depósito a porção que lhe cabe, mas também apoderar-se daquela dos outros. Faziam-se necessários motivos sensíveis suficientes para dissuadir o espírito despótico de cada homem de novamente mergulhar as leis da sociedade no antigo caos. Esses motivos são as penas estabelecidas contra os infratores das leis”¹⁴.

E essas penas, como insistentemente afirmou Beccaria, devem derivar de uma necessidade absoluta, tudo mais será abuso, tirania. Nesse sentido, o direito do soberano de punir os delitos se funda sobre a necessidade de defender o depósito do bem comum das usurpações particulares, e tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano garante aos súditos¹⁵.

A partir dessas premissas, Beccaria deu sua mais importante contribuição: desenvolveu, em sua obra, a necessidade de previsão legal dos delitos e das penas, ou seja, o princípio da legalidade, eternizado no brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Conforme defendeu, só as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade, só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social¹⁶.

Defendeu, ainda, a necessidade de haver proporcionalidade entre os delitos e as penas, estabelecendo para estas últimas o objetivo preventivo. Para ele, a pena não poderia voltar-se

¹⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini; Alessandro Berti Contessa. Rev. Roberto Leal Ferreira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 41.

¹⁵ *Id. Ibidem*. p. 42.

¹⁶ *Id. Ibidem*. p. 44.

para o passado, porquanto impossível restabelecer ações já consumadas; ao contrário, a pena deveria dirigir-se ao futuro e, neste sentido, sua finalidade não poderia ser outra que não impedir que os réus causem novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo. Em suas palavras: “É melhor prevenir os delitos do que puni-los”¹⁷.

E essa prevenção, deve-se ressaltar, não deve ser obtida, conforme enfatizou Beccaria, através do terror como então era feito, mas sim através da eficácia e certeza da punição. Em verdade,

“para que a pena produza seu efeito, basta que o mal que ela mesma inflige exceda o bem que nasce do delito e nesse excesso de mal deve ser levada em conta a infalibilidade da pena e a perda do bem que o delito devia produzir. Tudo mais é supérfluo e, portanto, tirânico”¹⁸.

No que tange à prisão, imperioso esclarecer que, à época, ainda era utilizada para a custódia daqueles que aguardavam julgamento ou a execução da pena propriamente dita, como a pena de morte ou as penas corporais, sendo que a privação da liberdade como sanção coexistia no sistema de penas, destinando-se especialmente à pequena delinquência.

Portanto, não é de se estranhar que Beccaria tenha tratado justamente da prisão como forma de custódia dos réus, destacando a necessidade da lei apontar quais indícios que impõem e justificam a custódia de um indivíduo, sujeitando-o a um interrogatório e, eventualmente, a uma pena. Criticava o fato de se misturarem numa mesma prisão denunciados que aguardavam julgamento e condenados que esperavam a execução da pena, além das condições insalubres das cavernas em que eram enclausurados. Não obstante, enxergou na pena privativa de liberdade um bom substitutivo para as penas capitais e corporais.

As ideias de Beccaria foram quase literalmente implantadas pelo primeiro Código Penal da França, adotado pela Assembleia Constituinte de 1791. Reduziu-se em muito a quantidade de delitos sancionados com a pena de morte, aboliram-se as penas corporais e introduziu-se a pena privativa de liberdade para muitos delitos graves¹⁹.

¹⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini; Alessandro Berti Contessa. Rev. Roberto Leal Ferreira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 130.

¹⁸ *Id. Ibidem*. p. 92-93.

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 58.

Como se vê, é na obra *Dos delitos e das penas* que se forjam os alicerces do Direito Penal Liberal²⁰, sendo que muitas das ideias que apresenta, em seus aspectos fundamentais, continuam vigentes até os dias atuais e muitos dos problemas suscitados, ainda sem solução.

1.2.2 John Howard

John Howard²¹, cujas ideias foram determinantes para a humanização das prisões, pertencia a uma tradicional família inglesa, sendo seu pai um próspero comerciante. Assim como Beccaria, conheceu de perto as mazelas das prisões existentes em seu tempo, isto porque, quando retornava de Portugal para a Inglaterra após ajudar as vítimas de um terremoto que assolou aquele país, o barco em que viajava foi aprisionado por corsários franceses e, juntamente com os demais passageiros, foi encarcerado no Castelo de Brest e, depois, na prisão de Morlaix, permanecendo recluso por vários meses²².

Apesar dessa experiência infeliz na prisão, Howard foi nomeado xerife de Bedford e, partir de então, decidiu dedicar a vida à problemática penitenciária. Já em 1773, foi nomeado alcaide do Condado de Bedford, aproximando-se ainda mais da situação calamitosa em que se encontravam as prisões inglesas. Seu estudo, no entanto, não limitou à Inglaterra: viajou por toda a Europa para conhecer hospitais, prisões e lazaretos, investigar e analisar os diferentes sistemas penitenciários. O resultado de suas pesquisas foi a obra *The state of prisons in England and Wales with an account of some govegn*, na qual propunha uma reforma penal, caracterizada, sobretudo, pelo processo de humanização e racionalização das penas²³.

De acordo com a análise marxista sobre a função da prisão anteriormente vista, considera-se que Howard encontrou as prisões inglesas em péssimas condições, isto porque, com o desenvolvimento econômico que já havia alcançado a Inglaterra, fazia desnecessário que a

²⁰ SMANIO. Gianpaolo Poggio. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao Direito Penal: criminologia, princípios e cidadania*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 27.

²¹ A data de seu nascimento é incerta: uns assinalam 1726 em Hackney, outros, 1724, 1725 ou 1727, nas localidades de Enfield, Clapton, Smithfield. Certo é que faleceu em 1790, vítima de “febres carcerárias”, em Kherson, Crimeia (Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 58-59).

²² *Id. Ibidem*. p. 58.

²³ *Id. Ibidem*. p. 58-59.

prisão cumprisse uma finalidade econômica e, portanto, indiretamente socializante, devendo circunscrever-se a uma função punitiva e através da qual se impõe o terror e o medo²⁴.

Diante disto, Howard propunha a construção de estabelecimentos adequados para o cumprimento da pena privativa de liberdade e fixava, como condições para remediar o sistema carcerário então existente, higiene, alimentação e assistência médica para os presos, além de considerar a educação religiosa e o trabalho obrigatório como meios para a regeneração do condenado. Aliás, Howard era extremamente religioso e, talvez em razão disso, propunha o isolamento celular como meio indispensável para a reflexão e arrependimento. Reconhecia que o isolamento diurno era difícil alcance, mas afirmava que os presos deveriam permanecer em celas isoladas durante a noite.

Howard propunha, ainda, que a classificação das pessoas encarceradas de acordo com os seguintes critérios: (a) processados, deveriam ter um regime especial, já que a prisão não era castigo, mas sim um meio assecuratório; (b) condenados, seriam sancionados de acordo com a sentença condenatória imposta; e (c) devedores. Insistiu, ainda, que mulheres ficassem separadas dos homens e os jovens, dos delinquentes velhos, ideais que ainda orientam as execuções penais²⁵.

Ademais, se preocupou com os funcionários destinados a cuidarem das prisões. Ressaltou a necessidade de serem nomeados carcereiros honrados e que estes fossem fiscalizados por um inspetor eleito ou por todos os membros de um tribunal.

Como se observa, Howard enxergou, além da necessidade de humanização das prisões, a importância de um controle jurisdicional sobre os carcereiros, desenhando as linhas mestras da figura de um juiz da execução da pena. Com ele, o direito penal não só foi separado da execução da pena, como nasceu a corrente penitenciária que revolucionaria o mundo das prisões, primando sempre pela humanização e racionalização das penas.

²⁴ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI - XIX). Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (pensamento criminológico; v. 11). p. 80.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 11 ed. 1 vol. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 42.

1.2.3 Jeremy Bentham

Jeremy Bentham (1748-1832) foi um influente pensador inglês que se dedicou ao estudo penitenciário, expondo suas ideias de forma sistemática, e que influenciou não só a reforma penal de seu país, mas também os redatores do Código de Napoleão²⁶.

Bentham criticou severamente a prática de castigos cruéis e desumanos e sempre procurou um sistema de controle social que fosse ético. Bentham era partidário do utilitarismo, que se traduzia na procura da felicidade para a maioria ou simplesmente da felicidade maior. Considerava, a partir disso, que o homem sempre busca o prazer e foge da dor e, sobre esse fundamento, assentou sua teoria da pena: para ele, a aplicação da pena não poderia basear-se unicamente na retribuição do mal praticado pelo criminoso, mas haveria de ser útil para toda a sociedade, prevenindo o cometimento de novos delitos²⁷.

Assim, considerava a prevenção geral predominante, na medida em que ressaltava a função exemplificante da pena. Não obstante, admitia também o fim correccional da pena, a qual se prestava à emenda do delincente, não só pelo temor de ser castigado novamente, mas pela mudança de seu caráter. Neste ponto, interessante destacar que Bentham, justamente por aceitar a ideia de que a prisão seria um meio para corrigir o recluso, preocupava-se com a “assistência pós-penitenciária”, quer dizer preocupava-se com o fato de que os reclusos, quando adquirissem a liberdade, seriam soltos no mundo sem qualquer auxílio ou cuidado.

Como se vê Bentham abandonou o conceito tradicional que via na crueldade da pena um fim em si mesmo para dotá-la de finalidades, destacando a ideia de se servir para prevenir a prática de novos fatos criminosos.

Bentham se interessou, ainda, pelas condições das prisões, identificando, mesmo que de forma incipiente, o que hoje se denomina subcultura carcerária. Detectou que os segregados, num ambiente marcado pela ociosidade, assimilavam linguagens e costumes e faziam suas próprias leis, sendo que aqueles mais temidos eram justamente os mais respeitados. A prisão se tornava, portanto, uma escola da maldade.

²⁶ SMANIO, Gianpaolo Poggio. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao Direito Penal: criminologia, princípios e cidadania*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 28.

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 64.

E, a partir do estudo das condições criminógenas da prisão, Bentham atribuiu importância à arquitetura penitenciária, criando o estabelecimento carcerário conhecido como panóptico.

Em seu desenho arquitetônico, Bentham propôs um modelo de prisão baseado, sobretudo, no controle e segurança. As celas estariam em um edifício circular e seriam abertas na parte interna, sendo que uma grade de ferro bastante larga deixaria os reclusos inteiramente à vista. No centro, haveria uma torre, onde ficariam os inspetores, sendo que referida torre seria rodeada de uma galeria coberta com uma gelosia transparente, que permitiria ao inspetor registrar todas as celas. Portanto, a vigilância seria ininterrupta e total. Aliás, o nome “panóptico” expressa “em uma só palavra sua utilidade essencial, que é a faculdade de ver com um olhar tudo o que nele se faz”²⁸.

Não obstante, Bentham se preocupava, também, em estimular a emenda do condenado, tanto que recusava o isolamento celular permanente, defendendo a interação de pequenos grupos, além da imposição de trabalhos produtivos e atrativos. Não acreditava na eficácia de castigos cruéis, mas admitia um “castigo moderado” e disciplina severa como formas de prevenção geral, destacando que o condenado não poderia gozar de uma condição melhor que a de indivíduos que pertencem à mesma classe social e que vivem em estado de inocência e liberdade, ideia até hoje arraigadas nas convicções do cidadão comum.

O panóptico, como idealizado por Bentham, nunca chegou a se desenvolver plenamente, não obstante seus esforços pessoais, inclusive, com perdas patrimoniais. Depois de forte empenho, inaugurou-se em Millbank, na Inglaterra (1816), uma prisão inspirada em suas ideias fundamentais, mas foi nos Estados Unidos que suas proposições tiveram maior acolhida, ainda que não em sua totalidade.

De toda forma, Bentham conseguiu que suas críticas servissem para reduzir os castigos cruéis e degradantes que até então se impunham nas prisões inglesas, não se olvidando que, no plano arquitetônico, seu projeto do panóptico é considerado antecedente imediato do desenho radial que muitas prisões apresentam²⁹.

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 69.

²⁹ *Id Ibidem*. p. 73.

1.3 Conceito Moderno de Pena

Poucos são os autores que se ocupam com a conceituação do vocábulo pena e, não é para menos, sua existência, e sobre isso não há dúvidas nem desavenças doutrinárias, se deve a necessidade abstrata e absoluta, que existiu em todas as épocas e culturas, de se aplicar algum tipo de sanção.

Não obstante, deve-se admitir que, ao longo dos séculos, modificaram-se não apenas as sanções aplicadas, mas também a forma de imposição, a autoridade legitimada a aplicá-la, bem como seu fundamento.

A pena, como hodiernamente entendida, é a consequência jurídica de um fato delitivo. Nesse sentido, Bobbio³⁰, ao afirmar que a pena é a resposta à violação; Ferrajoli, ao asseverar que com a pena se concretiza a máxima *nulla poena sine crimina*³¹; Muñoz Conde³², ao esclarecer que a pena é um mal que impõe o legislador, pela prática de um delito, ao culpado pelo mesmo; dentre tantos outros.

A pena, entretanto, não é uma consequência jurídica qualquer. Assim como não é qualquer comportamento que é elevado à categoria de delito, senão a conduta que a sociedade rechaça com maior firmeza justamente por ir de encontro aos seus interesses sociais, a pena não se traduz em uma consequência jurídica comum e sim na sanção mais grave que pode ser imposta a quem realiza uma conduta considerada intolerável pelo resto da comunidade.

E justamente em razão de sua gravidade e para que não haja arbitrariedades, é que pena somente pode ser criada, aplicada e executada pelo Estado, que conta com o monopólio do *ius puniendi*. O fundamento dessa potestade exclusiva encontra-se no contrato social, onde cada um dos indivíduos renuncia, em favor do Estado, de parte de sua liberdade, em troca de que este lhe garanta outro espaço mais amplo de independência e autonomia³³.

³⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 5ª ed. Bauru: Edipro, 2012.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 38-40.

³² MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal: parte general*. 8ª ed. revisada y posta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 46.

³³ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 75.

Neste ponto, vale mencionar Beccaria³⁴:

“Foi, portanto, a necessidade que constrangeu os homens a cederem parte da própria liberdade, é certo, pois, que cada um só quer colocar no depósito público a mínima porção possível, apenas a que baste a induzir os outros a defendê-lo. A agregação dessas mínimas porções possíveis forma o direito de punir, tudo o mais é abuso e não justiça, é fato, mas não direito”.

Mas essa pena não pode ser imposta ao livre arbítrio das autoridades estatais, deve estar previamente definida em lei. Trata-se do princípio da legalidade, retratado na máxima *nulla poena sine lege*, a qual foi descrita expressamente na Constituição Federal de 1988³⁵ e repetida no Código Penal brasileiro³⁶.

Com efeito, o princípio em comento garante a impossibilidade de se sancionar com pena uma conduta que não esteja previamente proibida ou ordenada pela lei penal. E, se por um lado, a lei deve estabelecer, de forma clara e prévia, quais condutas estão penalmente proibidas, por outro, deve-se consignar que também cabe à lei, em sentido estrito, estabelecer as consequências jurídicas do delito, determinando os tipos de sanções – no caso brasileiro, pena ou medida de segurança, sendo a primeira o objeto de estudo desse ensaio – e quando devem ser impostas.

Ademais, a pena não pode ser aplicada a qualquer pessoa, senão àquela que cometeu o delito, com dolo ou com culpa (a máxima *nulla poena sine culpa* caracteriza o princípio da culpabilidade). Em épocas distantes, a pena podia transpassar aos familiares, aos amigos e inclusive à comunidade a qual pertencia o delinquente. Hoje, a responsabilidade penal fica restrita àqueles que praticaram o fato criminoso, em linguagem técnica, aos autores e partícipes do delito. O princípio da pessoalidade, como é conhecido, está previsto expressamente no artigo 5º, inciso XLV da Constituição Federal (“nenhuma pena passará da pessoa do condenado...”).

Importante ressaltar, ainda, que essa pena, previamente descrita em lei, deve ser aplicada ao delinquente de forma proporcional, ou seja, deve-se mensurar a pena de acordo com o caso

³⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini; Alessandro Berti Contessa. Rev. Roberto Leal Ferreira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 43.

³⁵ Art. 5º (...)

XXXIX: Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

³⁶ Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

concreto. Em verdade, o princípio da proporcionalidade da pena deve ser observado sob três aspectos distintos: o legislador infraconstitucional, ao estabelecer abstratamente as penas para os delitos, deve observar se os valores mínimo e máximo fixados guardam proporcionalidade com o bem jurídico que será afetado com a prática daquele delito descrito na lei; o juiz, ao fixar a pena para aquele que foi condenado, deve partir do quantum mínimo estabelecido em lei e considerar as características pessoais do condenado, bem como as circunstâncias do delito para, então, determinar a pena no caso concreto, pautando-se sempre em critérios de proporcionalidade (art. 5º, XLVI da CF); e, na execução penal, deve o condenado receber um tratamento diferenciado, de acordo com a natureza de seu crime, idade e sexo (art. 5º, XLVIII da CF).

Não bastasse, a pena imposta ao delinquente deve levar em conta a sua condição humana e a sua dignidade. Não se admite mais as penas desumanas, cruéis e degradantes, sendo que a Carta Magna expressamente veda a pena de morte – salvo em caso de guerra declarada –, as penas de caráter perpétuo e de trabalhos forçados, bem como as penas cruéis (art. 5º, XLVII da CF), garantindo aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX da CF).

Em verdade, o sistema de penas, hodiernamente, está baseado na pena privativa de liberdade, não devendo a imposição da pena de prisão afetar quaisquer outros direitos que não aqueles estritamente relacionados com a perda da liberdade. Nesse sentido:

O Estado Democrático de Direito elenca como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88). Portanto, o homem deve ser a medida primeira para a tutela do Estado, alcançando ainda maior destaque no Direito Penal, onde o condenado será encarcerado como sujeito de direitos, e deverá manter todos os seus direitos fundamentais que não forem lesados pela perda da liberdade em caso de pena privativa. Note-se que a pena é privativa da liberdade, e não da dignidade, respeito e outros direitos à pessoa humana³⁷.

Feitas essas considerações, pode-se assinalar que são notas características do conceito de pena, levando em conta uma concepção moderna de Estado: que a pena é um mal – pela privação ou restrição de bens jurídicos que sempre implica –; um mal, por outro lado, necessário – porque todo sistema que considera o homem como elemento nuclear só pode recorrer a pena quando seja necessária a manutenção de tal sistema –; deve estar prevista em

³⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA Jr, Alceu. *Pena e Constituição*. Aspectos relevantes para a sua aplicação e execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 31.

lei – que atuará como garantia da segurança jurídica, em prol do princípio da legalidade –; imposta e executada conforme ela – a lei atua como garante ao largo do processo e execução; – só se imporá ao responsável do delito – responsabilidade penal pessoal –; e estará dirigida unicamente à prevenção do delito – única finalidade coerente e racional com o *ius puniendi* próprio de um Estado Social e Democrático de Direito³⁸, como se verá a seguir.

³⁸ BERDUGO GOMES DE LA TORRE, Ignacio. *apud* SANZ MULAS, Nieves. *Alternativas a la pena privativa de libertad: Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*. Madrid: Colex, 2000. p. 34.

2. FUNÇÕES DA PENA

2.1 Teorias sobre a Função da Pena

Como já mencionado, em todas as épocas e culturas houve a necessidade de aplicação de uma sanção àqueles que praticaram uma conduta rechaçada pela sociedade, formada de homens que abriram mão de parte de sua liberdade para, em troca, viverem em paz e com segurança.

E se o direito de punir encontra seu fundamento no contrato social, a pergunta que resta é justamente o que espera a sociedade com a imposição da pena, ou melhor, o que a faz exercitar uma violência programada sobre um de seus membros.

Acerca da questão foram formuladas distintas teorias com a pretensão de fundamentar e buscar o fim da pena. Uma tarefa nada fácil, mormente porque não nos situamos unicamente ante a necessidade de legitimar de alguma forma a causação do mal em que consiste essencialmente a pena, mas também do Direito Penal que a prevê como consequência³⁹.

Com efeito, definir quais são os fins da pena significa revelar a legitimação do direito penal e descobrir se a pena que se pretende impor é socialmente útil. Conhecer por que e para que se castiga consiste em definir o eixo sobre o qual deve girar todo o sistema penal em um moderno Estado de Direito⁴⁰.

Assim, passemos a analisar as teorias que tratam das funções da pena.

2.1.1 Teorias Absolutas ou retributivas

As teorias da retribuição não encontram o sentido da pena na persecução de algum fim socialmente útil, ao contrário, sustentam que, mediante a imposição de um mal,

³⁹ SILVA SANCHEZ, José Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch, 1992. p. 179.

⁴⁰ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 191.

merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo delito cometido⁴¹. Pretendem, pois, compensar a culpabilidade do autor com a imposição de um mal, razão pela qual seus adeptos justificam a pena exclusivamente no delito cometido (*punitur quia peccatum est*). É, em última análise, aceitar que o bem merece o bem e o mal merece o mal, como na Lei do Talião, com seu “olho por olho, dente por dente”.

Os retribucionistas rechaçam toda a busca de fins fora da própria pena, já que esta se basta como fim em si mesma, como exigência derivada do valor “Justiça”. Aliás, seus adeptos entendem que buscar finalidades fora da pena implicaria em instrumentalizar o homem, na medida em que se perseguiria, através dele, fins sociais que lhe são alheios. Essas teorias, portanto, se voltam para o passado e, por isso, sua legitimidade é apriorística, não condicionada por fins extrapenais⁴².

Essa concepção, historicamente e ainda hoje, é defendida pela teologia cristã, que vê na pena a realização da justiça como mandado de Deus, a reprovação e condenação moral do ato cometido pelo delinquente. Além disso, encontra guarida na própria sociedade, porquanto é comum que os cidadãos, ante a ocorrência de um delito grave, vejam na pena, a retribuição do mal causado e o meio através do qual se realiza a Justiça.

No entanto, o que tem assegurado a essa concepção uma influência tão predominante, não foi fazer parte do discurso religioso ou mesmo do imaginário popular, mas sim a fundamentação teórica formulada pelo Idealismo Alemão, sobre a base do pensamento dos filósofos Immanuel Kant (1724-1804) e Georg Hegel (1770-1831), os quais centram a função da pena na pura realização da Justiça.

Kant sustenta a tese de que a pena é uma retribuição ética justificada pelo valor moral da norma infringida pelo delinquente. A pena, portanto, se apresenta como um imperativo categórico, uma exigência incondicionada da Justiça e, portanto, livre de qualquer concepção utilitarista.

⁴¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 1 t. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2008. p. 81-82.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 236.

Para ele, a pena não pode servir como meio para fomentar outro bem, seja para o delinquente, seja para a sociedade civil; ela deve ser imposta simplesmente porque alguém delinuiu. Se a pena será útil ou inútil para assegurar a paz social é algo irrelevante, já que deve ser imposta sempre que assim o exija a Justiça, ainda que não resulte necessária no caso concreto. Neste ponto, seu famoso exemplo da ilha:

Ainda que se dissolvesse a sociedade civil com o consentimento de todos os seus membros (por exemplo, decidisse desagregar e disseminar por todo o mundo o povo que vive em uma ilha), antes teriam que ser executados até o último assassino que se encontrasse preso, para que cada qual receba o que merece por seus atos e o homicídio não recaia sobre o povo que não exigiu este castigo: porque ele pode ser considerado como cúmplice dessa violação da justiça⁴³.

Hegel, por sua vez, falava de uma retribuição jurídica e, portanto, justificava a pena na necessidade de reparar o Direito com uma violência contrária que restabelecesse a ordem violada⁴⁴. Trata-se, em verdade, da aplicação de seu método dialético: em primeiro lugar se encontra o direito, ou melhor, o ordenamento jurídico (tese), o qual é negado pelo delito, que procura suprimi-lo (antítese), então, o direito reage impondo uma pena, que procura a restauração da ordem violada (síntese). Portanto, a pena supõe a negação da negação do direito e, em razão disso, seu restabelecimento: a confirmação de que este direito está vigente⁴⁵.

Como se vê, para Hegel, assim como para Kant, a pena se concebe como uma reação voltada ao passado, não havendo que se cogitar em qualquer utilidade fora da própria pena. Ambos baseiam a existência da pena em uma exigência incondicionada de Justiça – seja moral (Kant), seja jurídica (Hegel) – que não depende das conveniências utilitárias de cada momento; ao contrário, se impõe de forma absoluta.

À concepção retribucionista, como a qualquer proposta doutrinal, se atribuiu uma série de méritos, dentre os quais se destacam a defesa do livre arbítrio como característica humana – algo sempre desejável e ainda mais se levamos em conta o momento histórico em que se

⁴³ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 193.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 237.

⁴⁵ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Op. cit.* p. 194.

desenvolveu o Idealismo Alemão – e a preocupação com a Justiça – ainda que abstrata e ideal – o que proporcionou a ideia de que a pena deveria ser algo racional e, sobretudo, proporcional, ou seja, uma pena justa: diante dos abusos do poder do monarca, defender a retribuição significava defender o ser humano contra referidos abusos e impedir que o Estado usasse o Direito Penal para reafirmar as arbitrariedades e privilégios que caracterizaram o período, impondo-se uma pena mais rigorosa que aquela que correspondia ao fato efetivamente realizado, em outras palavras, à culpabilidade. O retribucionismo, portanto, permitiu o desenvolvimento da categoria da culpabilidade como componente da teoria do delito e como limitadora do *ius puniendi*⁴⁶.

Não obstante os êxitos que apresentou, os defeitos do retribucionismo são muitos e impedem sua aceitação.

Dentre as objeções formuladas a essa concepção, deve-se destacar, preliminarmente, que o retribucionismo, concretamente, não consegue traçar um limite em relação ao conteúdo do poder punitivo estatal. Não obstante sustentem que a pena seja racional e proporcional, os retribucionistas não estabelecem como deve se dar essa proporcionalidade e, ainda, o que deve ou não ser punido, o que, na prática, significa dar um “cheque em branco” ao legislador e ao juiz, que poderão atuar conforme melhor lhes convém.

Ademais, as teorias retribucionistas não são científicas, na medida em que a pena como retribuição pressupõe um dado indemonstrável: o livre arbítrio, a liberdade de vontade do ser humano, pressuposta no juízo de culpabilidade. Ao fundamentar a pena no poder do indivíduo de comportar-se de outro modo (livre arbítrio), o que é indemonstrável conforme concorda a doutrina, referidas teorias, sem dúvida, apoiam-se em bases científicas igualmente indemonstráveis e altamente questionáveis.

Com efeito, a impossibilidade de se demonstrar essa liberdade pressuposta na culpabilidade determinou a mudança na função atribuída a própria culpabilidade, que deixou de ser o

⁴⁶ SANZ MULAS, Nieves. *Alternativas a la pena privativa de libertad: Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*. Madrid: Colex, 2000. p. 42. No mesmo sentido: ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 1 t. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2008. p. 84.

fundamento da pena que legitima o poder punitivo estatal e passou a assumir a função atual de limitação da pena, que garante o indivíduo contra o poder punitivo estatal⁴⁷.

Por outro lado, não se deve olvidar que a ideia retributiva da pena, isto é de expiar ou compensar um mal (delito) com outro (mal), só pode ser compreendida como mero ato de fé⁴⁸, como uma crença, que não é democrática, porquanto num Estado Democrático de Direito o poder é exercido em nome do povo e não em nome de Deus; e tampouco científica, já que o objetivo do Direito Penal, como se verá adiante é proteger bens jurídicos e não realizar vinganças.

Em razão de todas essas objeções, como explica FERRAJOLI⁴⁹, as doutrinas retributivas são idôneas, unicamente, para justificar modelos autoritários de Direito penal máximo, o qual, assim como as concepções retribucionistas, confunde Direito e Moral, validade e Justiça, legitimação interna e externa. São formulações, portanto, que não tem cabimento em Estados de traços liberais como os atuais, os quais possuem legitimidade unicamente para intervir em benefício da sociedade.

2.1.2 Teorias relativas ou utilitaristas

Ao contrário das teorias absolutas, as teorias relativas – também denominadas teorias utilitaristas, preventivas ou da finalidade – não fundamentam a pena na pura retribuição, mas sim em um objetivo prático, qual seja o de que não se cometam delitos no futuro.

Como se observa, a pena deixa de ser um fim e passa a ter um fim, isto porque as doutrinas relativas buscam encontrar finalidades que estejam fora da própria pena e, justamente por isso, se denominam também de utilitaristas. Sua função utilitária, no entanto, não se funda em postulados religiosos ou idealistas, mas na ideia de que a pena deve ser útil para a sociedade, ou melhor, de que é necessária para a manutenção de certos bens sociais.

⁴⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 4ª ed. rev. e atualizada. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 423.

⁴⁸ ROXIN, Claus *apud* OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 209.

⁴⁹ *Direito e Razão*. teoria do garantismo penal. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 257.

Nas teorias relativas, portanto, a pena volta-se para o futuro e sua finalidade é prevenir aquelas condutas que alterem a convivência social e, com isso, alcançar o bem de toda a comunidade.

Essas formulações foram enunciadas já na Era Cristã, com Sêneca que, baseando-se em Protágoras, de Platão, afirmou que nenhuma pessoa razoável castiga pelo pecado cometido, senão para que não peque (*Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*)⁵⁰.

Não obstante, foram as formulações retribucionistas das teorias absolutas as dominantes durante grande parte da história do Direito Penal, quadro que apenas se alterou a partir das propostas de Anselm von Feuerbach (1775-1833) e Franz von Liszt (1851-1919).

Feuerbach, apesar de ter sido influenciado por Kant, ao desenvolver sua teoria da pena, conseguiu se desvencilhar das ideias retribucionistas da pena como imperativo categórico e formular sua conhecida teoria da coação psicológica. Para o autor, a pena tem como função a intimidação de todos os cidadãos, porquanto se apresentam como possíveis protagonistas de lesões jurídicas. Nesse passo, a necessidade da ameaça da pena, a qual se afigura como coação psicológica apta a impedir que os cidadãos cometam delitos, já que terão medo de serem apenados. A aplicação da pena no caso concreto, portanto, não busca retribuir ao criminoso o mal praticado, mas sim dar fundamento efetivo à cominação legal, pois sem a aplicação da pena, sua simples previsão legal seria ineficaz na função intimidatória⁵¹.

Liszt, por sua vez, defendeu o caráter finalista da pena, afirmando que através da ideia de fim, ela ganha objetivo e medida, e se desenvolve tanto o pressuposto da pena (o delito) como seu conteúdo e seu âmbito (o sistema de penas); sob o domínio do pensamento finalista, a violência punitiva converte-se em Direito Penal⁵².

⁵⁰ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Trad. y notas de Francisco Muñoz Conde y Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 347.

⁵¹ SMANIO, Gianpaolo Poggio. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao Direito Penal: criminologia, princípios e cidadania*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 37-38.

⁵² OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 196-197.

Liszt tratou das funções da pena a partir do tipo de delinquente e, neste sentido, propôs a inocuização do delinquente habitual, de quem não se pode conseguir que desista nem que melhore; a intimidação do mero delinquente ocasional; e a correção do autor corrigível⁵³.

As teorias relativas, como se pode apreender, buscam finalidades na pena, as quais necessariamente devem ser demonstradas para comprovar sua vigência. Passamos, portanto, de um conteúdo abstrato-sistemático da pena (teorias absolutas) a outro empírico e orientado a consequências (teorias relativas). Referidas teorias, como explicou Hassemer, dão uma concepção funcional ao Direito penal, ao incluir a pena no conjunto dos demais instrumentos estatais em prol da defesa e bem estar dos cidadãos⁵⁴.

Pois bem, com o desenvolvimento e aperfeiçoamento das teorias preventivas, houve a distinção entre prevenção geral e prevenção especial, conforme a finalidade se dirija à generalidade dos cidadãos, buscando impedir que surjam novos delinquentes (prevenção geral), ou quando a finalidade se dirige especialmente àquele que cometeu o fato delitivo, para que não volte a fazê-lo (prevenção especial).

O enriquecimento dessa classificação chegou com a doutrina moderna que passou a diferenciar ainda a prevenção positiva da prevenção negativa, tanto quando se trata de prevenção geral como de prevenção especial. Vejamos, pois, o traço característico de cada uma delas.

2.1.2.1 Teoria da prevenção geral negativa

Partindo da concepção utilitarista de pena, os teóricos da prevenção geral não veem a pena como uma retribuição, mas sim como um exemplo a ser dado a toda a comunidade que, ante a ameaça concreta de imposição de uma pena, se absteria de praticar novos delitos. Baseia-se, portanto, na intimidação, na ideia de que eventuais delinquentes abandonariam a tentação de delinquir ante a ameaça da pena.

⁵³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 1 t. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2008. p. 86.

⁵⁴ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Trad. y notas de Francisco Muñoz Conde y Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 347-ss.

Com efeito, para os adeptos dessa concepção o debate central passa a ser ocupado por um diálogo entre a norma e seus destinatários, no qual se busca dissuadi-los de praticarem comportamentos antinormativos, convertendo-se os momentos essencialmente aflitivos, causados pela imposição da pena, em mera prova da seriedade da advertência formulada⁵⁵.

Pois bem, uma das primeiras representações jurídico-científicas da prevenção geral negativa foi justamente aquela elaborada por Anselm Von Feuerbach, na qual a pena deve exercer uma coação psicológica sobre o delinquente, evitando a prática delitiva, o que se daria, de uma lado, com a cominação penal em abstrato (com a elaboração da norma penal se avisa aos membros da comunidade quais são os comportamentos intoleráveis e como se reagirá ante a sua ocorrência – ameaça da pena) e, de outro, com a aplicação da pena cominada, deixando clara a disposição em cumprir a ameaça infundida⁵⁶.

Como se observa, a ideia de pena como intimidação apenas é possível se os tipos penais e as próprias penas estiverem previamente definidos, a fim de possam, então, dissuadir os indivíduos de cometerem ações delitivas. Daí porque se pode afirmar que a prevenção geral negativa é a única a assegurar um fundamento racional para o princípio da legalidade.

Com efeito, referida concepção possibilita a compreensão de três princípios garantistas distintos que, de diversos modos, delimitam o poder punitivo estatal. Neste sentido, asseverou Ferrajoli⁵⁷ ao demonstrar as vantagens da prevenção geral negativa:

“Em primeiro lugar, mister se diga que o mesmo vale para a fundação dos princípios de estreita legalidade e materialidade dos delitos: se a única função do direito penal é aquela de prevenir delitos, o único modo de persegui-la racionalmente é indicando preventiva e exatamente os tipos penais em sede de ameaça legal, vez que podem ser prevenidas e dissuadidas somente as ações previstas e não também aquelas imprevistas, mesmo se danosas. Em segundo lugar, o mesmo está à base do princípio da materialidade dos delitos. Com efeito, é possível prevenir somente as ações

⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jose-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch, 1992. p. 54.

⁵⁶ HASSEMER, Winfried *Fundamentos del Derecho Penal*. Trad. y notas de Francisco Muñoz Conde y Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 347.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 259. No mesmo sentido, Günther Jakobs que, não obstante seja um dos maiores defensores da prevenção geral positiva, afirmou acerca da vertente negativa que “el modelo ofrece una armonía de los principios penales más importantes, se veda el tratar al autor como un objeto de los ‘derechos reales’, se impiden las infracciones, se evitan las penas innecesarias y se vincula estrictamente la pena a la ley” (*Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teorías de La imputación*. Trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 25-ss).

consistentes em comportamentos exteriores e não os estados de ânimos interiores ou as situações subjetivas, como, v.g., a maldade, a periculosidade, a infidelidade, a imoralidade, a anormalidade psicofísica, ou similares. Em terceiro lugar, o mesmo estrutura o princípio de culpabilidade e de responsabilidade pessoal, vez que as ações passíveis de prevenção por meio da ameaça penal são somente aquelas culpáveis e voluntárias, e não também aquelas inculpáveis em razão de sua involuntariedade, de caso fortuito, de força maior ou, ainda, de ato de terceiros. Conseqüentemente, dele deriva o valor conferido à certeza do direito, à objetividade e a fatualidade dos pressupostos da pena, à verdade processual enquanto verdade empírica, bem como das garantias da defesa voltadas para impedir a punição dos inocentes em geral. Por derradeiro, a função preventiva geral, em razão do caráter abstrato da previsão legal quer dos delitos, quer das penas, enfocam o delito e não o delincente individualmente, protegendo estes de tratamentos desiguais e personalizados com fins corretivos de emenda ou de terapia individual ou social ou para fins políticos de repressão exemplar.

Aliás, como as doutrinas da prevenção geral negativa não tem como escopo o delincente individualmente, mas sim os associados em geral, dos quais, todavia, não valorizam aprioristicamente a obediência política às leis, as mesmas possuem o mérito de não confundirem programaticamente o direito com a moral ou com a natureza, ou, no mínimo, de permanecerem neutras neste campo⁵⁸.

Por outro lado, a prevenção geral negativa recebeu uma série de importantes críticas.

Como para essa concepção a pena possui uma função intimidatória, não se pode negar que sua aplicação conduziria a um Direito penal máximo que não se coaduna com a um Estado Democrático de Direito. Ora, toda vez que um delito for cometido se terá a sensação de que a pena imposta abstratamente não foi capaz de intimidar o delincente e a única solução possível será, então, aumentar referida pena. Haveria, pois, um aumento progressivo das penas que se converteria em um terror estatal. Como bem ressaltou Roxin⁵⁹, a ideia de que penas mais altas e mais duras possuem um maior efeito intimidatório tem sido, historicamente, a razão mais frequente das penas “sem medida”.

Outrossim, não olvidemos que a ideia de pena como intimidação pressupõe, ainda, que o ser humano seja racional o suficiente para sempre ponderar as vantagens e desvantagens da realização do delito e da imposição da pena, o que é uma ficção. Aliás, é sabido que apenas

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 257.

⁵⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 1 t. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2008. p. 93.

parte dos indivíduos com tendência à criminalidade cometem o fato delitivo com tanto cálculo que lhes possa afetar a intimidação e, mesmo nestes indivíduos, frise-se, a intimidação se dá não pela ameaça da pena, mas sim pela dimensão do risco de serem presos⁶⁰. A maioria dos delinquentes, entretanto, confia que não será descoberto.

Com efeito, a dificuldade de se comprovar qual o real efeito intimidatório da pena sobre a generalidade das pessoas deixa patente o problema da legitimação empírica dessa teoria, o que se agrava quando se observa que, além de não se poder afirmar qual real efeito possui a intimidação sobre o indivíduo, este, quando pratica o delito e é sancionado com a imposição de uma pena, sequer é considerado em sua individualidade, sendo, então, utilizado como meio para um fim que lhe é alheio, qual seja demonstrar à comunidade a disposição em se concretizar a ameaça da pena. Em verdade, a prevenção geral negativa não se subtrai à objeção kantiana de que nenhuma pessoa pode ser tratada como instrumento para cumprir um fim que não é seu. Essa instrumentalização é muito difícil de ser justificada em um Estado de Direito, porque o ser humano que vai para a prisão para servir de exemplo ao resto da comunidade nada mais é do que um bode expiatório, um ser degredado pelo Estado por conter os possíveis instintos criminais do resto da comunidade⁶¹.

Por todo exposto, resta concluir que a prevenção geral através da intimidação não é suficiente como critério de limitação das penas dentro de um modelo de direito penal mínimo e garantista que deve existir em um Estado Democrático de Direito, não obstante as vantagens que lhe possam ser atribuídas.

2.1.2.2 Teoria da prevenção geral positiva ou de integração

A teoria da prevenção geral positiva, embora se dirija a toda sociedade – e por isso geral – não vê a pena somente como ameaça, intimidação. Ao contrário, para os adeptos dessa teoria, a inibição da realização daquelas condutas tidas como intoleráveis pela comunidade se dá através da internalização ou interiorização do sentimento jurídico dessa comunidade.

⁶⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. 1 t. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2008. p. 91.

⁶¹ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 202.

Pretende, pois, reafirmar a consciência social da norma ou confirmar sua vigência, por meio da imposição de sanções penais.

Com efeito, para os adeptos da prevenção geral positiva, mesmo após a prática da infração de uma norma, esta continua vigorando, sendo a pena, pelo seu aspecto positivo, necessária justamente para reafirmar tal vigência. A pena, portanto, não se dirige apenas aos eventuais delinquentes, mas sim a todos os cidadãos, na medida em que tem por objetivo confirmar sua confiança na norma.

Entre os teóricos dessa concepção destaca-se o espanhol José Antón Oneca, o qual defendeu, para a pena, funções ou efeitos pedagógicos ou moralizantes da sociedade, porquanto entendia como missão mais cara da pena a de reafirmar a moral naquela parte em que é necessária para a manutenção e desenvolvimento da coletividade, asseverando que o temor que mesma infunde, assim como em todo sistema pedagógico, tem eficácia reeducadora⁶².

Outro grande expoente dessa teoria foi o alemão Hans Welzel, pai da escola finalista, o qual defendeu que a pena deveria assumir a função ético-social do Direito Penal, que pressupõe, entre outros objetivos, a conformação dos valores morais da comunidade, e somente em um segundo momento a proteção de bens jurídicos⁶³.

Com o surgimento do funcionalismo e o desenvolvimento dessa concepção, os doutrinadores foram acrescentando às penas distintos efeitos, dentre os quais se podem destacar: o efeito informativo ou de aprendizagem (informa ao cidadão as condutas proibidas pelo ordenamento jurídico); efeito de confiança (restabelece a confiança no ordenamento); efeito de pacificação (restabelece a paz jurídica); efeito de fidelização (a pena fortalece uma atitude interna de fidelidade ao Direito); dentre outros.

Dentre as diversas posições funcionalistas que defendem a prevenção geral positiva, destacam-se duas vertentes, quais sejam a prevenção geral positiva fundamentadora e a prevenção geral positiva limitadora, que serão analisadas pormenorizadamente a seguir.

⁶² SANZ MULAS, Nieves. *Alternativas a la pena privativa de libertad: Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*. Madrid: Colex, 2000. p. 59.

⁶³ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 204.

a) A Prevenção Geral Positiva Fundamentadora

A versão fundamentadora da prevenção geral positiva é especialmente defendida por Günther Jakobs, o qual reelabora a explicação dialética de Hegel e interpreta a pena como prevenção geral mediante o exercício de reconhecimento da norma e só de forma secundária como intimidação.

Jakobs foi discípulo de Welzel e, por isso, não é de se estranhar que sua visão acerca dos fins da pena se aproxime da concepção elaborada por seu mestre. Em verdade, Jakobs se aproxima de Welzel na medida em que atribui à pena a busca da fidelidade coletiva na manutenção das normas, porém, se distancia deste quando não considera que a finalidade última do Direito Penal seja a busca da proteção de determinados bens jurídicos, mas sim garantir a função orientadora das normas⁶⁴.

Na realidade, Jakobs transporta para o Direito Penal, a seu jeito, algumas das formulações do sociólogo Niklas Luhmann (1927-1998), principalmente a sua caracterização nos sistemas-sociais, no marco do funcionalismo-sistêmico.

Com efeito, para Luhmann, os sistemas sociais são autopoieticos – possuem a capacidade de se autorreproduzir – e são formados apenas de comunicação, única unidade capaz de produzir estes tipos de sistemas e de tornar possível a sua reprodução. Ademais, os sistemas sociais são operativamente fechados e trabalham apenas com suas operações, permitindo assim sua própria conservação. O Direito, nesse passo, também se afigura como um sistema comunicativo, autopoietico. É, pois, um sistema autorreferencial que processa autonomamente as informações, cria seus mundos de sentido, fixa seus objetivos e fins, constrói sua realidade e define suas expectativas. Para Luhmann, o Direito reduz o “caos” na comunicação entre os seres humanos, estabilizando determinados comportamentos e excluindo outros que não devem ir contra a interação social, e o faz a partir das expectativas. Com elas o “caos” causado pelo imprevisível, a total contingência, se vê substituída, na convivência social, pela

⁶⁴ MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 120-121.

ordem do esperado, do previsível⁶⁵. O Direito, portanto, estabiliza a sociedade, orienta as ações e institucionaliza as expectativas.

A partir dessas premissas, Jakobs desenvolve sua teoria. Para ele, o comportamento humano deve ser visto como uma relação dotada de significado, ou seja, não deve ser visto somente como um sucesso externamente realizado, mas sim como uma relação desde a qual o homem previu ou pode prever o que a realização de seu comportamento significava. E, se esse significado entra em contradição com a norma, há uma ruptura da norma e sua validade é posta em questão. Nesse passo, a ação delitiva é apenas um sinal de rebeldia diante das expectativas estabilizadas na norma, que afirmam sua vigência contrafaticamente, é dizer com independência de que sejam ou não cumpridas⁶⁶.

Para Jakobs⁶⁷, portanto, a infração consiste na negação da norma, entendida como frustração da expectativa estabilizada contrafaticamente por ela⁶⁸. Daí porque a única função da pena que tem sentido para Jakobs é, justamente, restabelecer a firmeza dessa norma que foi violada e que necessita, frente à violação, afirmar sua vigência: a pena existe, então, para caracterizar ao delito como delito, como confirmação normativa concreta da sociedade⁶⁹. E a pena, nesse passo, restabelece a validade da norma tanto para a sociedade quanto para o infrator.

Como se observa, para o autor, a infração da norma implica em sua contradição e, ante a desautorização da norma, a pena deve entender-se como reação ao conflito. Com a imposição da pena se quer demonstrar que o comportamento infrator não é o determinante, mas sim a norma.

Com essa postura, Jakobs empresta um formalismo exacerbado ao Direito penal frente aos demais meios de controle social, retirando o indivíduo do centro do Direito e o convertendo

⁶⁵ DEL NERO, Glauter; MARTINS, Fernanda Rocha; MAURICIO, Milene. Breves Notas sobre o funcionalismo de Roxin e a teoria da imputação objetiva. *Revista Liberdades*, n. 11. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/11/integra.pdf>. Acesso em 08 mar. 2013.

⁶⁶ DEL NERO, Glauter; MARTINS, Fernanda Rocha; MAURICIO, Milene. Breves Notas sobre o funcionalismo de Roxin e a teoria da imputação objetiva. *Revista Liberdades*, n. 11. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/11/integra.pdf>. Acesso em 08 mar. 2013.

⁶⁷ JAKOBS, Günther *apud* VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos Del sistema penal*. Acción Significativa y Derechos Constitucionales. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 451.

⁶⁸ “La infracción consiste en rechazo de la norma, entendido como frustración de la expectativa estabilizada contrafáticamente por ella” (Trad. Livre).

⁶⁹ BERDUGO GOMES DE LA TORRE; Ignacio; [et. al]. *Curso de Derecho Penal*. Parte General. 2ª ed. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2010. p. 122.

em objeto de abstrações normativas e instrumento de funções sociais. E é precisamente neste aspecto que repousam as críticas mais ferrenhas a postura jakobiana.

Com efeito, na prevenção geral positiva fundamentadora o homem deixa de ser meio para a intimidação, para se tornar meio através do qual se comunica a vigência da norma, não obstante, continua a ser instrumentalizado. Ademais, Jakobs não explica a necessidade da pena para desejada comunicação que, afinal, poderia ser alcançada através de outras soluções alheias ao sistema penal.

Outrossim, com a visão fundamentadora da prevenção geral positiva, o direito penal acaba por ter sua atuação ampliada, porquanto não é limitada pelo parâmetro de atuação conferido pela proteção subsidiária de bens jurídicos. Neste sentido, asseverou Ferrajoli⁷⁰:

Com efeito, claro está que essa doutrina, ao reduzir o indivíduo à condição de “subsistema físico-psíquico”, funcionalmente subordinado às exigências do sistema social geral, é inevitavelmente solidária com modelos de direito penal máximo e ilimitado, programaticamente indiferentes à tutela dos direitos da pessoa. O ponto de vista da justificação externa, também neste caso, desaparece, sujeitando inteiramente ao ponto de vista interno, pouco importando se este, em vez de identificar-se com os costumes do Estado ou com qualquer pretensa moralidade intrínseca ao direito, transformou-se em simples instância funcional de autoconservação do sistema político.

A principal crítica à teoria da prevenção geral positiva fundamentadora refere-se, desse modo, à possibilidade dela ampliar a tendência da resposta penal diante dos problemas sociais, sendo, portanto, contrária ao Direito Penal mínimo. Além disso, a teoria fundamentadora, conduzida ao extremo, nega o critério de proporcionalidade entre a pena e a violação do bem jurídico tutelado pela norma⁷¹.

b) A Prevenção Geral Positiva Limitadora

A visão limitadora da prevenção geral positiva afigura-se como uma concepção que pretende não apenas fundamentar a pena, mas também limitar a intervenção estatal.

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 257.

⁷¹ MARQUES. Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 196.

Com efeito, o surgimento desta teoria está intimamente ligado à premissa de que as outras teorias preventivas (prevenção geral negativa, prevenção geral positiva fundamentadora, prevenção especial, etc.) tendem a ampliar, sobremaneira, a atuação do direito penal.

A prevenção geral positiva limitadora parte, em razão do exposto, de uma interpretação do Direito penal como meio de controle social formal, vinculado a normas e, por conseguinte, limitado, vez que a intervenção punitiva recai sobre os direitos individuais da pessoa.

Destarte, para os adeptos dessa teoria a imposição de uma pena deve respeitar os princípios regentes do direito penal e, principalmente, o limite da culpabilidade, além de guiar-se pela proteção subsidiária de bens jurídicos. Ademais, a pena deve dirigir-se a toda a comunidade, tendo como objetivo estabilizar a consciência no direito, ou melhor, reafirmar os valores da sociedade afrontados pelo crime, valores estes com sede nos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Neste sentido, Winfried Hassemer⁷², para quem

o direito penal deve influir para afirmar e assegurar as normas que a sociedade considera indispensáveis, perseguindo o assentamento social das normas, influenciando dessa forma em outros processos e setores de controle social distintos do Direito penal. Por esse motivo a norma penal deve reforçar a consciência jurídica dos cidadãos, e sua disposição para cumprir as normas, exercitando nelas a fidelidade ao Direito. Essa interpretação apresenta-se como limitadora, porque ao ser o Direito penal um instrumento de controle social formal, está submetido aos limites e controles que correspondem ao sistema penal próprio de um Estado de Direito. Dessa forma, criam-se limites decorrentes dos princípios de proporcionalidade, culpabilidade ou ressocialização.

A concepção limitadora da prevenção geral positiva, como se vê, é muito mais respeitosa com a individualidade do criminoso frente ao sistema social que a versão apresentada por Jakobs e, além disso, se apresenta muito mais democrática, na medida em que inscreve a legitimação do direito de punir dentro dos limites e princípios de um Estado social e democrático de Direito. Princípios, como o da necessária proporcionalidade entre o delito e a pena, se transformam, para os adeptos dessa concepção, em limites a exasperação da prevenção em uma sociedade que é fundamentalmente dinâmica.

⁷² *apud* OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 205.

2.1.2.3 A prevenção especial negativa

A prevenção especial, também uma teoria utilitarista, não se volta ao passado, mas sim ao futuro, entendendo que a pena tem a função de prevenir novos delitos do autor. Sua pretensão, em definitivo, é evitar que aquele que delinuiu volte a fazê-lo. Logo, se dirige a uma pessoa determinada, ao sujeito que delinuiu, e não à coletividade como prevê os adeptos da prevenção geral.

Sua versão negativa, seguindo a fórmula de VON LIZST, objetiva inocular ou neutralizar o delinquente incorrigível ou intimidar aquele que pode ser intimidado. Parte do pressuposto de que a intimidação é indispensável para evitar a reincidência e que, se o sujeito ainda assim volta a delinquir, simplesmente não há sentido em pretender corrigi-lo, sendo que estes delinquentes reincidentes, a que chama de irrecuperáveis, devem ser segregados definitivamente da sociedade.

Não obstante a reconhecida natureza de segregação da pena privativa de liberdade e, ainda, a existência de eventual intimidação individual que qualquer tipo de pena possa ocasionar, muitas críticas são formuladas contra a prevenção especial negativa, mormente porque se afigura extremamente complicado defender essa concepção num Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a neutralização ou inocuização dos delinquentes, nos termos propostos, pode conduzir a aplicação de uma pena indeterminada, na medida em que sujeita a duração do tratamento a efetiva correção do apenado, o que é inadmissível. Além disso, a ideia de eliminação da pessoa que não se enquadra no perfil social ou mesmo a de impedimento de sua liberdade de expressão fere o pluralismo que caracteriza a democracia⁷³.

Igualmente, a punição com o único intuito de intimidar, sem qualquer outro limite, além de ser de difícil comprovação empírica, facilita o aumento desmensurado e desproporcional da atuação estatal, eliminando o caráter garantista que deve ter o direito penal em um Estado Democrático de Direito⁷⁴.

⁷³ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. Barueri: Manole, 2004. p. 81.

⁷⁴ *Id. Ibidem*. p. 82.

2.1.2.4 A prevenção especial positiva

A versão positiva da prevenção especial é aquela que busca a reintegração ou reinserção social do criminoso. Esta perspectiva positiva, conforme explica Silva Sánchez, parte tanto da necessidade de legitimação da pena como da convicção – apoiada na Criminologia Crítica – de que o delito responde a causas empíricas manifestadas na personalidade do indivíduo, cuja remoção com meios científicos levaria a desaparecimento de tal atuação delitiva⁷⁵. A pena, neste sentido, deve ser dirigida ao tratamento do próprio delinquente, com o propósito de incidir em sua personalidade e evitar a reincidência.

A prevenção especial positiva, como se vê, busca proporcionar aos delinquentes meios que lhes capacitem para uma vida futura sem delitos e, justamente por isso, se afigura como uma teoria, além de utilitarista, humanística da pena. Como afirma Silva, o ideal ressocializador não é apenas uma finalidade da pena legítima, mas sim uma necessidade indispensável para o direito penal humanista⁷⁶.

Igualmente, posiciona-se Dotti, quando afirma que a pena, baseada em seu caráter humanista, “deve também significar a esperança de um bem haurido pelo condenado, não como um prazer – o que seria absurdo – mas como um antídoto para o futuro”⁷⁷.

Não obstante seu caráter humanitário, a prevenção especial positiva enfrenta uma série de críticas.

Preliminarmente, deve-se destacar que a aplicação dessa concepção, elevada a seu máximo expoente, poderia conduzir a uma insustentável desproporção entre o delito cometido e a pena a ser imposta. Por um lado, a prevenção especial positiva poderia conduzir a aplicação de uma pena indeterminada, na medida em que a duração da pena estaria submetida à efetiva recuperação ou ressocialização do delinquente. Por outro, esta teoria poderia implicar na não aplicação da pena, ainda que se tratasse de um delito grave, isto porque, em casos em que há

⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jose-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch, 1992. p. 27.

⁷⁶ *Id. Ibidem*. p. 28.

⁷⁷ DOTTI, Rene Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 228.

pouca possibilidade de reiteração do delito ou de reincidência do autor, a pena seria desnecessária da perspectiva preventivo-especial.

E isto ocorre porque a pena, tal como concebida pela prevenção especial positiva, não está interessada na gravidade do delito, não está vinculada ao quantum do dano social, mas unicamente tem em conta a possibilidade de que o delinquentes volte a delinquir em um futuro mais ou menos próximo⁷⁸.

Ademais, não se deve olvidar que, em muitos casos, a prevenção especial ressocializadora poderia ser entendida como reeducação do condenado, objetivando que este passe a se comportar de acordo com o que a classe detentora do poder deseja ou de acordo com os valores da maioria, o que não se pode sustentar ante o pluralismo que caracteriza a democracia.

Por fim, deve-se admitir que o pensamento ressocializador encontra-se em crise, mormente pelo descrédito de que possa ser efetivamente posto em prática. Parece contraditório tentar ressocializar delinquentes que, na maioria das vezes, sequer foram socializados, ou mesmo pretender prepará-los para viver livres em sociedade, segregando-os do corpo social. Além disso, a pretensão de ressocialização depende de enormes investimentos estatais, o que na maioria das vezes não se verifica.

2.1.3 Teorias mistas ou ecléticas

Trata-se de teorias que pretendem unir os fins retributivos e preventivos, devido à impossibilidade de se sustentar quaisquer deles exclusivamente. Partem do pressuposto de que a pena é essencialmente retributiva e que, posteriormente, lhe outorgam fins preventivos.

Diversos são as doutrinas que admitem uma concepção mista ou eclética, sendo que, segundo a posição que defendem, podem ser classificadas em teorias aditivas ou em teorias dialéticas.

⁷⁸ SANZ MULAS, Nieves. *Alternativas a la pena privativa de libertad: Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*. Madrid: Colex, 2000. p. 77.

As teorias aditivas, também denominadas de unificadoras, são aquelas fundamentações teóricas que simplesmente adicionam os pontos de vista das diversas opções, sem estabelecer nenhuma ordem entre eles. Como se restringem a somar as diversas teorias, não limitam a aplicação de qualquer delas e tampouco supera os defeitos intrínsecos a cada qual. Sua aplicação estrita poderia conduzir a uma ampliação do campo de atuação da pena, se convertendo assim em um meio de reação possível de ser aplicado em qualquer caso.

Tradicionalmente, os adeptos das teorias aditivas veem na retribuição o fundamento da pena e atribuem aos fins preventivos um papel secundário. Segundo essa visão, o Direito penal deve cumprir duas funções: uma de realização da Justiça (através da retribuição) e outra de proteção da sociedade (através da prevenção geral). É a posição representada pelo projeto oficial do Código Penal alemão de 1962⁷⁹.

Há, entretanto, um setor progressista que defende as teorias aditivas com uma postura mais moderna. Estes fundamentam a pena na defesa da sociedade ou proteção de bens jurídicos e, em consequência, atribuem à retribuição apenas a função de limitação das exigências preventivas, o que é feito através da consideração da gravidade do delito e da culpabilidade do autor.

As teorias aditivas são, não obstante, objeto de várias críticas, mormente porque não colocam um ponto final na discussão acerca das diversas teorias da pena e, não bastasse, ainda reproduzem as insuficiências das teorias monístas.

As teorias dialéticas, por sua vez, recorrendo a critérios dinâmicos, assinalam a cada um dos momentos da pena – cominação legislativa, aplicação judicial e execução penitenciária – fins parcialmente diferentes, na medida em que procura conciliar as exigências da prevenção geral e da prevenção especial. A retribuição, para os adeptos dessa concepção, não cumpre finalidade alguma em nenhum dos momentos mencionados.

O maior expoente dessa versão é, sem dúvida, Claus Roxin, o qual desenvolveu, em 1966, sua teoria unificadora dialética. O referido autor parte do pressuposto de que a prevenção, em suas 02 (duas) vertentes – geral e especial – é a única função admissível para a pena no marco de

⁷⁹ SANZ MULAS, Nieves. *Alternativas a la pena privativa de libertad: Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*. Madrid: Colex, 2000. p. 77.

um Estado social e democrático de Direito, isto porque se afigura como adequada à meta de possibilitar a vida em sociedade mediante a prevenção de delitos.

Roxin busca a conexão entre os fins preventivos que, em suas palavras, se pode denominar dialética porquanto acentua a antítese dos diversos pontos de vista e se tenta reuni-los em uma síntese. Para ele, uma teoria da pena que pretenda corresponder à realidade, tem que reconhecer essas antíteses inerentes a toda existência social para poder superá-las; tem que criar uma ordem que mostre que um direito penal na realidade só pode fortalecer a consciência jurídica da generalidade no sentido da prevenção geral se, ao mesmo tempo, preserva a individualidade de quem lhe está submetido⁸⁰.

A seu juízo, portanto, a missão do Direito penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos e prestação de serviços, mediante uma prevenção geral e uma prevenção especial que salvaguardem a personalidade no marco assinalado pela medida da culpabilidade⁸¹.

Para Roxin, o Direito penal cumpre essa função frente ao indivíduo de 03 (três) formas: ameaçando, impondo e executando penas. Na primeira etapa, na qual a lei penal é elaborada, fixando-se a pena correspondente a cada delito de forma geral e abstrata, o autor considera que só tem cabimento fins preventivo-gerais. Já no segundo momento, de imposição e medição da pena, considera a prevenção geral positiva, na medida em que a imposição da pena é a confirmação pelo juiz de que a ameaça abstrata da lei foi levada a sério, reforçando, assim, a confiança no ordenamento jurídico, e, sobretudo a prevenção especial positiva, porquanto a pena imposta não deve impossibilitar a ressocialização. Por fim, na última etapa, de execução da pena, apenas deve prevalecer a prevenção especial positiva, ou seja, o fim de reintegrar o condenado à sociedade.

Por se coadunar com o modelo atual de Estado, a função da pena, nos moldes propostos por Roxin, será analisada pormenorizadamente no tópico seguinte.

⁸⁰ ROXIN, Claus. Sentido y límites de la pena estatal. In *Problemas Básicos de Derecho Penal*. trad. y notas de Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976. p. 34.

⁸¹ *Id Ibidem*. p. 33.

2.2 A Função da Pena de Prisão no Atual Modelo de Estado

O exame de qual função deve ser atribuída à pena põe de manifesto o amplo número de teorias acima analisadas e determinar qual delas seria a mais adequada exige, indubitavelmente, que conheçamos o modelo de Estado então adotado.

Com efeito, as teorias retributivas e preventivas são produtos de determinados contextos históricos estritamente ligados a diversos objetivos que diferentes formas de Estado têm atribuído à pena criminal, em diferentes momentos do direito penal. Neste sentido, afirmou MIR PUIG⁸²: *Não se trata, pois, de perguntar somente pela função da 'pena', em abstrato, mas sim de averiguar que função corresponde à pena no Direito Penal próprio de um determinado modelo de Estado*⁸³.

Pois bem, em um Estado absolutista⁸⁴, dominado pela nobreza e pelo clero, a pena não poderia ter outra função que não a de submeter os súditos ao poder estatal. Foi à época do denominado “terror penal”, em que à pena foi atribuída uma função ilimitada de prevenção geral negativa.

Com o iluminismo⁸⁵, entretanto, surge um movimento de forte oposição ao Antigo Regime, principalmente no que se refere às suas estruturas básicas, isto é, ao absolutismo, à forte hierarquização e aos privilégios da nobreza, movimento este que se traduziu em uma autêntica

⁸² MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2ª ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982. p. 15.

⁸³ “No se trata, pues, de preguntar sólo por la función de ‘la pena’, en abstracto, sino de averiguar qué función corresponde a la pena en el Derecho penal propio de un determinado modelo de Estado” (trad. livre).

⁸⁴ Segundo Geraldo Vinci de Moraes, o processo de centralização do poder e unificação territorial das nações europeias começaram com a formação das monarquias nacionais, no século XVI. Até esse momento, o poder político, descentralizado, esteve nas mãos dos senhores feudais. Em razão dos diversos interesses políticos e econômicos convergentes, estabeleceu-se, na constituição do Estado centralizado, uma aliança entre o rei, a burguesia e parcela da nobreza. Gradativamente, os poderes da monarquia se fortaleceram. Na maioria das monarquias nacionais da Europa Ocidental, esse processo político, igualmente, se acentuou, caminhando para a centralização do poder real ao longo dos séculos XVI e XVII. A partir de então, o rei passou a representar o Estado monárquico. Centrando cada vez mais em suas mãos todos os poderes, o monarca chefiava um Estado forte, diminuindo a influência da Igreja e dando origem ao absolutismo. OS governos absolutistas desempenharam papel decisivo na centralização do poder e na formação dos Estados nacionais da Europa (*História: Geral e Brasil*. 3ª ed. reform. e ampl. 3ª reimpressão. São Paulo: Atual, 2009. p. 200-201).

⁸⁵ Muitos estudiosos procuram a origem do movimento iluminista no século XV e com relativa razão. Justamente nesse século, o Renascimento trouxe, para os campos da Filosofia, da ciência e da arte, novos valores como o humanismo, o individualismo e o conhecimento baseado na razão, método científico e no experimentalismo, preocupações essas incorporadas e aprofundadas pelos iluministas. Tradicionalmente, no entanto, identifica-se o iluminismo como um movimento intelectual que teve origem no século XVII e desenvolveu-se especialmente no século XVIII (*Cf. Id. Ibidem*. p. 274-275).

revolução na mentalidade da época. As críticas dos iluministas ao Antigo Regime, não obstante, não se restringiam aos aspectos políticos e sociais, mas também à política econômica do absolutismo - o mercantilismo -, cujas ideias intervencionistas e protetoras do comércio, para eles, configuravam um obstáculo para o progresso, impedindo o desenvolvimento da economia e da sociedade. Na concepção iluminista, a economia mantinha leis próprias e naturais de funcionamento, que não deveriam ser regulamentadas. Devia-se primar pela liberdade econômica (*laissez faire, laissez passer*).

É, portanto, como continuidade do iluminismo, cujas ideias encontravam-se amplamente enraizadas na burguesia, que se estabelecem as ideias liberais. Embora o liberalismo tenha assumido diversas faces ao longo dos séculos XIX e XX, seus princípios tiveram uma só base: a ideia da luta pela liberdade.

O liberalismo defende, no campo político, a liberdade do indivíduo e da propriedade privada, noções que foram criadas ainda na luta contra o absolutismo. De acordo com os liberais, o indivíduo livre precede o Estado, que se constitui por meio de um pacto firmado entre os indivíduos, a fim de alcançar melhor convivência. Assim, o Estado deve apenas guardar essa ordem pactuada por meio de leis e intervir o mínimo possível na vida dos cidadãos. Logo, *o Estado liberal é o que procura intervir minimamente na vida do cidadão e nas relações econômicas*⁸⁶.

O Direito, nesse contexto, passa a ser usado justamente para limitar o poder estatal em relação às liberdades individuais, sendo que essa limitação jurídica baseou-se, sobretudo, no princípio da igualdade perante a lei, no ideal de um homem extremamente racional e na ideia de justiça. Chegou-se, em razão disso, ao estrito positivismo legal e a pena, nesse passo, restou fundamentada em um Direito natural, caracterizado pelo livre arbítrio.

Nesse contexto de limite ao poder estatal, a punição não poderia consistir senão em um castigo de acordo com o merecido. Trata-se, pois, da visão retributiva da pena, cuja rigidez dos argumentos justificou, em várias oportunidades, uma extensão excessiva da aplicação da pena, chegando ao absurdo de ser imposta em situações que, embora merecida, era desnecessária.

⁸⁶ MORAES. Geraldo Vinci de. *História: Geral e Brasil*. 3ª ed. reform. e ampl. 3ª reimpressão. São Paulo: Atual, 2009. p 371.

E assim como houve uma forte reação ao Estado absolutista, também houve reação ao Estado liberal. A crescente industrialização, o aumento das populações urbanas e o assentamento do modo de produção capitalista compeliram o Estado a participar da vida social, a assumir o compromisso de intervir na conformação da sociedade. Em poucas palavras, o Estado deixa de ser mero espectador de todo processo social para se tornar protagonista.

Pois bem, a progressiva aparição do Estado Social, como Estado intervencionista, retomou a missão de luta contra a criminalidade. O delito passa a ser visto não apenas como violação a ordem jurídica, mas também, e antes de tudo, como dano social, a exigir que se defenda a coletividade. Não se trata mais de retribuir o autor pelo fato praticado, mas de proteger a sociedade do indivíduo que, com seu atuar delitivo, demonstrou ser perigoso e incapaz de viver no meio social. Não é suficiente, portanto, a retribuição e tampouco a prevenção negativa; é necessário atuar sobre este indivíduo diretamente, razão pela qual foi dada prevalência à ideia da prevenção especial (ressocialização).

Essa atuação intervencionista do Estado nas relações sociais, entretanto, foi realizada com extremo rigor e conduziu, em alguns países, a adoção de sistemas autoritários ou fascistas, no período havido entre as duas grandes guerras, o que os levaria a renunciar ao princípio da legalidade e às garantias mínimas de um Estado de Direito. A pena, em razão disso, passa a ser utilizada como forma de submeter o indivíduo a pauta marcada pelo Estado, cujo interesse era exclusivo pelo grupo, pela comunidade.

Essa experiência terrível tornou evidente a necessidade da adoção de um Estado que, sem deixar de ser social, reforçasse seus limites jurídicos em um sentido moderno. Neste sentido, esclareceu MIR PUIG⁸⁷:

“A experiência dos horrores que isso trouxe consigo, primeiro na paz e logo com a guerra, fez evidente a necessidade de um Estado que, sem abandonar seus deveres para com a sociedade, é dizer, sem deixar de ser social, reforçasse seus limites *jurídicos* em um sentido *democrático*. Surgiu, assim, a fórmula sintética do Estado Democrático e Social de Direito”.⁸⁸

⁸⁷ *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2ª ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982. p. 72-73.

⁸⁸ “La experiencia de los horrores que eso trajo consigo, primero en la paz y luego con la guerra, hizo evidente la necesidad de un Estado que, sin abandonar sus deberes para con la sociedad, es decir, sin dejar de ser *social*, reforzase sus límites *jurídicos* en un sentido *democrático*. Surgió, así, la fórmula sintética de *Estado social y democrático de Derecho*” (trad. livre).

E é justamente sobre essa concepção de Estado, que reúne em sua totalidade três componentes inseparáveis – o aspecto social, a concepção democrática de poder e a submissão de ambos à lei –, em interação recíproca, que nos ocuparemos a seguir.

2.2.1 O Estado Social e Democrático de Direito como paradigma

Com efeito, a experiência histórica demonstrou a necessidade de se adotar um equilíbrio, em definitivo, entre a concepção liberal de um Estado de Direito e o modelo de Estado Social, de modo que, simultaneamente, fosse possível satisfazer os interesses sociais e preservar os direitos fundamentais individuais.

A dialética entre sociedade e indivíduo, que também se põe de manifesto quando se procura estabelecer a função do Direito Penal e, inclusive, a função da pena, só poderia ser superada mediante uma fórmula que preservasse, sem deformidades e, principalmente, em um ambiente democrático, tanto as liberdades individuais quanto o aspecto social, ambos submetidos ao império da lei.

E a síntese final desses componentes se encontra expressa - como dito - no Estado social e democrático de Direito, surgido não como mera aglutinação de princípios heterogêneos, mas como uma fórmula que designa partes de um todo inseparável, é dizer, partes que se integram em uma totalidade conceitual.

Não obstante, compreender o sentido que se deve atribuir à referida fórmula exige a análise individual de cada um de seus componentes.

Pois bem, o postulado do Estado de Direito, cuja origem remonta à luta contra o Estado absolutista, ou seja, contra o Estado-poder, está intimamente ligado à ideia de um Estado cuja função primordial consiste em estabelecer e manter o Direito e cujos limites de ação estão rigorosamente definidos por este. É a limitação do poder do Estado pelo Direito.

Neste ponto, deve-se consignar que a concepção de Estado de Direito foi sendo alterada substancialmente ao longo da história, conforme o que se convencionou denominar de suas

etapas liberal, social e democrática⁸⁹. Na primeira fase, iniciada com a Revolução Francesa, o Estado de Direito aparece intrinsecamente relacionado a uma legalidade destinada a garantir certos valores jurídico-políticos, certos direitos imaginados como naturais que assegurassem o livre desenvolvimento da burguesia, como a igualdade perante a lei, a liberdade pessoal, a propriedade privada, a liberdade para contratar, etc. Passando pelas transformações surgidas com as duas grandes guerras, o Estado de Direito inicia sua segunda etapa, a social, onde se amplia a zona de aplicabilidade dos direitos também para os direitos sociais. Por fim, com as experiências adquiridas com as duas etapas anteriores, inicia-se a fase democrática, cuja característica marcante é justamente a densificação dos direitos fundamentais, antes apenas direitos civis e políticos, mas depois também direitos econômicos, sociais e culturais, cujo reconhecimento e realização constituem a razão de ser, o compromisso e a tônica do chamado Estado Democrático de Direito⁹⁰, que ora nos ocupa.

Pois bem, nesse modelo de Estado, o postulado do Estado de Direito, conforme preceitua GARCÍA-PELAYO⁹¹, se desdobra em certos preceitos ou conjuntos de preceitos que estabelecem a sujeição dos cidadãos e dos poderes públicos à Constituição⁹² e ao resto do ordenamento jurídico, garantindo os princípios configuradores do Estado de Direito (princípio

⁸⁹ Deve-se esclarecer que essa evolução não se verificou de forma linear e tampouco sincrônica – antes se realizou com avanços e retrocessos, em contextos variáveis ou distintos – como, de resto, sempre ocorreu no processo de desenvolvimento das ideias e instituições (Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 200).

⁹⁰ *Id. Ibidem*. p. 200.

⁹¹ *As transformações do Estado Contemporâneo*. Trad. e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 78-79.

⁹² Sobre o tema, v. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 74-75: “Tanto a noção como o termo Constituição já integravam a ciência política e o Direito de longa data, associados à configuração do poder em diferentes fases da evolução da humanidade, desde a Antiguidade clássica ao Estado moderno. Nessa acepção mais ampla e menos técnica, é possível afirmar que todas as sociedades políticas ao longo dos séculos tiveram uma Constituição, correspondente à forma de organização e funcionamento de suas instituições essenciais. Assim, a Constituição histórica ou institucional designa o modo de organização do poder político do Estado, sendo antes um dado da realidade que uma criação racional. Na perspectiva moderna e liberal, porém, a Constituição não tem caráter meramente descritivo das instituições, mas sim a pretensão de influenciar sua ordenação, mediante um ato de vontade e de criação, usualmente materializado em um documento escrito. (...) Em uma visão esquemática e simplificadora, é possível conceituar a Constituição: a) do ponto de vista *político*, como o conjunto de decisões do poder constituinte ao criar ou recriar o Estado, instituindo os órgãos de poder e disciplinando as relações que manterão entre si e com a sociedade; b) do ponto de vista jurídico, é preciso distinguir duas dimensões: (i) em sentido *material*, *i.e.*, quanto ao conteúdo de suas normas, a Constituição organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais, consagra valores e indica fins públicos a serem realizados; (ii) em sentido *formal*, *i.e.*, quanto a sua posição no sistema, a Constituição é a norma fundamental e superior, que regula o modo de produção das demais normas do ordenamento jurídico e limita o seu conteúdo”; Os fundamentos teóricos do constitucionalismo moderno começaram a ser lançados após a Reforma Protestante, tendo como referências teóricas os autores que desenvolveram a ideia de contrato social, em especial Thomas Hobbes, John Locke (ambos no séc. XVII) e Jean-Jacques Rousseau (séc. XVIII).

da legalidade, hierarquia normativa, etc.). Em verdade, se estabelece e se garante um sistema de direitos fundamentais e liberdades públicas que, ao passo que constituem certos direitos subjetivos, delimitam a competência básica do Estado frente a livre esfera de ação da sociedade, é dizer, delimitam o poder do Estado. Para o professor, tanto a enumeração de direitos fundamentais quanto a delimitação da competência básica do Estado são componentes necessários do Estado de Direito; não obstante, o mais importante a esse respeito é, sem dúvida, a submissão dos órgãos constitucionais e, em geral, dos poderes públicos a uma jurisdição constitucional.

Com efeito, a ideia de Estado de Direito se fertilizou no terreno constitucional, a ponto de se converter em legitimidade de todo o sistema jurídico, seja do ponto de vista formal, seja do ponto de vista material. Assim, quando se fala em Estado de Direito, hodiernamente, se está a indicar aquele Estado em que se vive sob o primado do Direito, entendido este como um sistema de normas democraticamente estabelecidas e que atendam, pelo menos, às seguintes exigências fundamentais⁹³:

- a) Império da lei – lei como expressão da vontade geral;
- b) Divisão de poderes: legislativo, executivo e judicial;
- c) Legalidade da administração: atuação segundo a lei, com suficiente controle judicial;
- d) Direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico-formal e efetiva realização material.

No que tange à fórmula “Estado social”⁹⁴, deve-se consignar que, historicamente, seu desenvolvimento esteve ligado à tentativa de adaptação do Estado liberal-burguês às condições da civilização industrial e pós-industrial, com seus novos e complexos problemas, mas também com grandes possibilidades técnicas, econômicas e organizativas para enfrentá-los. Essa nova configuração parte da ideia de que a sociedade, deixada total ou parcialmente aos seus mecanismos autorreguladores, conduz a pura irracionalidade e a profundas

⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 199.

⁹⁴ A formulação real do Estado social apenas é adotada com plena consciência e passa a postular sua acolhida pelo Direito Político com a Constituição de Weimar (1919). Não obstante, só alcança um amplo desenvolvimento teórico com a Lei Fundamental de Bonn (1949).

desigualdades, sendo que apenas o Estado pode neutralizar os efeitos disfuncionais de um desenvolvimento econômico e social descontrolado.

Trata-se, pois, de um Estado que atua através de prestações sociais, que toma a direção da economia e busca a distribuição do produto nacional. E, justamente por se tratar de um Estado de prestações, deve procurar criar condições para a satisfação daquelas necessidades vitais que não podem ser atendidas individualmente.

Neste sentido, o postulado social na fórmula Estado social e democrático de Direito, nos dizeres de GARCÍA-PELAYO⁹⁵ só pode se caracterizar pela (a) superação das possíveis contradições entre a titularidade formal de certos direitos públicos subjetivos e seu efetivo exercício; (b) pela persecução da procura existencial, é dizer, pela ação estatal destinada a criar condições para a satisfação daquelas necessidades vitais que, nas complexas condições da sociedade de nosso tempo, não podem ser satisfeitas nem por indivíduos nem por grupos; (c) pela concepção do status de cidadania não só como uma comum participação em valores e em direitos políticos, mas também nos bens econômicos e culturais e, conseqüentemente, (d) por ser um Estado de prestações, de modo que aos preceitos constitucionais que limitam sua atividade estejam acrescidos outros que fixem objetivos para sua ação legislativa e administrativa, com o qual a competência básica, cujos limites não são estabelecidos pelos primeiros, recebe certos objetivos definidos pelos segundos e, finalmente, (e) por uma política orientada à configuração da sociedade pelo Estado dentro dos padrões constitucionais.

Quanto ao postulado democrático, deve-se consignar que a ideia de democracia, na configuração moderna do Estado e da sociedade, já não se reduz à prerrogativa popular de eleger representantes, nem tampouco às manifestações das instâncias formais do processo majoritário.

Com efeito, a democracia, hodiernamente, se apresenta como um fenômeno que se complementa e se apoia no constitucionalismo: ambos se destinam, em última análise, a prover justiça, segurança jurídica e bem-estar social. É, pois, por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária que as sociedades podem obter, simultaneamente, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto

⁹⁵ *As transformações do Estado Contemporâneo*. Trad. e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 80.

constitucional, e agilidade para as demandas do dia-a-dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo⁹⁶.

O constitucionalismo democrático, inspirado pela dignidade da pessoa humana, pela oferta de iguais oportunidades às pessoas, pelo respeito à diversidade e ao pluralismo, e pelo projeto civilizatório de fazer de cada um o melhor que possa ser, dirige-se à concretização dos direitos fundamentais, ao desenvolvimento econômico e à justiça social.

Adota-se aqui, como se pode observar, uma visão substancialista de Constituição, jurisdição constitucional e democracia⁹⁷. Com efeito, num ambiente democrático, a Constituição deve conter – e juízes e tribunais devem implementar – direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizem os grandes valores de uma sociedade democrática: justiça, liberdade e igualdade⁹⁸. Os substancialistas manifestam sua adesão explícita a esses valores e admitem o controle do resultado das deliberações políticas que supostamente os contrariem.

Na democracia constitucional, portanto, as leis e estatutos são coerentes com alguns direitos e liberdades fundamentais, sendo imprescindível uma Constituição que preveja especificamente essas liberdades. Não basta, entretanto, a mera existência dessa Constituição, a democracia constitucional pressupõe, segundo JOHN RAWLS, que referida Constituição seja interpretada como limite à legislação⁹⁹.

O que se pretende consignar é que as decisões da maioria, características de um regime democrático, não estão acima do Direito, mas abaixo dele - esta tese se impõe inclusive

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 91.

⁹⁷ A visão substancialista que aqui se adota parte, em especial, dos fundamentos propostos pelo filósofo norte-americano John Rawls, em sua célebre obra *A Theory of Justice* (1ª edição é de 1971). A teoria de Rawls contém, em primeiro lugar, uma *concepção da justiça social*, é dizer, um conjunto sistematicamente articulado de princípios substantivos para julgar a retidão de normas e instituições (e indiretamente também de ações). Tal concepção, consiste em certo modo em uma reconstrução do ideário da teoria política da tradição liberal, dentro de uma interpretação social-democrática, fortemente igualitária. Neste contexto, o projeto rawlsiano para a modelação da democracia constitucional parte do pressuposto de que o pluralismo cultural é uma característica central das sociedades modernas. Seu projeto está estruturado a partir de fundamentos teóricos que fornecem a base para a construção de uma *justiça* como equidade: (I) a ideia de posição original; (II) a ideia de um consenso sobreposto e de razão pública; (III) os princípios de justiça que consolidam sua concepção substancial de democracia (Cf. RAWLS. John. *Justicia como Equidad*. Materiales para una Teoría de la Justicia. Selección, traducción y presentación, Miguel Ángel Rodilla. Madrid: Tecnos, 2012).

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Op Cit.* p. 92.

⁹⁹ INKIS, Maria Beatriz D'Almeida Ramos. Exercício da cidadania e democracia: os princípios de John Rawls e Ronald Dworkin. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público*. Novos Direitos e Proteção da Cidadania. ano 2, p. 208, janeiro/junho-2009.

durante o período constituinte, cujas decisões, apesar de não se submeterem a normas positivas constitucionais ou de outra índole, devem sujeitar-se aos valores jurídicos fundamentais estimados pela consciência social; a maioria não dispõe de um poder ilimitado sobre o Estado ou no seio do Estado, ao contrário, (a) há de atuar dentro dos limites que a Constituição assinala ao Estado ou, dito de outro modo, dentro da “competência fundamental”, delimitada principalmente pelos direitos e liberdades públicas, que demarcam a área de autonomia deixada aos indivíduos e à sociedade, e (b), ainda dentro da área de ação do Estado, a maioria só pode atuar adaptando-se a ordem de competências estabelecida pela Constituição e pelas leis, que se sustentam, em última análise, na divisão de poderes; o processo democrático de tomada de decisões há de adaptar-se às formas e procedimentos estabelecidos pelas normas jurídicas; e, finalmente, as decisões tomadas pela maioria parlamentar não são em si mesmas justas nem constitucionais, e tanto em defesa das minorias como no interesse da Constituição, deve ter lugar à possibilidade de questionar sua validade ante uma jurisdição constitucional¹⁰⁰.

Já no plano das relações concretas entre o Poder Público e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não apenas dos direitos civis e políticos, mas, sobretudo, dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos. Daí porque correto afirmar que o conceito de democracia substancial pressupõe que todos os cidadãos estejam em condições socioeconômicas e culturais adequadas para o exercício efetivo de seus direitos democráticos¹⁰¹. O postulado democrático deve, pois,

¹⁰⁰ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado Contemporâneo*. Trad. e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 85.

¹⁰¹ Conforme expôs John Rawls, ao formular sua *Teoria da Justiça*, uma sociedade é justa, quando instituições básicas estão reguladas de forma efetiva pelos 02 seguintes princípios: (a) primeiro princípio ou princípio de igual liberdade de cidadania: cada pessoa há de ter igual direito ao mais amplo sistema de iguais liberdades básicas compatível com um sistema similar de liberdade para todos (b) Segundo princípio: as desigualdades econômicas e sociais não de articular-se de modo que, ao mesmo tempo, (i) redundem em maior benefício para os menos favorecidos, compatível com o princípio de uma economia justa (princípio da diferença), e (ii) estejam adscritos a cargos e posições acessíveis a todos em condições de equitativa igualdade de oportunidades (princípio da equidade ou igualdade de oportunidades). Esses princípios se apresentam como critérios para julgar a forma como estão sistematicamente articuladas as instituições mais importantes de uma sociedade (sua constituição política e as principais ordenações econômicas e sociais) em cujo funcionamento se determina a formação do produto social e a atribuição de quotas distributivas sobre os bens sociais primários (são aqueles cuja posse teria que desejar poder maximizar qualquer sujeito racional, com independência das peculiaridades de seu plano de vida, dado que são meios generalizados para promover fins humanos). A diferença dos bens primários naturais (como saúde e coeficiente de inteligência), que se distribuem, nas palavras de Rawls, através de uma loteria natural, a existência e distribuição dos bens sociais primários depende decisivamente da forma como se articule a interação social. Aos fins de uma teoria da Justiça Rawls estabelece a seguinte enumeração: bens sociais primários são liberdades cívicas e oportunidades sociais; ademais, poderes e prerrogativas vinculadas a posições de autoridades; finalmente, renda e riqueza. Com efeito, a introdução do princípio de

oferecer a possibilidade de que as demandas sociais do Estado sejam postuladas pelos próprios cidadãos e sejam satisfeitas como um direito e não como um mero ato de benevolência.

Pois bem, tratado o tema desde o ponto de vista de cada um dos componentes da fórmula Estado democrático e social de Direito, não se deve perder de vista que referida noção de Estado não se constitui em uma simples agregação dos referidos componentes, mas em uma articulação, onde cada um dos termos, sem prejuízo de sua própria autonomia, está vinculado com os demais mediante relações de coordenação que, de um lado, estabelecem limitações ao seu desenvolvimento e, de outro, ampliam suas possibilidades de realização, nos dizeres de GARCÍA-PELAYO¹⁰²:

O componente social não poderá se desenvolver nem autoritariamente nem arbitrariamente, devendo seguir métodos democráticos, submetidos à disciplina do Direito. E, por sua vez, o princípio democrático é a garantia de que os interesses sociais serão atendidos pela legislação e pelas políticas governamentais proporcionalmente à sua maior ou menor presença na sociedade. A vinculação do princípio democrático ao Estado de Direito assegura, por outro lado, a realização ordenada dos valores sociais, garantindo o respeito destes últimos frente a possíveis atos arbitrários dos poderes públicos.

O componente democrático encontra seus limites na estrutura normativa do Estado de Direito, porquanto é geralmente considerado uma parte integrante e essencial deste. Seu conteúdo se amplia até alcançar a dimensão social que põe, por sua vez, limites ao decisionismo democrático, já que deve respeitar os valores sociais constitucionalmente protegidos.

equitativa igualdade de oportunidades para regular o acesso às diversas posições supõe já um importante corretivo ao sistema visto de acordo com a tradição liberal. Enquanto que no sistema de liberdade natural smithiano a cota de bens sociais que a cada qual corresponde se decide em um jogo que se leva a cabo em condições de igualdade formal entre indivíduos com uma desigual dotação material inicial, na versão modificada se pretende assegurar iguais oportunidades para quem está igualmente dotado e motivado. A aplicação do princípio de igualdade de oportunidades ao sistema de instituições básicas da sociedade acarreta uma modificação da visão sobre as relações entre sociedade civil e Estado. A aplicação do princípio pode, por exemplo, requerer no campo da educação não só o asseguramento de oportunidades para todos de acesso à cultura, mas inclusive medidas compensatórias que podem chegar até formas de discriminação inversa (seria a questão das cotas), apoiando-se nele, não só em razões de eficiência econômica, cabe justificar políticas de controle da força do mercado, e apelando a ele, e sem a necessidade de recorrer a considerações sobre as necessidades financeiras do Estado, pode justificar-se uma tributação progressiva sobre a herança. Os resultados da loteria natural (se nasceu rico ou pobre) são meros fatos, não valoráveis. Justo ou injusto é o modo como o sistema social opera com eles (Cf. RAWLS, John. *Justicia como Equidad*. Materiales para una Teoría de la Justicia. Selección, traducción y presentación, Miguel Ángel Rodilla. Madrid: Tecnos, 2012).

¹⁰² *As transformações do Estado Contemporâneo*. Trad. e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 88.

O formalismo do Estado de Direito não poderá estender-se até bloquear os valores sociais e democráticos, uma vez que a orientação em direção a esses valores contribui para que o Estado de Direito não se degenere até se converter em um simples Estado legal, compatível com formas autoritárias e sem qualquer espécie de conteúdo material.

E este modelo de Estado, que resulta da articulação de diversos aspectos políticos, sociais e assistenciais, se vê limitado, em consequência, desde diversas frentes. Assim, como Estado de Direito, o *ius puniendi* deverá estar submetido à lei e ao Direito, gravitando sob o princípio da legalidade. Como Estado social, se verá obrigado a intervir penalmente com vistas à proteção da sociedade. E, finalmente, como Estado Democrático, não poderá nunca permanecer alheio aos princípios da dignidade humana, igualdade e participação do cidadão, devendo-se privilegiar uma postura garantista¹⁰³.

Situamo-nos, portanto, diante de uma fórmula político-social que, ao passo que atribui ao Estado o poder de punir, limita sua extensão, sujeitando-o a uma série de princípios que se afiguram como valores superiores de todo o ordenamento jurídico, tais como a liberdade, a igualdade, a justiça e o pluralismo político. E tudo isto porque a atuação de um verdadeiro Estado social e democrático de Direito começa muito antes que o Direito Penal se veja obrigado a intervir.

2.2.2 A Constituição Federal brasileira de 1988

A Constituição Federal brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988, na esteira das modernas Constituições¹⁰⁴, traz ao longo de seu texto diversas referências à fórmula Estado social e democrático de Direito.

Já no preâmbulo, enuncia que o Brasil se afigura como um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna,

¹⁰³ MIR PUIG, Santiago. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. PPU: Barcelona, 1996. p. 73.

¹⁰⁴ Constituição Alemã de 1949 (arts. 20 e 28); Constituição Espanhola de 1978 (art. 1); Constituição Portuguesa de 1976 (art. 2);

pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Em seu artigo 1º, refere-se ao Brasil como um Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos são a soberania (inc. I), a cidadania (inc. II), a dignidade da pessoa humana (inc. III), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inc. IV) e o pluralismo político (inc. V).

Ademais, enumera - em rol não taxativo - os direitos e garantias individuais e coletivos, os direitos sociais e os direitos políticos (Título II – Dos direitos e garantias fundamentais).

Há, portanto, na Constituição Federal brasileira clara tentativa de conciliação das liberdades individuais, características de uma concepção liberal de Estado, com o aspecto social, predominante num Estado de bem-estar social.

Igualmente, há um claro equilíbrio entre constitucionalismo e democracia. Com efeito, na Carta Magna de 1988, determinadas decisões políticas fundamentais do constituinte originário são intangíveis (art. 60, §4º) e nela se estabeleceu um procedimento legislativo especial para a aprovação de emendas constitucionais (art. 60). Além disso, o texto faz expressa opção pelo princípio democrático e majoritário (art. 1º caput e parágrafo único), define como princípio fundamental o pluralismo político (art. 1º, V) e distribui competências pelos órgãos dos diferentes Poderes e estruturas constitucionais (Título IV, arts. 44 e s.)¹⁰⁵.

Não obstante, ao analisarmos a fórmula Estado social e democrático de Direito no seio da Constituição brasileira, torna-se indispensável determinarmos qual a sua posição dentro da normativa constitucional, pois ainda que todos os preceitos contidos na Carta Magna sejam dotados de validade constitucional, nem todos são da mesma espécie ou possuem a mesma significação.

Em verdade, as normas que tratam da fórmula em comento afiguram-se como normas fundamentais do Estado, ou seja, como declarações de conteúdo sobre o caráter e finalidade do Estado estabelecido pela Constituição e, portanto, sobre seus princípios estruturais e

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 91.

funcionais. Nos dizeres de GARCÍA-PELAYO¹⁰⁶, trata-se de normas constitutivas do tipo concreto de Estado desenvolvido pela Constituição. Neste sentido, pode-se afirmar que componentes da fórmula Estado social e democrático de Direito previamente analisados configuram preceitos fundamentadores que formam a essência ou substância da Constituição Federal brasileira e, portanto, devem servir de orientação à aplicação das demais normas constitucionais e à atuação de cada um dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judicial – art. 2º).

E não é diferente quando se trata do Direito Penal e da Execução Penal. Também o legislador penal, no processo de elaboração dos tipos penais; o juiz, no exercício da aplicação do Direito penal ao caso concreto, isto é, quando analisa se o agente de fato praticou uma conduta típica, antijurídica e culpável e se a ele se deve impor uma pena; e, ainda, os agentes administrativos, quando da execução da pena, devem observar que o Brasil se constitui em um Estado social e democrático de Direito, constitucionalmente organizado.

O que se pretende consignar é que a disciplina legal dos delitos e das penas, bem como sua aplicação, deve ter como norte os direitos e garantias individuais e deve estar acompanhadas de políticas públicas voltadas para o campo social (educação, saúde, redução das desigualdades sociais), porquanto a atuação de um verdadeiro Estado social e democrático de Direito deve sempre começar muito antes que o Direito Penal se veja obrigado a intervir, destacando-se, neste ponto, a importância da política criminal, uma disciplina que oferece aos poderes públicos as opções científicas concretas mais adequadas para o controle do crime. Além disso, não se pode perder de vista o postulado democrático, em seu sentido substancial já referido, no qual as decisões da maioria encontram seu limite e justificação na Constituição Federal.

Em verdade, a Constituição tem impacto imediato sobre a validade e interpretação das normas de Direito penal, bem como sobre a produção legislativa da matéria. Assim, o texto constitucional trata mais severamente algumas condutas, como o racismo (art. 5º, XLII), a tortura (art. 5º, XLIII), o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (art. 5º, XLIII), o terrorismo (art. 5º, XLIII), entre outros; igualmente, impede a criminalização de alguns comportamentos, como em artigo 53, no qual expressamente estabelece que Deputados e

¹⁰⁶ *As transformações do Estado Contemporâneo*. Trad. e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 78.

Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos; também lista algumas das penas possíveis de serem aplicadas (art. 5º, XLVI); veda expressamente a aplicação de outras (art. 5º, XLVII); além de tratar dos estabelecimentos penais (art. 5º, XLVIII) e dos direitos dos presos (art. 5º, XLIX, L, LXII, LXIII, LXIV e LXV).

Como se observa, portanto, o Direito penal, a exemplo dos demais ramos do direito, se sujeita aos princípios e regras da Constituição Federal brasileira e, considerando a fórmula Estado social e democrático de Direito, deve-se assinalar a centralidade dos direitos fundamentais e premissas como a reserva legal, o garantismo e o dever de proteção¹⁰⁷.

Preliminarmente, no que tange à reserva legal, imperioso destacar que, no Brasil, a tipificação das condutas penais e a fixação de penas aplicáveis são matérias reservadas à lei, cabendo ao legislador a definição de crimes e sanções, de acordo com as demandas sociais e com as circunstâncias políticas e econômicas de cada época. Não obstante a matéria seja relegada a deliberação das maiorias parlamentares, em se tratando de um Estado social e democrático de Direito, o respeito aos direitos fundamentais impõe limites à atividade legislativa. A Constituição, nesse passo, funciona como fonte de legitimação e de limitação do legislador.

Ademais, nesse modelo de Estado, no qual cidadania¹⁰⁸, direitos fundamentais¹⁰⁹ e Estado Democrático de Direito se afiguram como realidades interligadas, a postura que deve ser adotada em relação ao acusado/processado/condenado não pode ser outra que não uma postura garantista¹¹⁰, destacando-se os princípios da legalidade, da irretroatividade da lei

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 380.

¹⁰⁸ A cidadania é reconhecida como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, conforme artigo 1º, inciso II da Constituição Federal de 1988. A cidadania é, pois, a base de participação política no Estado de Direito, através do exercício dos direitos fundamentais (Cf. SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Dimensões da Cidadania. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público*. Novos Direitos e Proteção da Cidadania. ano 2, p. 19, janeiro/junho-2009).

¹⁰⁹ Na Atual concepção de Estado Democrático de Direito, também visto como Estado Constitucional, os direitos fundamentais constituem o conceito que engloba tanto os direitos humanos universais quanto os direitos dos cidadãos nacionais (Cf. SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Op. Cit.*).

¹¹⁰ Luigi Ferrajoli, ao formular a Teoria do Garantismo Penal, explica que o “garantismo” não tem nada a ver com o mero legalismo, ou formalismo ou processualismo. Aquele consiste sim na satisfação dos direitos fundamentais: os quais – da vida à liberdade pessoal, da liberdade civil e política às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos – representam os valores, os bens e os interesses, os bens e os interesses, materiais e pré-políticos, que fundam e justificam a existência daqueles artifícios – como os chamou Hobbes – que são o direito e o Estado, e cujo gozo por todos forma a base substancial da democracia (Cf. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 21-22).

penal mais severa, da individualização da pena, do devido processo legal, do estado de inocência e do *in dubio pro reo*.

Com efeito, para serem válidas, a criminalização de condutas, a imposição de penas e o regime de sua execução devem ser realizados dentro dos ditames constitucionais, observando-se sempre os critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

Por fim, em um Estado social e democrático de Direito, o Direito penal deve atuar como expressão do dever de proteção do Estado aos bens jurídicos constitucionalmente relevantes, aqueles tidos como mais caros para a sociedade, como a vida, a dignidade, a integridade das pessoas e a propriedade. Por outro lado, deve resguardar os direitos fundamentais dos acusados, tanto no plano material como no plano processual, ressaltando-se que, em sede de execução penal, a restrição do direito à liberdade do condenado não implica em violação à sua dignidade e demais direitos assegurados constitucionalmente e não afetados pela imposição da sanção.

2.2.3 A Função da Pena em um Estado Social e Democrático de Direito

Como visto, determinar que função corresponde à pena no Direito penal exige que conheçamos em qual modelo de Estado está inserido referido ramo do Direito. Com efeito, o Brasil se afigura como um Estado social e democrático de Direito constitucionalmente organizado e, neste sentido, a função da pena deve guardar correspondência com cada um dos componentes da fórmula mencionada, sendo certo que tanto sua imposição como sua execução se encontram diretamente subordinadas à Constituição Federal.

Partindo deste ponto de vista, tem-se, inicialmente, que a função da pena hoje defendida não pode guardar qualquer relação com a retribuição. Não se pode imaginar que um Estado destinado à manutenção de direitos individuais e à persecução de direitos sociais, num ambiente democrático, permita a punição pela punição, como simples castigo, como retribuição por um mal causado.

Além de todas as objeções já traçadas a essa postura retribucionista (vide item 2.1.1), não se pode olvidar que a ideia de retribuição compensatória somente pressupõe um ato de fé, que

não é democrático, porquanto num modelo de Estado tal como o ora adotado, o poder advém do povo e não de Deus, e tampouco científico, porquanto sua validade não pode ser demonstrada empiricamente e a função do Direito Penal, como se verá a seguir, não é a realização de vinganças.

Por outro lado, deve-se ressaltar que nem mesmo à integração entre as ideias preventivas e retribucionistas, como frequentemente se faz, é aceitável num Estado social e democrático de Direito. O argumento de que toda a pena, em sua essência, é a causação retributiva de um mal se apresenta falacioso, na medida em que, conforme explica ROXIN¹¹¹, as instituições jurídicas não tem essência alguma independente de seus fins; em verdade, essa “essência” se determina mediante o fim que se pretende alcançar. Certo é tão-somente que toda a pena é uma intervenção coercitiva do Estado e uma carga para o condenado, porquanto é inerente a ela um elemento repressivo.

Estabelecida a premissa relativa à necessidade de renúncia a toda ideia de retribuição, imperioso admitir que à pena só pode ser atribuída uma função preventiva. Com efeito, considerando que no modelo de Estado em comento as leis penais apenas estão justificadas quando tendem à proteção da liberdade individual e à ordem social que está em vigência, também a pena concreta deve perseguir tais objetivos, o que somente é possível se for considerado o fim preventivo, ou seja, uma perspectiva para o futuro.

Neste ponto, vale destacar que a prevenção geral (em seus aspectos positivo e negativo) e a prevenção especial (aqui, tomada apenas em seu aspecto positivo) devem figurar conjuntamente como fins da pena¹¹² e, ainda que possam ser encontrados aparentes conflitos e

¹¹¹ *Derecho Penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* 1 t. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2008. p. 98-99.

¹¹² Neste sentido: ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* 1 t. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2008. p. 95-98; OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 208-211; Em sentido contrário Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, para os quais a prevenção especial da pena é o único objetivo da pena, sendo que rechaçam a prevenção geral, sob o argumento de que sua adoção conduziria, em última análise, à aceitação da vingança. Em suas palavras: “A prevenção geral se funda em mecanismos inconscientes: o homem, respeitador do direito sente que reprimiu tendências que o 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,

contradições entre ambos os tipos de prevenção, deve ser sempre buscada uma harmonia entre eles que permita a solução do caso concreto, lembrando-se que o fim preventivo da pena também persiste quando não se requer uma prevenção desde todos os pontos de vista simultaneamente¹¹³.

Não obstante, o significado da prevenção geral e especial se acentua de forma diferenciada de acordo com o processo de aplicação do Direito penal, conforme o seguinte esquema:

- a) Momento legislativo: no momento de criar a lei, estabelecendo os tipos penais e a pena in abstracto, o legislador deve ter em conta:
 - a prevenção geral negativa, na medida em que, com a elaboração da norma penal, se avisa aos membros da comunidade quais comportamentos são tidos como intoleráveis e como se reagirá ante a sua ocorrência. Há, portanto, uma ameaça concreta de imposição de uma pena, cuja intenção é dissuadir os membros da comunidade de praticarem delitos;
 - prevenção geral positiva: cumpre o papel de reforçar a consciência jurídica do cidadão na proteção de bens jurídicos e em sua disposição em cumprir as normas;
 - prevenção especial positiva: ainda que em segundo plano, o legislador não pode perder de vista a prevenção especial positiva. Com efeito, a ameaça penal não pode ser desmedida a ponto de impossibilitar a reinserção social do acusado.
- b) Momento judicial: o juiz, ao proferir sentença condenatória e impor a pena, deve observar as seguintes finalidades:
 - prevenção especial positiva: é, indubitavelmente, o principal fim da pena no momento da sentença. O juiz, ao impor a pena, deve - observando os preceitos legais - eleger a pena que melhor se adegue ao caso concreto e fixá-la em patamar adequado à reintegração social do acusado. A pena imposta não deve obstaculizar o retorno do condenado ao convívio em sociedade;
 - prevenção geral positiva: subsidiariamente, com a imposição da pena, no caso concreto, deve haver a reafirmação da consciência social da norma, ou seja, a

dente por dente”) (*Manual de Direito Penal Brasileiro*. 1º vol. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 99).

¹¹³ Roxin exemplifica afirmando que mesmo nos casos em que o condenado se recusa a colaborar com a ressocialização, lembrando que ele não pode ser forçado a tal, deve-se executar a pena, a qual fica justificada, então, na necessidade de prevenção geral (*Cf. Derecho Penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 1 t. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2008. p. 95-96).

aplicação da pena deve demonstrar à sociedade que a norma continua em vigência, reafirmando os valores da sociedade afrontados com a prática delitiva.

- c) Momento de execução da pena: aqui prevalece a prevenção especial, ou seja, o fim de reintegração do condenado à sociedade. A execução da pena deve pautar-se pela dignidade humana e pelos direitos fundamentais, buscando sempre a reintegração ou reinserção social. Não se descarta, por completo, os fins preventivos gerais, porquanto a imposição da pena, na sentença condenatória, apenas restabelece a confiança social no ordenamento jurídico se referida sentença for realmente executada. Contudo, os fins preventivos gerais são, aqui, relegados totalmente a um plano secundário.

Como se observa, há uma ponderação diferenciada dos fins da pena em três sucessivos momentos: ameaça (momento legislativo), imposição (momento judicial) e execução (momento executivo), de modo que os enfoques preventivos gerais e preventivos especiais, a depender da ocasião, adquirem uma posição de destaque. A teoria mista ou unificadora que aqui se defende, portanto, coloca a ambos os enfoques mencionados em um sistema cuidadosamente equilibrado, cuja combinação de elementos é a única capaz oferecer um fundamento teórico a pena estatal compatível com um Estado democrático e social de Direito.

Aliás, tratando-se de um Estado de Direito imperioso destacar a necessidade de se fixarem barreiras ao poder sancionador, de modo que a punição de um fato delitivo esteja submetida às exigências do Estado e não ao arbítrio deste.

E o elemento decisivo que atua como limitação da pena, não obstante toda renúncia à retribuição, é justamente o princípio da culpabilidade. Desligado de toda a ideia de retribuição, referido princípio exerce, na teoria preventiva mista aqui defendida, a função de limitação da pena, na medida em que esta não pode ultrapassar em sua duração a medida da culpabilidade, ainda que interesses de tratamento, segurança ou intimidação, por exemplo, revelem como desejável o prolongamento da prisão.

A pena que ultrapassa a medida da culpabilidade atenta contra a dignidade humana e, justamente em razão disso, referido princípio encontra guarida na Constituição Federal. O princípio da culpabilidade transcende ao Direito penal e à Política Criminal, sendo

considerado um dos elementos básicos de um Estado social e democrático de Direito, porquanto supõe um autêntico limite ao *ius puniendi* do Estado¹¹⁴.

Aqui, vale consignar que a limitação imposta pelo princípio da culpabilidade se refere ao limite máximo de aplicação da pena, não havendo nenhuma objeção à imposição de uma pena cuja quantia seja inferior à medida da culpabilidade, desde que atendidos seus fins preventivos. E é justamente neste ponto que radica uma das principais diferenças entre a teoria mista e a teoria retributiva que, não obstante também adote o princípio da culpabilidade como limitador da pena, reclama a imposição desta na medida exata da culpabilidade, independentemente de qualquer necessidade preventiva.

A concepção que aqui se adota acerca do princípio da culpabilidade também impede que se formulem as objeções realizadas a sua adoção pelas teorias retributivas. Como explica ROXIN¹¹⁵, embora a culpabilidade pressuponha um foro interno de liberdade de comportar-se de uma ou de outra forma, quando se usa referida culpabilidade apenas para traçar uma fronteira à intervenção estatal necessária desde os fundamentos preventivos, a legitimidade de seu reconhecimento como um dos meios de salvaguarda da liberdade cidadã não depende de sua demonstrabilidade empírica ou epistemológica. A aceitação do princípio da culpabilidade é normativa e, portanto, não responde a pergunta de como é, na essência, a liberdade humana, mas somente dispõe que o homem deve ser tratado pelo Estado, a princípio, como livre e capaz de responsabilidade.

Ainda sobre os fins preventivos da pena, outras ponderações hão de ser feitas.

Preliminarmente, deve-se reconhecer a possibilidade de haver, no momento de fixação do quantum da pena (momento judicial), conflitos entre os fins preventivos ora admitidos.

Com efeito, é possível, por exemplo, que, num mesmo caso, a prevenção geral exija uma pena de privação de liberdade de 03 (três) anos; mas a prevenção especial, uma pena de no máximo 01 (um) ano porque uma pena mais grave conduziria a uma dessocialização do autor,

¹¹⁴ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 97.

¹¹⁵ *Derecho Penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 1 t. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2008. p. 101.

submetido aos efeitos deletérios do cárcere. Em casos como este, nos posicionamos como ROXIN¹¹⁶, no sentido de que deve prevalecer a prevenção especial: primeiro porque a ressocialização é um princípio fundamental do Direito penal¹¹⁷ e, depois, porque, em casos de conflito, a primazia da prevenção geral ameaçaria o fim preventivo-especial, enquanto que, ao contrário, a preferência pela prevenção especial não exclui os efeitos preventivos gerais da pena, pois também uma pena atenuada atua de forma preventivo-geral. Não obstante, a preferência pela prevenção especial apenas pode conduzir até onde a necessidade preventivo-geral o permita, isto porque a pena não pode ser reduzida a tal ponto que a sanção já não seja levada a sério pela comunidade, pois isto romperia a confiança no ordenamento jurídico e estimularia a repetição.

Outrossim, importante destacar que a prevenção especial positiva aqui defendida refere-se à reintegração ou reinserção social do acusado. A precisão dos conceitos é extremamente necessária porque a não compreensão ou má interpretação dos enunciados relativos à prevenção especial positiva poderia conduzir à violação de direitos e liberdades individuais.

Termos como ressocialização e reeducação, por exemplo, têm sido usados indiscriminadamente para expressar as finalidades da pena, sendo que lhes é atribuída, frequentemente, uma conotação de tratamento, semelhante aos tratamentos médicos. Outras vezes, o sentido empregado é aquele que se refere a uma reeducação do condenado para que ele passe a se comportar de acordo com um padrão imposto pela classe detentora do poder. Em ambos os casos, o homem é visto com um ser carente em sentido “moral” ou “médico”, ou seja, como um ser inferior que precisa ser “adestrado”.

Não obstante, o criminalizado é uma pessoa com plena capacidade jurídica, à qual não se pode olhar “de cima”, mas sim de um plano de igualdade, considerada a dignidade da pessoa, bem inviolável que se constitui em um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. O Direito penal de um Estado que se diz social e democrático de Direito e que respeita os Direitos Humanos, de modo algum pode considerar

¹¹⁶ *Derecho Penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito.* 1 t. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2008. p. 96-97.

¹¹⁷ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 98-99.

o criminalizado como um ser em situação de inferioridade, o que seria sempre causa de uma ingerência desmedida em sua pessoa¹¹⁸.

Ademais, os termos ressocialização ou reeducação, quando erroneamente empregados, podem conduzir à ideia de que a pena tem como finalidade precípua socializar novamente ou educar outra vez o criminalizado. Ocorre que, não raras vezes, o envolvimento com a criminalidade está diretamente ligado à ausência de condições mínimas de sobrevivência, como a falta de alimento, moradia, saúde e educação. Portanto, parece estranho ressocializar ou reeducar aquele que nunca esteve socializado, ou seja, que nunca integrou efetivamente a sociedade, ao contrário, sempre viveu às margens do corpo social, excluído.

O controle penal não pode estar alheio à realidade social e a aplicação da pena, pelo julgador, não pode ser realizada sem qualquer consideração aos fatos que a envolvem. A prevenção especial positiva, neste sentido, deve ser orientada a uma conscientização do acusado acerca do conflito gerado e deve estar voltada a criação de mecanismos e condições ideais para que o preso retorne ao convívio da sociedade. Assim, considerando que a sociedade atual encontra suas raízes no primado do trabalho, o Estado deve buscar, na execução da pena, colocar, à disposição do acusado, meios para que ele possa aprender um ofício e desenvolver o hábito do trabalho. Não há obrigatoriedade por parte do criminalizado que, vivendo num Estado social e democrático de Direito, é livre para decidir se vai ou não colaborar com o processo de socialização. Há, no entanto, a obrigação do Estado de proporcionar mecanismos para que o condenado se conscientize do conflito criado e possa retornar ao convívio da sociedade, não a sua margem, mas como corpo integrante da comunidade, sendo indispensável à atuação estatal no sentido de estimular o acusado a participar do processo de socialização inerente à execução da pena.

Em verdade,

(...) a criminalização seletiva pode ter gerado hábitos que tornam o homem particularmente vulnerável à seletividade do sistema ou mesmo tais características podem apresentar-se antecipadamente ou terem sido geradas por outras formas difusas de controle social. A criança desadaptada na escola, a que abandona os estudos, a que é forçada ao trabalho nas ruas, à desocupação, ao abandono ou à internação em instituições para menores, a

¹¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 1º vol. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 102-103.

que é tomada como “bode expiatório” dos conflitos familiares, a que sofre carências alimentares nos primeiros meses de vida, são todas “pré-candidatas” à criminalização, particularmente quando pertencem ao setores mais pobres.

Nestes casos gera-se um condicionamento que o sistema penal pode reforçar-se se cai na ficção, ou diminuir, se tende a realidade do conflito. *A função da prevenção especial penal, nestes casos, deve ser a de diminuir a vulnerabilidade do criminalizado frente ao próprio sistema penal. A “tomada de consciência” do papel que assume o criminalizado por parte dele mesmo, para que perceba que o condicionamento o leva a “mostrar a cara” ao controle social institucionalizado e a ser tomado como exemplo do que “não se deve fazer”, para a contenção do setor social do qual é selecionado, significará, em tais hipóteses, o alcance do objetivo da pena e o fim último da prevenção especial penal.*

A criação de hábitos de trabalho, a instrução, o ordenamento de sua vida familiar etc. não são fins em si mesmos da prevenção especial penal, mas todos eles poderão surgir como meios que contribuam ou que resultem da tomada de consciência que nos referimos¹¹⁹.

Portanto, dá-se preferência às expressões reintegração social ou reinserção social para indicar a verdadeira finalidade da pena ligada à prevenção especial positiva. O termo ressocialização, neste sentido, quando eventualmente empregado terá a conotação de reinserção social, isto porque - como dito - também é finalidade da pena a criação de mecanismos e condições ideais para que o preso retorne ao convívio da sociedade sem traumas ou sequelas que impeçam uma vida normal. Sem tais condições, o resultado da aplicação da pena tem sido invariavelmente previsível: é o retorno à criminalidade¹²⁰.

2.2.4 A inafastável correspondência entre a função da pena e a função do Direito penal

Com efeito, Direito penal e pena são conceitos intrinsecamente ligados, isto porque o primeiro afigura-se como o conjunto de normas que liga ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplina também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade de medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado¹²¹. É, pois, o Direito penal, como conjunto de normas jurídicas, o ramo do

¹¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 1º vol. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais. p. 102-104.

¹²⁰ O mutirão penitenciário realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2009 apontou índices de 60% a 70% de reincidência entre os presos no Brasil (Dado obtido no site: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteúdo=11.6383. – acesso em 05.05.13).

¹²¹ MARQUES. Frederico. *Curso de Direito Penal*. 1 vol. São Paulo: Saraiva, 1954. p. 11.

Direito que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança¹²².

Sendo assim, impossível dissociar a função do Direito Penal da função própria da pena, restando imperioso delimitar qual a função daquele e qual sua ligação/influência sobre esta.

Pois bem, a função do Direito penal, como ensina ROXIN, pode ser extraída dos princípios constitucionais e dos fundamentos teórico-estatais da Democracia. De fato, num Estado que se diz social e democrático de Direito, a função primordial do direito penal apenas pode ser a de proteção subsidiária dos bens jurídicos, sendo estes entendidos como circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e para seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema. Com isso se quer dizer que os bens jurídicos são as condições essenciais para uma convivência pacífica e harmoniosa entre as pessoas, como a vida, a integridade corporal, a autonomia sexual, etc.

Desta afirmação resulta que ao Estado não é permitido criminalizar tudo, mas somente poderá proibir quando isso for necessário para a segurança e liberdade das pessoas. Daí porque a tarefa do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos. Trata-se, pois, de um critério oferecido ao legislador sobre o que apenar e o que deixar impune.

E essa tarefa de proteção subsidiária dos bens jurídicos apenas pode ser levada a cabo através de uma segunda função: a motivação de todos os cidadãos para que se abstenham de cometer fatos delituosos, ou seja, a motivação para prevenir a lesão de bens jurídicos.

Como bem explica BITENCOURT¹²³:

Uma das principais características do moderno Direito Penal é a sua *finalidade preventiva*: antes de punir o infrator da ordem jurídico-penal, procura motivá-lo para que dela não se afaste, estabelecendo normas proibitivas e cominando as sanções respectivas, visando evitar a prática do crime. Também o Direito Penal, a exemplo dos demais ramos do Direito, traz em seu bojo a avaliação e medição da escala de valores da vida em comum do indivíduo, a par de estabelecer ordens e proibições a serem

¹²² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 16 ed. 1 vol. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

¹²³ *Id. Ibidem.* p. 33.

cumpridas. Falhando a *função motivadora* da norma penal, transforma-se a sanção abstratamente cominada, através do *devido processo legal*, em sanção efetiva, tornando aquela *prevenção genérica*, destinada a todos, uma realidade concreta atuando sobre o indivíduo infrator, caracterizando a *prevenção especial*, constituindo a manifestação mais autêntica do seu caráter coercitivo.

O cerne da questão gravita, pois, em torno da possibilidade de se criar e aplicar penas. Como já mencionado, o Estado conta com o monopólio do *ius puniendi* - potestade de criar e aplicar sanções. Isto porque, a partir do *contrato social*, cada um dos indivíduos renunciou, em favor do Estado, de parte de sua liberdade, em troca de que este lhe garantisse outro espaço mais amplo de independência e autonomia, que corresponde a quem não praticou delitos.

Agora, por que o Estado possui a potestade de aplicar penas? O fundamento para essa aplicação é justamente a necessidade de se tutelar bens jurídicos. É neste ponto que a função do Direito penal e a pena, entendida esta de acordo com as funções anteriormente delimitadas, se encontram: enquanto a essência do direito penal radica na tutela de bens jurídicos, a pena se presta justamente a essa tutela, seja intimidando (prevenção geral negativa), seja salvaguardando o ordenamento jurídico na consciência de todos, pelo assentamento social das normas penais (prevenção geral positiva), ou, finalmente, reinserindo no corpo social (prevenção especial) ¹²⁴.

Neste sentido, conclui BITENCOURT¹²⁵:

A onipotência jurídico-penal do Estado deve contar, necessariamente, com freios ou limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão. Este seria o sinal que caracterizaria o Direito Penal de um Estado pluralista e democrático. A pena, sob este sistema estatal, teria reconhecida, como finalidade, a prevenção geral e especial, devendo respeitar aqueles limites, além dos quais há a negação de um Estado de Direito social e democrático.

Destarte, deve-se admitir que a função da pena deriva da função própria do Direito penal e que essa inafastável correspondência é indispensável em um Estado que se pretende social e democrático de Direito.

¹²⁴ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto. *Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. Princípios Fundamentais e Sistema. Prólogo. São Paulo: RT, 2011. p. 74-76.

¹²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 16 ed. 1 vol. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 39.

2.2.5 As finalidades da Execução Penal tendo como foco a garantia da cidadania

A execução da pena¹²⁶, assim como a própria pena, não se dissocia do Direito penal, sendo em verdade o fulcro central de seu sistema. É, pois, na fase de execução, que se efetiva as disposições da sentença ou decisão criminal; que a sanção imposta pelo juiz se corporifica e é realmente cumprida pelo delincente. Abrange o momento imediatamente posterior ao judicial, em que há a imposição da pena, até a extinção da referida sanção que, em regra, dar-se-á pelo seu efetivo cumprimento.

Como dito anteriormente, deve prevalecer, no momento da execução da pena, a prevenção especial positiva, ou seja, o fim de reintegração ou reinserção do condenado à sociedade. Não obstante, não basta a existência de programas de reinserção social para que se possa afirmar que a execução penal insere-se num contexto social e democrático, garantida a cidadania. É necessário, pois, que o condenado seja tratado como verdadeiro sujeito da execução e não como mero paciente submetido a tratamentos terapêuticos.

Em verdade, em um Estado que se pretende social e democrático de direito não cabe impor ao delincente que se volte para o bem e tampouco constrangê-lo à virtude ou à educação, sob pena de violação a direitos constitucionais como a liberdade de orientação e de consciência. Ao Estado cabe tão somente impor condições para que o detido, em querendo, possa delas se utilizar para facilitar a sua reinserção no corpo social.

Nas palavras do professor DOTTI¹²⁷,

“A participação ativa do presidiário no programa de reinserção social pressupõe não somente que tal processo revela a sua voluntária adesão como também a passagem de um Estado penal social para um Direito penal que pretenda, também, ser democrático”.

¹²⁶ Explica Alexis que a execução penal brasileira é eminentemente judicial. O processo é conduzido pelo judiciário, dentro dos ditames do devido processo legal e todos os demais princípios constitucionais referem-se a um processo penal como a ampla defesa, o contraditório, presunção de inocência etc. Também é de competência do juiz a resolução dos incidentes e demais questões que sobrevenham à execução da pena. Nem mesmo a direção dos estabelecimentos penais por autoridade administrativa elide o caráter jurisdicional das decisões sobre os rumos da execução. O juiz, a todo o momento, é chamado a exercer plenamente sua função jurisdicional (Cf. BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 2ª ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 27-28).

¹²⁷ DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o sistema de penas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 141.

A execução da pena deve, pois, buscar sempre a reintegração ou reinserção social. Com efeito, ganha destaque a prevenção especial (tomada sempre em seu aspecto positivo) que, ao passo que deve ser o cerne da execução penal, deve encontrar limites no princípio da dignidade humana e nos direitos fundamentais. Não se poder admitir que a pretexto de se desenvolver fins preventivos, a pena se converta em terror estatal em relação a determinados tipos de crimes (como os políticos) ou de autores que, revelando inadaptabilidade social, não poderiam ser recuperados, e, por conseguinte, necessitariam ficar segregados do corpo social, por prazo indeterminado, ocasião em que a pena estaria se negando a si mesma¹²⁸.

Ademais, não se deve olvidar que a execução da pena deve pautar-se sempre pelo princípio da legalidade, consistente em se demarcar com nitidez o alcance da sentença e a reserva dos direitos do condenado não atingidos pela decisão. Ora, o condenado deve ser visto como sujeito de direitos, cuja liberdade de locomoção foi restringida por sentença penal (que pode trazer uma condenação propriamente dita e a imposição de pena ou uma absolvição imprópria, caso em que se imporá medida de segurança), mas que possui diversos outros direitos que não foram atingidos por referida sentença e devem ser preservados durante esse período.

Como bem ponderou DOTTI¹²⁹,

“Se na consciência jurídica atual a morte e a perpetuidade da reclusão constituem sanções cruéis e de raro emprego institucional, conclui-se que a perda da liberdade, por ser temporária, somente interrompe a fruição de alguns direitos, além de não extinguir os que não foram alcançados pela condenação. Em consequência, a garantia real desses direitos e a perspectiva da recuperação dos outros deve ser a base dogmática de uma execução penal orientada finalisticamente”.

Assim, estabelecidas as características da execução, no que tange ao seu sujeito principal, é possível delimitar suas funções essenciais, tendo como foco a garantia da cidadania.

Segundo ALEXIS COUTO DE BRITO¹³⁰, dois são os objetivos da execução penal: o primeiro, sem dúvida, é executar a pena de forma eficaz, submetendo o condenado à sanção

¹²⁸ DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o sistema de penas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 137.

¹²⁹ *Id. Ibidem*. p. 142.

¹³⁰ BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 2ª ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 37-38.

imposta pelo Estado e colaborando para que ele reconheça os valores dispostos na sociedade e possa crescer em direção ao pacífico convívio social. Aqui, destaca-se novamente a prevenção especial positiva como finalidade central da execução penal: trata-se de oferecer, ao condenado, meios de, estando disposto, não mais agir em desconformidade com o bem comum. O segundo objetivo, por seu turno, indissociável do primeiro, diz respeito à garantia de que a execução irá se pautar pelo devido processo legal e respeito à dignidade humana. Em verdade, o que justifica a potestade estatal para a aplicação e execução da pena é a ideia de que a sanção pelo ilícito praticado será auferida com imparcialidade, proporcionalidade e razoabilidade, atributos que o ofendido pelo delito evidentemente não possui. Portanto, qualquer pena, para manter-se com esse escopo, não poderá se afastar do Estado de direito, democrático e com foco na dignidade humana.

Em verdade,

que o recluso seja uma pessoa e, enquanto tal, um ser digno, titular de direitos e merecedor de reconhecimento e proteção, é uma premissa teórica que, em princípio, ninguém discute. O principal efeito jurídico do postulado da dignidade humana é que outorga titularidade de direitos, isto é, atribui à pessoa a propriedade dos direitos humanos enquanto constituem a concreção do respeito a ela devido. Essa titularidade é intangível, imprescritível e inerente à pessoa. A dignidade é a razão de ser dos direitos humanos e dado que todas as pessoas são portadoras de dignidade, é necessário concluir que todas as pessoas são titulares de direitos humanos. Se a dignidade faz parte da natureza humana e fundamenta os direitos humanos é forçoso concluir que pessoa, dignidade, titularidade de direitos formam uma unidade indivisível. Ali onde há uma pessoa, haverá um ser digno e, ademais, possuidor de direitos. Nada que faça a pessoa a fará perder sua dignidade e ficar despossuída de direitos. Não obstante, a especial relação de subordinação estatal a que estão submetidos os indivíduos privados de liberdade pela comissão de fatos criminosos e a crença generalizada em nossas sociedades da perda do valor do infrator da norma penal, tende a desconfigurar a real extensão daquele postulado e, na prática, as pessoas privadas da liberdade configuram um grupo humano especialmente vulnerável aos abusos de poder e às violações de direitos humanos¹³¹¹³².

¹³¹ CESANO, José Daniel; PICÓN, Fernando Reviego (Coords). *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2010. p. 03-04.

¹³² “Que el recluso sea una persona, y en cuanto tal, un ser digno, titular de derechos y merecedor de reconocimiento y protección, es una premisa teorica que, en principio, nadie discute. El principal efecto jurídico del postulado de la dignidad humana es que ortoga titularidad de derechos, esto es, pone en cabeza de la persona la propiedad de los derechos humanos en cuanto constituyen la concreción del respecto a ella debido. Esa titularidad es intangible, imprescriptible e inherente a la persona. La dignidad es la razón de ser de los derechos humanos y dado que todas las personas son portadoras de dignidad, es necesario concluir que todas las personas son titulares de derechos humanos. Si la dignidad forma parte de la naturaleza humana y fundamenta los derechos humanos, es de fuerza concluir que persona, dignidad y titularidad de derechos forman una unidad indivisible. Allí donde haya una persona, habrá un ser digno y, además, poseedor de derechos. Nada que haga la persona la hará perder su dignidad y quedar desposeída de derechos. Sin embargo, la especial relación de

E é justamente em razão dessa vulnerabilidade que a execução penal deve pautar-se sempre pelo primado da legalidade, restando clara e determinada a condenação imposta ao acusado, que deverá ser cumprida nos exatos termos da sentença penal e observada a lei, bem como pelo devido processo legal e pela dignidade humana.

Com efeito, submeter um cidadão a uma pena deve significar proporcionar ao Estado a reprovação do fato cometido e ao cidadão as condições de acréscimos pessoais rumo à sintonia com valores e a cultura vivida em sua comunidade¹³³.

Falar, portanto, em uma execução penal orientada finalisticamente e com foco na garantia da cidadania é, antes de tudo, falar em uma execução que respeita o condenado como pessoa e, portanto, como um ser digno, possuidor de direitos. É, pois, garantir ao condenado os seus direitos fundamentais que não foram tolhidos pela privação da liberdade e, principalmente, oferecer-lhe meios para que, querendo, possa tomar novas decisões e seguir novos caminhos, reintegrando-se harmoniosamente à sociedade a qual está vinculado.

subordinación estatal a la que están sometidos los individuos privados de libertad por la comisión de hechos delictivos y la creencia generalizada em nuestras sociedades de la pérdida de valor del infractor de la norma penal , tende a desdibujar la real extensión de aquel postulado , y en la práctica, las personas privadas de libertad configuran un grupo humano especialmente vulnerable a los abusos de poder y a las violaciones de derechos humanos” (tradução livre).

¹³³ BRITO, Alexis Couto de. Execução Penal. 2ª ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 40.

3. OS SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

Como demonstrado ao longo deste trabalho, a prisão inicialmente afigurava-se tão somente como lugar de custódia, ou seja, era o local em que os delinquentes permaneciam guardados, até a aplicação efetiva da pena, sendo que, à época, prevaleciam a pena de morte, as penas corporais e as penas infamantes. Apenas a partir da Idade Moderna é que se iniciou efetivamente a mudança da prisão-custódia para a prisão-pena, motivada, dentre outros fatores, pelo surgimento do capitalismo. Aos poucos, a principal forma de sanção passou a ser privação da liberdade por determinado período de tempo, o que levou ao surgimento de estabelecimentos organizados como as casas de detenção e as penitenciárias.

No fim século XVIII e início do século XIX, com o advento da Revolução Industrial e com as transformações da sociedade americana e europeia, as formas de reclusão dos criminosos e a eficiência das prisões passaram a ser discutidas intensamente, tanto no campo teórico como no prático, com a aplicação de modelos correccionais em alguns presídios, como por exemplo, o de Filadélfia e o de Arburn, em Nova Iorque.

Em verdade, a discussão central era de como deveriam funcionar os estabelecimentos prisionais, como eles deveriam ser organizadas e quais os objetivos deveriam atingir. A partir desses debates e de implementações práticas surgiram sistemas penitenciários diversos.

Não obstante a prisão como pena não seja um invento propriamente americano, foi nos Estados Unidos que surgiram os primeiros sistemas penitenciários, o pensilvânico e o auburniano que, juntamente com o sistema progressivo, serão vistos na sequência, justamente por serem aqueles que tiveram maior destaque ao longo da evolução da questão penitenciária.

3.1 Tipos de Sistemas Penitenciários

3.1.1 Sistema Pensilvânico

O projeto do sistema pensilvânico, também conhecido por sistema celular ou sistema filadélfico, teve início com Guilherme Penn, fundador da Colônia da Pensilvânia (1681), o

qual submeteu à Assembleia daquela localidade uma lei que pretendia atenuar a dureza da legislação penal inglesa, abolindo, para tanto, as penas corporais e mutilantes, as quais seriam substituídas pela pena de prisão e pelos trabalhos forçados, além de restringir a pena de morte aos casos de homicídio. Penn, ainda, após terrível experiência nas prisões inglesas, buscou melhorar as condições daqueles que nelas se encontravam, tendo visitado os famosos estabelecimentos holandeses que o deixaram impressionados. Não obstante, a inovação de Penn não perdurou, porquanto a Assembleia Colonial, após sua morte, foi obrigada pelo governo a introduzir a lei criminal inglesa. Sua obra contribuiu, entretanto, para que se conhecessem as experiências das casas de trabalho holandesas e serviu de estímulo para o surgimento de associações que buscavam suavizar a condição dos presos e reformar as prisões¹³⁴.

E foi precisamente uma dessas associações, a *Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prison*, que impulsionou a adoção do sistema pensilvânico celular. Isto porque referida sociedade fez com que as autoridades iniciassem, em 1790, a organização de uma instituição na qual o isolamento em uma cela, a oração e a abstinência total de bebidas alcóolicas deveriam criar os meios para ‘salvar’ os criminosos¹³⁵. Assim, através de uma lei, ordenou-se a criação de um edifício celular no jardim da prisão *Walnut Street Jail*, a primeira prisão norte-americana, que havia sido construída em 1776. Esse edifício objetivava justamente a aplicação do *solitary confinement* aos condenados.

Com efeito, o sistema pensilvânico baseava-se no isolamento celular absoluto, no qual não é permitido aos presos manter qualquer forma de comunicação com seus companheiros.

Segundo Rusche e Kirchheimer, tal modelo se baseava nos princípios dos Quaker, que defendiam a ideia de que a religião era a única e suficiente base da educação. Assim, a reclusão dos presos aliada a leitura da bíblia, único objeto permitido dentro das celas, poderia levá-los a reflexão e ao arrependimento de seus pecados¹³⁶.

¹³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. Causas e Alternativas. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 76.

¹³⁵ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI - XIX). Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (pensamento criminológico; v. 11). p. 187.

¹³⁶ RUSCHE, Georg & KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2ª edição. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 179.

Ademais, relatam os autores¹³⁷:

A primeira tentativa, introduzida na Filadélfia em 1970 com a ajuda dos quaqueiros, se assemelha em sua essência às propostas de MILABON, sendo sua característica mais importante o isolamento celular. Os detidos eram mantidos em celas individuais, as quais não podiam abandonar até o cumprimento total da condenação ou até que sobreviesse a morte ou a loucura. Os quaqueiros acreditavam firmemente na religião como a única e suficiente base reeducativa e esperavam que o isolamento celular cumprisse o efeito de lograr que os pecadores retornassem a Deus. O confinamento dos prisioneiros era tão extremo, que não se permitia a eles nem sequer trabalhar, por temor que isso os afastasse da meditação. A única atividade permitida era a leitura da Bíblia. Toda instituição com fins piedosos era considerada útil no processo de reeducação e se estimulava que seus membros visitassem os prisioneiros, a quem deviam transmitir sua influência positiva¹³⁸.

Também influenciaram o sistema pensilvânico os cidadãos mais respeitados da Filadélfia, como Benjamin Franklin e William Bradford. Referido sistema apanhou, ainda, parte das ideias de Beccaria, Howard e Bentham, além dos conceitos religiosos, como dito¹³⁹.

No sistema filadélfico, o trabalho não era permitido, porquanto não se desejava dispersar o indivíduo de sua reflexão. De fato, no *isolamento absoluto (...)* não se pede a requalificação do criminoso ao exercício de uma lei comum, mas à relação do indivíduo com sua própria consciência e com aquilo que pode iluminá-lo de dentro¹⁴⁰.

Não obstante não tenha sido adotado, na prisão *Walnut Street*, o sistema celular por completo, porquanto o isolamento em celas individuais era destinado somente aos mais perigosos enquanto os demais eram mantidos em celas comuns, sendo-lhes permitido o trabalho em conjunto durante o dia, referido estabelecimento foi alvo de inúmeras críticas, principalmente

¹³⁷ RUSCHE, Georg & KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2ª edição. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 179.

¹³⁸ “El primer intento, introducido en Filadelfia en 1790 con ayuda de los cuáqueros, se asemeja en su esencia a las propuestas de MILABON, siendo su característica más importante el aislamiento celular. Los detenidos eran mantenidos en celas individuales, las que no podían abandonar hasta el cumplimiento total de la condena o hasta que sobreviniera la muerte o la locura. Los cuáqueros creían firmemente en la religión como la única y suficiente base reeducativa y esperaban que el aislamiento celular cumpliera el efecto de lograr que los pecadores retornaran a Dios. El confinamiento de los prisioneros era tan extremo, que no se les permitía ni siquiera trabajar, por temor a que esto los pudiera apartar de la meditación. La única actividad permitida era la lectura de la Biblia. Toda institución con fines piadosos era considerada útil en el proceso de reeducación y se estimulaba a sus miembros a que visitaran a los prisioneros, a quienes debían transmitir su influencia positiva” (tradução livre).

¹³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. Causas e Alternativas. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 77-78.

¹⁴⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. História da violência nas prisões. 40ª ed. Tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 224.

por impor uma rigorosa lei do silêncio, sendo que a experiência do regime celular, em poucos anos, converteu-se em um grande fracasso, atribuído principalmente ao extraordinário crescimento da população carcerária que se encontrava recolhida naquela prisão.

Diante do ocorrido, a sociedade da Pensilvânia e a Sociedade da Filadélfia solicitaram uma nova oportunidade ao sistema fundado no isolamento celular, sendo que, em razão da pressão social, foram construídas duas novas prisões, cujos detentos ficariam, de fato, encarcerados separadamente. Em vista disso, em 1818 foi inaugurada a *Western Pennsylvania Penitentiary* – em Pittsburgh, seguindo o desenho panótico de Bentham, e, em 1829, a *Eastern State Penitentiary*, seguindo o de Jonh Haviland. Na primeira fora utilizado o regime de isolamento absoluto, onde não se permitia sequer o trabalho nas celas. Em 1829, se concluiu que esse regime era impraticável e, ao se inaugurar a prisão oriental (*Eastern*), fora permitido o trabalho na própria cela, o qual, entretanto, não diminuiu o problema do isolamento, uma vez que se tratava de trabalhos tediosos e, não raras vezes, sem sentido¹⁴¹.

Com efeito, o isolamento celular absoluto passou a ser visto como um problema, na medida em que se percebeu os prejuízos que ocasionava ao preso. O homem é um animal político, possui um instinto social e é incapaz de viver totalmente isolado, sem qualquer comunicação com o mundo, sem que isso o conduza à loucura.

Não bastasse o aspecto humanitário, deve-se admitir que o sistema celular afigura-se demasiadamente dispendioso, porquanto cada cela se destina a apenas um detento, o que, aliás, se tornou insustentável ante o aumento da população carcerária.

Neste sentido, pronunciou-se FERRI, ao declarar que o sistema celular é um sistema desumano, estúpido e inutilmente dispendioso¹⁴².

Além disso, deve-se destacar, sob o ponto de vista ideológico, a crítica de Melosi e Pavarini de que o sistema filadélfico prestava-se mais à dominação, servindo como modelo para outros tipos de relações sociais, do que à melhora dos detentos. Isto porque referido sistema apresenta uma estrutura ideal que satisfaz as exigências de qualquer instituição que deseje

¹⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. Causas e Alternativas. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79.

¹⁴² FERRI, Enrico. *Sociología Criminal*. Trad. Antonio Soto y Hernandes. t. 2. Madrid: Reus, 1908. p. 291.

manter as pessoas sob vigilância única, além de que a instrução religiosa ministrada nas prisões prestava-se a imposição da ideologia da classe dominante¹⁴³.

Não obstante todas essas críticas, não se pode afirmar que o isolamento celular tenha sido totalmente abandonado.

Em âmbito internacional, destaca-se o Congresso Penitenciário de Praga, celebrado em 1930, o qual considerou a separação individual durante a noite elemento essencial para administração das penitenciárias. No mesmo sentido, as Regras Mínimas de Genebra recomendam que as celas não devem ser ocupadas por mais de um detento durante o período no noturno¹⁴⁴.

No Brasil, destaca-se o Regime Disciplinar Diferenciado que, apesar de ser chamado de ‘regime’, traduz-se em uma sanção disciplinar¹⁴⁵ aplicada, segundo o artigo 52 da Lei de Execução Penal brasileira, ao preso provisório ou ao condenado que pratica fato previsto como crime doloso que ocasione a subversão da ordem ou disciplina interna; aos presos que apresentem alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; ou, ainda, aos presos sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

O RDD, como é popularmente conhecido, terá duração máxima de 360 dias, sem prejuízo da repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada.

Sua adoção imporá, ao preso, o recolhimento em cela individual, sendo permitida tão somente a saída da cela por duas horas diárias para banho de sol, além de visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas. O Decreto 6049/2007, em seu artigo 58, inclui, ainda, o uso de algemas nas movimentações internas e externas - dispensadas apenas nas áreas de visita, banho de sol, atendimento assistencial e, quando houver, nas áreas

¹⁴³ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI - XIX). Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (pensamento criminológico; v. 11). p. 188-189.

¹⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. Causas e Alternativas. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 83.

¹⁴⁵ BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 2ª ed. ver. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 175.

de trabalho e estudo -, além da sujeição do preso aos procedimentos de revista pessoal, de sua cela e de seus pertences, sempre que necessário.

Ao Regime Disciplinar Diferenciado adotado no Brasil, pertinentes todas as críticas feitas ao sistema celular. Com efeito, o isolamento pelo período de 22 horas diárias, imposto aos presos submetidos ao RDD, revela-se, por si só, prejudicial à saúde do recluso, pois sendo o homem, ser obrigatoriamente social, é de sua natureza o convívio com os demais, e obrigá-lo forçadamente a isolamento tão severo certamente lhe causará prejuízos a sua integridade física e psíquica¹⁴⁶.

E é justamente por isso que a doutrina¹⁴⁷, não obstante o posicionamento dos Tribunais superiores¹⁴⁸, questiona a constitucionalidade do RDD. Ora, parece evidente que o isolamento celular não se alinha a qualquer dos fins da pena perseguidos por um Estado social e democrático de Direito. É, no mínimo, contraditório pretender reintegrar o preso à sociedade a qual está vinculado submetendo-o a uma solidão tão profunda e severa, capaz de desatar todos os laços familiares e sociais que possui.

Em verdade, a execução penal de um Estado Democrático e Social de Direito, que tem como fundamento a dignidade humana e que veda a existência de penas cruéis, certamente não caminha no sentido da possibilidade de tão invasiva e desumana medida¹⁴⁹, desde outrora duramente criticada.

3.1.2 Sistema Auburniano

Criado em 1821, o sistema auburniano foi assim denominado porque implantado na prisão de Arbuton, em Nova Iorque, prisão esta construída para absolver um número crescente de delinquentes. Em Auburn, os presos eram divididos em 03 (três) categorias: a primeira era composta pelos delinquentes persistentes, aos quais se reservou o isolamento contínuo; a

¹⁴⁶ BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 2ª ed. ver. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 175.

¹⁴⁷ Nesse sentido, confira-se BRITO, Alexis Couto de. *Op Cit.* p. 172; CARVALHO, Salo (coord.). *Crítica à Execução Penal*. 2ª ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007. p. 286;

¹⁴⁸ Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça já se posicionaram pela constitucionalidade do instituto.

¹⁴⁹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano; FULLER. Paulo Henrique Aranda. *Legislação Penal Especial*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 26.

segunda, por sua vez, era composta por delinquentes menos incorrigíveis, os quais ficavam no isolamento somente três dias da semana e possuíam permissão para trabalhar; por fim, a terceira categoria era composta por aqueles que davam maiores esperanças de serem corrigidos, os quais permaneciam no isolamento apenas no período noturno, permitido o trabalho conjunto durante o dia¹⁵⁰.

Aqui, como no sistema celular, o isolamento total e contínuo restou um fracasso. Como as celas eram pequenas e escuras e não havia a possibilidade de se trabalhar nelas, aqueles que deveriam permanecer ali em tempo integral morreram, enlouqueceram ou alcançaram o perdão. A partir disso, abandonou-se o isolamento integral e passou-se a permitir o trabalho em comum dos reclusos, sob o silêncio e confinamento noturno.

Com efeito, a diferença marcante deste sistema para o pensilvânico foi a adoção do trabalho como instrumento ‘regenerador’ do indivíduo. Os internos seguiam um silêncio absoluto e constante, sendo que trabalhavam no horário diurno em oficinas e, à noite, ficavam recolhidos em celas individuais. O silêncio, entretanto, era imposto à base do chicote, dos castigos corporais.

Segundo FOUCAULT¹⁵¹, a prisão de Auburn era um

(...) microcosmo de uma sociedade perfeita onde os indivíduos estão isolados em sua existência moral, mas onde sua reunião se efetua num enquadramento hierárquico estrito, sem relacionamento lateral, só se podendo fazer comunicação no sentido vertical. (...) A coação é assegurada por meios materiais, mas sobretudo por uma regra que se tem que aprender a respeitar e é garantida por uma vigilância e punições.

Relatos acerca da rotina dos presos no sistema auburniano evidenciam as características acima mencionadas:

a) o condenado ingressava no estabelecimento, tomava banho, recebia uniforme, e após o corte de barba e do cabelo era conduzido à cela, com isolamento durante a noite; b) acordava às 5:30 horas, ao som da alvorada; c) o condenado limpava a cela e fazia sua higiene; d) alimentava-se e ia para as oficinas, onde trabalhava até tarde, podendo permanecer até às 20 horas no

¹⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. Causas e Alternativas. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 87.

¹⁵¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. História da violência nas prisões. 40ª ed. Tradução de Raquel Ramalhte. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 224.

mais absoluto silêncio, só se ouvia o barulho das ferramentas e dos movimentos dos condenados; e) regime de total silêncio de dia e de noite; f) após o jantar o condenado era recolhido; g) as refeições eram feitas no mais completo mutismo, em salões comuns; h) a quebra do silêncio era motivo de castigo corporal. O chicote era o instrumento usado para quem rompia com o mesmo; i) aos domingos e feriados o condenado podia passear em lugar apropriado, com a obrigação de se conservar incomunicável¹⁵².

No que tange ao abandono do isolamento celular contínuo, MELOSSI e PAVARINI¹⁵³ destacam que tal fato se deu mais em razão de motivações econômicas, as quais, inclusive, impulsionaram o sistema auburniano no tocante ao trabalho conjunto dos presos, do que por razões humanitárias propriamente ditas.

Com efeito, os Estados Unidos experimentaram, no início do século XIX, um incremento importante na demanda de trabalho, decorrente do desenvolvimento das relações capitalistas. Além disso, a importação de escravos era cada vez mais difícil, em razão da nova legislação, e a conquista de novos territórios e a rápida industrialização produziam um vazio no mercado de trabalho, que não conseguia ser suprido com os crescentes índices de natalidade e de imigração¹⁵⁴.

Esse contexto, marcado essencialmente pela escassez de trabalhadores, determinou um aumento considerado no nível dos salários e uma busca desesperada por mão-de-obra. E, obviamente, os reflexos dessa conjuntura econômica logo puderam ser observados na questão criminal. Por um lado, percebeu-se uma redução nos índices de criminalidade e, principalmente, no número de reincidentes, o que se explica pela necessidade de se oferecer trabalho, inclusive, aos ‘ex-detentos’. Por outro, as críticas ao isolamento celular absoluto aumentaram, na medida em que referido sistema penitenciário além de privar o mercado de força de trabalho, também deformava o recluso, reduzindo-lhe a capacidade laboral. A solução encontrada, então, foi a reintrodução do trabalho produtivo nas prisões.

O grande problema, neste ponto, é que a imposição de atividade laboral nas prisões não buscava a reforma ou correção do delinquente. Ao contrário, tratava-se, pois, de um meio

¹⁵² FARIAS JÚNIOR, João. In: SÁ, Geraldo Ribeiro de. *A prisão dos excluídos: origens e reflexões sobre a pena privativa de liberdade*. Juiz de Fora: UFJF, 1996. p. 94.

¹⁵³ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI - XIX)*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (pensamento criminológico; v. 11). p. 189.

¹⁵⁴ *Id. Ibidem*. p. 189.

eficaz para a imposição e manutenção do poder. Conforme MELOSSI e PAVARINI¹⁵⁵, tratava-se de uma maneira eficaz de se formar um operário disciplinado e subordinado ao poder econômico industrial. No mesmo sentido, discorreu FOUCAULT¹⁵⁶:

O trabalho pelo qual o condenado atende a suas próprias necessidades requalifica o ladrão em operário dócil. E é nesse ponto que intervém a utilidade de uma retribuição pelo trabalho penal; ela impõe ao detento uma forma ‘moral’ do salário como condição de sua existência. O salário faz com que se adquira ‘amor e hábito’ ao trabalho; dá a esses malfeitores que ignoram a diferença entre o meu e o teu o sentido de propriedade - ‘daquela que se ganhou com o suor do rosto’, ensina-lhes também, a eles que viveram na dissipação, o que é previdência, a poupança, o cálculo do futuro; enfim, propondo uma medida do trabalho feito, permite avaliar quantitativamente o zelo do detento e os progressos de sua regeneração. O salário do trabalho penal não retribui uma produção; funciona como motor e marca transformações individuais: uma ficção jurídica, pois não representa a ‘livre’ cessão de uma força de trabalho, mas um artifício que se supõe eficaz nas técnicas de correção.

O sistema auburniano, portanto, afigurou-se como uma solução ao adaptar a mão de obra carcerária às vontades do capitalismo. Este sistema soube aproveitar o detento como força produtiva, ao aproveitar os frutos do seu trabalho.

No entanto, esse propósito relativo ao trabalho cai por terra, em razão da pressão das associações sindicais, que se opõem ao desenvolvimento de um trabalho penitenciário. A produção nas prisões, além de serem menos dispendiosas, significava competição ao trabalho livre. Além disso, os operários consideravam que, ensinando um ofício ou técnica de trabalho aos presos, poder-se-ia incorporá-los às fábricas e essa circunstância desvalorizaria aquele ofício aos olhos dos trabalhadores. Os cidadãos ‘decentes’, ademais, não queriam trabalhar com ex-condenados. Não bastasse, havia as dificuldades técnicas e administrativas para se converter a prisão em eficiente unidade produtiva, como eram as fábricas no mundo exterior, o que, evidentemente, contribuiu para o fracasso do propósito industrializador das prisões.

Em verdade, o fracasso do próprio sistema auburniano deu-se, principalmente, em razão de dois fatores negativos: o primeiro, como dito, refere-se ao fato de que o trabalho carcerário se tornou a simbolização de uma grande rivalidade ao trabalho livre, o que inflamava a classe

¹⁵⁵ *Cárcere e fábrica. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI - XIX)*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (pensamento criminológico; v. 11). p. 201.

¹⁵⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir. História da violência nas prisões*. 40ª ed. Tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 229-230.

trabalhadora e, portanto, era contrário aos ideais da economia capitalista. Já o segundo refere-se ao fato de que tal sistema não conseguiu afastar a rigurosidade do sistema anterior, sendo comum a aplicação de punições bárbaras e em demasia.

Não obstante, o sistema auburniano, afastadas sua rigorosa disciplina e sua estrita regra do silêncio, constitui uma das bases do sistema progressivo, ainda vigente em muitos países¹⁵⁷.

3.1.3 Sistemas progressivos

A adoção do sistema progressivo, logo após o abandono dos sistemas celular e auburniano, coincide com o apogeu da pena privativa de liberdade. Com efeito, no decorrer do século XX, as penas de morte, deportação às colônias e trabalhos forçados foram gradualmente abandonadas, impondo-se definitivamente a prisão como pena. Era necessário estabelecer, no entanto, um sistema de execução da pena de prisão que fosse superior aos anteriores e, de fato, buscasse a reabilitação do recluso e seu retorno, gradual, à sociedade.

Conforme explica BITENCOURT¹⁵⁸, a essência do sistema progressivo consiste em

(...) distribuir o tempo da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode disfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, e, de outro, pretende que esse regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade. O regime progressivo significou, inquestionavelmente, um avanço penitenciário considerável. Ao contrário dos regimes auburniano e filadélfico, deu importância à própria vontade do recluso, além de diminuir significativamente o rigorismo na aplicação da pena privativa de liberdade.

Como se observa, o sistema progressivo destaca-se, principalmente, por basear-se no arbítrio e vontade do condenado, razão pela qual referido sistema diminuiu o rigor na aplicação da pena privativa de liberdade e passou a almejar a reabilitação dos detentos sem a aplicação de

¹⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. Causas e Alternativas. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 96.

¹⁵⁸ *Id. Ibidem*. p. 97-98.

castigos severos, mas proporcionando, sobretudo, a progressiva reinserção do recluso no corpo social.

O sistema progressivo surgiu na Europa, possuindo, no entanto, várias manifestações, tanto que os autores costumam utilizar a expressão sistemas progressivos no plural para indicar que referido sistema penitenciário, a depender de onde foi instituído, possui características próprias, não obstante todos guardem entre eles uma característica comum: com o transcurso da execução da pena, o bom comportamento e o trabalho na prisão acarretam certos benefícios ao preso de maneira gradual.

Preliminarmente, destaca-se o Sistema de Montesinos, criado na Espanha. Para muitos, o efetivo criador do sistema progressivo foi o Coronel Manuel Montesinos e Molina, ao ser nomeado governador do presídio de Valência, em 1834.

O sistema de Montesinos estava inspirado em uma ideologia reformadora e humanista, centrado não no delito, mas sim na pessoa, tanto que se lia na entrada da prisão de Valência o seguinte lema: “A prisão só recebe ao homem. O delito fica na porta”¹⁵⁹¹⁶⁰.

Este sistema se dividia em três etapas: no primeiro período o apenado se dedicava à limpeza e a outros trabalhos interiores do estabelecimento; no segundo período, os internos se entregavam ao trabalho, que abarcava não só a ocupação útil dos mesmos, mas também sua capacitação profissional, dada a variedade de oficinas que o estabelecimento possuía. O método que utilizava o Coronel Montesinos era conseguir que os condenados se interessassem pelo trabalho através de humanidade no trato, oferecendo-lhes descansos e comunicações com familiares. O terceiro período, denominado liberdade intermediária, não era outra coisa que o ensaio da liberdade, antes de serem rompidos totalmente os vínculos do apenado com o estabelecimento¹⁶¹.

O sistema inglês progressivo ou *mark system* foi desenvolvido pelo Capitão Alexander Maconochie, no ano de 1840, na Ilha de Norfolk, na Austrália, para onde a Inglaterra enviava

¹⁵⁹ “La prisión sólo recibe al hombre. El delito queda en la puerta” (Trad. livre).

¹⁶⁰ FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio. El Derecho Penitenciário. Concepto. In: BERDUGO GOMES DE LA TORRE, Ignacio (Coord). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*. Derecho Penitenciário. Tomo IV. 1ª ed. Madrid: Iustel, 2010. p. 47.

¹⁶¹ *Id. Ibidem*. p. 47.

seus criminosos mais perversos, quer dizer, aqueles que, depois de haver cumprido pena de *transportation* nas colônias penais australianas, voltavam a delinquir¹⁶².

O regime adotado na Ilha era severo, mas ainda assim não impedia fugas e sangrentos motins. Com a chegada de Maconochie, no entanto, houve a substituição da severidade pela benignidade e dos castigos pelos prêmios.

O sistema progressivo ou *mark system* (sistema de Vales) consistia em medir a duração da pena por uma soma de trabalho e boa conduta imposta ao condenado. Referida soma era representada por certo número de marcas e vales, de maneira que a quantidade de vales que cada condenado precisava para obter sua liberdade deveria ser proporcional à gravidade do delito.

Era creditado diariamente pelo seu trabalho e conduta uma ou várias marcas, deduzindo a alimentação e outros fatores. Em caso de má conduta era imposto multa. Somente as marcas remanescentes desse débito-crédito corresponderiam à pena a ser cumprida. Assim, a duração da condenação era determinada pela conduta de cada preso, por seu trabalho e pela gravidade do delito. Era o início, de certa forma, da condenação indeterminada, pois a duração da pena dependia fundamentalmente do mérito do apenado na prisão¹⁶³.

O sistema feito por Maconochie era dividido em três períodos: o primeiro referia-se ao isolamento celular diurno e noturno e consistia em um período de provas, onde se esperava que o preso refletisse sobre o seu delito. O recluso era obrigado a trabalhar duro e alimentação escassa. O segundo período era caracterizado pelo trabalho em comum sob a regra do silêncio: o condenado era recolhido em um estabelecimento denominado *public workhouse*, onde se dava o trabalho em comum, sob o regime de silêncio absoluto e isolamento noturno. Neste segundo período havia a divisão em classes, sendo que os condenados, possuindo determinado número de marcas e depois de certo tempo, passavam a integrar a classe seguinte e assim por diante, até que finalmente, mercê de sua conduta e trabalho, chegavam à primeira classe, onde obtinham o *ticket of leave*, que dava lugar ao terceiro período, a sua liberdade condicional. Nesse período, o condenado obtinha sua liberdade limitada, com restrições que

¹⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. Causas e Alternativas. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 98.

¹⁶³ *Id. Ibidem*. p. 99.

deveria obedecer, além de ter vigência determinada. Se não houvesse nada que determinasse sua revogação, o condenado obtinha sua liberdade definitiva.

Marconochie teve grande sucesso, uma vez que produziu na população carcerária o hábito de trabalho, acabando assim com os motins e fatos sangrentos na ilha Norfolk. Com o tamanho sucesso foi designado para outra penitenciária a de Birmigham, onde, contudo, não obteve o mesmo resultado, mormente em razão da burocracia e de entraves legais¹⁶⁴.

O sistema progressivo irlandês, por sua vez, foi criado em 1854 por Walter Crofton, diretor das prisões da Irlanda, o qual introduziu o sistema progressivo nas referidas prisões com uma modificação fundamental no que tange ao sistema progressista de Maconochie. Crofton, pensando em preparar o recluso para seu regresso à sociedade, criou o estabelecimento de prisões intermediárias. Tratava-se, em verdade, de um período intermediário entre a prisão e a liberdade condicional¹⁶⁵.

Assim, o sistema progressivo irlandês seja composto por quatro fases: a primeira e a segunda eram idênticas ao sistema inglês. A terceira fase, entretanto, ocorria entre a prisão comum e a liberdade condicional: o condenado permanecia em prisões especiais, onde trabalhava ao ar livre, no exterior do estabelecimento e, em geral, em trabalhos agrícolas. Neste período, a disciplina era mais suave e concedia-se aos condenados inúmeras vantagens, como não usar o uniforme dos presos, não receber punições corporais, dispor de parte da remuneração de seu trabalho, escolher a atividade laboral e poder comunicar-se com a população livre. Os reclusos, então, passavam a compreender que a sociedade estava disposta a aceitá-los novamente sem qualquer reticência. Já quarta fase, relativa à liberdade condicional, era idêntica a do sistema progressivo inglês.

O sistema irlandês teve grande repercussão, sendo adotado em diversos países¹⁶⁶. Hoje, entretanto, considera-se que referido sistema converteu-se em um sistema de individualização científica, embora mantenha muitas das características anteriores.

¹⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. Causas e Alternativas. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 98.

¹⁶⁵ *Id. Ibidem*. p. 100.

¹⁶⁶ *Id. Ibidem*. p. 102.

Não obstante, a efetividade do regime progressista tem sido questionada, assim como a efetividade da própria pena de prisão. A inexistência de condições mínimas de salubridade e as condições desumanas de muitos estabelecimentos prisionais, a despeito das premissas estabelecidas no sistema penitenciário progressista, fez com que a Organização das Nações Unidas elaborasse Regras Mínimas para o tratamento dos reclusos no interior dos estabelecimentos prisionais, a serem atendidas independentemente do sistema penitenciário adotado, como se verá na sequência.

3.2. As Regras Mínimas de Genebra

Como dito, a partir da adoção da pena de prisão como principal forma de sanção aos delinquentes não tardou a se questionar as formas de reclusão dos criminosos e a eficiência das prisões, o que motivou a criação de diversos sistemas penitenciários, caracterizados cada qual por uma arquitetura penitenciária distinta e também por uma forma individual de tratamento ao preso, ora com confinamento total, ora trabalho diurno mantido o silêncio, entre outros.

E essas tentativas de se criar um sistema penitenciário perfeito conduziram, não raras vezes, ao enlouquecimento dos detentos, ao suicídio, à debilitação para o trabalho, entre outros.

Diante disso, foram estabelecidas, em âmbito internacional, regras mínimas para o tratamento dos presos no interior dos estabelecimentos penais. Tais regras foram elaboradas, em primeira versão, pela Comissão Internacional Penal e Penitenciária (1903) e, mais tarde, adotadas pelas Ligas das Nações (1933), após reformulação dos princípios e normas estabelecidas.

Após ter sofrido nova revisão em 1951, as regras mínimas foram oficialmente adotadas (na versão atual) pela Organização das Nações Unidas quando da realização, em Genebra, de seu I Congresso para a prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente (1955). As normas aprovadas possuem estrita relação com outros instrumentos das Nações Unidas referentes aos direitos humanos, como a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984.

Em verdade, as regras mínimas para o tratamento dos presos consagraram-se como a declaração universal dos direitos do preso comum. Isto porque

A preocupação presente quando da elaboração das Regras Mínimas não foi o estabelecimento de um modelo básico de sistema penitenciário. A finalidade principal foi a de definir princípios fundamentais para o tratamento do preso, todo em vista a proteção de seus direitos elementares enquanto pessoa humana. Nesse sentido, procurou-se esquematizar um conjunto de normas que conduzissem ao funcionamento mais adequado de um estabelecimento penitenciário¹⁶⁷.

Assim, verifica-se que todo o documento baseia-se na premissa de que o sistema penitenciário não deve acentuar os sofrimentos já inerentes à pena privativa de liberdade (item 57, 2ª parte). Igualmente, o tratamento não deve acentuar a exclusão dos reclusos da sociedade, mas sim fazê-los compreender que eles continuam fazendo parte dela (item 61).

Além de estabelecer regras mínimas para o tratamento do preso, dispondo, por exemplo, serem vedadas discriminações de qualquer natureza (item 6, nº 1), além de determinar que as diferentes diferentes categorias de reclusos devem ser mantidas em estabelecimentos penitenciários separados ou em diferentes zonas de um mesmo estabelecimento penitenciário (item 8), bem como que o tratamento aplicado ao interno deve incentivar o respeito a si mesmo e desenvolver o senso de responsabilidade (item 65), as Regras Mínimas de Genebra, como são popularmente conhecidas, também dispõem acerca da configuração dos estabelecimentos penais, com vistas a preservação dos direitos dos presos que não foram atingidos pela privação da liberdade.

Neste sentido, determinam que as acomodações destinadas aos reclusos, especialmente dormitórios, devem satisfazer todas as exigências de higiene e saúde, tomando-se devidamente em consideração as condições climáticas e especialmente a cubicagem de ar disponível, o espaço mínimo, a iluminação, o aquecimento e a ventilação (item 10).

Agora, sendo o Brasil Estado-membro da Organização das Nações Unidas, imperioso verificar se o sistema penitenciário aqui adotado respeita as regras mínimas para tratamento dos presos, bem como as mínimas condições de salubridade exigidas para os estabelecimentos penais.

¹⁶⁷ FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. *Direito dos Presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 71.

3.3 O Sistema Penitenciário Brasileiro

O ordenamento jurídico pátrio adotou, com algumas adaptações, o sistema penitenciário progressivo.

Em verdade, durante a vigência do Código Penal de 1940, apenas os condenados à pena de reclusão eram submetidos à progressividade. No início, o recluso permanecia em isolamento absoluto, o que apenas poderia perdurar 03 (três) meses; após, passava a trabalhar, no período diurno, dentro ou fora do presídio, mantendo-se, entretanto, o isolamento noturno; em seguida, o condenado era transferido para uma colônia penal (após ter cumprido metade da pena, se o crime estabelecesse pena menor de três anos; ou após ter cumprido um terço da pena, caso o crime estabelecesse penas maiores que três anos); e, por fim, concedia-se a ele o livramento condicional¹⁶⁸.

Conforme explica IRENE BATISTA MUAKAD, com as alterações do Código Penal e do Código de Processo Penal, operadas principalmente através da Lei 6416/77, o período de isolamento absoluto imposto ao condenado na primeira fase do cumprimento da pena passou a ser facultativo e, ainda, criou-se o sistema de execução em três regimes: fechado, semiaberto e aberto. Destaca a autora, também, que se permitiu que o início do cumprimento da pena ocorresse em regimes menos severos, dependendo do tempo da sanção e da periculosidade do condenado.

No ano 1984, novas mudanças significativas ocorreram no ordenamento jurídico pátrio: foi elaborada a reforma da parte geral do Código Penal (Lei 7209/1984), bem como a Lei de Execução Penal (Lei 7210/1984), ambas valorizando o sistema progressivo anteriormente consagrado, mas vinculando-o ao mérito do condenado¹⁶⁹.

Segundo consta no artigo 33 do Código Penal brasileiro e no artigo 112 da Lei de Execução Penal, a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, observados os regimes fechado, semiaberto e aberto, conforme o caso. A regra geral para a progressão é o tempo de permanência em cada fase (em regra, 1/6 cumprimento da pena), associado ao bom

¹⁶⁸ MUAKAD. Irene Batista. *Pena privativa de liberdade*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 54-55.

¹⁶⁹ *Id. ibidem*. p. 58.

comportamento do condenado, ou seja, ao mérito. É, pois, concedido ao recluso um abrandamento da pena à medida que vai progredindo de regime, proporcionando a ele uma maior adaptação à sociedade que voltará a integrar. Aqui, não se pode perder de vista, que, durante o momento de execução da pena, deve prevalecer a prevenção especial positiva como finalidade primordial, ou seja, o fim de reintegração do condenado à sociedade. A execução da pena deve, neste sentido, pautar-se pela dignidade humana e pelos direitos fundamentais, buscando sempre a reintegração ou reinserção social (sobre o tema vide item 2.2.3).

E é justamente para permitir que essa progressão ocorra de maneira eficiente, permitindo um maior abrandamento da pena e real reintegração social do condenado, que cada etapa da pena deve ser cumprida em estabelecimento penal diverso, com objetivos distintos.

A seguir, veremos os estabelecimentos penais existentes no Brasil, com suas características, e, principalmente, como deve ocorrer a separação dos condenados em cada um desses estabelecimentos.

Antes, entretanto, imperioso tratarmos da legislação que cuida do sistema penitenciário brasileiro.

3.3.1 Disciplina Legislativa: A Lei de Execução Penal

A Lei 7210, de 11 de julho de 1984, instituiu a Lei de Execução Penal brasileira que, ressalvadas as alterações posteriores, vige até os dias atuais no ordenamento jurídico pátrio. O referido diploma legal afigura-se como resultado de inúmeras discussões anteriores acerca da necessidade de edição de uma lei de âmbito federal e, portanto, de iniciativa da União, que regulasse a execução das penas e das medidas de segurança. Sobre a pertinência de se regular autonomamente a execução penal, esclarecedor a exposição de motivos da lei:

(...) a doutrina evoluíra no sentido da constitucionalidade de um diploma federal regulador da execução, alijando, assim, argumentos impugnadores da iniciativa da União para legislar sobre as regras jurídicas fundamentais do regime penitenciário. Com efeito, se a etapa de cumprimento das penas ou medidas de segurança não se dissocia do Direito Penal, sendo, ao contrário, o esteio central de seu sistema, não há como sustentar a ideia de um Código Penal unitário e leis de regulamentos regionais de execução penal. Uma lei

específica e abrangente atenderá a todos os problemas relacionados com a execução penal, equacionando matérias pertinentes aos organismos administrativos, à intervenção jurisdicional e, sobretudo, ao tratamento penal em suas diversas fases e estágios, demarcando, assim, os limites penais de segurança. Retirá, em suma, a execução penal, do hiato de legalidade em que se encontra¹⁷⁰.

Em verdade, com a edição da Lei de Execução Penal buscou-se a jurisdicionalização da execução, passando o preso a contar com o controle do Poder Judiciário sobre as relações de índole administrativa, o que obriga o juiz a acompanhar de perto o cumprimento da pena em seus diversos estágios, a sancionar eventuais abusos, garantindo a integridade física do preso, e a determinar as medidas necessárias ao alcance dos objetivos da execução que, segundo artigo 1º da lei, é justamente efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Com efeito, ao reconhecer expressamente que a pena possui finalidades outras que não a mera vingança, a Lei de Execução Penal consagrou, sobretudo, que condenado não perde, com a condenação, sua condição humana. Neste sentido, o referido diploma legal afigurou-se como grande instrumento de humanização das penas, destacando-se que, em seu artigo 3º, garantiu ao condenado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, trazendo, assim, maior resguardo à sua dignidade.

Cumprir registrar, ainda, que o princípio da legalidade permeia toda a lei, de forma a impedir que o excesso ou desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal¹⁷¹. Daí a conclusão de que a sentença ou acórdão condenatórios devem ser executados nos estritos limites da legalidade.

E, se por um lado, essa execução deve pautar-se pelo princípio da isonomia, assegurando-se aos presos recolhidos ao mesmo estabelecimento idêntico regime jurídico, impedindo-se qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa e política, por outro, deve-se admitir que a execução penal exige, a partir da finalidade ressocializadora expressa no artigo 1º, um cuidado individualizado com o condenado.

¹⁷⁰ Cf. item 07 da Exposição de Motivos.

¹⁷¹ Cf. item 19 da Exposição de Motivos.

É, pois, na fase de execução da pena que se torna mais fácil a individualização, pois a sujeição ao poder estatal (consequência do cumprimento da pena) dá aos agentes públicos todas as condições de investigação sobre a pessoa do condenado, possibilitando-lhes o conhecimento das peculiaridades do sujeito e a realização de um trabalho individual com vistas à reinserção social.

E como forma de concretizar todos esses ideais relacionados à execução humanitária da pena, voltada a uma finalidade específica, a lei regula todo o estágio de cumprimento da pena, além de estabelecer mecanismos úteis ao alcance dos fins da punição. Além disso, trata da assistência aos presos, dos seus direitos e deveres.

Aqui, entretanto, interessa analisar mais detidamente como se efetua a individualização da pena e sua íntima relação com a criação de estabelecimentos penais distintos.

3.3.2 Os estabelecimentos penais.

Como é sabido, a execução penal rege-se, sobretudo, pelo princípio da individualização da pena, o qual determina que cada um, de acordo com sua personalidade e antecedentes, receba a sanção adequada. Com raízes na Constituição Federal (artigo 5^a, inciso XLVI), a individualização da pena deve nortear toda a fase de execução, a fim de que sejam atingidas as finalidades da punição, em especial a reintegração social do condenado.

Trata-se, em verdade, de consectário da isonomia, pois infrações penais diversas e infratores desiguais devem ser tratados na medida de sua desigualdade. É, pois, conclusão necessária do respeito à dignidade humana, que tem como consequência o reconhecimento da individualidade e adequação do tratamento por parte do Estado, influenciado pela peculiar condição do indivíduo¹⁷².

Conforme explica ALEXIS COUTO DE BRITO¹⁷³,

¹⁷² JUNQUEIRA, Gustavo. VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 472.

¹⁷³ BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 2^a ed. ver. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 46-47.

A individualização é algo que atinge os três poderes da República. É considerada em abstrato quando o legislador estipula limites máximos e mínimos para cada infração penal. É judicialmente aplicada quando o juiz, considerando as circunstâncias judiciais e legais, define a pena em concreto. E, por fim, é executada a cada condenado conforme seus méritos e deméritos, condições e circunstâncias pessoais. Embora a execução deva tornar efetiva as determinações da sentença, o destino do condenado é muito mais definido pela execução do que pela própria sentença. É durante a execução que se procura definir a personalidade do condenado, o que conduz ao encurtamento ou prorrogação do prazo de restrição da liberdade.

Vários instrumentos individualizadores podem ser encontrados na Lei de Execução Penal, como a separação dos presos, a diversidade de regimes de cumprimento de pena, a progressão, a regressão, o livramento condicional, a adequação das penas restritivas de direitos, a fixação de condições judiciais em diversos institutos, entre outros¹⁷⁴.

Aqui, interessa saber, quanto aos condenados à pena de prisão¹⁷⁵, como se dá a individualização da pena, destacando-se os estabelecimentos penais existentes no Brasil e o critério de seleção dos condenados para encaminhamento a cada um deles.

Com efeito, a partir do primado da individualização da pena, a Lei de Execução Penal (artigo 5º) procura classificar os presos, segundo os seus antecedentes e personalidade, a fim de determinar o grupo com o qual cada preso conviverá durante a execução de sua pena e, assim, possibilitar o conhecimento das peculiaridades do sujeito e, conseqüentemente, os meios necessários para a sua reintegração ao corpo social.

Conforme determina a legislação em vigor, a classificação deverá ser feita por uma Comissão Técnica¹⁷⁶, a quem competirá a elaboração do programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao preso, seja condenado ou provisório (artigo 6º da LEP). E, tratando-se de condenado ao cumprimento de pena de prisão, em regime fechado, determina a lei a elaboração de exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma

¹⁷⁴ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano; FULLER. Paulo Henrique Aranda. *Legislação Penal Especial*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 06.

¹⁷⁵ A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVI, determina que a lei regulará a individualização da pena e, adotará, entre outras, as seguintes: a privação ou restrição da liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos.

¹⁷⁶ Quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade, a Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social (artigo 7º da LEP).

adequada classificação, com vistas a individualização da pena. Referido exame, entretanto, será facultativo em caso de condenado ao regime semiaberto (artigo 8º da LEP).

Em decorrência da individualização da pena e, ainda, dessa classificação de presos determinada pela lei, mister se faz a construção de diversos estabelecimentos penais, cada um equipado com os instrumentos materiais e humanos capazes de atender às peculiaridades de cada grupo de presos que ali ficará recluso. Também se busca atender a outros fatores relevantes como a progressão de regime no cumprimento da pena e à situação atual do preso, se condenado ou provisório¹⁷⁷.

No que tange aos grupos que serão formados, estabelece a legislação em vigor que deverão ficar separados os índios (artigo 56, parágrafo único da Lei 6001/1973), os condenados às penas de reclusão e detenção dos condenados à prisão simples (artigo 6º, §1º da LCP), as mulheres dos homens (artigo 82, §1º da LEP), os maiores de 60 anos dos demais (artigo 82, §1º da LEP), os presos provisórios dos definitivos (artigo 84 da LEP), os presos primários dos reincidentes (artigo 84, §1º da LEP) e aqueles que são ou foram funcionários do Sistema de Administração da Justiça Criminal (artigo 84, §2º da LEP).

Tal separação se justifica, por exemplo, no caso de reincidentes e primários, porque

(...) em termos pragmáticos, a influência, o exemplo negativo e principalmente a extorsão que um sujeito afeto à prática criminosa poderá exercer sobre aquele que pela primeira vez toma contato com o cárcere é considerável. Aquele que já foi submetido ao sistema penitenciário anteriormente possui as marcas indeléveis desse mesmo sistema estatal, precário e corroído. Nessa linha, o Estado tem o dever de proteger, o quanto puder, qualquer pessoa de ter um contato desnecessário com este universo, como é o caso daquele que pela primeira vez adentra o sistema¹⁷⁸.

Assim, para atender ao princípio da individualização da pena e à classificação de presos elaborada, determina a Lei de Execução Penal a construção de estabelecimentos penais diversos, destinados não apenas aos presos condenados, mas também aos submetidos à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso¹⁷⁹, sendo que o mesmo conjunto

¹⁷⁷ BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 2ª ed. ver. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 209.

¹⁷⁸ *Id. Ibidem*. p. 211.

¹⁷⁹ A Lei de Execução Penal considera egresso o liberado definitivo, pelo prazo de 01 (um) ano a contar da saída do estabelecimento penal, e o liberado condicional, durante o período de prova (artigo 26).

arquitetônico poderá abrigar estabelecimentos de destinação diversa desde que devidamente isolados (art. 84, caput e §2º).

Agora, além de cada grupo ficar em um estabelecimento diverso, este deverá possuir instalações que permitam alcançar a finalidade própria da pena, qual seja a reintegração do preso à sociedade. Não basta separar os reclusos, é necessário que a eles sejam assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença e pela lei, bem como sejam fornecidos mecanismo para que, caso queiram, possam adequar-se ao modo de vida em sociedade - destacando-se que a sociedade atual pauta-se, sobretudo, pelo trabalho - antes de obterem a liberdade total.

Neste sentido, dispõe a Lei de Execução Penal que os estabelecimentos penais deverão contar com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva aos presos, devendo existir, ainda, instalações destinadas ao estágio de estudantes universitários. A lei prevê, também, em atenção ao que dispõe a Constituição Federal (artigo 5º, L), que os estabelecimentos penais destinados às mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 06 (seis) meses de idade (artigo 83, caput, §1º e §2º).

Feitas estas determinações, a legislação trata dos estabelecimentos penais em espécie, sendo eles as penitenciárias, as colônias agrícolas, as casas de albergado, os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico e as cadeias públicas.

As penitenciárias são estabelecimentos destinados aos presos que tenham sido condenados a uma pena de reclusão e em regime inicial fechado. A lei determina o recolhimento em cela individual, a qual deverá conter dormitório, aparelho sanitário e lavatório, devendo haver, portanto, condições mínimas de salubridade, relativas à higiene, clima, qualidade do ar, iluminação, aquecimento e ventilação. Além disso, as celas devem contar com área de, no mínimo, 6m² (artigos 87 e 88 da LEP).

E, tratando-se de penitenciária feminina, deve contar, também, com seção para gestante e parturiente e com creche para abrigar crianças maiores de 06 (seis) meses e menores de 07 (sete) anos, com finalidade de assistir à criança enquanto sua mãe estiver presa (artigo 89 da LEP). Quanto aos homens, a lei determina que as penitenciárias masculinas deverão ser

construídas afastadas dos centros urbanos, preservando-se, sempre, a visitação (artigo 90 da LEP).

Interessante ressaltar que a Lei 10.792/2003, alterou a redação do artigo 87 da LEP, para permitir que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios possam construir penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime inicial fechado, sujeitos ao Regime Disciplinar Diferenciado¹⁸⁰.

Já a colônia agrícola, industrial ou similar é destinada ao cumprimento de pena em regime semiaberto. À semelhança das penitenciárias, devem possuir condições mínimas de salubridade, não obstante os condenados possam ser alojados em compartimentos coletivos (artigos 91 e 92 da LEP).

Estão em regime semiaberto aqueles que originariamente foram condenados ao cumprimento de pena nesse regime, aqueles que regrediram do regime aberto e, também, aqueles que progrediram do regime fechado.

No caso da progressão do regime fechado para o semiaberto, antes mencionada, a transferência do condenado de uma penitenciária para uma colônia indica sua participação ou assimilação das atividades que lhe são oferecidas, demonstrando que a sociedade poderá creditar a ele maior confiança na autodisciplina e adequação social¹⁸¹.

Isto porque o regime semiaberto não possui vigilância ostensiva, permitindo ao condenado maior autonomia e relacionamento com os demais presos. A devolução gradativa da liberdade busca acostumar o sujeito ao convívio social e despertar a responsabilidade¹⁸². As colônias são espaços adequados para o trabalho (seja agrícola, industrial ou similar), onde se estimula, principalmente, a autonomia e o senso de responsabilidade de cada preso.

¹⁸⁰ Sobre o Regime Disciplinar Diferenciado, conhecido por RDD, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça no sentido de tratar-se de uma sanção administrativa ligada a uma infração grave cometida pelo recluso no interior do estabelecimento penal. Neste sentido, vide STF, HC 96328, rel. Min. Cezar Peluzo. Sobre as características de referida sanção, remetemos o leitor à seção 3.1.1.

¹⁸¹ BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 2ª ed. ver. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 218.

¹⁸² JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano; FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação Penal Especial*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 38.

As casas de albergado, por seu turno, destinam-se ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto, última etapa da execução antes do condenado retornar definitivamente ao convívio social, e da pena de limitação de fim de semana, aplicada como alternativa à pena de prisão de curta duração (artigo 93 da LEP).

No que tange ao regime aberto, estão submetidos a referido regime aqueles que originariamente foram assim condenados, aqueles que progrediram do regime semiaberto e, não raras vezes, aqueles que tiveram sua pena restritiva de direitos reconvertida em privativa de liberdade.

Quanto à limitação de fim de semana, cumprem tal medida aqueles que, condenados à pena privativa de liberdade de curta duração, tiveram referida pena convertida em sanção restritiva de direitos, consistente justamente em limitação de fim de semana.

As casas de albergado destinam-se, portanto, a abrigar condenados que praticaram pequenos delitos ou que cumpriram quase a totalidade de sua pena e se preparam para o retorno definitivo à sociedade. Diante disto, referidas casas devem situa-se em centro urbano, separadas dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga (artigo 94 da LEP). Isto porque

A ideia da Casa de Albergado é, pela própria definição, a de abrigar o condenado antes de alcançar a última fase da execução da pena. Deposita-se uma extrema confiança àquele que terá completa liberdade de trabalhar durante o dia, sem vigilância, e retornar para o descanso noturno e de fim de semana. A medida apura e premia o elevado senso de responsabilidade demonstrado pelo condenado precedente de outros regimes, que indica ter assimilado a finalidade da execução. Com vistas a este retorno à comunidade é que a lei (art. 94) preconiza a construção da Casa de Albergado em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, sem obstáculos físicos contra a fuga (p. ex. arames farpados, cercas, alarmes etc.)¹⁸³.

Ademais, as casas de albergado deverão conter aposentos para acomodar os presos, os quais deverão possuir condições mínimas de salubridade, além de local adequado para cursos e palestras (artigo 95).

¹⁸³ BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 2ª ed. ver. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 221.

Não obstante a determinação legislativa de que cada região deverá conter ao menos uma Casa de Albergado (artigo 95), poucos são os estabelecimentos penais dessa natureza no Brasil, o que demonstra, em outras coisas, o descompromisso com a execução penal no país.

Os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico substituem, ao menos na denominação, os antigos Manicômios Judiciários. Eles se destinam a abrigar aqueles que, por sentença penal, foram declarados inimputáveis¹⁸⁴ ou semi-imputáveis¹⁸⁵.

Os hospitais dessa natureza devem contar com condições mínimas de salubridade (artigo 99 da LEP) e, ainda, com equipes especializadas, sendo o exame psiquiátrico e os demais exames necessários ao tratamento obrigatórios a todos os que lá estiverem internados (artigo 100 da LEP).

As Cadeias Públicas destinam-se ao recolhimento de presos provisórios (artigo 102 da LEP), ou seja, daqueles submetidos à investigação ou processo criminal, mas que ainda não foram julgados definitivamente.

A legislação em vigor determina que cada Comarca terá ao menos uma Cadeia Pública, que deverá ser instalada próxima aos centros urbanos, a fim de resguardar o interesse da administração da justiça criminal e, sobretudo, a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar. Afinal, referidos presos ainda não foram condenados definitivamente e, portanto, gozam do estado de inocência, devendo, pois, ser reservado a eles tratamento diferenciado daquele conferido aos condenados por decisão transitada em julgado. Assim como nas penitenciárias, as cadeias públicas devem possuir condições mínimas de salubridade, preservando-se os direitos que não foram atingidos pela custódia cautelar.

Interessante destacar que no Estado de São Paulo as Cadeias Públicas eram anexas às Delegacias de Polícia nos Municípios e aos Distritos Policiais na capital. Ocorre que, com o crescimento exagerado do número de presos provisórios, ficou impossível mantê-los junto às delegacias. Foram, então, construídos os Centros de Detenção Provisória, estabelecimentos

¹⁸⁴ O Código Penal, em seu artigo 26, *caput*, considera inimputável aquele que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

¹⁸⁵ Os semi-imputáveis são aqueles que, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não eram inteiramente capazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (artigo 26, parágrafo único do CP).

com estrutura de penitenciárias e com todos os equipamentos de segurança e pessoal especializado, mas que se destinam exclusivamente aos presos provisórios.

Não obstante a legislação tenha disciplinado cada estabelecimento penitenciário, definindo a estrutura adequada de cada um deles, bem como a destinação, além de ter determinado expressamente que cada um dos estabelecimentos deverá ter lotação compatível com sua estrutura e finalidade (artigo 85 da LEP), veremos que a realidade penitenciária brasileira está muito aquém daquela pretendida pelo legislador, o que, à evidencia, impede que se alcance as finalidades da punição.

3.3.3 A realidade das cadeias públicas e penitenciárias brasileiras

No início, quando a prisão difundiu-se como a principal pena a ser aplicada àqueles que cometiam delitos, acreditou-se que ela seria um substituto perfeito às penas extremamente cruéis até então aplicadas, como açoites corporais, mutilações, queima do condenado a fogo, entre outras, e que poderia ser um meio adequado para se conseguir a reforma do delinquente, além, obviamente, das vantagens econômicas que proporcionava.

Não obstante, com o passar do tempo e com o aumento rápido e excessivo da população carcerária, bem como com o progressivo desinteresse econômico, social e político por essa população, além do alto índice de reincidência, o ideal otimista que caracterizava a prisão desapareceu, dando lugar a uma total descrença quanto a sua utilidade e efetividade, e ao retorno de um pensamento extremamente vingativo e punitivista que remonta aos primórdios da humanidade.

Com efeito, a pena de prisão em si passa por um período de crise que não se limita às fronteiras de um único país. Por todo o mundo, debates são travados acerca de sua validade e efetividade, questionando-se, principalmente, sua capacidade de obter algum efeito positivo sobre o condenado.

A fundamentação teórica sobre a qual se assentam os argumentos que indicam a ineficácia da pena privativa de liberdade pode ser, conforme ressalta BITENCOURT¹⁸⁶, sinteticamente resumida em 02 (duas) premissas:

A primeira refere-se à óbvia contradição existente entre a prisão e os objetivos que a ela se pretende atribuir. Ora, parece estranho que se busque fazer social, ou seja, que se pretenda integrar condenado à sociedade para que com ela possa viver harmonicamente segregando-o dessa mesma sociedade. Indaga-se, portanto, se seria possível preparar alguém para viver em uma comunidade livre privando esse alguém de sua liberdade e submetendo-o a um ambiente antinatural, artificial e hostil.

E é justamente porque a prisão carrega consigo contradições fundamentais e paradoxos insuperáveis que muitos acreditam que a solução do problema é a extinção da pena de prisão. O que não se tem, entretanto, é uma alternativa a esse modelo: não se conhece, ainda, uma forma de se lidar com os conflitos sociais que atingem os bens jurídicos mais relevantes se não por meio do Direito penal e, sobretudo, da pena de prisão.

Por outro lado, sob um ponto de vista menos radical, porém igualmente importante, tem-se que o fracasso da pena de prisão como instrumento ressocializador não está em sua natureza ou essência, mas na forma em que, na prática, se concretiza essa sanção.

O ambiente carcerário, antes de ser um ambiente reabilitador, afigura-se como um ambiente embrutecedor. Os maus-tratos ainda presentes, a superlotação dos estabelecimentos penais, a falta de condições mínimas de salubridade e de higiene, a falta de assistência material, médica, jurídica, social, educacional e até religiosa, o ócio, o regime alimentar deficiente e os abusos sexuais são alguns dos fatores que tornam o ambiente carcerário propício à violência, à brutalidade, impedindo qualquer efeito positivo sobre o apenado.

E essas graves deficiências atingem prisões em todo o mundo: de países desenvolvidos a subdesenvolvidos, a ofensa à dignidade humana é rotineira e o que se verifica, em grande parte deles, é a crueldade e desumanização existente no ambiente carcerário.

¹⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 162.

Aqui, filiamo-nos àqueles que aderem à segunda premissa, que acreditam que, acima do debate teórico, está a realidade prática; que o problema das prisões está além de sua natureza contraditória e sim na sua execução. Como bem ressaltou BITENCOURT¹⁸⁷:

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 plano muito inferior, o aspecto principal da pena privativa de liberdade, que é o da 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 a merece: o momento final e problemático, que é o do cumprimento da pena institucional. Na verdade, a questão da privação de liberdade deve ser abordada em função da pena tal como hoje se cumpre e se executa, com os estabelecimentos penais que temos, com a infraestrutura e dotação orçamentária de que dispomos, nas circunstâncias atuais e na sociedade atual. 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.

Pois bem, o Brasil, não obstante a Lei de Execuções Penais e suas disposições que, como visto, cumprem a função humanizadora da pena e contribuem para a harmônica integração do condenado à comunidade¹⁸⁸, não é exceção aos países em que a pena de prisão passa por uma profunda crise e descredito quanto a sua efetividade.

Com uma população carcerária de mais de 400 mil presos, a realidade do sistema carcerário brasileiro está longe de ser a mais adequada. Desde superlotação à falta de condições mínimas de salubridade, os estabelecimentos penais no país enfrentam problemas de todas as espécies e, sendo um ambiente inapropriado à reabilitação de qualquer delinquente, caracterizam-se, atualmente, pelos altos índices de reincidência, evasões e mortes.

E tudo isso se resume em dados bastante alarmantes divulgados pela Comissão de Sistema Prisional, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública do Conselho Nacional do Ministério Público que, após inspeção em 1598 estabelecimentos prisionais, concluiu pela superlotação, presença de drogas, rebeliões e condições desumanas nas prisões brasileiras.

¹⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 162.

¹⁸⁸ MOURA, Maria Thereza de Assis. Execução Penal e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In. Rascovski, Luiz (Coord.). *Temas Relevantes de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 173.

O levantamento feito por promotores destacou a capacidade de ocupação dos estabelecimentos penais, a forma como os presos são separados, a ocorrência de fugas e a disciplina, bem como o respeito aos seus direitos e a efetiva assistência prestada pelos órgãos estatais. Abaixo, reproduzem-se os principais dados constantes no relatório apresentado pela Comissão¹⁸⁹.

a) Capacidade de ocupação:

Os 1.598 estabelecimentos inspecionados possuem capacidade para 302.422 pessoas, mas abrigavam, em março de 2013, um total de 448.969 presos. O déficit é de 146.547 ou 48%. A superlotação é registrada em todos as regiões do país e em todos os tipos de estabelecimento (penitenciárias, cadeias públicas, casas do albergado, etc). O déficit de vagas é maior para os homens. O sistema tem capacidade para 278.793 pessoas do sexo masculino, mas abrigava 420.940 homens presos em março de 2013. Para as mulheres, são 23.629 vagas para 28.029 internas.

b) Separações:

As inspeções verificaram que a maior parte dos estabelecimentos não faz a separação dos presos prevista na Lei de Execuções Penais. Segundo o relatório, 1.269 (79%) estabelecimentos não separam presos provisórios de definitivos; 1.078 (67%) não separam pessoas que estão cumprindo penas em regimes diferentes (aberto, semiaberto, fechado); 1.243 (quase 78%) não separam presos primários dos reincidentes. Em 1.089 (68%) locais, não há separação por periculosidade ou conforme o delito cometido; em 1.043 (65%), os presos não são separados conforme facções criminosas. Há grupos ou facções criminosas identificados em 287 estabelecimentos inspecionados (17%).

c) Fugas, integridade física dos presos e disciplina:

Entre março de 2012 e fevereiro de 2013, foram registradas 121 rebeliões, 23 das quais com reféns. Ao todo, houve 769 mortes, das quais 110 foram classificadas como homicídios e 83 como suicídios. Foram registradas 20.310 fugas, com recaptura de 3.734 presos e o retorno

¹⁸⁹ Disponível em <http://www.cnmmp.mp.br/portal/noticia/3486-dados-ineditos-do-cnmmp-sobre-sistema-prisional?highlight=WyJwZW5pdGVuY2lkdTAwZTFyaWFzIlI0>> Acesso em 02.nov.2013.

espontâneo de 7.264. Os casos em que presos, valendo-se de saída temporária não vigiada, não retornam na data marcada, são computados como fuga ou evasão. Houve apreensão de drogas em 654 locais, o que representa cerca de 40% dos estabelecimentos inspecionados.

No quesito disciplina, o relatório mostra que 585 estabelecimentos (37%) não observam o direito de defesa do preso na aplicação de sanção disciplinar. Em 613 locais (38%), o ato do diretor da unidade que determina a sanção não é motivado ou fundamentado; em 934 (58%), nem toda notícia de falta disciplinar resulta em instauração de procedimento. As sanções coletivas foram registradas em 116 estabelecimentos (7%). Em 211 (13%) locais não é proporcionada assistência jurídica e permanente; em 1.036 (quase 65%), não há serviço de assistência jurídica no próprio estabelecimento.

d) Assistência material, saúde e educação:

Quase metade dos estabelecimentos (780) não possui cama para todos os presos e quase um quarto (365) não tem colchão para todos. A água para banho não é aquecida em dois terços dos estabelecimentos (1.009). Não é fornecido material de higiene pessoal em 636 (40%) locais e não há fornecimento de toalha de banho em 1.060 (66%). A distribuição de preservativo não é feita em 671 estabelecimentos (42%). As visitas íntimas são garantidas em cerca de dois terços do sistema (1.039 estabelecimentos).

Cerca de 60% dos estabelecimentos (968) não contam com biblioteca; falta espaço para prática esportiva em 756 locais (47%) e para banho de sol (solário) em 155 (10%).

Como se observa a realidade dos estabelecimentos prisionais no Brasil está muito distante de ser a ideal. Em um ambiente com tantos problemas, afigura-se extremamente difícil ou até mesmo impossível a implantação e execução de programas que visem a reabilitação do condenado e sua harmônica integração à sociedade. Não obstante, não se trata de uma questão sem solução. É sim uma questão complexa e que demanda esforços não apenas governamentais, mais também de todos os setores da sociedade. E o primeiro passo, sem dúvida, é entender quais os fatores que impedem um correto funcionamento do sistema prisional para, então, buscar alternativas viáveis à efetiva mudança dessa realidade.

3.3.4 Crise do sistema penitenciário brasileiro: algumas causas.

As causas que originam as deficiências na prisão e que, conseqüentemente, causam efeitos negativos sobre os condenados são das mais variadas espécies. Não se pretende, aqui, esgotar um tema de tamanha complexidade, mas apenas elencar algumas das causas mais importantes e perceptíveis que tornam o ambiente carcerário um ambiente embrutecedor e hostil, no qual parece impossível a reabilitação de qualquer ser humano. Assim, serão tratados, aqui, o fenômeno da prisionização, a estrutura descentralizada do sistema penitenciário, o desinteresse político por referido sistema, a falta de profissionais qualificados e a existência de facções criminosas, alguns fatores que, como se verá, impedem que os ideais humanitários incorporados à Lei de Execuções Penais efetivamente se concretizem.

3.3.4.1 O fenômeno da prisionização

Ao ser condenado à pena de reclusão e encaminhado a um dos estabelecimentos penais destinados ao cumprimento de referida pena, o delinquente, além de ser privado de sua liberdade de ir e vir, perdendo o direito de exercer livremente suas ações, passa, com o decorrer do tempo, a incorporar uma série de normas formais e informais que lhe são impostas e a integrar um novo contexto social, levando-o a lidar com diferentes aspectos da vida na prisão.

Com efeito, existem alguns problemas que são inerentes à própria natureza da pena privativa de liberdade, como o isolamento do preso em relação à sua família, a sua segregação da sociedade, a convivência forçada no meio delinquente, o controle de todos os seus atos a todo tempo e as relações que estabelece com o pessoal penitenciário, ora de subordinação e disciplina, ora de assistência.

E esses problemas estão diretamente relacionados com um fenômeno denominado prisionização, cujo termo foi cunhado por Donald Clemmer, em sua obra *The Prison Community*, publicada em 1940, para explicar como os indivíduos se adaptam ao encarceramento.

Clemmer foi um dos primeiros a estudar e documentar os efeitos psicológicos que a vida na prisão pode ter sobre os presos. O estudo de Clemmer foi o resultado de uma carreira que durou mais de 30 anos de trabalho nas prisões, além de ter se tornado a base para mais pesquisas sobre os efeitos sociais e psicológicos do cárcere.

A ideia de prisionização, embora não se confunda com o conceito de assimilação, com ele guarda semelhanças. Assimilação, segundo THOMPSON, é o processo lento, gradual, mais ou menos consciente, pelo qual a pessoa adquire o bastante da cultura de uma unidade social, na qual foi colocada, a ponto de se tornar característico dela¹⁹⁰. A partir disso, é possível definir o fenômeno da prisionização como a adoção, em maior ou menor grau, do modo de pensar, dos costumes e dos hábitos do cárcere, ou seja, da cultura geral da penitenciária¹⁹¹.

Em verdade, todo recluso sucumbe, de alguma maneira, à cultura da prisão. Conforme explica THOMPSON¹⁹²,

O primeiro passo, e o mais obviamente integrativo, diz respeito a seu *status*: transforma-se, de um golpe, numa figura anônima de um grupo subordinado; traça as roupas dos membros desse grupo; é interrogado e admoestado; logo descobre que os custodiadores são todo-poderosos; aprende as classes, os títulos e os graus de autoridade dos vários funcionários; e, usando ou não a gíria da cadeia, ele vem a conhecer seu significado; embora possa manter-se solitário, termina por referir-se, ao menos em pensamento, aos guardas como os *samangos*, aos médicos como *receitador de roda de jipe* (aspirina) e usar os apelidos locais para designar os indivíduos; acostuma-se a comer apressadamente e a obter alimento através dos truques usados pelos que lhe estão próximos. De outras maneiras, o preso novo *desliza* para dentro dos padrões existentes: aprende a jogar ou aprende novas maneiras de fazê-lo; adquire comportamento sexual anormal; desconfia de todos; olha com rancor os guardas e, até, os companheiros etc. Em suma, vem a aceitar os dogmas da comunidade.

Em verdade, a cadeia é um sistema de poder totalitário formal, com o qual o detento é controlado 24h por dia, sem alternativa de escape. Extramuros, o princípio é considerar lícito tudo não expressamente interdito, enquanto na cadeia, a lei é considerar proibido todo que não autorizado¹⁹³.

¹⁹⁰ THOMPSON, Augusto. *A questão Penitenciária*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 23.

¹⁹¹ *Id Ibidem*. p. 23.

¹⁹² *Id Ibidem*. p. 23-24.

¹⁹³ *Id Ibidem*. p. 43.

A prisão, neste sentido, diferencia-se das demais instituições da sociedade justamente por se constituir em uma instituição total que, conforme explica GOFFMAN¹⁹⁴,

(...) pode ser definida como um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos em situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, leva uma vida fechada e formalmente administrada.

Com efeito, a prisão rompe com todas as barreiras que separam as diversas esferas da vida cotidiana: alimentação, trabalho, descanso e lazer, as quais passam a se dar em um mesmo local e sob uma única autoridade. No cárcere todas as atividades são desempenhadas sempre em horários pré-estabelecidos e na companhia de grande número de pessoas, todas tratadas de modo igualitário e obrigadas a trabalharem em conjunto a fim de atender os objetivos da instituição que, primordialmente, acaba sendo a manutenção da ordem e disciplina, não obstante devesse ser a reabilitação dos condenados.

E é desse ambiente superficial, controlado integralmente e ininterruptamente, que surge o fenômeno da prisionização. Com efeito,

Nenhum ser humano normal aceita naturalmente um poder totalitário que o controla 24 horas por dia. Daí, emergem entre os presos um poder informal e uma cultura paralela, definindo regras, costumes, uma ética própria e até mesmo critérios e condições de felicidade e sobrevivência. Não é descabido conjecturar-se sobre um pacto latente, não verbalizado, entre esses dois sistemas de poder, a fim de se garantir a tranquilidade, ainda que aparente, perante a sociedade e a opinião pública, da instituição prisional. Constitui-se pois, assim, um ambiente artificial, do qual ninguém gosta, num primeiro momento, mas ao qual todos, com o tempo, acabam aderindo, de uma forma ou de outra. Desta adesão, surge a prisionização, a qual pode atingir não só os presos, como a Direção, os Agentes de Segurança e, quem sabe, até os próprios técnicos¹⁹⁵.

A vida na prisão e a adesão aos costumes e hábitos que lá se estabelecem, ou seja, à cultura da prisão, acarreta aos presos, a depender do tempo de duração da reprimenda, uma verdadeira desorganização da personalidade, caracterizada pela perda da identidade e aquisição de uma nova; sentimento de inferioridade; empobrecimento psíquico, consistente na pobreza de

¹⁹⁴ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. 8ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2013. p. 11.

¹⁹⁵ SÁ, Augusto Alvino de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. Prefácio Vico Mañas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 115.

experiências, por exemplo; infantilização e regressão, manifestadas, entre outras coisas, pela dependência, pela busca de proteção, inclusive, religiosa, e pela projeção da culpa no outro¹⁹⁶.

Não obstante todos os efeitos negativos ocasionados pela prisionização, deve-se ter em mente, como já mencionado, que se trata de um fenômeno inerente à própria natureza da vida carcerária e, portanto, inevitável. Seus efeitos, porém, podem e devem ser minorados, diante de uma estrutura penitenciária adequada que vise, primordialmente, uma harmônica integração do condenado à sociedade.

3.3.4.2 A estrutura descentralizada do sistema penitenciário

Não bastassem os efeitos ocasionados pela prisionização que, como dito, são inevitáveis, no Brasil, os presos, sejam provisórios ou não, sofrem, ainda, com problemas decorrentes da própria estruturação do sistema prisional e da má gestão da coisa pública.

Com efeito, o sistema prisional brasileiro é caracterizado pela descentralização, ou seja, cada unidade da federação trata do tema de forma autônoma e diversa. Nada obstante, no âmbito federal observa-se a presença do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), com função de propor diretrizes à política penitenciária, e o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), como órgão executor da política penitenciária. Independente disto, referida política não segue os mesmos padrões nas unidades federativas, mormente porque não se trata de uma questão que os governos colocam necessariamente como meta da Administração.

Além disso, cada unidade da federação possui um orçamento próprio, cabendo às respectivas Casas Legislativas, a partir de proposta dos Executivos locais, determinar qual o montante será destinado ao sistema prisional, o que, a evidência, faz com que, em alguns Estados, os estabelecimentos prisionais possuam melhor infraestrutura, com maior número de pessoal e condições materiais do que outros.

¹⁹⁶ SÁ, Augusto Alvino de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. Prefácio Vico Mañas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 116.

Ademais, a descentralização, não raras vezes, impede que políticas bem-sucedidas em um estabelecimento penal sejam repetidas em outros e que experiências exitosas sejam trocadas entre eles.

O próprio Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária reconhece essa discrepância no tratamento dado por cada unidade federativa à questão penitenciária e, ainda, a falta de consonância com as diretrizes da política penitenciária nacional, destacando a inexistência de uma política uma de integração social dos egressos do sistema prisional, sendo que apenas alguns Estados possuem ações pontuais nesse sentido, bem como o fato de que as unidades federativas têm construído as mais esdrúxulas e improvisadas estruturas para abrigar pessoas presas.

Com efeito, constatam-se celas sem nenhuma ventilação, iluminação ou incidência de sol e com pé direito baixo em localidades com médias de temperatura de 30 a 40 graus Celsius. Há, também, unidades que só possuem celas, sem espaço para visitas, atividades educativas ou laborais, administrativas ou alojamento para funcionários. Ou, ainda, unidades superequipadas com corredores gradeados, sistemas inteiramente automatizados, várias antessalas de segurança, grades entre presos e profissionais de saúde, paredes triplas e metros de concreto armado abaixo da construção para abrigar presos acusados de furto, roubo e pequenos traficantes, tudo a demonstrar a má gestão da coisa pública¹⁹⁷.

Em razão disso, propõe o CNPCP, nestes pontos específicos, a elaboração e implantação de um programa integrado com outros Ministérios e Poderes, que envolva ações sociais, familiares, educacionais e laborais; o incentivo fiscal para empresas que contratem egressos; e a efetiva assistência à educação, a capacitação profissional e laboral nas unidades prisionais, vinculando-as com ações para os egressos. Além disso, sugere o estabelecimento de padrões de pequena, média e grande complexidade para as construções prisionais, garantindo-se os espaços sejam pensados a partir das necessidades das pessoas que os habitam, que nele trabalham e que os visitam. As estratégias de segurança devem ser garantidas sem desrespeitar o desenvolvimento sadio e seguro da vida¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Plano Nacional de Política Penitenciária, disponível em <[¹⁹⁸ Plano Nacional de Política Penitenciária. *Id. Ibidem.*](http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID={E9614C8C-C25C-4BF3-A238-98576348F0B6}¶ms=itemID={D1903654-F845-4D59-82E8-39C80838708F};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}> Acesso em 1º.dez.2013.</p></div><div data-bbox=)

3.3.4.3 O sistema penitenciário como tema de agenda política

Outro problema, não menos importante, refere-se à questão política. O sistema penitenciário não faz parte da agenda dos políticos. Como o crime é algo que assola a sociedade, a qual enxerga as unidades prisionais como um gasto público exacerbado com criminosos, o sistema penitenciário não é um tema que atrai eleitores e, portanto, é deixado de lado na hora de se estabelecer as prioridades do governo.

Por certo, os investimentos públicos em políticas criminais voltadas ao sistema penitenciário são extremamente necessários para o aperfeiçoamento de todo o sistema, com vistas a lhe proporcionar maior efetividade.

Neste ponto, deve-se deixar claro que a questão não se limita a maiores investimentos públicos, mas abrange, principalmente, o uso racional dos recursos públicos. Como bem identificou o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária¹⁹⁹, um grave entrave para o desenvolvimento de políticas públicas nessa área é a corrupção existente em todas as dimensões da execução da política criminal e penitenciária. Além disso, não se deve olvidar que, a partir das dificuldades da justiça criminal ou do uso abusivo da prisão, muitos serviços que se tornaram economicamente rentáveis, como o mercado das tecnologias de segurança, das administrações prisionais, das construtoras especializadas em estruturas de segurança pública, da alimentação para prisões, dos profissionais autônomos, entre outros, o que gerou interesses que acabam se sobrepondo às finalidades da pena e ao bom desenvolvimento do sistema prisional.

Outro entrave relevante diz respeito ao fato de que de que muitos políticos utilizam a questão carcerária para atrair votos e uma maior aceitação do eleitorado, afastando-se totalmente dos ideais humanitários que devem reger a execução penal, das finalidades da pena e, ainda, das necessidades de planejamento e gestão do sistema prisional.

¹⁹⁹ Plano Nacional de Política Penitenciária, disponível em <[http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID={E9614C8C-C25C-4BF3-A238-98576348F0B6}¶ms=itemID={D1903654-F845-4D59-82 E8-39C80838708F};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}](http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID={E9614C8C-C25C-4BF3-A238-98576348F0B6}¶ms=itemID={D1903654-F845-4D59-82 E8-39C80838708F};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>)> Acesso em 1º.dez.2013.

Neste sentido, refere-se o CNPCP²⁰⁰ ao fato de que a legislação criminal e penitenciária muitas vezes tem sido construída com base na criminologia midiática e no populismo penal. Foram assim a lei dos crimes hediondos, originada pelo sequestro de um empresário, e posteriormente pelo assassinato de uma atriz, e a lei que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado, motivada por rebeliões sucessivas.

É necessária, neste ponto, maior coerência legislativa, com discussões qualificadas nas casas legislativas que contem com a participação dos diversos setores da sociedade, além de melhora nas condições de gestão da justiça criminal e, principalmente, maior previsibilidade na gestão orçamentária.

3.3.4.4 A falta de profissionais especializados/qualificados

Destaca-se, ainda, a ausência de profissionais habilitados a gerir uma unidade prisional. Muitas vezes, estão à frente de estabelecimentos prisionais policiais militares ou civis, cuja formação é totalmente distinta daquela necessária à boa gestão do respectivo estabelecimento. Enquanto tais profissionais são formados para combater o crime e o criminoso, a administração de uma unidade prisional exige uma visão mais social, ou seja, o profissional deve enxergar o preso como um integrante da sociedade, provisoriamente apartado dela, mas que retornará e deverá integrar o corpo social, adaptando-se e respeitando as regras de convívio.

Sobre a falta de pessoal técnico formado e habilitado para gerirem os estabelecimentos prisionais, bem destacou ALVINO AUGUSTO DE SÁ²⁰¹:

O que existe é a falta de pessoal realmente *vocacionado* (...). E a falta de pessoal vocacionado deve-se ao profundo desprestígio dessa área profissional e desprestígio do cárcere. Desprestígio fomentado seja por parte dos órgãos oficiais, seja por parte da sociedade. E esses discursos unicamente destrutivos, que a única coisa que sabem pregar são as famigeradas falências, justamente colaboram para incrementar esse desprestígio e, portanto, para agravar ainda mais a situação.

²⁰⁰ Plano Nacional de Política Penitenciária. disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID={E9614C8C-C25C-4BF3-A238-98576348F0B6}¶ms=itemID={D1903654-F845-4D59-82-E8-39C80838708F};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>> Acesso em 1º.dez.2013.

²⁰¹ *Criminologia clínica e psicologia criminal*. Prefácio Vico Mañas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 113.

Diante disto, já sugeria Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária²⁰², através do Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, aprovado 26 de abril de 2011, a criação, em caráter emergencial, da Escola Nacional Penitenciária (ESPEN) com atribuições de pesquisa, ensino e intercâmbio que possam desenvolver e orientar os Estados com respeito a uma metodologia nacional na área prisional, garantido o respeito aos Direitos Humanos e o cumprimento das leis e tratados internacionais.

Conforme o CNPCP²⁰³, seria necessário, ainda, fomentar a criação e implantação, nos Estados, de quadros de carreira do pessoal administrativo, especializado, de instrução técnica e de vigilância; promover o estudo sobre a viabilidade de criação, em âmbito federal, estadual e municipal, da carreira de agentes responsáveis pela fiscalização e pelo monitoramento do livramento condicional, do trabalho externo e das penas alternativas, para acompanhar os condenados em liberdade condicional, os presos em trabalho externo, em qualquer regime de execução, e os condenados a penas alternativas à prisão; e promover estudos para realizar concurso público para diretores de unidades prisionais.

E atendendo a essas necessidades, o Ministério da Justiça editou a portaria 3.123, publicada no DOU de 05 de dezembro de 2012, criando a Escola Nacional de Serviços Penais (ESPEN), cujas atribuições são exatamente fomentar e apoiar, em nível estadual e distrital, cursos de capacitação inicial e continuada, graduação, pós-graduação, mestrado e doutorado voltado aos servidores que atuam no sistema prisional, contribuindo para a melhoria de resultados e desempenhos das diversas funções nele abrangidas; promover, em cooperação com a Diretoria do Sistema Penitenciário Federal, as atividades de formação inicial e continuada dos servidores do Sistema Penitenciário Federal, diretamente ou mediante convênio; e cooperar com as diversas Escolas de Gestão Prisional das Unidades da Federação, ou espaços institucionais correspondentes, compartilhando informações e construindo alternativas que possibilitem o fortalecimento de suas práticas (artigo 4º, incisos I, II e III). São também atribuições da ESPEN estabelecer padrões de seleção e desempenho para os servidores que atuam em todos os níveis do sistema prisional, além de estimular o desenvolvimento profissional e a introdução de práticas inovadoras em matéria prisional por meio de programas

²⁰² Plano Nacional de Política Penitenciária, disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID={E9614C8C-C25C-4BF3-A238-98576348F0B6}¶ms=itemID={D1903654-F845-4D59-82E8-39C80838708F};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>> Acesso em 1º.dez.2013.

²⁰³ Plano Nacional de Política Penitenciária. *Id. Ibidem.*

de extensão universitária, de estágios supervisionados e de intercâmbio de técnicos, discentes e docentes, com entidades e organismos nacionais e estrangeiros (artigo 4º, incisos IX e X).

A ESPEN foi instituída no âmbito do Departamento Penitenciário Nacional, justamente por se tratar do órgão executor da Política Penitenciária Nacional, ao compete, portanto, colaborar com as Unidades Federativas para a qualificação do pessoal que atua no sistema prisional.

O que se pretende, em verdade, é atribuir a um pessoal qualificado à difícil tarefa de gerir o sistema prisional brasileiro, incluídos aqui todos os estabelecimentos penais existentes, evitando-se, assim, arbitrariedades, abuso de poder, bem com a prática de violência, tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes. Objetiva-se, antes de tudo, que o respeito à dignidade dos presos e seus familiares por meio da valorização dos profissionais do sistema prisional.

3.3.4.5 A existência de facções criminosas nos presídios

O outro ponto refere-se à existência, não raras vezes, de facções criminosas no interior do estabelecimento penal, o que dificulta sobremaneira a administração do respectivo estabelecimento e impõe um regime rigoroso de segurança, com comprometimento evidente da garantia de direitos dos presos.

Conforme dados obtidos pela Comissão de Sistema Prisional, Controle Externo da atividade Policial e Segurança Pública do Conselho Nacional do Ministério Público, anteriormente descritos, há grupos ou facções criminosas identificados em 287 estabelecimentos dos 1598 inspecionados, o que equivale a uma medida de 17%.

É evidente que nesses lugares em que a presença ativa de facções criminosas é muito mais difícil implementar políticas voltadas ao tratamento digno do preso e a sua reintegração social. Aliás, nesses locais a própria segurança dos profissionais que ali trabalham é colocada à prova. Cria-se um ambiente de tensão permanente que atinge não apenas os presos, mas também a Direção, os Agentes Penitenciários e todos aqueles que trabalham no estabelecimento penal. A relação entre os presos e pessoal penitenciário fica extremamente

comprometida, dificultando sobremaneira a prevenção especial positiva que deve predominar no ambiente carcerário.

Em verdade, os problemas existentes no sistema prisional brasileiro, uma vez detectados, como os então mencionados, devem ser enfrentados e, quando não eliminados, devem ser minorados, a fim de que se possa efetivamente estabelecer uma execução orientada finalisticamente, em que os direitos e garantias individuais do preso não atingidos pela sentença penal sejam, de fato, preservados.

4. ALTERNATIVAS VIÁVEIS: A NECESSÁRIA ATUAÇÃO ESTATAL NA REALIDADE PRISIONAL

Como visto, a realidade dos estabelecimentos penais brasileiros encontra-se muito distante daquela preconizada nas Regras Mínimas de Genebra e na própria Lei de Execução Penal. As penitenciárias e cadeias públicas, principalmente, longe de promoverem a reabilitação social do preso, oportunizando meios para que possa reintegrar-se à comunidade a qual está vinculado de maneira harmoniosa, afiguram-se como ambientes hostis e embrutecedores.

O aumento da população carcerária, a falta de investimentos humanos e materiais nos presídios, o domínio de facções criminosas e os efeitos da própria prisionização, são apenas alguns dos problemas, dentre tantos outros, que terminam por obstaculizar a finalidade preventivo-especial da pena, em caráter positivo ou ressocializador, que deve prevalecer durante o cumprimento da sanção.

Não obstante, é necessária e urgente a mudança desse cenário. Trata-se, evidentemente, de uma questão complexa que não será resolvida por meio de soluções simplistas. Mas não é e nunca foi uma questão sem solução.

O primeiro passo, evidentemente, refere-se à atuação estatal, em suas três esferas de Poder²⁰⁴. No que tange ao Poder Executivo²⁰⁵, deve-se consignar que todas as políticas públicas²⁰⁶ demandam uma liderança governamental em todas as instâncias e não é diferente quando se trata da política criminal e penitenciária. É necessário que os governos (federal e estaduais), a partir de diretrizes uniformes, impulsionem significativas mudanças no tratamento dado aos delinquentes desde o momento em que ingressam no cárcere até o momento em que, alcançando a liberdade, possam tomar as rédeas de sua própria vida. Para tanto, é imprescindível a elaboração e execução de políticas públicas voltadas à ressocialização do

²⁰⁴ A Constituição federal consagrou em seu artigo 2º a tradicional tripartição de Poderes, ao afirmar que são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

²⁰⁵ O Poder Executivo constitui órgão constitucional cuja função precípua é a prática dos atos de chefia do estado, de governo e administração (Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 468).

²⁰⁶ Segundo Fernando Aith, política pública é a atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado Democrático de Direito e à promoção e proteção de direitos (Cf. AITH, Fernando. *Políticas Públicas de Estado e de Governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos*. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006).

preso, além de investimentos em políticas sociais, porquanto é sabido que as desigualdades na distribuição da renda, além de influenciarem o aumento da criminalidade, ocasionam, não raras vezes, o retorno ao mundo do crime. Trata-se de priorizar as medidas do Estado Social em detrimento das medidas do Estado Penal.

Quanto ao Poder Legislativo, exige-se de seus parlamentares uma maior coerência na elaboração de leis em matéria penal e penitenciária. Devem-se privilegiar as alterações legislativas que tenham como resultado a garantia de direitos individuais e o estabelecimento da pena de prisão como *ratio extrema*. Paulatinamente, devem-se evitar retrocessos legislativos, caracterizados pela edição de leis com base na criminologia midiática e no populismo penal.

Em relação ao Poder Judiciário, forçoso reconhecer a necessidade de uma mudança de postura no que tange à atuação de seus membros. Como se verá adiante, há nas penitenciárias e cadeias públicas brasileiras diversos criminosos que, não obstante tenham sido condenados definitivamente, não necessitariam estar encarcerados. A despeito da legislação vigente, que estabelece penas alternativas à prisão, além da possibilidade de suspensão condicional da pena, verifica-se que muitos Magistrados optam por penas privativas de liberdade de curta duração, como se tal postura fosse a solução da criminalidade. Diante disto, é necessário que todos os Juízes, principalmente aqueles que atuam na condução do processo criminal e sentença, tenham conhecimento da política criminal e penitenciária estabelecida para o país e assumam a responsabilidade que lhes cabe na execução de referida política.

Neste ponto, cumpre registrar que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, baseado na garantia da cidadania e na responsabilidade do Estado e da própria sociedade, aprovou, em 26 de abril de 2011, o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, cujas diretrizes são a redução das taxas de encarceramento, a descriminalização de condutas, a formulação de modelos distintos de prisões para cada segmento, o combate à seletividade penal, a busca de menos justiça criminal e mais justiça social, o investimento na justiça restaurativa, o empoderamento da população para busca de solução dos conflitos, a priorização de penas alternativas à prisão, a eleição do sistema prisional como problema central, o fortalecimento do Estado na gestão do sistema penal, o combate de todos os níveis da corrupção, o enfrentamento da questão das drogas nas suas múltiplas dimensões (social, econômica, de saúde, criminal), o fortalecimento do controle social sobre o sistema penal e,

finalmente, a construção de uma política, de um método e de uma gestão específica para o sistema prisional.

Agora, essa radical mudança na política criminal e penitenciária do país que pretende estabelecer o CNPCP apenas será possível, como demonstrado acima, com a atuação do Estado, abrangidos os órgãos de seus três Poderes. Além disso, toda e qualquer mudança em uma política pública, seja ela qual for, apenas atinge os resultados esperados se contar a participação da sociedade. Na verdade, é indispensável que haja uma preparação política prévia, a qual abarca a preparação social e política da comunidade em geral ou sociedade para a mudança das políticas públicas adotadas pelo país.

E quanto mais radical for a mudança proposta, como é o caso da questão penitenciária em que se deseja abandonar uma política de endurecimento penal e centralização da prisão e do aparato policial, vigente durante longa data, para se adotar uma política com foco na cidadania e preservação dos direitos humanos, tanto mais decisiva a preparação política. Sem ela, a legislação necessária se esgotará em realizações pontuais ou em realizações que não gerarão uma transformação duradoura²⁰⁷.

4.1 A Participação da Sociedade no Processo de Ressocialização do Preso como Exercício da Cidadania

Desde a Constituição Federal de 1988 verificam-se avanços na participação cidadã, nas mais diversas áreas. Em verdade, a Carta Magna brasileira é fruto de um processo intenso de transformações da sociedade, em um contexto de mobilização, politização e multiplicação de associações e movimentos sociais jamais vista na história do país. E foi justamente em função dessa mobilização que a Constituição consolidou direitos sociais, direitos das minorias e um modelo participativo de democracia²⁰⁸.

²⁰⁷ MATHIESEN, Thomas. *Juicio a la prision*. Prologo de Eugenio Raúl Zaffaroni. Revisión Técnica Mario Cariolano. Tradución Amanda Zamuner. 1º ed. Buenos Aires: Ediar, 2003. p. 258.

²⁰⁸ RIBEIRO, Hécio. Constituição, Participação e Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs). *O Direito e as Políticas Públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 47.

Assim, ao longo de seu texto trata a Carta cidadã de institutos de participação como os conselhos, comissões, audiências públicas, consultas públicas, referendo e plebiscito, instrumentos concretos de diálogo entre a sociedade e a Administração Pública.

Agora, esse modelo participativo acarreta necessariamente a cooperação entre Estado e sociedade, bem como entre os próprios cidadãos, principalmente na formulação e execução das políticas públicas, voltadas à promoção e proteção dos direitos de cidadania²⁰⁹. E isto inclui, obviamente, a política criminal e penitenciária.

Neste ponto, cumpre ressaltar que a Constituição Federal estabelece expressamente em seu artigo 144 que a segurança pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos. Em outras palavras,

(...) nós, os brasileiros, estabelecemos por intermédio de nossos representantes, uma regra elementar: cada homem e cada mulher que habita este país tem o direito à segurança pública e, ao mesmo tempo, é responsável para que esse direito seja alcançado e se concretize na nossa vida cotidiana. Ou seja, você, leitor, tem o direito à proteção do Estado, mas é também responsável pela realização de sua vida num ambiente de segurança, que pressupõe harmonia, compreensão, tolerância, paz, sossego público, enfim, condições para o exercício de uma cidadania plena²¹⁰.

Com efeito, nos casos em que o Estado desempenha o chamado *ius puniendi* (direito de punir), mais precisamente quando aplica uma pena privativa de liberdade ao culpado da prática de um crime, também aí importa a atuação direta da comunidade. A prisão do condenado, por um lado, materializa a prevalência do direito de todos à segurança pública. Por outro, impõe que todos assumam sua responsabilidade para o correto funcionamento do sistema prisional e alcance da finalidade primordial da pena que é a reintegração social do condenado. Ora, o que pretende a sociedade ao autorizar que o Estado imponha tão gravosa pena a um indivíduo senão que expie a sua culpa e que retorne ao convívio social de maneira harmoniosa?

²⁰⁹ No século XX, a partir da obra de Marshall, *Cidadania, classe social e status*, houve uma superação definitiva das amarras conceituais político-jurídicas da cidadania liberal, operando-se um alargamento do conceito de cidadania, passando-se a entendê-la como um conjunto de direitos civis, políticos e sociais (SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Dimensões da Cidadania. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público*. Novos Direitos e Proteção da Cidadania. ano 2, p. 16, janeiro/junho-2009).

²¹⁰ SILVA, Haroldo Caetano da. *A participação comunitária nas prisões*. p. 01 – disponível em <

Não obstante, considerando que a pessoa que é levada presa é submetida a condições de vida que nada tem a ver com as de uma pessoa livre – o recluso é privado de tudo que um adulto faz ou deve fazer usualmente, além de ser submetido a limitações que o adulto não conhece (fumar, beber, ver televisão, comunicar-se a qualquer tempo e com quem deseja, manter relações sexuais, etc.); perde totalmente a privacidade, é ferido em sua autoestima e, não raras vezes, submetido a condições degradantes – imperioso que se estabeleça um processo de interação entre o cárcere e a sociedade, a fim de que os presos se reconheçam na sociedade externa e possam manter vínculos com a comunidade a qual pertencem, concretizando-se assim a finalidade ressocializadora que legitima a pena de prisão.

A despeito da responsabilidade que se impõe à sociedade, atualmente parece que ela está alheia aos problemas do cárcere, preocupando-se mais com o endurecimento das leis penais e, portanto, contribuindo para o aumento das taxas de encarceramento, do que com a reabilitação do indivíduo submetido à pena privativa de liberdade. É como se existisse uma linha natural que dividisse a prisão da sociedade, ou seja, os homens maus dos cidadãos de bem. E essa segregação, levada ao extremo, dificulta sobremaneira a inserção do social e profissional do egresso, além de intensificar a desagregação familiar que naturalmente acontece quando alguma pessoa da família é condenada à pena de prisão, sem contar a influência sobre as taxas de reincidência.

A participação da sociedade no cumprimento da pena é fundamental para a mudança desse quadro, principalmente porque a reintegração do preso à sociedade apenas será possível se ela estiver disposta a recebê-lo.

Considera-se, pois, que a participação social no âmbito do sistema penitenciário pode se constituir como possibilidade de rompimento com a naturalização das condições degradantes e das iniquidades verificadas na prisão. A reflexão sobre o exercício do poder estatal, reflete a preocupação com a alteração do processo centralizador e excludente, características históricas do conjunto de práticas do Estado brasileiro²¹¹.

Em verdade, o envolvimento da sociedade nas atividades de execução da pena é providência que se justifica no principal objetivo do processo de cumprimento da pena de prisão: a

²¹¹ WOLFF, Maria Palma. *Participação social e sistema penitenciário: uma parceria viável?* p. 05 – disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D46457E9-9F45-4EBC-A4C1-5E3D121CC96D}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D{804FBE03-C2B4-48E1-88F7-413DD9D84B83}%3B&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>>> Acesso em 01.12.2013.

harmônica inclusão do condenado. Em razão disso, cabe ao Poder Público recorrer à comunidade para a cooperação nas atividades da execução penal. A participação da comunidade nessa matéria constitui, pois, exercício da cidadania, devendo ser estimulada de modo a amenizar o preconceito em relação ao preso, e no sentido de que seja viabilizada, ao final da execução, a pretendida inclusão do condenado na comunidade²¹².

Neste sentido, é a orientação das Nações Unidas, para quem a prisão “não deve acentuar a exclusão dos reclusos da sociedade, mas sim fazê-los compreender que eles continuam fazendo parte dela. Para este fim, há que recorrer, na medida do possível, à cooperação de organismos da comunidade destinados a auxiliar o pessoal do estabelecimento na sua função de reabilitação das pessoas. Assistentes sociais colaborando com cada estabelecimento devem ter por missão a manutenção e a melhoria das relações do recluso com a sua família e com os organismos sociais que podem ser-lhe úteis” (item 61 das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos).

Entre nós, a Lei de Execução Penal prevê a existência de um Conselho da Comunidade em cada Comarca onde houver pessoas em situação de aprisionamento, o qual deverá representar a comunidade no processo de ressocialização do recluso. Afinal, a reintegração social do preso apenas se viabilizará na medida em que se promover uma aproximação entre ele e a sociedade, ou seja, na medida em que o cárcere se abrir à sociedade e esta, para o cárcere²¹³.

O Conselho da Comunidade é órgão auxiliar do Poder Judiciário, formado por iniciativa do Juiz da Execução (artigo 66, inciso IX da CF) e composto por, no mínimo, um representante de associação comercial ou industrial; um advogado indicado pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil; um Defensor Público; e um assistente social escolhido pela Delegacia seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais (artigo 80). Não obstante, o Conselho poderá, a critério do juiz, ser estruturado com a inclusão de outros profissionais ou pessoas

²¹² SILVA, Haroldo Caetano da. *A participação comunitária nas prisões*. p. 03 – disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D46457E9-9F45-4EBC-A4C1-5E3D121CC96D}&BrowserType =IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D{804FBE03-C2B4-48E1-88F7-413DD9D84B83}%3B&UIPart UID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>> Acesso em 01.12.2013.

²¹³ SÁ, Augusto Alvino de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. Prefácio Vico Mañas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 117.

interessadas além das mencionadas, ou ainda em substituição a elas, quando não estiverem disponíveis (artigo 80, parágrafo único)²¹⁴.

Compete ao Conselho da Comunidade visitar, ao menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na Comarca; entrevistar preso; apresentar relatórios mensais ao juiz da execução e ao Conselho Penitenciário; além de diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento (art. 81).

Como dito anteriormente, cabe à sociedade em geral assumir sua parcela de responsabilidade na prevenção do crime e reparação do delinquente, cabendo ao Conselho da Comunidade, neste sentido, conscientizar e envolver o cidadão livre na atividade da execução da pena. Se comumente a sociedade tem aversão à figura do preso e fomenta o preconceito em relação a ele, contribuindo muitas vezes para o agravamento de sua marginalização, o Conselho da Comunidade deve buscar a neutralização desse fenômeno negativo e das graves consequências provocadas pela pena privativa de liberdade, de forma que seja viabilizada, ao final da execução, a pretendida integração social²¹⁵.

A Lei de Execução Penal prevê, ainda, a figura do Patronato, o qual se caracteriza por ser um órgão colegiado, de formação pública ou particular, que tem por missão prestar assistência aos albergados e aos egressos, atendendo, portanto, os presos que se encontram cumprindo pena privativa de liberdade em regime aberto ou que se encontrem em livramento condicional (art. 78). Incumbe também ao Patronato orientar os condenados à pena restritiva de direitos; fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de final de semana; bem como colaborar no cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional (art. 79).

A finalidade do patronato, como se observa, é auxiliar o ex-recluso ou aquele que está em vias de deixar o cárcere. Ora, se a execução penal tem por objeto a harmoniosa integração social

²¹⁴ BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 2ª ed. ver. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 206.

²¹⁵ SILVA, Haroldo Caetano da. *A participação comunitária nas prisões*. p. 08 – disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D46457E9-9F45-4EBC-A4C1-5E3D121CC96D}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D{804FBE03-C2B4-48E1-88F7-413DD9D84B83}%3B&UIP artUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>> Acesso em 01.12.2013.

do condenado, é fundamental que haja um órgão destinado a acolher e prestar apoio àquele que passou parte de sua vida na prisão²¹⁶. E este suporte é dado justamente pelo Patronato.

Como se observa, os Conselhos da Comunidade e os Patronatos possibilitam a ação direta da comunidade desde o início de cumprimento da pena até o reingresso do recluso ao convívio social. Tratam-se, pois, de mecanismos que permitem a efetiva atuação da sociedade civil nas questões do cárcere, seja para humanizá-lo, seja para que as pessoas que lá estão possam retornar ao convívio social a partir de uma perspectiva mais inclusiva. E inclusão, para os presos ou egressos do sistema penitenciário, não é apenas a possibilidade de sobrevivência material fora do mundo do crime, mas de crescimento pessoal e gestão de um projeto de vida. Incluir-se é poder incidir na sociedade, superando as barreiras que definem os que são mais ou menos cidadãos; é ter a efetivação dos direitos legalmente garantidos, mas também a possibilidade real de aceitação da diversidade e a possibilidade de exercer a participação social e política²¹⁷.

Dá porque a atuação tanto dos Conselhos quanto dos Patronatos deve ser fortalecida, para que não fiquem a serviço da função assistencialista tão somente, mas sim a serviço do aprendizado para a cidadania.

Agora, para que haja uma efetiva mudança na realidade prisional brasileira é necessária, além da efetiva participação cidadã, a redução das taxas de encarceramento, o que apenas pode se dar, como se verá na sequência, com a eliminação das penas privativas de liberdade de curta duração, adotando-se medidas alternativas à prisão. Isto porque uma sociedade racional dedicada a ideais humanitários não pode escapar ao dever de procurar sempre melhores formas de punição²¹⁸.

²¹⁶ SILVA, Haroldo Caetano da. *A participação comunitária nas prisões*. p. 07 – disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D46457E9-9F45-4EBC-A4C1-5E3D121CC96D}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D{804FBE03-C2B4-48E1-88F7-413DD9D84B83}%3B&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>> Acesso em 01.12.2013.

²¹⁷ WOLFF, Maria Palma. *Participação social e sistema penitenciário: uma parceria viável?* p. 05 – disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D46457E9-9F45-4EBC-A4C1-5E3D121CC96D}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D{804FBE03-C2B4-48E1-88F7-413DD9D84B83}%3B&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>> Acesso em 01.12.2013.

²¹⁸ SYKES, Gresham M. *Crime e Sociedade*. Trad. de Walter Pinto. Rio de Janeiro: Bloch, 1969. p.82.

4.2 A Eliminação das Penas de Prisão de Curta Duração: A Necessária Aplicação de um Direito Penal de *Ultima Ratio*

A busca por soluções para os problemas enfrentados pelo sistema penitenciário brasileiro, além de exigir – como dito – uma mudança na postura dos cidadãos livres e, portanto, uma participação ativa da sociedade na formulação de políticas públicas dessa natureza, requer uma mudança na postura do próprio Poder Legislativo nacional.

Com efeito, o legislador brasileiro tem a tendência de promover, em clara política eleitoreira, uma verdadeira inflação legislativa, editando normas penais incriminadoras e majorando penas desmedidamente, em atenção ao clamor social que brada por um endurecimento das leis penais. Trata-se, em verdade, de uma questão puramente retórica: quanto mais a população sente-se insegura, mais clama pela atuação do Direito Penal; e quanto mais o legislador incrementa a legislação penal, em atenção ao eleitorado, mais a população sente-se insegura e mais a sanção criminal perde sua força intimidativa, gerando grande descrédito no sistema criminal.

Ao final, o resultado é um só: o aumento das taxas de encarceramento, o qual não vem acompanhado da redução na criminalidade, da redução da taxa de reincidência ou mesmo da maior sensação de segurança por parte da população. O que se verifica, ao revés, são estabelecimentos penais superlotados e sem as mínimas condições de salubridade.

Não obstante, o Brasil, como um Estado social e democrático de Direito não pode perder de vista a função da pena e também a função do próprio Direito Penal, ambas intrinsecamente ligadas, conforme já esboçado.

Assim, considerando que a função do Direito Penal, extraída dos princípios constitucionais e dos fundamentos teórico-estatais da Democracia, é a proteção subsidiária de bens jurídicos, imperioso admitir que somente se deve recorrer à intervenção punitiva estatal em situações extremas, quando resultar indispensável para a tutela dos bens mais relevantes para a vida do indivíduo e para a sociedade.

A princípio, portanto, deve-se relegar aos demais ramos do Direito a disciplina das relações jurídicas, sendo o Direito Penal a última saída, *a ultima ratio*. Isto porque a gravidade dos

meios que o Estado emprega na repressão do delito, bem como a drástica intervenção que realiza nos direitos mais fundamentais da pessoa, impõe que haja limites ao poder punitivo.

Neste sentido, o princípio da intervenção mínima ou da *ultima ratio*

Orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são essas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade²¹⁹.

Portanto, a lógica do Estado democrático apenas pode ter como horizonte a redução do sistema penal, o que não quer dizer, entretanto, que devemos buscar, em todo momento, a descriminalização de condutas, mais sim que devemos garantir, em definitivo, a legitimidade e eficiência da intervenção punitiva, ou seja, que esta apenas ocorra quando seja absolutamente necessária para a proteção dos cidadãos²²⁰.

E, ainda quando houver a necessidade da intervenção punitiva, o Estado, como Estado Democrático, não poderá permanecer alheio aos princípios da dignidade humana e às finalidades da pena privativa de liberdade.

O que se pretende dizer, em última análise, é que a intervenção punitiva estatal, em sua forma mais gravosa, qual seja a privação da liberdade, apenas deve ocorrer quando estritamente necessária e quando possa atender à finalidade preventivo-especial positiva ou ressocializadora.

A pena de prisão, portanto, por ter consequências danosas tanto para o condenado, como para seu grupo familiar e para a própria sociedade, deve aparecer como extrema ratio, como a última trincheira contra os comportamentos antissociais. A privação da liberdade deve

²¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. 1 vol. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 17.

²²⁰ SANZ MULAS, Nieves. *Alternativas a la pena privativa de libertad: Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*. Madrid: Colex, 2000. p. 161.

reservar-se, única e exclusivamente, para combater aqueles delitos frente aos quais não cabe reagir de forma eficaz através da imposição de outras penas menos gravosas²²¹.

Logo, nos casos em que, embora indispensável a atuação do Direito Penal, for possível alcançar as finalidades da pena através de sanções menos drásticas que a pena de prisão, cujos efeitos deletérios foram exaustivamente tratados ao longo deste trabalho, o Estado deve fazê-lo.

Em verdade, o que se espera de um sistema punitivo politico-criminalmente bem estruturado, é que a sanção penal mais drástica seja reservada aos autores dos delitos mais graves e que a pequena e médica delinquência seja combatida por meios alternativos à prisão²²².

Porque a função principal do sistema punitivo em um modelo de Estado onde a liberdade se alça como valor primordial está, sem dúvidas, em garantir a máxima dose de liberdade com o mínimo de ingerências. Em alcançar o maior estado de bem-estar e, por isso, a liberdade para todos, restringindo-a o menos possível²²³.

Neste sentido, critica-se fortemente a utilização de penas privativas de liberdade de curta duração, ou seja, a imposição de pena de prisão aos delitos de pequeno e médio potencial lesivo, praticado muitas vezes por criminosos primários e ocasionais, sobre quem os efeitos do cárcere se mostram mais gravosos.

Com efeito,

(...) repudia-se o recurso às penas privativas de liberdade de curta duração, ou seja, uma detenção mínima por um período continuado que não alcance um limite entre seis meses a dois anos. A criminologia demonstrou que toda pena privativa de liberdade de curta duração tem efeitos muito perniciosos. Fundamentalmente, *obstaculiza a reinserção social*. O criminoso perde sua

²²¹ SANZ MULAS, Nieves. *Alternativas a la pena privativa de libertad: Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*. Madrid: Colex, 2000. p. 237.

²²² A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já exigia expressamente que se observasse a proporcionalidade entre a gravidade do crime praticado e a sanção a ser aplicada (artigo 15). No Brasil, o princípio da proporcionalidade foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, em vários dispositivos, tais como a exigência da individualização da pena (art. 5º, XLVI), proibição de determinadas modalidades de sanções penais (art. 5º, XLVII), admissão de maior rigor para as infrações mais graves (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV), além de exigir moderação no que tange às infrações de menor potencial ofensivo (art. 98, I) (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. 1 vol. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 30).

²²³ *Id. Ibidem*. p. 166.

posição de trabalho e familiar, pelo que ao recuperar a liberdade costuma se ver impelido a continuar cometendo crimes. Mesmo VON LISZT liderou iniciativas contra a pena privativa de liberdade de curta duração considerando que produz prejuízos mais graves do que se deixar o criminoso impune. Por outro lado, devemos recordar que uma pena privativa de liberdade de curta duração é demasiado grave quando se trata de delitos menores, e por isso devem ser limitadas²²⁴.

E é justamente em razão da necessidade de se limitar a aplicação da pena de prisão de curta duração que surgiram as penas alternativas à prisão e o instituto da suspensão condicional da pena que serão vistos a seguir.

4.2.1 Realidade atual: as penas restritivas de direitos e a suspensão condicional da pena

Diante da falência da pena de prisão e da constatação dos efeitos deletérios do cárcere, sobretudo quando se trata de criminoso primário ou ocasional, o Código Penal brasileiro e a legislação extravagante, seguindo uma tendência mundial²²⁵, estabelecem mecanismos pelos quais o indivíduo, ainda que condenado criminalmente, não é submetido à pena privativa de liberdade, ao menos num primeiro momento.

Preliminarmente, destacam-se as penas restritivas de direitos que, previstas no artigo 44 do Código Penal, com redação determinada pela Lei nº 9714/1998, constituem penas alternativas à prisão, podendo ser previstas de forma autônoma para alguns delitos ou como penas substitutivas da pena privativa de liberdade. Na primeira hipótese a pena restritiva de direitos é imposta como pena principal, como no caso do Código de Trânsito em que a pena de “suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor” pode ser fixada como penalidade principal, isolada ou cumulada com outras penalidades (artigo 292), ou ainda no caso da Lei de Drogas que prevê penas restritivas de direitos diretamente no preceito secundário como únicas sanções possíveis para o crime de porte de drogas para consumo pessoal (artigo 28); já a segunda hipótese refere-se à possibilidade de, aplicada uma pena de prisão, ser substituída por restritiva de direitos, caso em que o descumprimento injustificado da restrição imposta acarreta a conversão da pena alternativa em pena de prisão. É a solução que prevalece no Código Penal.

²²⁴ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 631.

²²⁵ Cf. Código Penal Espanhol, artigos 33 e 88.

Com efeito, o referido *códex* consagra um amplo sistema de substituição de penas, no qual relega ao Juiz a função de verificar o cabimento da mencionada substituição, bem como a sua suficiência no caso concreto.

Assim, o artigo 59, inciso IV do Código Penal determina que o Juiz, no momento da aplicação da pena, deverá estabelecer a substituição da sanção privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena, se cabível, após observar os seguintes requisitos, presentes no artigo 44 do referido diploma legal:

- a) Quantidade de pena: em caso de crime doloso, a pena privativa de liberdade imposta não pode ser superior a 04 (quatro) anos; em caso de crime culposos, não há limite objetivo para a substituição (inciso I);
- b) Ausência de violência ou grave ameaça (inciso I);
- c) Em regra, o agente não pode ser reincidente em crime doloso (inciso II). Não obstante, o §3º do artigo 44 do Código Penal excepciona a regra possibilitando a substituição em caso de condenado reincidente, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não tenha se operado em virtude da prática do mesmo crime;
- d) Deve ser comprovado que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como que os motivos e as circunstâncias indicam ser suficiente a substituição em comento (inciso III);

Presentes esses requisitos, que são cumulativos, o magistrado irá substituir a pena privativa de liberdade imposta por restritiva de direitos, sendo que, em caso de condenação igual ou inferior a 01 (um) ano, a substituição pode ser feita por multa ou por 01 (uma) pena restritiva de direitos; se superior a 01 (um) ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por 01 (uma) pena restritiva de direitos e multa ou por 02 (duas) penas restritivas de direitos (art. 44, §2º do CP).

Ademais, determina o artigo 60, §2º do Código Penal²²⁶, que em caso de condenação não superior a 06 (seis) meses, a pena privativa de liberdade, pode ser substituída por multa,

²²⁶ Existe divergência quanto à vigência de referido dispositivo legal. Alguns autores entendem que o artigo 60, §2º do Código Penal foi tacitamente revogado, na medida em que previa a substituição da pena privativa de liberdade fixada em até 06 (seis) meses por multa e o artigo 44, §2º do referido *códex*, após alteração legislativa

observados os incisos II e III do artigo 44²²⁷. Tal dispositivo permite, por exemplo, que em casos em que haja violência ou grave ameaça à pessoa e a pena imposta não ultrapasse o limite objetivo determinado (ex. lesão corporal leve, com exceção dos casos de violência doméstica), haja a substituição da pena privativa de liberdade por multa.

Assim, a pena de multa também pode afigurar-se como pena substitutiva da prisão. Aliás, o Código Penal trata a multa de diversas formas: ora como pena cumulada à pena de prisão, ora como sanção alternativa à prisão, casos em que vem estabelecida no próprio preceito secundário do tipo penal (ex. crime de furto e crime de ameaça, respectivamente), e, ainda, como pena substitutiva da pena privativa de liberdade, ocasião em que é tratada pelos artigos 44, §2º e 60, §2º.

A pena de multa vem delineada no artigo 49 do Código Penal, o qual estabelece que referida sanção consiste no pagamento ao Fundo Penitenciário de quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa, que será no mínimo de 10 (dez) e no máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, podendo, no entanto, ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz mesmo quando aplicada no máximo (art. 60 do CP).

Já as penas restritivas de direitos estão elencadas no artigo 43 da Lei Penal Substantiva, sendo elas a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana.

A prestação pecuniária refere-se ao pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não

ocorrida em 1998, passou a prever a possibilidade de substituição da pena de prisão de até 01 (um) ano por multa e, sendo mais abrangente, revogou tacitamente o disposto no artigo 60, §2º. Nesse sentido, confira-se BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. 1 vol. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 602-603. Com isso não concordamos porque a substituição prevista no artigo 44, §2º do Código Penal exige requisitos não exigidos pelo artigo 60, §2º do referido diploma legal, como o crime não ter sido cometido com violência ou grave ameaça. Assim, tratando-se de dispositivo benéfico ao réu e que não foi expressamente revogado, acreditamos na plena vigência do artigo 60, §2º. No mesmo sentido, mas com argumentos distintos, cf. OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.

²²⁷ O dispositivo refere-se à redação antiga do artigo 44 do Código Penal, o qual, ao tratar das penas restritivas de direitos, exigia requisitos similares aos que estão disciplinados nos incisos II e III da redação vigente, diferenciando-se apenas o inciso II que anteriormente impunha como requisito não ser o réu reincidente e, hoje, impõe que ele não seja reincidente em crime doloso.

inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. Não obstante, o valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários (art. 45, §1º do CP). E, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza, como em trabalho em benefício da vítima do delito (art. 45, §2º do CP).

A prestação pecuniária tem um conteúdo claramente econômico, mas diferencia-se da multa porque favorece a vítima, tanto que a quantia paga a ela poderá ser descontada do valor determinado a título de reparação civil, ou entidades que desenvolvem uma função social²²⁸.

Já a perda de bens e valores, regulada no artigo 45, §3º do Código Penal, refere-se à outra opção de sanção pecuniária que recai sobre os bens obtidos licitamente pelo autor do delito (e não sobre os instrumentos do crime, caso tratado pelo artigo 91 do CP) e que tem a função de favorecer o Fundo Penitenciário Nacional, o que aproxima referida sanção diretamente da pena de multa²²⁹. A perda de bem e valores terá como teto o valor máximo do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, por sua vez, é aplicada às condenações superiores a 06 (seis) meses de privação da liberdade e consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado (art. 46, caput e §1º do CP).

Com efeito, como demonstrado ao longo deste ensaio, o trabalho, desde os primórdios, está ligado à prática delitiva como sanção. Primeiro, aparece como pena de trabalhos forçados; depois, em meados do século XIX, tanto o positivismo criminológico italiano como o positivismo jurídico alemão propuseram que fosse utilizado como pena substitutiva; já no século XX propõe-se o trabalho com finalidade pública como substituição das penas de multa, quando o condenado não tivesse bens para pagá-la. Não obstante, essa fórmula de substituição apenas ganhou transcendência quando tratado pelo Projeto Alternativo Alemão de 1966; na

²²⁸ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 639.

²²⁹ *Id. Ibidem*. P. 639.

década seguinte (1972), a Inglaterra aplicou o *Community Service Order* como alternativa à prisão, na busca eficaz contra a superpopulação carcerária²³⁰.

Atualmente, a prestação de serviço à comunidade, cuja natureza é de pena, não deve constituir-se em trabalhos forçados, sanção vedada constitucionalmente (art. 5º, XLVII da CF). Deve, pois, contar com a aceitação do condenado. Se este optar por não cumprir tal pena restritiva de direitos, haverá a conversão em pena de prisão, face ao descumprimento injustificado (art. 44, §4º do CP).

A prestação de serviços pode ocorrer em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, e, ainda, em programas comunitários ou estatais, sendo que serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho. Não obstante, se a pena substituída for superior a 01 (um) ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada (art. 46, §§ 2º, 3º e 4º).

Quanto às penas de interdição temporária de direitos, disciplinadas no artigo 47 do Código Penal, consistem na suspensão de determinados direitos do condenado, devidamente elencados no artigo mencionado. Assim, as interdições temporárias referem-se à proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, no caso de crime cometido no exercício de atividade, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhe são inerentes (art. 56 do CP); à proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público, também nos casos de crimes cometidos no exercício da profissão, atividade ou ofício, sempre que houver violação dos deveres que lhe são inerentes (art. 56 do CP); à suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo, nos casos de crime culposos de trânsito (art. 57 do CP); à proibição de frequentar determinados lugares; e à proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.

²³⁰ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 640.

Por fim, a limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, sendo que, durante a permanência, poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas (artigo 48 do CP).

Como se observa, o marco das penas restritivas prevê a privação de outros direitos que não a liberdade como forma de se alcançar as finalidades da pena, sobretudo a prevenção especial positiva. Tratam-se, pois, de sanções politico-criminalmente necessárias, porque permitem cobrir espaços que requerem uma resposta penal, mas que se pode resolver satisfatoriamente por meio de alternativas à pena privativa de liberdade²³¹.

No que tange à suspensão condicional da pena, igualmente, trata-se de um mecanismo que, a priori, impede o encarceramento, face aos efeitos negativos que o cumprimento da pena de prisão pode ter sobre a reabilitação social do condenado. É um sistema de origem franco-belga, que se denomina *sursis avec à l'épreuve*, mais conhecido como *sursis*, e que se estrutura com base no pronunciamento de uma sentença condenatória efetiva, mas que se suspende a execução, sujeitando o condenado ao cumprimento de uma série de condições durante um período de tempo determinado²³².

Entre nós, a suspensão condicional da pena encontra-se disciplinada no artigo 77 do Código Penal e se refere aos casos em que, havendo condenação à pena privativa de liberdade²³³, a execução de referida sanção ficará suspensa, condicionando-se o condenado a um período de prova.

Assim, conforme dispositivo acima citado, em casos de condenação não superior a 02 (dois) anos, a execução da pena de prisão poderá ser suspensa de 02 (dois) a 04 (quatro) anos, observados os seguintes requisitos:

- a) O condenado não pode ser reincidente em crime doloso (inciso I). Não obstante, a condenação anterior à pena de multa não impede a suspensão;

²³¹ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 638.

²³² *Id. Ibidem*. p. 666.

²³³ Conforme artigo 80 do Código Penal, a suspensão condicional da pena não se estende às penas restritivas de direitos nem à multa.

- b) Deve ser comprovado que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como que os motivos e as circunstâncias autorizam a concessão do benefício (inciso II);
- c) Não ser indicada ou cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (inciso III);

Além disso, é possível a suspensão condicional da pena em casos de condenação não superior a 04 (quatro) anos, desde que o condenado seja maior de 70 (setenta anos de idade), ou razões de saúde justifiquem a suspensão, que será de 04 (quatro) a 06 (seis) anos (art. 77, §2º do CP).

Pois bem, uma vez suspensa a execução da pena de prisão, o condenado, durante o prazo da referida suspensão, ficará sujeito ao cumprimento de condições estabelecidas pelo juiz. Segundo artigo 78 do Código Penal, no primeiro ano do prazo deverá o condenado prestar serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana. Não obstante, se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do artigo 59 do referido código²³⁴ forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência mencionada pela aplicação cumulativa das seguintes condições: proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização judicial; e comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. É possível, ainda, que a sentença especifique outras condições.

A suspensão condicional da pena, no entanto, é revogada obrigatoriamente se, no curso do prazo de suspensão, o beneficiário é condenado por crime doloso em sentença irrecorrível; se não executa a pena de multa ou se não repara o dano injustificadamente; e, também, se descumpre as condições previstas para o primeiro ano de suspensão, acima mencionadas (art. 81 do CP).

A revogação, entretanto, pode ser facultativa se o beneficiário descumpre qualquer outra condição imposta para o prazo de suspensão que não aquelas determinadas para o primeiro ano ou se é condenado definitivamente por crime culposo ou por contravenção, à pena

²³⁴ 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 a reprovação e prevenção do crime: (...).

privativa de liberdade ou restritiva de direitos (art. 81, §1º do CP). Nestes casos, o juiz pode, ao invés de decretar a revogação, prorrogar o período de prova até o máximo, se este não foi fixado (art. 81, §3º do CP).

A lei determina, ainda, que se o beneficiário estiver sendo processado por crime ou contravenção penal, o prazo de suspensão será prorrogado até decisão definitiva (art. 81, §2º do CP).

E, findando-se o prazo de suspensão sem que tenha havido revogação, considera-se extinta a punibilidade do réu (art. 82 do CP).

4.2.2 A Fixação de penas alternativas no preceito secundário do tipo penal

Como se pode observar no tópico acima, o sistema jurídico-penal brasileiro contempla, ao menos teoricamente, mecanismos eficazes no combate à imposição de penas privativas de liberdade de curta duração, quais sejam as penas restritivas de direitos e a suspensão condicional da pena.

Reconhece-se, por um lado, que a prisão fracassou em seus objetivos declarados: em sua formulação atual, é incapaz de ressocializar e acaba por produzir efeitos claramente negativos sobre os reclusos. Por outro, se reconhece a necessidade de reformulação do sistema, afastando-se a onipresença da prisão e estabelecendo penas e medidas alternativas, a fim de que sejam atendidos os preceitos constitucionais relativos à proporcionalidade entre a gravidade do delito e a sanção a ser aplicada.

Não obstante, ainda se verifica a presença no sistema carcerário de inúmeras pessoas que poderiam cumprir sanções alternativas ou mesmo que poderiam ter sido beneficiadas com a suspensão condicional da pena. Isto porque a aplicação das penas restritivas de direitos e a suspensão da pena de prisão são relegadas à discricionariedade do juiz que, analisando os requisitos previstos em lei, determina ou não a substituição da sanção privativa de liberdade por pena alternativa ou suspende a sua execução. Ocorre que alguns desses requisitos são extremamente abertos e permitem ao magistrado manejá-los de maneira incongruente, distanciando-se da finalidade pela qual esses mecanismos substitutivos da prisão foram

inseridos no sistema, qual seja a de permitir a prevenção geral e especial, sem submeter o delincente aos efeitos deletérios do cárcere.

Assim, por exemplo, exige os artigos 44 e 77, ambos do Código Penal, para substituição da prisão por pena restritiva de direitos ou para a suspensão condicional que esteja comprovado que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como que os motivos e as circunstâncias indicam ser suficiente quaisquer das medidas; ou, ainda, no caso da substituição da pena por restritiva de direitos, que referida medida apenas se aplique ao reincidente se for socialmente recomendável. Diante disto, se observa com frequência a negativa de aplicação de tais mecanismos, sob os mais diversos argumentos que são ‘encaixados’ na dicção na lei.

Ocorre que a não aplicação das penas e medidas alternativas à prisão, como bem detectou o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária²³⁵, agrava a superlotação e impede a concentração de esforços no combate aos crimes de maior gravidade pelo sistema prisional. Ademais, não se pode olvidar dos efeitos negativos que o encarceramento acarreta aos presos, principalmente àqueles que cometeram delitos de pequeno e médio potencial ofensivo, muitas vezes primários e ocasionais, aos quais são impostas penas de curta duração. O tempo em que são submetidos ao cárcere não é suficiente para a ressocialização, mas é o bastante para impor a eles todos os estigmas decorrentes da prisão, afastando-os do trabalho, da família e da convivência em sociedade.

O sistema prisional, portanto, necessita urgente de uma reformulação. O cárcere deve ser reservado aos delitos mais graves e os estabelecimentos penais, em especial as penitenciárias e cadeias públicas, devem ser estruturados com vistas a proporcionar ao recluso sua ressocialização. Aos delitos de pequeno e médio porte, ao revés, devem ser reservadas penas e medidas menos gravosas.

Não obstante, tal reformulação exige a superação da dicotomia discursiva que está estabelecida entre a pena de prisão e a pena não privativa de liberdade, reconhecendo que elas fazem parte de um mesmo sistema e que uma não se sobrepõe a outra. Em verdade, um

²³⁵ Plano Nacional de Política Penitenciária, disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID={E9614C8C-C25C-4BF3-A238-98576348F0B6}¶ms=itemID={D1903654-F845-4D59-82E8-39C80838708F};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>> Acesso em 1º.dez.2013.

sistema jurídico-penal proporcional como o que aqui se adota requer que as penas alternativas sejam concebidas como sanções principais, proporcionais à gravidade dos delitos e com o consequente desenvolvimento de princípios que guiarão sua aplicação em função de sua própria severidade e não em comparação à gravidade da prisão.

De fato, dados os efeitos claramente negativos que a prisão tem sobre as pessoas em geral, e especialmente pelos responsáveis por delitos de pequena e média gravidade (em seu caso, sancionadas com pequenas de curta duração), é imperiosa a redução de sua utilização não através de mecanismos indiretos durante a fase de individualização da pena ou execução – inevitavelmente tendentes a criar espaços para uma discricionariedade judicial certamente incontrollável – mas sim de forma direta, na mesma configuração típica: no momento da cominação abstrata da ameaça penal²³⁶.

No Brasil, assim como em todos os países em que o Direito Penal é codificado, o tipo penal é estruturado da seguinte maneira: em um preceito primário, que descreve a conduta violadora da norma penal que se tutela, e em um preceito secundário, que determina qual a pena a ser aplicada no caso em que praticada a conduta descrita no preceito primário, bem como os limites mínimo e máximo para a sua aplicação.

Assim, se desejamos reduzir o recurso à prisão aos seus justos limites, eliminando sua natureza de sanção onipresente frente à delinquência, as penas restritivas de direito devem figurar diretamente no preceito secundário do tipo penal, como pena principal, tarefa que obviamente compete ao legislador. Trata-se de reconhecermos que a falta de aplicabilidade das penas alternativas se dá mais em razão da escassez de sanções distintas ao cárcere configuradas como penas principais, do que pela ausência de meios para aplicá-las ou mesmo em razão de uma eventual ineficiência.

Em verdade, as sanções substitutivas só serão verdadeiras penas a partir do momento em que disponham de um preciso conteúdo sancionatório e de uma autonomia, lógica e normativa, a respeito do modelo detentivo²³⁷. Deve ser feita uma revisão da parte especial do Código Penal, a fim de que sejam cominadas a cada delito sanções mais adequadas, de acordo com a

²³⁶ RODRÍGUEZ MANZANERA, L. *apud* SANZ MULAS, Nieves. *Alternativas a la pena privativa de libertad: Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*. Madrid: Colex, 2000. p. 393.

²³⁷ GIUNTA, F. *apud*. SANZ MULAS, Nieves. *Op. Cit.* p. 395.

escala de valores estabelecida pela Constituição²³⁸, atendendo-se, assim, à proporcionalidade entre a gravidade dos delitos e as sanções previstas, conforme determina a Carta Magna.

O que se pretende, portanto, é elevar as penas restritivas de direitos, em regra penas substitutivas, ao catálogo das penas principais do Código Penal, para que, disfrutando de uma total independência da pena de prisão no momento cominativo, deixem de ser penas substitutivas para serem chamadas simplesmente de penas, caso em que, como verdadeiras penas alternativas à prisão, passarão a funcionar como tais.

A ideia que aqui se defende não é nenhuma novidade. Além de ser amplamente debatida pela doutrina estrangeira²³⁹, e também pela doutrina nacional, representada por RENE ARIEL DOTTI²⁴⁰, foi adotada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária²⁴¹, o qual, ao propor as diretrizes de uma nova política criminal e penitenciária para o Brasil, reconheceu que não é possível conceber, na atualidade, as penas alternativas à prisão como simples complemento do sistema punitivo. Afinal,

(...) nos últimos dez anos a política de penas e medidas alternativas alcançou resultados importantes. Essa experiência elevou as penas e medidas alternativas a outro estágio, de modo que os desafios de hoje são diferentes

²³⁸ Com efeito, o artigo 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988 apresenta um rol de direitos invioláveis e, portanto, garantidos pelo Ordenamento Jurídico brasileiro. Não é, porém, sem nenhum propósito que o legislador constituinte elencou-os na seguinte ordem: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Percebe-se uma evidente gradação de valores estabelecidos na norma constitucional. Com efeito, a vida é o bem jurídico de maior relevância para o homem, sem o qual, nenhum outro direito pode ser exercido. Tais direitos foram, por assim dizer, escalonados de maneira a privilegiar aqueles de maior importância dentro de um Estado Democrático de Direito, onde uma das finalidades primaciais é a dignidade da pessoa humana. Ocorre que é a Constituição Federal que estabelece o conteúdo da norma penal através dos princípios constitucionais de Direito Penal, além de lhe conferir validade no momento em que a recepciona na ordem jurídica vigente. Esses princípios, norteadores do Direito Penal, encontram-se consagrados nos vários incisos do art. 5º da CF/88. Daí se percebe, sem nenhum esforço, o conteúdo programático que deve ser atribuído ao *caput* do dispositivo referido, vinculando os princípios constitucionais de Direito Penal à gradação de valores estabelecida pela redação dada ao *caput*. Um delito que tenha como objeto jurídico a vida, como o homicídio, por exemplo, não deve receber uma punição mais branda que outro crime cujo objeto jurídico seja a propriedade (SHECAIRA, Sérgio Salomão; Jr. Alceu Corrêa. *Pena e Constituição*. Aspectos relevantes para a sua aplicação e execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 93-94).

²³⁹ Neste sentido, confira SANZ MULAS, Nieves. *Alternativas a la pena privativa de libertad: Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*. Madrid: Colex, 2000. p. 389-401.

²⁴⁰ “As alternativas para o sistema de penas constituem meios, métodos e formas de reação ao delito que atuam em todos os momentos do dinamismo penal. Através da *cominação* quando o ordenamento jurídico consagra novas modalidades de sanção; da *aplicação*, quando ao juiz se possibilitam meios para a melhor escolha e medição da pena; e da *execução*, quando os regimes dispõem de condições formais e materiais que atendam aos objetivos gizados pelas diversas medidas de prevenção e repressão à criminalidade” (*Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.475).

²⁴¹ Plano Nacional de Política Penitenciária, disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID={E9614C8C-C25C-4BF3-A238-98576348F0B6}¶ms=itemID={D1903654-F845-4D59-82-E8-39C80838708F};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>> Acesso em 1º.dez.2013.

daqueles que estavam postos quando o atual modelo foi gestado. Nesse novo momento, a condução da política deve ganhar outros contornos para que possa atender às demandas atualmente impostas²⁴².

Aliás, o CNPCP expressamente declara que um novo modelo brasileiro de política criminal e penitenciária requer uma alteração legislativa para promover as penas e medidas alternativas (PMAs) como primeira possibilidade, além de uma ampliação de sua aplicação para outros tipos penais²⁴³.

O CNPCP afirma, ainda, que o aperfeiçoamento do sistema de PMAs, a evidência, afigura-se extremamente importante porque denota uma menor possibilidade de reincidência, mantém os papéis sociais do apenado e sua dignidade, além de possibilitar uma correta individualização da pena. A execução de tal aperfeiçoamento poderia resultar, conforme o CNPCP, numa melhor percepção da sociedade sobre justiça criminal; no envolvimento da sociedade na prevenção da criminalidade; na efetiva redução da reincidência; na redução dos danos do uso da prisão; no aprendizado de comportamentos sociais úteis; e, ainda, na redução do poder de persuasão e de agenciamento de pessoas pelos grupos organizados do crime²⁴⁴.

Com efeito, a adoção de penas alternativas como penas principais revelam, por um lado, as vantagens de se enriquecer o repertório das sanções penais para dar uma resposta adequada ao conflito manifestado pelo delito em cada caso concreto. Por outro lado, a conveniência de se levar a até suas últimas consequências o reconhecimento da pena privativa de liberdade como último recurso entre as sanções penais. E, por último, a utilidade da execução penal em meio social livre²⁴⁵.

Não obstante, a implantação de um sistema sancionatório que contemple simultaneamente penas restritivas de direito e penas privativas de liberdade como sanções principais, previstas diretamente no tipo penal de acordo com sua gravidade, exige, ainda, uma reformulação das sanções cautelares. Isto porque é inútil substituir ou suspender uma pena de prisão de curta duração de alguém que permaneceu cinco ou seis meses em prisão preventiva; e, de outra,

²⁴² Plano Nacional de Política Penitenciária, disponível em <[²⁴³ Plano Nacional de Política Penitenciária . *Id. Ibidem.*](http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID={E9614C8C-C25C-4BF3-A238-98576348F0B6}¶ms=itemID={D1903654-F845-4D59-82 E8-39C80838708F};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}> Acesso em 1º.dez.2013.</p></div><div data-bbox=)

²⁴⁴ Plano Nacional de Política Penitenciária . *Id. Ibidem.*

²⁴⁵ ROBLEDO RAMIREZ, Jorge. *Concepto y principios para la aplicación de los substitutivos penales*. Estudio de su regulacion em España y Mexico. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, S. A., 1996. p. 88.

porque limitar a severidade da prisão é, evidentemente, instrumento necessário para levar a cabo uma política verdadeiramente reducionista de seu uso, dado que a taxa da população carcerária de um país não depende só do número de entradas na prisão, mas também do tempo de permanência na mesma²⁴⁶.

Entre nós, a disciplina legislativa referente ao tema sofreu significativa mudança no ano de 2011, com a Lei 12.403, a qual alterou dispositivos do Código de Processo Penal brasileiro para tornar a prisão medida excepcional durante o curso do processo. A partir da edição de referida lei,

(...) outras medidas cautelares foram somadas à prisão preventiva: comparecimento periódico em juízo, proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, proibição de manter contato com pessoa, proibição de ausentar-se da Comarca, recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, fiança, monitoração eletrônica; e proibição de ausentar-se do país²⁴⁷.

Assim, destaca-se o artigo 282 do CPP, o qual, ao traçar diretrizes para a aplicação das medidas cautelares, dispõe expressamente que a prisão deve ser a considerada a última de todas as medidas, sendo determinada apenas quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, ou seja, excepcionalmente (§6º).

Importa registrar, ainda, que o dispositivo mencionado dispõe textualmente que deverá ser observada a adequação da medida cautelar à gravidade do crime (inciso II), estabelecendo, quanto às medidas cautelares, um sistema proporcional como o que se espera seja instituído na parte especial do Código Penal, na cominação abstrata das penas.

Em verdade, o artigo 282, inciso II do Código de Processo Penal²⁴⁸

²⁴⁶ SANZ MULAS, Nieves. *Alternativas a la pena privativa de libertad: Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*. Madrid: Colex, 2000, p. 255.

²⁴⁷ BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 217.

²⁴⁸ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste título deverão ser aplicadas observando-se a:

I- (...)

II – adequação da medida a gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

(...) tem muito mais uma função de garantia do que de mandato de prisionização. Parece-nos que a finalidade é muito mais evitar medidas cautelares penosas e excessivas para casos menos graves, sem violência, praticados por pessoas de mais idade ou mesmo em situações passionais ou de difícil repetição. Caberá ao Magistrado utilizar de sua máxima prudência para dosar a cautelaridade e decretar a medida que se mostre mais proporcional em termos de garantias individuais e necessidade fática²⁴⁹.

Outro ponto que merece destaque é que a consideração da prisão como última medida, justamente por ser a mais gravosa, não se limita ao momento de determinação da providência cautelar a ser tomada no curso do processo, mas deve perdurar até a decisão definitiva. Tanto é assim que mesmo o descumprimento das medidas cautelares não privativas de liberdade não acarreta imediatamente a decretação da prisão. Ao contrário, no caso de serem descumpridas quaisquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 282, §4º do CPP).

Tal sistemática, inclusive, poderia ser adotada quando da formulação de um sistema sancionatório proporcional na parte especial do Código Penal. Isto porque, a evidência, por mais que haja um esforço de adaptação da pena alternativa às características do condenado, sempre há um risco de descumprimento voluntário. Não obstante, se o objetivo, como reiteradamente demonstrado, é fazer com que a alternatividade funcione e que a prisão deixe de ser a protagonista, eliminando-se as penas privativas de liberdade de curta duração, é necessário deixar de se socorrer a ela toda vez que se pretenda dar seriedade a uma medida alternativa, seja ela uma pena restritiva de direitos, seja ela a suspensão condicional da pena.

Neste ponto, deve-se esclarecer que, embora o conteúdo sancionatório das penas alternativas seja evidentemente menos aflitivo que o da pena de prisão, não se trata de uma benevolência do legislador, mas de um instrumento necessário à persecução de determinados objetivos, quais sejam a concretização de uma política criminal razoável, com um sistema articulado de sanções, além da eliminação da pena de prisão de curta duração. Portanto, as penas não privativas de liberdade, como penas que são, possuem um efeito intimidatório próprio independente da ameaça de prisão.

²⁴⁹ BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. p. 217.

Igualmente, as penas alternativas possuem seu próprio efeito sancionatório e também implicam em restrições a direitos. Por isso, devem estar sujeitas a todas as garantias tradicionais: legalidade, proporcionalidade, intervenção mínima, culpabilidade, contraditório e ampla defesa, ou seja, devem respeitar todos os princípios político-criminais de um Estado social e democrático de Direito.

Essa reformulação do sistema sancionatório que aqui se defende, e já realizada no que tange ao curso do processo, através da determinação legislativa de que sejam aplicadas medidas cautelares não detentivas antes que se recorra à prisão, afigura-se como medida urgente frente às demandas atuais. Por outro lado, apresenta-se de difícil concretização sem que haja uma mudança efetiva da sociedade frente à criminalidade, com o reconhecimento de sua responsabilidade no processo de ressocialização. Sem o apoio social, medidas legislativas dessa magnitude dificilmente serão implementadas.

De toda forma, a formulação de uma política criminal razoável, com a adequação da punição à gravidade do delito, significaria uma revolução do sistema sancionatório parecida àquela que a mais de um século se seguiu à substituição da pena de morte e das penas corporais com a pena de prisão.

Agora, fato é que, ainda que realizada essa revolução, a pena de prisão não será extinta, porquanto não existe, até os dias atuais, nenhum outro instrumento que possa substituí-la quando se tratar de delitos efetivamente graves. E, enquanto a prisão for indispensável, devem-se buscar mecanismos que possam tornar o ambiente carcerário um ambiente propício às finalidades da pena, principalmente à ressocialização. E um desses mecanismos, sem dúvida alguma, é o trabalho, como se verá a seguir.

4.3. O Trabalho nos Estabelecimentos Penais

O trabalho sempre esteve presente na história do Direito penal: desde os primórdios e durante muito tempo, foi utilizado como pena, sendo os delinquentes submetidos a trabalhos forçados.

Etmologicamente falando, o vocábulo trabalho vem de *tripalium*, que era aquele tridente utilizado para cutucar os animais e, em seguida, os escravos²⁵⁰²⁵¹. Diante disto, o trabalho não era visto como algo positivo e tampouco valorizado. Era, pois, reservado as camadas mais débeis da sociedade e, neste sentido, aos delinquentes, que eram forçados aos trabalhos mais penosos e cruéis.

Em verdade,

“(...) durante séculos, o Estado explorou o trabalho nas prisões sem dar qualquer recompensa ao sentenciado. O criminoso não passava de máquina de produção. Alimentavam-no apenas para que ele produzisse. Sua pena se eternizava. Não era libertado nunca, pois o Estado despótico não pretendia perder tão preciosa mão de obra. Escraviza-se, portanto, o trabalho. Encontramos um exemplo frisante no ergástulo dos gregos e romanos. O reclamo de braços, ocorrido pela expansão geográfica, determinava essa espécie de comercio”²⁵².

Não obstante, com o passar do tempo, e principalmente com a transição de uma sociedade feudal para uma sociedade moderna, caracterizada pela ascensão burguesa, houve uma sensível alteração no que diz respeito à própria compreensão do trabalho na vida social, passando a estar vinculado à ideia de mérito: qualquer um que honestamente se aplicasse no trabalho poderia ganhar seu pão de cada dia e até mesmo ascender socialmente.

Com efeito,

²⁵⁰ GUERREIRO, Hermes. *Da função social do trabalho prisional*. In Anais do Seminário Internacional: O Sistema penitenciário brasileiro e o trabalho do preso/recuperando: dilemas, alternativas e perspectivas. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2002.

²⁵¹ Com efeito, a grande maioria dos pesquisadores parece ter batido o martelo em relação a origem da palavra trabalho: ela viria de *tripalium* (ou *trepalium*), que era, a princípio, um instrumento utilizado na lavoura. Em fins do século VI, este passou a ser também o nome de um instrumento romano de tortura. Argumenta-se que daí surgiu o termo *tripaliare* (ou *trepaliare*), que significava acometer alguém ao *tripalium*. Mesmo antes de ser associada aos elementos de tortura medieval, trabalhar significava a perda da liberdade. Quem trabalhava em Roma era o escravo; o patrício estava incumbido das atividades políticas. Era também essa a divisão que chegou ao medievo. A sociedade estava dividida entre os *bellatores*, os *oratores* e os *laboratores*. Os primeiros eram os cavaleiros, responsáveis pela guerra (a palavra tem mesma raiz do nosso *bélico*); os seguintes, oravam; e os últimos trabalhavam. Na prática, esta divisão era social: a nobreza (que depois viria a perder essa característica da guerra), a igreja e os camponeses. Foi ainda nesse período que a palavra passou a ser resignificada. Ao passar para a Baixa Idade Média, muitas foram as transformações sociais ocorridas na Europa. Da origem, a palavra trazia a noção ser um suplício, uma tortura, uma condição inferior. Foi com a retomada da urbanização e o comércio em substituição a uma economia fechada que as funções dos *laboratores* passaram a ser mais valorizadas. Ao entrarmos no século XVI, com o Renascimento, os sistemas econômicos e o Estado passam a um novo patamar. Cria-se uma economia mundializada onde o trabalho passa ao seu papel de importância máxima. E aí começa outra mudança: de tarefa para os não livres, passa a ser um enobrecimento, uma atividade humana importantíssima (Disponível em <http://www.ufrgs.br/e-psico/subjetivacao/trabalho/etim_trab.htm> Acesso em 01. Nov. 2013).

²⁵² CAMPOS, Washington Luiz de. *O direito do trabalho nas prisões*. São Paulo: Siqueira, 1952. p. 40.

(...) para os nobres poderosos, que viviam do trabalho dos outros e da guerra, a necessidade de trabalhar para viver era calamidade comparável às circunstâncias de um homem desapropriado, plenamente consciente de que seu trabalho nunca o levaria a galgar uma posição social melhor. A burguesia, entretanto, conseguiu tornar-se próspera através de sua indústria²⁵³.

E essa radical mudança influenciou diretamente a noção relativa ao trabalho penitenciário: a laborterapia passou a ser vista como um mecanismo de eficiência, de relevância na execução penal.

Lançou-se o movimento no sentido de tornar o trabalho a alavanca do sistema penitenciário. A fórmula vitoriou-se em definitivo, como dissemos, no século XVIII. Nos dias atuais a ideia se consagrou. (...) Preconizou-se o trabalho como elemento de cura, com feição científica. Dignificou-se, pois, essa espécie de trabalho. E, assim, o direito social invadiu as prisões e, hoje, tende a amparar o labor presidiário. (...) Reforma-se a concepção jurídica do braço do recluso. Institui-se o salário nas prisões, o pecúlio dos condenados, a fim de que possam, ao deixar a vida presidiária, dispor de recursos ao encaminhamento no convívio dos homens livres. Projeta-se prestar assistência a suas famílias²⁵⁴.

Hodiernamente, a finalidade de submeter o apenado ao trabalho não é a de agravar a pena, impondo-lhe aflição maior que a pena privativa de liberdade, mas sim a de respeitar a dignidade humana daquele que possui capacidade para exercê-lo.

A Lei de Execução Penal brasileira, em seu artigo 31, apresenta o trabalho como obrigatório ao condenado, e reflexamente é obrigação do Estado disponibilizá-lo a ele²⁵⁵. E essa obrigação advém, como se verá na sequência, justamente da importância que se atribui ao trabalho durante a execução da pena.

²⁵³ RUSCHE, Georg & KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2ª edição. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 55.

²⁵⁴ CAMPOS, Washington Luiz de. *O direito do trabalho nas prisões*. São Paulo: Siqueira, 1952. p. 41-42.

²⁵⁵ BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 2ª ed. ver. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 107.

4.3.1 A importância do trabalho e o instituto da remição de pena

A moderna política penitenciária confere ao trabalho²⁵⁶ grande parte da função ressocializadora que se atribui à pena privativa de liberdade. O trabalho nas prisões, como sabiamente afirmou WASHINGTON já na década de 50, é meio de educação e valorização social do condenado²⁵⁷.

De fato, em uma sociedade capitalista como a nossa, não há forma melhor de inserir o recluso no contexto de desenvolvimento econômico e social da comunidade a qual está vinculado que o trabalho. O tratamento reeducativo pelo trabalho é a educação para o trabalho, como dever social²⁵⁸. Através do trabalho, abre-se ao recluso a possibilidade de assumir responsabilidades para consigo e com sua família, provendo seu sustento e de seus familiares; de tomar seu lugar na sociedade e construir sua personalidade.

Tamanha é a importância do trabalho que, em âmbito internacional, as Regras Mínimas para tratamento dos presos, dispõem sobre o trabalho do recluso, negando-lhe qualquer caráter aflitivo. Reconhecem, por outro lado, que o trabalho destinado aos presos deve estar em consonância com a aptidão física e mental de cada um, observando-se a idade e as pessoas com necessidades especiais. Além disso, o exercício da atividade profissional deve manter ou aumentar a capacidade do detento em prover-se após sua liberação (item 71).

Entre nós, a Lei de Execução Penal trata o trabalho do preso como dever social e condição de dignidade humana, atribuindo-lhe finalidade educativa e produtiva (art. 28). É, portanto, dever (art. 31) e simultaneamente direito (art. 41, II):

Direito em razão de sua íntima conexão com a dignidade humana, no sentido de que o indivíduo tem o direito de se considerar produtivo e assim buscar a construção de sua personalidade. Dever porque o trabalho é indicado pela

²⁵⁶ Referimo-nos, aqui, ao trabalho realizado pelo preso dentro do estabelecimento prisional ou fora dele como meio de integração social. Trata-se de dever a ser cumprido durante a execução de sua pena e simultaneamente de direito intrínseco a sua condição humana. Não se confunde, portanto, com a prestação de serviços à comunidade, espécie de pena alternativa disciplinada pelo artigo 46 do Código Penal. Possuindo a prestação de serviços à comunidade natureza de pena, sua execução não confere ao preso os direitos que adquire ao trabalhar durante o cumprimento de sua pena privativa de liberdade, como o direito à remuneração ou à remição de pena. Neste sentido, *cf.* BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 2ª ed. ver. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 112.

²⁵⁷ CAMPOS, Washington Luiz de. *Op. Cit.* p. 43.

²⁵⁸ ALBERGARIA, Jason. *Comentários à lei de execução penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1988. p. 55.

legislação como instrumento hábil a colaborar na integração social do condenado, objetivo da Lei de Execução Penal (art. 1º)²⁵⁹.

Para o preso condenado definitivamente, o trabalho é obrigatório e deve ser exercido na medida de suas aptidões e capacidades (art. 31, *caput* da LEP), sendo que a inobservância do trabalho é considerada falta grave e acarreta, ao preso, a perda de uma série de benefícios. Já para os presos provisórios, o trabalho é facultativo e apenas pode ser exercido no interior do estabelecimento prisional (art. 31, parágrafo único da LEP).

Quanto à obrigatoriedade do trabalho aos presos condenados, poder-se-ia questionar a sua constitucionalidade. Não obstante, entende-se que essa exigência não afronta a Constituição Federal porque *trabalho obrigatório* não equivale a *trabalho forçado*. Este último, vedado pela Carta Magna, seria aquele alcançado mediante coação física, o que em nada se parece com o regime adotado pela Lei de Execução Penal, onde o condenado é instado a trabalhar e pode aceitar ou não, hipótese em que será considerado faltoso e desmerecedor de uma série de benefícios²⁶⁰.

A jornada de trabalho dos presos não será inferior a 06 (seis) nem superior a 08 (oito) horas, devendo ser observado o descanso nos domingos e feriados (art. 33, *caput*). Devem ser observadas, ainda, as precauções relativas à segurança e à higiene (art. 28, §1º).

E como expressamente estabelece a Lei de Execução Penal (art. 28, §2º), o trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, porquanto a relação de trabalho constituída não retrata um acordo de vontades regido pelo direito privado. Não obstante, referido trabalho deverá ser remunerado (art. 29).

Com efeito, reconhece-se, hoje, por toda a parte que os presos conservam todos os direitos que não são afetados pela perda da liberdade. Trata-se de ultrapassar o entendimento desumano, que tem estado mais ou menos implícito no sistema, de que a perda da liberdade para o preso acarreta necessariamente a supressão de seus direitos fundamentais.

²⁵⁹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano; FULLER. Paulo Henrique Aranda. *Legislação Penal Especial*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 12.

²⁶⁰ *Id Ibidem*. p. 12.

Assim, ao detento que trabalhar será devido um salário que, segundo o artigo 29 da Lei de Execução Penal, não poderá ser inferior a três quartos do salário mínimo. Essa remuneração, que será proporcional ao período trabalhado, deverá atender à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; à assistência à família; às pequenas despesas pessoais; e ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado; o restante será depositado, em caderneta de poupança, para a constituição do pecúlio, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade (art. 29, §§1º e 2º).

No que tange à determinação de que a remuneração do preso deverá ser o equivalente a 75% do salário mínimo vigente, algumas ponderações não de ser feitas.

Como reiteradamente mencionado, a imposição de uma pena não acarreta ao preso a perda de seus direitos não afetados pela privação da liberdade, logo, não há porque receber menos que os trabalhadores livres. O indivíduo, quando preso, preserva sua capacidade laborativa e, uma vez que esteja efetivamente produzindo, tem o direito de receber por seu trabalho o mínimo estabelecido constitucionalmente.

Isso nos faz acreditar, assim como ALEXIS COUTO DE BRITO²⁶¹, que o artigo 29 da Lei de Execução Penal merece uma interpretação à luz da Constituição Federal de 1988, reconhecendo-se a sua não recepção pela nova ordem constitucional. Ora,

O direito ao trabalho é previsto constitucionalmente no artigo inaugural do texto maior. O art. 1º da Constituição Federal eleva à condição de valor fundamental do Estado brasileiro o valor social do trabalho e da livre iniciativa. Como direito fundamental é exposto no art. 5º, XIII, como a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Ainda que a Lei de Execução Penal afirme que o trabalho é obrigação imposta ao condenado, na relação jurídica penitenciária de mão dupla, não pode ser olvidado como um direito, com todas as prerrogativas que recebe do texto constitucional. Por isso discordamos das incongruências quanto à retribuição aquém do salário mínimo e do não cabimento de férias, remuneração extraordinária, dentre outras prerrogativas assentes aos demais trabalhadores.

Muitas das regras previstas na Consolidação das Leis Trabalhistas foram elevadas a preceitos constitucionais, com a Carta de 1988. Entre elas, o *salário mínimo*.

²⁶¹ BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 2ª ed. ver. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 110.

(...) embora o trabalho do preso não esteja sujeito à Consolidação das Leis do Trabalho conforme expressamente dispõe o art. 28, §2º, da Lei de Execução Penal, estará sujeito aos direitos constitucionalmente previstos e não atingidos pela condenação. Se o recluso exercer atividade laboral, nada impede, ao contrário, o ordenamento impõe o atendimento aos preceitos constitucionais relativos ao trabalho²⁶².

Ademais, como dito anteriormente, a execução penal deve orientar-se finalisticamente – perseguir a finalidade primordial da pena, qual seja a prevenção especial positiva –, focada sempre na garantia da cidadania. Com isto se quer dizer que, durante a execução, o preso deve ser visto como pessoa, ou melhor, como um ser digno, titular de direitos humanos. E, certamente, não há dignidade alguma em rebaixar-se o valor do vencimento, rebaixando-se igualmente a qualidade de trabalhador do recluso²⁶³.

Como bem afirmou FRAGOSO²⁶⁴,

“Existe um direito ao trabalho que se projeta, inclusive, sobre a família do preso, cujo sustento dele depende. O trabalho é condição de dignidade pessoal. Tem de ser remunerado como trabalho livre, com direito à previdência social e a seguro contra acidentes, com garantias efetivas.”

Em âmbito internacional, embora as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos estabeleça apenas que o trabalho dos presos deve ser remunerado de modo equitativo (item 76, número 1), sem maiores especificações, verifica-se que diversos países têm reconhecido os direitos do trabalhador preso na mesma medida em que se reconhece os direitos do trabalhador livre. A Espanha, por exemplo, reconhece aos reclusos o direito à remuneração pelo trabalho não inferior ao salário mínimo vigente para aquela atividade profissional que desenvolve (artigo 147, itens 1 e 2 do Regulamento Penitenciário).

No Brasil, alguns Estados caminham no sentido de nivelar o trabalho carcerário com o trabalho livre, principalmente no que tange à remuneração. Neste sentido, dispõem a Constituição Estadual do Rio de Janeiro²⁶⁵ e, mais recentemente, o Decreto n. 1609/2013 do Estado do Mato Grosso²⁶⁶.

²⁶² BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 2ª ed. ver. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 110-111.

²⁶³ *Id. Ibidem*. p. 111.

²⁶⁴ FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. *Direito dos Presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 33.

²⁶⁵ Art. 27 - O Estado garantirá a dignidade e a integridade física e moral dos presos, facultando-lhes assistência espiritual, assegurando o direito de visita e de encontros íntimos a ambos os sexos, assistência médica e jurídica,

Agora, além da questão relativa à remuneração, cumpre consignar que o trabalho conferido ao preso deve ser útil. Isto porque se a função essencial da pena, ao menos na fase de execução, é a reintegração do condenado à sociedade, tem-se que o trabalho não pode ser visto apenas como fenômeno fundamental para o preso, a fim de mantê-lo ocupado e, assim, impedir que pense em ‘bobagens’ e pratique violência intramuros: ele deve ter vistas ao futuro. A questão primordial é, em verdade, saber se o condenado, ao sair da prisão, vai conseguir sustentar a si e a sua família com o aquilo que aprendeu a fazer no cárcere.

Neste sentido, determina a Lei de Execução Penal, em seu artigo 32, que na atribuição do trabalho deverão ser levadas em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado.

Para fins de reinserção social, portanto, o trabalho do preso deve refletir aquele da sociedade livre, referindo-se a uma atividade útil e rendosa, que lhe proporcione sustento próprio e auxílio à família, além de mantê-lo ligado ao papel social familiar atribuído ao homem livre. O aprendizado e a experiência acumulados devem, pois, possibilitar ao preso um emprego ao sair da instituição²⁶⁷.

Além de todo o potencial reabilitador que possui o trabalho, na medida em possibilita ao recluso um mecanismo eficiente de reintegração social, o exercício de atividade laborativa durante o cumprimento da pena permite ao preso que diminua o tempo de encarceramento inicialmente atribuído na sentença, o que se dá através do instituto da *remição*.

aprendizado profissionalizante, trabalho produtivo e remunerado, além de acesso a dados relativos ao andamento dos processos em que sejam partes e à execução das respectivas penas.

(...)

§ 3º - O trabalho do presidiário será remunerado no mesmo padrão do mercado de trabalho livre, considerando-se a natureza do serviço e a qualidade da prestação oferecida.

²⁶⁶ O Decreto n. 1609, de 07/02/2013, publicado no DOE da mesma data, disciplina a criação e implantação de unidades produtivas intramuros ou extramuros, bem como os procedimentos de contratação, remuneração, gratificação e destinação de valores de mão-de-obra dos presos do regime fechado e semiaberto do Sistema Penitenciário de Mato Grosso, por meio da atuação da Fundação Nova Chance. Assim, referido Decreto dispõe em seu artigo 10:

Art. 10º. A Fundação Nova Chance, após a verificação do atendimento das condições estipuladas nos artigos 7º e 8º deste Decreto, encaminhará para assinatura do representante legal do tomador de serviço o instrumento legal, onde estarão estipuladas as obrigações do interessado.

I - efetuar o pagamento igual ou superior a um salário mínimo vigente no País por preso contratado;

(...)

§ 2º A remuneração do trabalho do preso poderá ser feita por produtividade, desde que assegurado o recebimento mínimo previsto no § 1º, inciso I, deste artigo.

²⁶⁷ FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. *Direito dos Presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 105.

Disciplinada no artigo 126 da Lei de Execução Penal, a remição permite ao condenado submetido ao regime fechado ou semiaberto que diminua sua pena por meio do trabalho, na razão de 01 (um) dia de pena por 03 (três) dias de trabalho, sendo o tempo remido computado como pena cumprida, para todos os efeitos (art. 128).

Trata-se, em verdade, de um estímulo ao preso e simultaneamente do reconhecimento, pelo Estado, do direito e vontade do recluso de exercer um trabalho. Isto porque, ao passo que o instituto da remição da pena atrai os condenados ao trabalho, porquanto permite diminuir o tempo de prisão através do exercício de atividade laborativa, por outro se afigura como *benefício* concedido ao preso que, dedicando-se ao trabalho, demonstra sua vontade de retornar harmoniosamente à comunidade a qual está vinculado, assumindo responsabilidades e construindo uma nova personalidade.

Não obstante, para que seja possível a plena aplicação do instituto da remição, é imprescindível que a execução da atividade laboral tenha caráter formal e regular, com controle de horário e continuidade diária, cabendo ao estabelecimento que acolher o preso durante seu horário de trabalho manter um registro detalhado da entrada, da saída e da atividade exercida, bem como dos dias trabalhados. Exige-se, portanto,

(...) cautela para que este trabalho tenha sido determinado ou esteja sendo concretamente acompanhado pela autoridade administrativa. Assim, os casos excepcionais de trabalho aos sábados, domingos e feriados deverão ser contados, se realizados com este acompanhamento. Embora estes dias normalmente não sejam destinados ao trabalho, caso o condenado pratique atividades, tais dias não poderão ser desprezados²⁶⁸.

Agora, é evidente que a remição refere-se ao trabalho efetivamente realizado, o qual, inclusive, ensejará o pagamento de salário. Não há possibilidade de se reconhecer a remição sem atividade laborativa ou o pagamento de remuneração sem trabalho.

A questão que surge, entretanto, é saber se tal premissa subsiste mesmo nos casos de ineficiência Estado, ou seja, nas hipóteses em que o preso não trabalha simplesmente porque o Estado não disponibiliza trabalho no ambiente carcerário.

²⁶⁸ BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 2ª ed. ver. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 254.

Aqui, mais uma vez perfilhamos do entendimento esboçado por ALEXIS COUTO DE BRITO²⁶⁹, para quem o Estado, descumprindo a lei ao não proporcionar a opção laborativa,

deverá reconhecê-la, ainda que o preso não tenha cumprido efetivamente a atividade, como *remição ficta*. Se é dever do preso o exercício do trabalho, será dever do Estado oferecê-lo. Estando o detento disposto à realização do trabalho e não podendo fazê-lo, caberá aos órgãos de execução o reconhecimento e dedução da remição, pela impossibilidade de transferência da sua ineficiência ao cidadão. A situação demonstra-se ainda mais aparente quando da existência de oportunidade oferecida ao preso de uma atividade formal e remunerada e a sua impossibilidade de usufruir dela por total ineficiência do Estado, como a alegação de inexistência de escolta ou o transtorno que a designação da segurança poderia causar à administração pública. Se, por exemplo, é oferecido ao recluso um emprego em instituição privada e pela simples alegação de que o Estado não teria condições de disponibilizar condução e segurança fosse-lhe negada a oportunidade, pelo fundamento de não se transferir ao particular a ineficiência do Estado, deve-se atribuir ao preso o período de remição sem o trabalho efetivamente prestado.

E nem se diga que o reconhecimento da remição nestes casos transformar-se-ia em uma indevida forma de indulto ou ilegítimo descumprimento da sentença, porquanto caberia ao condenado cumprir sempre 2/3 da pena aplicada, sendo 1/3 relativo à remição. Em verdade, a relação trabalho-remição, regulamentada pelo lei, não existe no momento da sentença, surgindo apenas com a execução da pena, como dever e simultaneamente direito do condenado, cabendo ao Estado disponibilizar trabalho ao recluso. Portanto, deve-se reconhecer a ineficiência do Estado quando não o fizer, pois caso o trabalho estivesse disponível, a pena certamente teria sua redução pela aplicação da remição, admitindo-se como única exceção a recusa comprovada do condenado ao exercício da atividade laboral²⁷⁰.

Assim, o ideal é que o Estado cumpra a sua função e disponibilize trabalho aos reclusos, o que, a evidencia, apenas será possível através da implementação de políticas públicas nesse sentido.

²⁶⁹ BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 2ª ed. ver. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 255.

²⁷⁰ *Id. Ibidem*. p. 255.

4.3.2 A necessidade de elaboração de políticas públicas voltadas à implementação do trabalho no ambiente carcerário

Como dito, hodiernamente, confere-se ao trabalho grande parte da função ressocializadora que se atribui à pena de prisão. Durante a execução da pena, o trabalho afigura-se como um eficiente instrumento para manter o recluso ocupado, permitindo, ainda, que ele se sinta útil e o menos excluído possível. Além disso, o trabalho propicia uma perspectiva de futuro: ao inserir o recluso no contexto econômico e social da comunidade a qual está vinculado, permite que seu retorno à sociedade se dê de maneira harmoniosa e responsável.

Não obstante, a implementação de polos de trabalho dentro dos estabelecimentos penais não é tarefa fácil. De início é necessário que seja determinado qual tipo de trabalho será exercido, considerada sempre sua utilidade para o preso, ou seja, se poderá sobreviver exercendo aquele ofício quando alcançar a liberdade; é necessário, ainda, que o estabelecimento disponha de uma área destinada ao exercício da atividade laborativa, atendendo-se ao que dispõe o artigo 83, *caput* da Lei de Execução Penal; que sejam disponibilizados os recursos materiais necessários ao desenvolvimento do trabalho, e, principalmente, que o produto desse trabalho seja incorporado ao mercado, onde poderá ser comercializado. Ademais, não se deve olvidar que grande parte daqueles que ingressam no sistema prisional não possuem profissão, logo, a implementação do trabalho nas prisões deve pressupor a anterior formação do preso.

Como se observa, para que o recluso possa efetivamente trabalhar dentro do estabelecimento prisional, é necessária organização, planejamento e, principalmente, financiamento, razão pela qual a tarefa de implementação do trabalho no espaço carcerário não pode ser relegada exclusivamente à iniciativa privada.

Em verdade, sendo o trabalho direito do preso, compete primordialmente ao Estado disponibilizá-lo, inclusive como meio hábil a reinserção social do recluso. E isto apenas é possível através da formulação e execução de políticas públicas.

Aqui, para a melhor compreensão do tema, algumas ponderações não de ser feitas.

Com efeito, embora as políticas públicas constituam temática que permeia diversos ramos do conhecimento e sejam objeto de estudo há muito pesquisado, não existe unanimidade sobre a

existência ou não de um conceito puramente jurídico e de qual seria a conceituação mais apropriada, ainda que elaborada pela Ciência Política ou Ciência da Administração Pública.

Tal fato deve-se não só a interdisciplinaridade que envolve o tema, mas também ao fato de que o conceito de política pública, entre nós, só recentemente passou a fazer parte das cogitações da teoria jurídica, numa tentativa de se realizar uma abordagem mais articulada entre direito e política, a fim de aproximar o direito público de seu objeto, o Estado e a Administração Pública.

FERNANDO AITH²⁷¹ considera como política pública a atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado Democrático de Direito e à promoção e proteção de direitos²⁷².

Considerando que os indivíduos submetidos à pena privativa de liberdade preservam todos os direitos que não foram afetados pela perda da liberdade, fácil concluir que, também em relação a eles, devem ser elaboradas políticas públicas destinadas à promoção e proteção desses direitos.

E a elaboração de referidas políticas compete ao próprio Estado, ainda que não exclusivamente. É sempre o Estado, seja através da Administração Direta, seja através da Administração Indireta ou, ainda, através dos demais poderes que o compõem (Poder Legislativo e Poder Judiciário), quem tem o dever e a competência constitucional para elaborar e planejar as políticas públicas, o que indubitavelmente deve ser realizado dentro dos regramentos definidos no Estado de Direito.

²⁷¹ AITH, Fernando. Políticas Públicas de Estado e de Governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 230.

²⁷² No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato.: “É que a política aparece, antes de tudo, como uma atividade, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado” (Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, a. 35, nº 138, abr/jun. 1998. p. 45) . Em sentido oposto, negando a natureza de atividade à política pública, encontra-se Maria Paula Dallari Bucci: “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou de um conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (O conceito de políticas públicas In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Op. Cit.* p. 39).

O ordenamento jurídico serve, portanto, como fonte de orientação das políticas públicas, na medida em que o exercício do poder estatal está sujeito primordialmente ao que determina a Constituição Federal e, também, as leis. Ademais, a elaboração, o desenvolvimento e a execução das políticas públicas se dão, em regra, através de instrumentos normativos, tais como leis, regras, decretos, etc. Tal formatação, aliás, é fundamental para que seja possível o controle jurídico de referidas políticas.

Assim, ao tratarmos das políticas voltadas à implantação de polos de trabalho dentro do ambiente carcerário, por exemplo, é essencial que referida política venha pormenorizadamente descrita em ato normativo, o qual deverá estar em consonância com a Constituição Federal e com as leis em vigor, evitando-se, assim, omissões que possam prejudicar os reclusos ou mesmo eventuais arguições de inconstitucionalidade.

Ademais, deve-se consignar que, não obstante as políticas públicas sejam realizadas pelo Estado, atualmente, isto não se dá de forma exclusiva. Tendo em vista que referida atividade deve ter sempre como objetivo principal os interesses comuns da sociedade e o desenvolvimento econômico, social, cultural, civil e político da nação, dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal, cada vez mais se verifica a formulação de políticas públicas pelo Estado em conjunto com a sociedade civil organizada, o que proporciona, além de um debate mais profundo sobre os verdadeiros anseios e necessidades da comunidade, uma aproximação entre representante e representado, oportunidade na qual este passa a participar ativamente das decisões e discussões que serão tomadas acerca da coisa pública, deixando a participação política de se resumir ao mero exercício do direito de votar.

Neste sentido, vale citar as palavras de Bresser Pereira²⁷³:

(...) a reforma do Estado, processo reclamado por múltiplos setores, tem também múltiplas conotações. Entretanto, paulatinamente, alcançam-se alguns consensos básicos. Um é que, nas novas condições históricas, o Estado necessita renovar sua própria institucionalidade para poder servir melhor ao deslanche da sociedade e, em última instância, ao desenvolvimento socioeconômico. Outro consenso básico é que, para tais fins, é necessário não só que o aparato do Estado se torne realmente público, mas também que o espaço público se esgote no estatal.

²⁷³ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser *apud* AITH, Fernando. Políticas Públicas de Estado e de Governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 233-234.

No que tange às políticas públicas voltadas à implementação do trabalho no ambiente carcerário, com vistas à ressocialização do preso, por se tratarem de políticas públicas de governo, essa atuação conjunta entre o Estado e a sociedade se afigura indispensável.

Com efeito, conforme explica FERNANDO AITH ²⁷⁴, as políticas públicas se dividem em *políticas públicas de Estado* e *políticas públicas de governo*, sendo que a diferenciação entre ambas leva em conta os objetivos da política; a sua forma de elaboração, planejamento e execução; além da forma de financiamento.

Assim, entende-se por política pública de Estado aquela cujos objetivos estão voltados para a consolidação do Estado Democrático de Direito e a garantia da soberania nacional e da ordem pública, como políticas de organização estrutural dos poderes estatais. Deve ser considerada, também, política pública de Estado àquela voltada a estruturar o Estado para que este tenha condições mínimas para a execução de políticas de promoção e proteção dos direitos humanos.

As políticas públicas de Estado somente podem ser realizadas pelo próprio Estado, não sendo passíveis de delegação ou terceirização, nem tampouco de quebra de continuidade. E, considerando a importância das políticas públicas de Estado para o desenvolvimento da nação, as mesmas devem ser financiadas com recursos públicos, não podendo se desconsiderar o grande investimento que elas impõem. Exemplos claros de referidas políticas são a política de segurança pública e a política penitenciária, tendo em vista que ao Estado e somente a ele é dado o direito do uso da força para a manutenção da paz e da ordem pública.

Por oportuno, destaca-se que a sociedade civil pode participar da elaboração de políticas públicas dessa natureza, mas tal participação se dá de forma complementar, uma vez que a realização dessas políticas visa à estruturação do próprio Estado e não depende da aceitação popular. Aliás, é justamente por isso que, não obstante grande da população brasileira carregue consigo um sentimento vingativo e extremamente punitivista no que tange aos delinquentes, a política penitenciária nacional deve ser elaborada pautando-se pelas finalidades preventivas da pena e, principalmente, pelo respeito à dignidade dos reclusos.

²⁷⁴ AITH, Fernando. Políticas Públicas de Estado e de Governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 234.

Já as políticas públicas de governo são aquelas políticas pontuais, dotadas de uma maior flexibilidade e especialidade em seus objetivos, pois visam aumentar a eficácia e a efetividade das ações de promoção e proteção dos direitos humanos, utilizando-se das estruturas estatais já existentes, bem como dos mecanismos democráticos, também, já estabelecidos. Como exemplo, podemos citar os programas de reinserção social dos condenados, dentre eles aqueles relativos à implementação do trabalho no ambiente carcerário, embora inseridos no âmbito da política penitenciária.

As políticas públicas de governo podem ser realizadas pelo próprio Estado ou podem ser delegadas ou terceirizadas, podendo sofrer, inclusive, quebra de continuidade, uma vez que podem variar de governo para governo, desde que se mantenham dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico vigente. Podem, ainda, contar com recursos privados para a sua implementação, desde que haja regulação estatal, havendo aquilo que a doutrina denomina de cofinanciamento: recursos públicos e privados.

E é justamente isso que se verifica no caso do trabalho carcerário. Conforme dados do Sistema Nacional de Informação Penitenciária²⁷⁵, em junho de 2011, os presos que estavam exercendo algum tipo de trabalho, o faziam a partir de parcerias com a iniciativa privada, conforme se pode ver a seguir:

a) Presos realizando trabalho interno, existem:

- 33.996 pessoas no apoio ao estabelecimento penal;
- 24.184 em parceria com a iniciativa privada;
- 2.834 em parcerias com órgãos do estado;
- 281 em parcerias com paraestatais (sistema S e ONGs);
- 12.704 realizando trabalhos artesanais;
- 1.026 realizando atividades rurais;
- 4.005 realizando atividades industriais.

b) Presos realizando trabalho externo, existem:

- 8.482 pessoas em parceria com a iniciativa privada;

²⁷⁵ Disponível em <[http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={DA8C1EA2-5CE1-45BD-AA07-5765C04797D9}&Team=¶ms=itemID={14A64773-0CFB-45A4-BA6F-C41D9AFE2BB};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}](http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={DA8C1EA2-5CE1-45BD-AA07-5765C04797D9}&Team=¶ms=itemID={14A64773-0CFB-45A4-BA6F-C41D9AFE2BB};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>)> Acesso em 06.12.2013.

- 2.573 em parcerias com órgãos do estado;
- 559 em parcerias com paraestatais (sistema S e ONGs);
- 2.573 realizando trabalhos artesanais;
- 391 realizando atividades rurais;
- 1.208 realizando atividades industriais.

Não obstante a participação da iniciativa privada no que tange ao trabalho dos presos, verifica-se que os números estão muito aquém do desejado, considerada a população carcerária atual de quase 500 mil presos em todo país (vide item 3.2.3).

De toda forma, o que se deve ressaltar sempre é a imprescindibilidade da participação da sociedade no processo de ressocialização do condenado, seja através da iniciativa privada, de ONGs, entre outros. Como dito, a ressocialização supõe um processo de interação e comunicação entre o agente do delito e a sociedade a cujas normas aquele deve adaptar-se. Neste sentido, o trabalho do recluso afigura-se como mecanismo hábil a propiciar essa comunicação: o preso que trabalha sente-se produtivo e integrado ao contexto social e econômico daquela comunidade a qual está vinculado. Ademais, o trabalho propicia, principalmente no que tange aos reclusos que exercem atividade laboral extramuros, um contato direto e imediato com a sociedade de forma harmoniosa, respeitando-se a dignidade do recluso.

4.3.3 As políticas públicas que deram certo: o projeto “Carpe Diem”.

A experiência demonstra que, para além da teoria, a implementação de políticas públicas voltadas ao trabalho dentro dos estabelecimentos penais resulta na efetiva concretização da finalidade da pena de prisão, durante a execução.

Com efeito, políticas dessa natureza, além de manter os reclusos ocupados e permitir que eles cumpram a pena em tempo inferior ao determinado na sentença, através da relação trabalho-remição, possibilitam a real reintegração social do condenado e uma significativa redução dos casos de reincidência.

Isto porque, embora não seja o único fator determinante da criminalidade, certo é que a desigualdade na distribuição da renda afigura-se, não raras vezes, como causa determinante para a prática do delito. Neste sentido, o trabalho apresenta-se como mecanismo de inclusão: através da formação profissional do preso, da educação para o trabalho e de políticas que visem a estabelecer atividades laborativas dentro do ambiente carcerário, ou mesmo, a possibilitar que o recluso exerça uma atividade laboral extramuros - sem mencionar as políticas que devem ser desenvolvidas para os egressos do sistema prisional -, é possível inserir o recluso no contexto social e econômico da comunidade a qual está vinculado, prevenindo efetivamente a prática de novos crimes.

A ilustrar a efetividade das políticas públicas relativas ao trabalho do preso, com vistas a sua reinserção social, destaca-se o projeto “Carpe Diem”, o qual, justamente em razão do êxito que alcançou, deveria ser expandido para estabelecimentos penais diversos daquele em que foi instituído. Infelizmente, a estrutura descentralizada do sistema penitenciário nacional dificulta a expansão dessa iniciativa e até mesmo o conhecimento da existência dela em outras unidades da Federação, como apontado anteriormente (vide item 3.2.4.2).

O projeto “Carpe Diem” foi idealizado pelo diretor do Centro de Detenção Provisória (CDP) de Sorocaba, São Paulo, o Sr. Marcio Coutinho, com base num trabalho de cunho acadêmico²⁷⁶. O projeto - cujo título é baseado na famosa expressão *Carpe Diem* do poeta e filósofo Horácio, que significa “aproveite o dia” ou, neste contexto, as chances oferecidas - visa, na prática, a separar o preso provisório²⁷⁷, especificamente o preso primário ou o reincidente que cometeu um delito de *baixo* potencial ofensivo²⁷⁸, daqueles que são acusados de crimes mais graves.

O projeto, em funcionamento desde 19 de junho de 2009, por enquanto somente no Centro de Detenção Provisória de Sorocaba, foi pensado com foco no aprimoramento da ressocialização

²⁷⁶ *Carpe Diem*: Projeto pioneiro foi no Centro de Detenção Provisória de Sorocaba. A oportunidade de integração deve se propagar pelo Estado. *Revista Canto da Liberdade*. Projeto Carpe Diem. Iniciativa Pioneira de Inclusão Social. São Paulo: FUNAP, n. 09. Set de 2009.

²⁷⁷ Os presos provisórios, por força do art. 84 da Lei de Execução Penal, bem como pelo exposto no art. 5º, inciso 4 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), devem permanecer obrigatoriamente separados dos detentos condenados por sentença transitada em julgado.

²⁷⁸ O programa considera crimes de *baixo potencial ofensivo* aqueles praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa. Contudo, foi feita uma exceção quanto aos presos pelo crime do artigo 129 do Código Penal (lesão corporal) e inclusive aos presos pela Lei Maria da Penha, os quais também são atendidos. Não se confunde, portanto, as infrações penais de menor potencial ofensivo delimitadas pelo artigo 61 da Lei 9099/95.

dos presos que cometeram crimes de baixo potencial lesivo, os quais passarão por uma custódia detentiva alternativa, num espaço diferenciado. Ao invés de dividir o mesmo ambiente com criminosos de alta periculosidade, estes presos serão submetidos a consultas e terapias psicossociais, além de terem aproveitamento direto para atividades laboroterápicas por meio de módulos desenvolvidos e coordenados por um profissional contratado pela Fundação "Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel" de Amparo ao Preso (FUNAP), a qual se encontra vinculada à Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo (SAP) e tem por missão contribuir para a inclusão social de presos e egressos, através do planejamento, desenvolvimento e avaliação de programas sociais nas áreas da assistência jurídica, da educação, da cultura, da capacitação profissional e do trabalho para as pessoas que se encontrem privadas de liberdade²⁷⁹.

O programa conta, ainda, com o apoio da própria SAP, através da Coordenadoria de Reintegração Social e Cidadania; das Prefeituras de Sorocaba, Votorantim, Itu, Salto de Pirapora, Tietê e Salto; da AME - Amor Exigente; do AA – Alcoólicos Anônimos; do NA – Narcóticos Anônimos; do GRASA – Grupo de Apoio contra Álcool e Drogas Santo Antônio; da ACAP – Associação Cristã de Assistência Plena; da FADI – Faculdade de Direito de Sorocaba; da UNIP – Universidade Paulista – Sorocaba; do SOS – Serviços de Obras Sociais; e da VERIS – Grupo IBMEC Educacional de Serviço Social, sendo atendidos os Municípios de Sorocaba, Votorantim, Itu, Tietê, Salto, Salto de Pirapora, Porto Feliz, Araçoiaba da Serra, Iperó, Boituva, Piedade, Cesário Lange, Tatuí, Mairinque, Itapetininga e Itaporanga, todos do Estado de São Paulo.

O projeto “Carpe Diem” funciona da seguinte maneira²⁸⁰: ao chegarem ao CDP, os presos provisórios são analisados objetiva e subjetivamente, a fim de serem verificados os requisitos para inclusão no programa Carpe Diem. São requisitos objetivos: o acusado ser primário ou, se for reincidente, ter sido condenado em delito considerado de menor ou “baixo” potencial ofensivo; atender aos requisitos previstos nos incisos 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 culposo) e III (a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as

²⁷⁹ Disponível em <http://www.funap.sp.gov.br> Acesso em 25.nov.2013.

²⁸⁰ UEDA, Fernanda dos Santos (Coord). Programa *Carpe Diem*: Uma nova esperança para os presos provisórios e para a sociedade. *Revista Virtual Direito Brasil*. vol. 7, nº 1, 2013. Disponível em <http://www.direitobrasil.adv.br/index_arquivos/Page2585.htm> Acesso em 03.12.2013.

circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente) do artigo 44 do Código Penal, que regula as penas restritivas de direitos; e, por fim, não ter sido antes recolhido em estabelecimento carcerário. Os requisitos subjetivos serão verificados pelos psicólogos e assistentes sociais, que analisarão as características pessoais e comportamento condizentes com o programa.

Após analisados referidos requisitos, se aprovado, o preso é encaminhado ao alojamento de Observação, local onde ficará enquanto permanecer detido. Trata-se de um alojamento próprio, separado do restante da unidade prisional, mas ligado a esta, onde, com a supervisão dos agentes de segurança penitenciária do Centro de Detenção Provisória, os presos atendidos pelo programa são submetidos a consultas e terapias psicossociais diárias (atendimento psicológico individual e em grupo, atendimento social, grupo de orientação e tratamento ou curso de toxicodependência), bem como desenvolvem atividades laborerápicas, por meio de oficinas de trabalho, além de realizarem a limpeza e conservação do alojamento.

Após a soltura, são empregadas certas medidas para auxiliarem o retorno do interno à sociedade, medidas as quais visam ainda coibir a nova prática delituosa. O egresso é encaminhado com atendimento prioritário aos órgãos de apoio social, de saúde ou outros serviços do Poder Público Municipal, de organizações não governamentais ou à Central de Penas e Medidas Alternativas da Coordenadoria de Reintegração Social e Cidadania, de acordo com a demanda necessária, onde será amparado por um período de até seis meses.

E os resultados obtidos pelo programa *Carpe Diem* faz, através dos acompanhamentos psicossociais, atividades laborerápicas e a aplicação de medidas para os egressos, são impressionantes.

Segundo dados do próprio Centro de Detenção Provisória de Sorocaba²⁸¹, atualizados até 01 de março de 2013, a média de reincidência dos presos no Centro de Detenção Provisória de Sorocaba antes do programa *Carpe Diem* era de 35%. Depois da implantação deste programa de custódia detentiva alternativa, a média de reincidência, apurada de junho de 2009 (início do programa) até março de 2013 (último levantamento), caiu para 6,31%.

²⁸¹ UEDA, Fernanda dos Santos (Coord). Programa *Carpe Diem*: Uma nova esperança para os presos provisórios e para a sociedade. *Revista Virtual Direito Brasil*. vol. 7, nº 1, 2013. Disponível em <http://www.direitobrasil.adv.br/index_arquivos/Page2585.htm> Acesso em 03.12.2013.

Há, portanto, através de uma política pública formulada no ambiente carcerário pelo Estado em conjunto com diversos setores, um enorme êxito no que tange à finalidade da pena de prisão: os reclusos são efetivamente reinseridos na comunidade a qual estão vinculados.

CONCLUSÃO

A pena de prisão, como visto ao longo deste trabalho, foi alçada à principal sanção dos sistemas punitivos modernos.

Com efeito, em todas as épocas e culturas houve a necessidade de aplicação de uma sanção àqueles que praticaram uma conduta rechaçada pela sociedade, formada de homens que abriram mão de parte de sua liberdade para, em troca, viverem em paz e com segurança.

Não obstante, nem sempre a prisão foi vista como pena. Nos primórdios, a prisão prestava-se apenas à custódia dos delinquentes enquanto aguardavam julgamento ou a execução de sua pena propriamente dita, em regra penas infamantes, açoites, mutilações ou mesmo a morte.

A adoção da prisão como pena, neste sentido, afigurou-se com uma verdadeira revolução humanitária. Isto porque se, por um lado, o direito de punir encontra seu fundamento no contrato social, por outro, deve-se admitir que cada um abriu mão da mínima porção possível de liberdade, colocando no depósito público apenas o quanto bastava para a sua proteção. Portanto, caberia ao Estado o exercício do *ius puniendi* como *ultima ratio*, tão somente quando estritamente necessário à proteção daqueles valores mais caros à sociedade, e com o mínimo de ingerências possível na vida do cidadão.

Com o passar do tempo, entretanto, a prisão tornou-se, em diversos países do mundo, tão cruel quanto às penas desumanas outrora rechaçadas. Os efeitos da prisionização, a superlotação carcerária, a ausência de condições mínimas de salubridade no interior dos estabelecimentos prisionais, o domínio de facções criminosas, os altos índices de reincidência, entre tantas outras mazelas, fez com que fossem questionados os benefícios de se manter uma instituição como a prisão, chegando alguns ao extremo de propor sua abolição.

Começou-se a questionar o que espera a sociedade com a imposição da pena de prisão, ou melhor, o que a faz exercitar uma violência programada sobre um de seus membros. O cerne da questão gravita, portanto, em saber qual a finalidade da pena e se a prisão, principalmente, é capaz de alcançar tal finalidade. Trata-se em, em última instância, de revelar a legitimação do Direito penal e descobrir se a pena que se pretende impor é socialmente útil.

Assim, após estabelecer como premissa fundamental que a finalidade da pena deve atender aos preceitos do atual modelo de Estado, concluiu o presente trabalho que em um Estado social e democrático de Direito a função da pena, no momento de sua execução, que é o que nos interessa, só pode ser a prevenção especial, ou seja, o fim de reintegração do condenado à sociedade. A execução da pena, em especial da pena de prisão, deve pautar-se pela dignidade humana e pelos direitos fundamentais, buscando sempre a reintegração ou reinserção social do condenado, a qual se dará, principalmente, através da criação de mecanismos e condições ideais para que o preso retorne ao convívio da sociedade sem traumas ou sequelas que impeçam uma vida normal.

Isto porque o Estado, como Estado Democrático, não poderá nunca permanecer alheio aos princípios da dignidade humana, igualdade e participação do cidadão, devendo privilegiar uma postura garantista. Portanto, o homem deve ser a medida primeira para a tutela do Estado, alcançando ainda maior destaque no Direito Penal, onde o condenado será encarcerado como sujeito de direitos, e deverá manter todos os seus direitos fundamentais que não forem lesados pela perda da liberdade em caso de pena privativa.

Delimitada a função da pena, em seu momento executivo, os olhos se voltam para o cárcere e a pergunta que surge é saber se ele está apto a alcançar tal finalidade.

A prisão, ao menos em sua configuração atual e considerada a realidade brasileira, está longe de atingir a finalidade que legitima a sua aplicação. Problemas como os efeitos da própria prisionização, a superlotação, a ausência de condições mínimas de higiene e saúde, a falta de trabalho produtivo e de espaço para a educação, dentre tantos outros já mencionados, dificultam sobremaneira a reinserção social do condenado. Em verdade, o ambiente carcerário tem sido tão degradante para as pessoas que o simples fato de ser submetido a um processo penal e acusado formalmente da prática de um delito já traz para o indivíduo uma enorme carga estigmatizante, produzida pelo seu contato com o sistema prisional.

Não obstante, a prisão tem sido mantida no centro dos sistemas punitivos, como pena principal, o que ocorre, justamente, pelo fato de que não há, até os dias atuais, outro tipo de sanção que possa substituí-la, principalmente no caso de delitos mais graves que atentam contra os bens jurídicos mais importantes da sociedade.

Agora, admitir que a pena de prisão não possa ser abolida não deve significar aceitá-la em sua atual configuração. Em um Estado social e democrático de Direito deve-se buscar sempre que as penas adotadas se aproximem o máximo possível da finalidade que as legitima, qual seja a reintegração social do condenado.

A pena privativa de liberdade deve ser analisada tal como hoje se cumpre e se executa, com os estabelecimentos penais em efetivo funcionamento e com todos os problemas que enfrenta diariamente. Somente a partir de um estudo aprofundado acerca da realidade do sistema prisional brasileiro é que será possível apontar alternativas para seu aperfeiçoamento e adequação às finalidades da pena.

E foi seguindo esta linha que este trabalho, após analisar, em números, a situação dos estabelecimentos penais no Brasil, concluiu por 03 (três) medidas indispensáveis para que haja uma aproximação entre a prisão e seu fim primordial, qual seja a reintegração social do condenado.

A primeira medida refere-se, e não poderia ser diferente, a necessária participação da sociedade durante o cumprimento da pena e até que o preso efetivamente retorne a comunidade a qual está vinculado. É necessário que as pessoas livres e os presos se reconheçam como parte de uma mesma sociedade, como efetivamente são. Somente assim será possível reduzir os efeitos da prisionização e acabar com tantos estigmas e preconceitos que impedem que o condenado, uma vez libertado, consiga ser novamente incluído na comunidade a que pertencia antes de ser privado de sua liberdade. A abertura da sociedade, neste sentido, ao cárcere tem como objetivo principal limitar os efeitos inevitavelmente deletérios do isolamento social.

A segunda medida está intrinsecamente ligada ao fato de serem amplamente conhecidos os efeitos negativos que a prisão exerce sobre o indivíduo. Sendo assim, deve-se evitar tanto quanto possível o encarceramento. A prisão deve ser encarada como ratio extrema, sendo relegada aos delitos mais graves cometidos com os bens jurídicos mais relevantes. Neste sentido, devem ser eliminadas as penas privativas de liberdade de curta duração aplicadas na maioria das vezes a criminosos primários e ocasionais que cometeram delitos de pequeno e médio potencial lesivo. Nestes casos, o tempo de prisão é insuficiente à reintegração social do condenado, mas o bastante para submetê-los a todos os estigmas que sofrem aqueles que são

privados de sua liberdade. Assim, em se tratando de delitos de pequeno e médio potencial lesivo, as penas alternativas devem ser alçadas ao centro do sistema punitivo, integrando o preceito secundário do tipo penal. Igualmente, deve se recorrer à suspensão condicional da pena sempre que possível.

A terceira e última medida refere-se ao fato de que não será possível, ao menos imediatamente, a abolição da pena de prisão, o que conduz à necessidade imediata de aperfeiçoamento dos estabelecimentos penais destinados ao cumprimento de penas privativas de liberdade, para que possam cumprir seu papel na busca pela finalidade da pena. Assim, a moderna política penitenciária confere ao trabalho grande parte da função ressocializadora que se atribui à pena de prisão. Através do trabalho durante o cumprimento da pena, o preso se sentirá menos excluído da sociedade, além de se sentir útil. Poderá aprender um ofício e, assim, manter a si e a sua família quando deixar o cárcere, assumindo responsabilidades e gerindo sua própria vida.

Não obstante, a implementação de referidas medidas apenas será possível se o Estado assumir o controle do sistema prisional, legislando de maneira coerente, bem como elaborando e executando as políticas públicas necessárias para que realmente seja possível a reintegração social do condenado, o que, a evidência, deve se dar com a cooperação da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. *Comentários à lei de execução penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini; Alessandro Berti Contessa. Rev. Roberto Leal Ferreira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BERDUGO GOMES DE LA TORRE; Ignacio; [et. al]. *Curso de Derecho Penal*. Parte General. 2ª ed. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2010.

_____. (Coord). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*. Derecho Penitenciário. Tomo IV. 1ª ed. Madrid: Iustel, 2010. p. 47.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Tratado de Direito Penal*. 11 ed. 1 vol. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Noberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 5ª ed. Bauru: Edipro, 2012.

BRITO, Alexis. A. Couto. *Apresentação à obra dos delitos e das penas*. Trad. Alexis Augusto de Couto Brito. São Paulo: Quarter Latin, 2005.

_____. *Execução Penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPOS, Washington Luiz de. *O direito do trabalho nas prisões*. São Paulo: Siqueira, 1952.

CARVALHO, Amilton Bueno de. [et. alli]. *Garantismo aplicado à execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2007.

CARVALHO, Salo (coord.). *Crítica à Execução Penal*. 2ª ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

CESANO, José Daniel; PICÓN, Fernando Reviego (Coords). *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2010

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 4ª ed. rev. e atualizada. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

DEL NERO, Glauter; MARTINS, Fernanda Rocha; MAURICIO, Milene. Breves Notas sobre o funcionalismo de Roxin e a teoria da imputação objetiva. *Revista Liberdades*, n. 11. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/11/integra.pdf> . Acesso em 08 mar. 2013.

DOTTI, Renê Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRI, Enrico. *Sociología Criminal*. Trad. Antonio Soto y Hernandes. t. 2. Madrid: Reus, 1908.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. História da violência nas prisões. 40ª ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2012.

FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. *Direito dos Presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GARCÍA-PELAYO. Manuel. *As transformações do Estado Contemporâneo*. Trad. e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GARRIDO GUZMAN, Luis. *Manual de Ciencia Penitenciaria*. Madrid: Edersa, 1983.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. 8ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

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

GUERREIRO, Hermes. *Da função social do trabalho prisional. In Anais do Seminário Internacional: O Sistema penitenciário brasileiro e o trabalho do preso/recuperando: dilemas, alternativas e perspectivas.* Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2002.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal.* Trad. y notas de Francisco Muñoz Conde y Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teorías de La imputación.* Trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena.* Barueri: Manole, 2004.

_____; FULLER. Paulo Henrique Aranda. *Legislação Penal Especial.* 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal.* São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES. Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MARQUES. Frederico. *Curso de Direito Penal.* 1 vol. São Paulo: Saraiva, 1954.

MARX Karl. *Il capitale.* Roma: [s.n.], 1970.

MATHIESEN, Thomas. *Juicio a la prision.* Prologo de Eugenio Raúl Zaffaroni. Revisión Técnica Mario Cariolano. Traducción Amanda Zamuner. 1º ed. Buenos Aires: Ediar, 2003.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica.* As origens do sistema penitenciário (séculos XVI - XIX). Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (pensamento criminológico; v. 11).

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

MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho.* 2ª ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982.

_____. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho.* Barcelona: Ariel, 1994.

_____. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. PPU: Barcelona, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, José Geraldo Vinci de. *História: Geral e do Brasil*. vol. único. 3. ed. reform. e ampl. 3ª reimpressão. São Paulo: Atual, 2009.

MUAKAD, Irene Batista. *Pena privativa de liberdade*. São Paulo: Atlas, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal: parte general*. 8ª ed. revisada y posta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas Relevantes de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAWLS, John. *Justicia como Equidad*. Materiales para una Teoría de la Justicia. Selección, traducción y presentación, Miguel Ángel Rodilla. Madrid: Tecnos, 2012.

ROBLEDO RAMIREZ, Jorge. *Concepto y principios para la aplicación de los substitutivos penales*. Estudio de su regulacion em España y Mexico. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, S. A., 1996.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. 1 t. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2008.

_____. Sentido y límites de la pena estatal. In *Problemas Básicos de Derecho Penal*. trad. y notas de Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976. p. 34.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2ª edição. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SÁ, Augusto Alvino de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. Prefácio Vico Mañas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SÁ, Geraldo Ribeiro de. *A prisão dos excluídos: origens e reflexões sobre a pena privativa de liberdade*. Juiz de Fora: UFJF, 1996

SANZ MULAS, Nieves. *Alternativas a la pena privativa de libertad: Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*. Madrid: Colex, 2000.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JR, Alceu. *Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de Ciência Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Pena e Constituição*. Aspectos relevantes para a sua aplicação e execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA SANCHEZ, José Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch, 1992.

SILVA, Haroldo Caetano da. *A participação comunitária nas prisões*. p. 01 – disponível em <[SMANIO, Gianpaolo Poggio. Dimensões da Cidadania. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público*. Novos Direitos e Proteção da Cidadania. ano 2, p. 19, janeiro/junho-2009.](http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D46457E9-9F45-4EBC-A4C1-5E3D121CC96D}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D{804FBE03-C2B4-48E1-88F7-413DD9D84B83}%3B&UIPart=UID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}> Acesso em 01.12.2013.</p></div><div data-bbox=)

_____; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao Direito Penal: criminologia, princípios e cidadania*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs). *O Direito e as Políticas Públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013.

SYKES, Gresham M. *Crime e Sociedade*. Trad. de Walter Pinto. Rio de Janeiro: Bloch, 1969.

THOMPSON, Augusto. *A questão Penitenciária*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980

VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*. Acción Significativa y Derechos Constitucionales. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011

WOLFF, Maria Palma. *Participação social e sistema penitenciário: uma parceria viável?* p. 05 – disponível em <[ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 1º vol. 9ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.](http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D46457E9-9F45-4EBC-A4C1-5E3D121CC96D}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D{804FBE03-C2B4-48E1-88F7-413DD9D84B83}%3B&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}> Acesso em 01.12.2013.</p></div><div data-bbox=)

www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteúdo=11.6383. – acesso em 05.mai.13.

www.cnmp.mp.br/portal/noticia/3486-dados-ineditos-do-cnmp-sobre-sistema-prisional?highlight=WyJwZW5pdGVuY2lkdTAwZTFyaWFzIl0> Acesso em 02.nov.2013.

[\[\\[www.ufrgs.br/e-psico/subjetivacao/trabalho/etim_trab.htm\\]\\(http://www.ufrgs.br/e-psico/subjetivacao/trabalho/etim_trab.htm\\)> Acesso em 01. nov. 2013\\).\]\(http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={DA8C1EA2-5CE1-45BD-AA07-5765C04797D9}&Team=¶ms=itemID={14A64773-0CFB-45A4-BA6F-C41D9AFE2BB};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}> Acesso em 06.dez.2013.</p></div><div data-bbox=\)](http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID={E9614C8C-C25C-4BF3-A238-98576348F0B6}¶ms=itemID={D1903654-F845-4D59-82E8-39C80838708F};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}> Acesso em 1º.dez.2013.</p></div><div data-bbox=)

<http://www.funap.sp.gov.br> Acesso em 25.nov.2013.