ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA
(ESAJ)

MARINA AGUIAR VALLADÃO CARREIRA

A RESSOCIALIZAÇÃO NA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: UM
ESTUDO CRÍTICO SOBRE A SITUAÇÃO BRASILEIRA

Rio de Janeiro

2020

MARINA AGUIAR VALLADÃO CARREIRA

A RESSOCIALIZAÇÃO NA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: UM
ESTUDO CRÍTICO SOBRE A SITUAÇÃO BRASILEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal da Escola de Administração Judiciária (ESAJ), como requisito parcial do título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

ORIENTADORA: Professora Doutora MARIA CAROLINA DE ALMEIDA
DUARTE

Rio de Janeiro

2020

MARINA AGUIAR VALLADÃO CARREIRA

A RESSOCIALIZAÇÃO NA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: UM
ESTUDO CRÍTICO SOBRE A SITUAÇÃO BRASILEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC)
apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito
Penal e Processo Penal da Escola de Administração
Judiciária (ESAJ), como requisito parcial do título de
Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

Aprovada em _____ de _____ de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Walter Aranha Capanema
Escola de Administração Judiciária

Prof. Dr. José Maria de Castro Panoeiro
Escola de Administração Judiciária

Ao meu marido, Fábio, pela compreensão, paciência e pelo apoio incondicional a todos os meus projetos.

AGRADECIMENTOS

À Escola de Administração Judiciária, pela qualidade do curso de pós-graduação e pela preocupação constante em prestar um atendimento de excelência.

Ao Excelentíssimo Desembargador Luciano Barreto, coordenador do curso de pós-graduação, pela dedicação em proporcionar aulas com os melhores professores em cada tema.

À Professora Doutora Maria Carolina Duarte de Almeida, minha orientadora, pela disponibilidade e pelas sugestões que tanto contribuíram para este trabalho.

Aos meus colegas, pelo grupo unido que formamos e pelo incentivo e apoio mútuos nos momentos mais difíceis, tornando mais leve a caminhada. Em especial, aos queridos Ana Paula Mesquita, Carlos José e Larissa Rangel.

É preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes impedir o mal que repará-lo [...] (Beccaria, Cesare, 2006, p. 101).

RESUMO

Este trabalho objetiva compreender como a ressocialização dos presos é executada na pena privativa de liberdade dentro do sistema penitenciário brasileiro. A escolha do tema ocorreu em razão da necessidade de analisar o aumento da população carcerária e dos índices de reincidência mesmo diante de uma legislação, a Lei de Execução Penal, que prioriza os ideais da pena e a ressocialização do condenado. Neste trabalho utilizou-se o método dedutivo. A abordagem do tema é do tipo teórica e qualitativa, com a adoção de técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Os resultados obtidos apontam para a ineficácia da Lei de Execução Penal em relação ao fim que se propõe. A falta de recursos financeiros e de vontade política por parte do Estado são as principais causas da sua ineficácia. Assim, a superlotação, as péssimas condições de higiene, a ausência de medidas que promovam o trabalho prisional e a educação dos detentos são verificados em grande parte dos presídios brasileiros. Como alternativas viáveis para solucionar o problema, identificou-se a necessidade de adoção de novas alternativas às penas privativas de liberdade e de uma mudança na condução das políticas públicas para que a ressocialização do preso seja uma prioridade assim como a lei determina.

Palavras-chave: Pena privativa de liberdade. Ressocialização. Lei de Execução Penal.

ABSTRACT

This paper aims to understand how the resocialization of prisoners is performed in deprivation of liberty within the Brazilian penitentiary system. The choice of the theme was due to the need to analyze the increase in the prison population and recidivism rates even in the face of legislation, the Penal Execution Law, which prioritizes the ideals of punishment and the resocialization of the convict. In this work the deductive method was used. The approach of the theme is theoretical and qualitative, with the adoption of bibliographic and documentary research techniques. The results point to the ineffectiveness of the Penal Execution Law in relation to its intended purpose. The lack of financial resources and political will on the part of the state are the main causes of its ineffectiveness. Thus, overcrowding, poor hygiene, lack of measures to promote prison work and the education of detainees are verified in most Brazilian prisons. As viable alternatives to solve the problem, we identified the need to adopt new alternatives to deprivation of liberty and a change in the conduct of public policies so that the resocialization of the prisoner could be a priority as the law determines.

Keywords: Deprivation of liberty. Resocialization. Penal Execution Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA	11
2.1 Surgimento e evolução histórica da pena	12
2.2 Evolução histórica da pena no Brasil	21
3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À PENA	25
3.1 Princípio da Legalidade	26
3.2 Princípio da Personalidade ou da Responsabilidade Pessoal	28
3.3 Princípio da Individualização da Pena	29
3.4 Princípio da Humanidade	31
3.5 Princípio da Proporcionalidade	32
4 AS TEORIAS DA PENA: FUNÇÕES, FINS E JUSTIFICAÇÕES	32
4.1 Teorias absolutas ou retributivas da pena	33
4.2 Teorias relativas ou preventivas da pena	34
4.3 Teoria mista ou unificadora	39
4.4 A ressocialização à luz da Criminologia	40
5 A RESSOCIALIZAÇÃO NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL: LEI Nº 7.210/1984	46
6 A REALIDADE BRASILEIRA: OS DESAFIOS DA RESSOCIALIZAÇÃO NA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	51
6.1 A população prisional brasileira	52
6.2 A educação e o trabalho na prisão	55
6.3 A reincidência	58
6.4 As alternativas possíveis	61
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
8 REFERÊNCIAS	66

INTRODUÇÃO

A Lei de Execução Penal (LEP), Lei nº 7.210/1984, representa a adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro da pena privativa de liberdade com a finalidade primordial de promover a reintegração social dos condenados.

Entretanto, parece haver um consenso, tanto na sociedade como nas esferas de governo, no sentido de que o combate à criminalidade envolve medidas que passam longe do ideal ressocializador e do programa de assistências estampados na legislação. Pelo contrário, visam apenas ao encarceramento, ao agravamento das penas e à construção de presídios.

Com isso, anualmente, os dados estatísticos oficiais informam o aumento da população carcerária bem como os elevados índices de reincidência criminal sem, contudo, produzir reflexos na redução da criminalidade.

É um tema de grande relevância e sua escolha se justifica na medida em que, diferentemente do que ocorre nas penas restritivas de direitos, a eficácia da ressocialização na pena privativa de liberdade é extremamente problemática e questionada já que o encarceramento gera efeitos negativos no indivíduo que dificultam sua reintegração à vida em sociedade.

Nesse sentido, o objetivo geral deste trabalho é pesquisar como a função preventiva especial da pena, isto é, a ressocialização ou reintegração social dos presos, é executada na pena privativa de liberdade dentro do sistema penitenciário brasileiro.

Para tanto, este trabalho foi dividido em quatro capítulos. No primeiro capítulo será analisado o surgimento da pena privativa de liberdade no mundo e, posteriormente, no Brasil e como ela se tornou a principal resposta penológica do sistema penal.

No segundo capítulo, para uma melhor compreensão acerca dos direitos e garantias individuais sobre o assunto, serão abordados os princípios constitucionais aplicáveis à pena.

No terceiro capítulo, serão analisadas as principais teorias que explicam a função que a sanção penal imposta pelo estado deve exercer sobre o delinquente e sobre a sociedade, quais sejam, as teorias retributivas, as teorias

preventivas e a teoria unificadora. Também será feita uma análise da ressocialização sob a ótica da Criminologia.

No quarto capítulo, serão estudados a Lei de Execução Penal e seu conjunto de atividades que tem como objetivo garantir a dignidade e a humanidade da execução da pena bem como assegurar as condições para a reintegração social do condenado.

No quinto e último capítulo, será examinada a realidade do sistema penitenciário brasileiro através de dados estatísticos divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Também será examinado como as medidas ressocializadoras estabelecidas na LEP são implementadas nos presídios. Por fim, será analisada a questão da reincidência criminal e as possíveis soluções para a efetiva execução do fim ressocializador da prisão.

Nesta pesquisa foi utilizado o método dedutivo. A abordagem do tema é do tipo teórica e qualitativa. As técnicas de pesquisa utilizadas foram bibliográfica e documental, com base em livros de doutrina, legislação e relatórios estatísticos.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA

Quando um indivíduo viola uma norma penal através de uma conduta delituosa surge para o Estado o direito de aplicar a punição prevista na norma objetiva. É o *jus puniendi* estatal que, no entender de Rogério Greco, é “o poder que tem o Estado não somente para criar tipos os penais, como também para executar suas decisões condenatórias.”¹

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt, o *jus puniendi* nada mais é do que o “Direito Penal subjetivo, isto é, o direito de punir, limitado pelo próprio Direito Penal objetivo que, através de normas penais positivadas, estabelece os lindes da atuação estatal na prevenção e persecução dos delitos”.²

Constata-se, portanto, que pena e Estado são conceitos relacionados entre si de modo que “a uma concepção de Estado corresponde uma de pena, e a esta, uma de culpabilidade.”³

Ferrajoli define pena como sanção *post delictum*, ou seja,

[...] aplicável quando se tenha cometido um delito, que constitui sua causa ou condição necessária e do qual se configura como efeito ou consequência jurídica. Trata-se do princípio de retribuição ou do caráter de consequência do delito que a pena tem que é a primeira garantia do direito penal.⁴

Para Bruno de Moraes Ribeiro:

Penas consistem na privação ou diminuição do gozo de bens jurídicos imposta através de intervenção coativa do poder judiciário estatal como expressão de uma reprovação jurídica, e visam atingir fins de prevenção geral e especial, estando contudo, na busca destes fins, limitadas à medida da culpabilidade do autor pelo fato típico e ilícito cometido.⁵

¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. V. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p.10.

² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral* 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p.40.

³ *Ibidem*, p. 130.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 339.

⁵ RIBEIRO, Bruno de Moraes. *A função da reintegração social na pena privativa de liberdade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 23.

Para Guilherme de Souza Nucci, a pena é uma “sanção imposta pelo Estado, valendo-se do devido processo legal, ao autor da infração penal, como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes”.⁶

Atualmente, a doutrina é praticamente unânime em afirmar que a pena é um mal necessário e se justifica pela necessidade de tornar possível a convivência entre os homens.

No entanto, desde os primórdios da humanidade até os dias atuais, diferentes tipos de sociedades, cada uma com características e peculiaridades próprias e com graus de complexidade distintos, deram tratamentos diversos àqueles que infringiam as regras de convívio social.

2.1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA

A origem da pena é remota e por isso é árdua a tarefa situá-la historicamente. Assim, para os fins deste trabalho acadêmico, serão considerados os períodos da história da humanidade para balizar as formas como os delitos eram punidos, quais sejam, a Antiguidade, a Idade Média, a Idade Moderna e a Idade Contemporânea.

A Antiguidade foi o período histórico no qual surgiram os primeiros Estados organizados e foi marcado pelo desenvolvimento da escrita. Engloba o período de 4000 a.C. a 3500 a.C. até a queda do Império Romano do Ocidente em 476 d.C. e o início da Idade Média, no século V.⁷

A religião exercia grande influência na vida dos povos antigos e a repressão ou castigo ao infrator buscava, na verdade, a satisfação das divindades pela ofensa ocorrida no grupo social. É a fase da vingança divina. O castigo era aplicado pelos sacerdotes por delegação divina com o objetivo de purificar a alma do criminoso. Essa característica estava presente nas leis dos povos do Oriente antigo como Babilônia, China, Índia, Israel, Egito, Pérsia, etc.⁸

Posteriormente, as sociedades primitivas evoluíram e passaram a se dividir em grupos sociais menores. Na medida em que um membro de um grupo cometia alguma infração contra outro grupo provocava no grupo ofendido

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 55.

⁷ CALDEIRA, Felipe Machado. *A evolução histórica, filosófica e teórica da pena*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, nº 45, v.12, 2009, p. 259.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p.73.

uma reação vingativa em forma de vingança coletiva. É a fase da vingança privada.⁹

É nesse contexto que surge a lei de talião, adotada no Código de Hamurabi, na Babilônia, e na Lei das XII Tábuas, primeiro código romano escrito, revelando “o primeiro traço do princípio da proporcionalidade – ainda que em seu aspecto meramente formal – entre a pena e o crime, ao prescrever a máxima olho por olho, dente por dente.”¹⁰

Cezar Roberto Bitencourt considera que “esse foi o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, representando, de certa forma, a primeira tentativa de humanização da sanção criminal.”¹¹

Finalmente, chegou-se à fase da vingança pública. Nessa fase, a sanção aplicada ao infrator deixou de ter um caráter meramente religioso, passando a ter como objetivo a segurança do soberano, mantidas, porém, a crueldade e severidades das sanções, com objetivo intimidatório.¹²

Nesse sentido, Caldeira leciona que:

Ademais, com a evolução das organizações sociais e o avanço e reforço da vida política, surgiram comunidades maiores e com tendência de centralizar o poder, passando a pena a representar uma reação desta coletividade, com o objetivo de autopreservação.¹³

Na Antiguidade, em civilizações clássicas como Roma e Grécia, a privação da liberdade não era considerada uma sanção penal e servia apenas como guarda dos réus até o momento do seu julgamento ou execução. Era lugar de custódia e tortura. As penas aplicadas à época eram, basicamente, a pena de morte, penas corporais, como mutilações e açoite, e penas infamantes.¹⁴

⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.26.

¹⁰ CALDEIRA, Felipe Machado, *op. cit.*, 2009, p. 261.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p. 73.

¹² *Ibidem*, p. 74.

¹³ CALDEIRA, Felipe Machado, *op. cit.*, 2009, p. 262.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 4-5.

Importante destacar que tanto na Grécia como em Roma existiu a prisão por dívida como penalidade civil, ou seja, como medida coercitiva para obrigar devedor a efetuar o pagamento.¹⁵

A Idade Média foi um período marcado por eventos políticos e se inicia com a queda do Império Romano do Ocidente, no século V, em 476. Seu término se dá no século XV, em 1453, com o declínio do Império Romano do Oriente e a tomada de Constantinopla pelo Império Otomano.¹⁶

Durante o período da Idade Média a privação da liberdade mantém a finalidade de custódia daqueles que seriam submetidos aos mais diversos tipos de atrocidades impostas arbitrariamente pelos governantes.

Nesse sentido Foucault descreve as sanções aplicadas aos condenados:

A maior parte das condenações era de banimento ou multa: numa jurisprudência como a do Châtelet (que só conhecia delitos relativamente graves) o banimento representou, entre 1755 e 1785, mais da metade das penas aplicadas. Ora, grande parte dessas penas não corporais era acompanhada a título acessório de penas que comportavam uma dimensão de suplício: exposição, roda, coleira de ferro, açoite, marcação com ferrete; era a regra para todas as condenações às galeras ou ao equivalente para as mulheres – a reclusão no hospital; o banimento era muitas vezes precedido pela exposição e pela marcação com ferrete; a multa, às vezes, era acompanhada de açoite. Não só nas grandes e solenes execuções, mas também nessa forma anexa é que o suplício manifestava a parte significativa que tinha na penalidade; qualquer pena um pouco séria deveria incluir alguma coisa do suplício.¹⁷

Contudo, é nesse período que surgem a prisão de Estado e a prisão eclesiástica. Na prisão de Estado eram recolhidos os adversários políticos e aqueles que tivessem cometido delitos de traição e serviam como prisão custódia, para aqueles que aguardavam a execução da pena, e como detenção temporal ou perpétua, ou até o recebimento do perdão real. Como não havia estabelecimentos apropriados para o encarceramento, eram comumente utilizados locais que inicialmente possuíam outra finalidade, como por exemplo, a Torre de Londres, a Bastilha, de Paris, e os porões dos castelos.¹⁸ A prisão eclesiástica, por sua vez, era destinada aos sacerdotes e religiosos que

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2001, p. 6.

¹⁶ CALDEIRA, Felipe Machado, *op. cit.*, 2009, p. 263.

¹⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução: Raquel Ramalhe. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 35.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2001, p. 9.

infringiram normas eclesíásticas para que por meio de penitência e oração pudessem se arrepender e obter a emenda. Por oportuno, cabe ressaltar a relevante contribuição deixada pelo Direito Canônico no tocante ao surgimento da prisão moderna, mormente no que diz respeito ao isolamento celular, ao arrependimento e à correção do delinquente. Da palavra “penitência”, vinculada ao Direito Canônico, surgiram as palavras “penitenciário” e “penitenciária”.¹⁹

Corroborando a importância do Direito Canônico, Caldeira destaca que:

Surge, então, a privação da liberdade como pena: a prisão eclesíástica, que tinha por finalidade fazer com que o recluso meditasse, refletisse e arrependesse da infração cometida. Cárcere como penitência e meditação, originando a palavra “penitenciária”. Esta foi a grande contribuição deste período da história para a teoria da pena.²⁰

A Idade Moderna é tradicionalmente delimitada pelos historiadores como o período histórico entre a ocupação de Constantinopla pelo Império Otomano, em 1453, e a Revolução Francesa, em 1789.²¹

Com as inúmeras guerras religiosas e a pobreza se espalhando por toda a Europa, houve um aumento do número de delitos. A população miserável sobrevivia de esmolas, roubos e assassinatos. Diante da crescente delinquência, a pena de morte deixa de ser uma solução adequada ante à impossibilidade de ser aplicada para tantas pessoas.²²

É nesse cenário que, a partir da segunda metade do século XVII, tem início o desenvolvimento das penas privativas de liberdade com a construção de prisões organizadas que tinham a finalidade de promover a correção dos infratores através do trabalho e da disciplina. Surgiram, assim, na Inglaterra as *houses of correction* ou *bridwells* e *as workhouses*. Da mesma forma, em Amsterdam, nos anos de 1596 e 1597, foram criadas casas de correção para homens e mulheres que tivessem praticado pequena delinquência. Os delitos mais graves permaneciam sendo punidos com exílio, açoites, pelourinho, etc. O objetivo era alcançar a reabilitação por meio do trabalho constante, do

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2001, p. 10-14.

²⁰ CALDEIRA, Felipe Machado, *op. cit.*, 2009, p. 264.

²¹ *Ibidem*, p.265.

²² BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2001, p. 15.

castigo corporal e da instrução religiosa. Esse modelo prisional holandês foi muito bem sucedido e imitado por muitos países da Europa.²³

Para Dario Melossi e Massimo Pavarini, citados por Cezar Roberto Bitencourt, na verdade, o objetivo fundamental das primeiras instituições de reclusão na Inglaterra e na Holanda era evitar o desperdício de mão de obra e, ao mesmo tempo, controlar sua utilização de acordo com as necessidades do capitalismo. Assim, segundo os referidos autores, a prisão surge não com um propósito idealista ou humanitário para melhorar as condições do cárcere ou para proporcionar a reabilitação mas sim como um instrumento de submissão do delinquente à disciplina de produção capitalista.²⁴

Nesse sentido, Foucault:

O momento histórico das disciplinas é o momento em que nasce uma arte do corpo humano, que visa não unicamente o aumento de suas habilidades, nem tampouco aprofundar sua sujeição, mas a formação de uma relação que no mesmo mecanismo o torna tanto mais obediente quanto é mais útil, e inversamente. [...] A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos “dóceis”. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência). Em uma palavra: ela dissocia o poder do corpo; faz dele por um lado uma “aptidão”, uma “capacidade” que ele procura aumentar; e inverte por outro lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz dela uma relação de sujeição estrita. Se a exploração econômica separa a força e o produto do trabalho, digamos que a coerção disciplinar estabelece no corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e uma dominação acentuada.²⁵

Nas casas de trabalho, as atividades desempenhadas pelos condenados eram exaustivas, a remuneração era ínfima e os condenados não sabiam quanto tempo permaneceriam naquela condição uma vez que a duração das penas ficava a critério do administrador do estabelecimento que a redimia de acordo com o trabalho realizado e a conduta do detento. Além disso, o temor a Deus e a formação religiosa através de livros escritos especialmente para os detentos eram formas de impor a disciplina.²⁶

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2001, p. 16-18.

²⁴ *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2001, p. 23-24.

²⁵ FOUCAULT, Michel, *op. cit.*, 2009, p. 133-134.

²⁶ ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 117-118.

Nessa conjuntura surgiu a pena de prisão: mais como trabalho pesado do que como privação de liberdade propriamente dita e como um eficiente meio de controle social.

A Idade Contemporânea, ou Pós-Modernidade, iniciou-se a partir da Revolução Francesa, em 1789, e perdura até os dias atuais. Seu início foi marcado pelo Iluminismo, que através de grandes pensadores como Bentham (Inglaterra), Montesquieu e Voltaire (França), Hommel e Fenenbach (Alemanha), Beccaria, Filangieri e Pagano (Itália), dentre outros, trouxe a necessidade de modernização do Direito Penal e de reforma do sistema punitivo.²⁷

Em 1764, com a obra *Dos delitos e das penas*, de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, nasce a denominada escola clássica. Contrário às penas de morte e às penas cruéis, defendeu a aplicação do princípio da proporcionalidade da pena em relação à infração praticada. Para combater o arbítrio judiciário, defendeu, ainda, a fixação das penas pelas leis, cabendo aos magistrados apenas sua correta aplicação. Pregou o princípio da responsabilidade pessoal para evitar que as penas atingissem também a família do condenado e que a pena, além do caráter intimidativo, tivesse a função de regenerar o criminoso.²⁸ Para Beccaria, “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.”²⁹

Bitencourt afirma que “Beccaria tinha uma concepção utilitarista da pena”³⁰ buscando “um exemplo para o futuro, mas não uma vingança pelo passado”³¹, considerando a prevenção geral o objetivo principal da pena a ser alcançado através da eficácia e da certeza da punição. Ademais, Beccaria trouxe algumas ideias que propiciaram a humanização da justiça e das penas, marcando o começo de um crescente respeito pela dignidade humana,

²⁷ CALDEIRA, Felipe Machado, *op. cit.*, 2009, p. 266-267.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza, *op.cit.*, 2014, p. 61.

²⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006. p. 107.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.*, 2001, p. 36.

³¹ *Idem*.

evidenciando, assim, os princípios reabilitadores ou ressocializadores da pena.³²

Desse modo, suas propostas espalharam-se pela Europa e expressavam valores e ideais de muitos reformadores do seu tempo. Além disso, sugeria mudanças apoiadas pela opinião pública, o que fez com que suas ideias fossem adotadas pelo primeiro Código Penal da França, em 1791. Como consequência houve uma grande redução de delitos punidos com pena de morte, as penas corporais foram abolidas e a pena privativa de liberdade passou a ser aplicada para os delitos graves.³³

Foi criada em 1818 a *Western Pennsylvania Penitentiary* e, em seguida, em 1829, a *Eastern State Penitentiary*. Era o chamado sistema pensilvânico, filadélfico ou celular, no qual os presos ficavam em total isolamento e recebiam visitas apenas dos funcionários e do sacerdote. Ficavam separados em celas individuais e o trabalho, permitido apenas para alguns condenados, quando realizado era manufaturado.³⁴

Posteriormente, com a prisão de Auburn surgiu o sistema auburniano. Esse sistema não trazia a reforma do delinquente como prioridade, predominava a preocupação com a obediência do recluso, com a segurança do estabelecimento prisional e, ainda, com a finalidade utilitarista de exploração da mão de obra carcerária.³⁵

Tanto o sistema auburniano quanto o sistema filadélfico impediam a comunicação dos reclusos entre si e os isolavam em celas individuais à noite. Contudo, no filadélfico a separação dos presos ocorria durante todo o dia, enquanto que no auburniano os presos eram reunidos por um período para a realização de um trabalho produtivo. Ambos os sistemas adotam a visão punitiva e retributiva da pena.³⁶

Por volta de 1787, Jeremy Bentham sugeriu a criação de um presídio ideal, denominado “O Panóptico” ou “Casa de Inspeção”, no qual todas as celas eram voltadas para o centro do presídio, o que permitia a constante

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.*, 2001, p. 37-38.

³³ *Ibidem*, p. 38.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*, 2014, p. 62.

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2001, p. 71.

³⁶ *Ibidem*, p. 79-80.

vigilância dos condenados.³⁷ De acordo com Anitua, “o máximo controle deveria unir a finalidade da pena com o menor gasto e os maiores benefícios para o indivíduo e para a comunidade no futuro.”³⁸

Para Bentham, mencionado por Bitencourt, a finalidade principal da pena era prevenir a ocorrência de delitos semelhantes. Portanto, o efeito preventivo geral era predominante, embora também admitisse a prevenção especial da pena, ainda que em segundo plano. Não admitia penas infamantes por entender que estas impossibilitavam a reabilitação. Considerava o castigo como um mal necessário para prevenir danos maiores à sociedade. Bentham ainda se preocupou em propor soluções para resolver a questão da assistência pós-penitenciária, ou seja, em auxiliar o detento na sua vida após a libertação.³⁹

Entretanto, Foucault descreve em detalhes a estrutura do Panóptico e o enxerga como uma estrutura de dominação e submissão. Vejamos:

Na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre: esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas tem duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. [...] O dispositivo panóptico organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente. Em suma, o princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções – trancar, privar de luz e esconder – só se conserva a primeira e suprimem-se as outras duas. A plena luz e o olhar de um vigia captam melhor que a sombra, que finalmente protegia. A visibilidade é uma armadilha. [...] Daí o efeito mais importante do Panóptico: induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. [...] O Panóptico é uma máquina de dissociar o par ver-ser visto: no anel periférico, se é totalmente visto, sem nunca ver; na torre central, vê-se tudo, sem nunca ser visto.⁴⁰

De acordo com Foucault, o panóptico se assemelha ao zoológico construído por *Le Vaux* em Versalhes e funciona como uma espécie de laboratório de poder em razão da observação individualizante e da capacidade

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*, 2014, p. 63.

³⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio, *op. cit.*, 2008, p. 208.

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2001, p. 46-48.

⁴⁰ FOUCAULT, Michel, *op. cit.*, 2009, p. 190-191.

de penetração no comportamento dos homens, caracterizando, classificando e estabelecendo diferenças. Seria, ainda, uma máquina de fazer experiências capaz de modificar o comportamento dos indivíduos.⁴¹

As ideias penitenciárias de Bentham não chegaram ser plenamente implementadas. Contudo, suas críticas e contribuições, muitas delas atualíssimas, como, por exemplo, a questão da reabilitação pós-penitenciária, foram de grande importância para a evolução do sistema penitenciário.

Assim, durante o século XIX observa-se o predomínio da pena privativa de liberdade e o abandono gradual da pena de morte. Após a Primeira Guerra Mundial, aos poucos, os países europeus abandonaram o uso dos sistemas filadélfico e auburniano e passaram a adotar o sistema progressivo. Cezar Roberto Bitencourt explica que:

A essência desse regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar 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.⁴²

A Inglaterra adotou com grande êxito o sistema progressivo na Ilha de Norfolk, na Austrália, local de custódia dos presos mais perigosos. Lá o sistema progressivo era dividido em três períodos: o período de isolamento celular diurno e noturno, cuja finalidade era fazer o preso refletir sobre o delito cometido; o trabalho comum sob a regra do silêncio, o qual era realizado de modo escalonado e dividido em classes até que o preso pudesse alcançar o último período, qual seja, a liberdade condicional.⁴³

A Irlanda, por sua vez, também obteve sucesso na implantação do sistema progressivo. Contudo, o diretor das prisões na Irlanda introduziu uma modificação fundamental que deu origem ao denominado sistema irlandês: inseriu um período intermediário entre as prisões e a liberdade condicional com o objetivo de preparar o recluso para seu retorno à sociedade.⁴⁴

⁴¹ FOUCAULT, Michel, *op. cit.*, 2009, p. 192-194.

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2001, p. 83.

⁴³ *Ibidem*, p. 83-85.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 86-87.

Atualmente o sistema progressivo levou a uma grande transformação nos sistemas carcerários através da individualização penitenciária e da possibilidade de o detento ter uma vida comum e mais próxima da sociedade, como nos casos de penas cumpridas no regime aberto, por exemplo.⁴⁵

Assim, ao longo dos séculos, a pena privativa de liberdade se tornou a principal forma de sanção penal. Entretanto, ainda está longe ser o modelo ideal de resposta penal capaz de reduzir os índices de criminalidade e de reincidência.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA NO BRASIL

Os povos indígenas que habitavam o Brasil antes do descobrimento não possuíam qualquer código ou leis escritas. As normas existentes eram todas de direito consuetudinário e aplicadas normalmente pelo cacique ou pelo pajé. Praticavam a lei de talião e a vingança de sangue. Além disso, aplicavam sanções como a pena de morte e penas corporais. Todavia, entre os índios a responsabilidade penal era igual para todos independentemente da idade, não havendo inimizabilidade penal.⁴⁶

Com a chegada dos portugueses e a posterior condição de colônia, passou a ser aplicado no Brasil todo o sistema jurídico-penal da Coroa Portuguesa, as Ordenações do Reino.

As Ordenações Afonsinas, publicadas em nome de D. Afonso V por volta de 1446, duraram somente até 1512 de modo que esse ordenamento não foi efetivamente aplicado em nosso país. As penas eram desproporcionais aos delitos, punindo-se com morte até mesmo os furtos praticados.⁴⁷

Em 1521, as Ordenações Manuelinas começaram a ser aplicadas no Brasil com pequenas alterações em relação às Ordenações Afonsinas. Havia previsão de penas cruéis, aplicadas de acordo com a classe social do réu, bem como de pena de morte, notadamente a fogueira, em razão da influência do Tribunal da Santa Inquisição. Todavia, as penas ficavam a critério do juiz uma vez que as Ordenações Manuelinas não fixavam a pena para o delito

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2001, p. 97.

⁴⁶ SILVA, José Geraldo da. *Teoria do Crime*. 4. ed. Campinas: Millennium, 2010, p. 23.

⁴⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu, *op. cit.*, 2002, p. 36.

praticado.⁴⁸ A prisão como pena era raramente aplicada. Na maioria das vezes servia apenas como um expediente necessário à execução da pena de morte.⁴⁹

As Ordenações Filipinas, por sua vez, foram promulgadas em 1603 e vigoraram no Brasil até 1830, sendo a mais longa e também a mais terrível de nossas legislações penais.⁵⁰ Observa-se o predomínio da pena de morte em suas mais variadas formas de execução, como destacam Sérgio Salomão Schecaira e Alceu Corrêa Junior, podendo ser aplicada:

[...] morte cruel (morte lenta e suplício); morte atroz (acrescida de confisco de bens, queima do cadáver, esquartejamento e proscição de suas memória); morte simples (degolação ou enforcamento para as classes inferiores); morte civil (fim dos direitos civis e cidadania).⁵¹

Além da pena de morte, eram utilizadas outras sanções cruéis tais como o açoite, a amputação de membros, as galés, penas de multa e de degredo. Não se adotava o princípio da legalidade, cabendo ao julgador a escolha da sanção que achasse mais adequada.⁵²

Importante destacar que a sentença de Tiradentes e dos demais participantes da Inconfidência Mineira, prolatada em 1792, retrata a desproporcionalidade e a arbitrariedade desta rigorosa legislação que vigorou no Brasil por mais de dois séculos. Vejamos:

[...] Portanto condenam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha o Tiradentes Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas a que com barão e pregão seja conduzido pelas ruas publicas ao lugar da forca e nella morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em lugar mais publico della será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes pelo caminho de Minas no sitio da Varginha e das Sebolas aonde o Réu teve as suas infames práticas e os mais nos sitios (sic) de maiores povoações até que o tempo também os consuma; declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens applicam para o Fisco e Câmara Real, e a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique e não sendo própria será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados e no mesmo chão se

⁴⁸ SILVA, José Geraldo da, *op. cit.*, 2010, p. 24-25.

⁴⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu, *op. cit.*, 2002, p. 36.

⁵⁰ SILVA, José Geraldo da, *op. cit.*, 2010, p. 25.

⁵¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu, *op. cit.*, 2002, p. 37.

⁵² *Idem.*

levantará um padrão pelo qual se conserve em memória a infamia deste abominável Réu. [...]⁵³

Com a Independência do Brasil em 1822, a Constituição brasileira de 1824 determinou a elaboração urgente de “um Código Criminal, fundado nas sólidas bases de justiça e equidade” (artigo 179, XVIII) e declarou o fim dos suplícios e das penas infamantes.⁵⁴

Assim, o Código Criminal do Império, promulgado em 1830, surgiu como um dos mais bem elaborados tecnicamente, influenciando legislações de outros países como o Código Penal espanhol de 1848 e o Código Penal português de 1852.⁵⁵ Instituiu, no artigo 33, o princípio da legalidade das penas e inovou ao estabelecer, no artigo 55, o sistema de dias-multa.

Contudo, o rol de penas permaneceu extenso, podendo ainda ser aplicadas as penas de “morte, galés, prisão com trabalho, prisão simples, banimento, degredo, desterro, multa, suspensão do emprego, perda do emprego e açoites para escravos”.⁵⁶

Em 1890, após o advento da Proclamação da República em 1889, passou a vigorar no Brasil o Código Penal da República. O novo diploma legal trouxe inúmeras modificações como a abolição da pena de galés, a limitação em 30 anos para o cumprimento da prisão perpétua, a prescrição das penas e o desconto do tempo de prisão preventiva na pena privativa de liberdade. No tocante às penas, em sua maioria baseadas na privação de liberdade, havia previsão de prisão celular, de reclusão, de prisão com trabalho obrigatório e de prisão disciplinar aos menores de 21 anos, aplicadas de acordo com a gravidade da infração, permanecendo, porém, em vigor, como penas autônomas, o banimento, a interdição, a perda do cargo público e a multa.⁵⁷

De acordo com Bruno de Moraes Ribeiro, “o Código Penal de 1890 foi o primeiro Código Penal brasileiro a prever um sistema penitenciário progressivo, aludindo expressamente à “emenda” e tendo como base a prisão celular”.⁵⁸

⁵³ Disponível em: <<http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=612>>. Acesso em: 09 nov. 2019.

⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p. 90.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 91.

⁵⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu, *op. cit.*, 2002, p. 40.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 41.

⁵⁸ RIBEIRO, Bruno de Moraes, *op. cit.*, 2008, p.65.

Apesar das inovações trazidas na seara da sanção penal, o Código Republicano foi duramente criticado pela sua impropriedade gramatical e graves defeitos de técnica, o que propiciava uma interpretação dúbia.⁵⁹

Com efeito, no ano seguinte, em 1891, iniciaram-se novos estudos com a nomeação de uma Comissão para a reforma do Código Penal. Conforme leciona Cezar Roberto Bitencourt:

Os equívocos e deficiências do Código Republicano acabaram transformando-o em verdadeira colcha de retalhos, tamanha a quantidade de leis extravagantes que, finalmente, se concentraram na conhecida *Consolidação das Leis Penais* de Vicente Piragibe, promulgada em 1932.⁶⁰

Durante o período de vigência do Código Republicano vários projetos foram apresentados na tentativa de substituí-lo. Contudo, somente durante o Estado Novo, em 1937, o projeto apresentado por Alcântara Machado foi sancionado por decreto, em 1940, após análise de uma Comissão Revisora, passando a vigorar de 1942 até os dias atuais.⁶¹

Impende salientar que o Projeto Nélon Hungria, de 1963, o qual visava substituir o Código Penal de 1940, foi promulgado em 1969. Entretanto, após o período mais longo de *vacatio legis* da história nacional, o então novo código foi revogado em 1978 sem nunca ter entrado em vigor.⁶²

O Código Penal de 1940, caracterizado pelo seu tecnicismo jurídico, manteve como base do sistema de penas a pena de prisão, além da multa e das penas acessórias como a interdição temporária e a perda da função pública.⁶³

Com a entrada em vigor do Código Penal de 1940, Ribeiro destaca que em que pese o caráter predominantemente retributivo da pena, a ideia de reeducação, ressocialização ou reintegração social já havia sido implementada. Tanto é que o referido diploma legal “adotou um detalhado sistema progressivo de execução das penas privativas de liberdade, o que demonstrava a

⁵⁹ SILVA, José Geraldo da, *op. cit.*, 2010, p. 28.

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p. 91.

⁶¹ *Idem.*

⁶² *Ibidem*, p. 92.

⁶³ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu, *op. cit.*, 2002, p. 43.

preocupação de propiciar uma gradual reinserção do condenado na vida social”.⁶⁴

A Lei nº 7.209/84 reformulou toda a Parte Geral do Código de 1940. Foram abolidas as penas acessórias e o sistema do duplo binário, passando a ser utilizado o sistema vicariante, isto é, deixou de ser aplicado simultaneamente pena e medida de segurança aos semi-imputáveis. Foram também extintos o exílio local e a publicação da sentença, ambos em virtude de seu caráter infamante. A perda da função pública, por sua vez, tornou-se um efeito necessário da condenação criminal. Além disso, na tentativa de minimizar os efeitos negativos da prisão, foi criado o regime progressivo para cumprimento de pena de acordo com a conduta do sentenciado bem como a adoção das penas alternativas.⁶⁵

Posteriormente, com o advento da Lei nº 9.714/98, foi ampliada a aplicação das penas alternativas com a nova redação dada ao artigo 43 do Código Penal, sendo assim estabelecido um novo rol de penas restritivas de direitos, a saber: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana. Destaca-se, ainda, a alteração dos requisitos para que pena privativa liberdade possa ser substituída pela pena restritiva de direitos, sendo permitida a referida substituição aos crimes praticados sem violência cuja pena aplicada não seja superior a 4 anos e também a aplicação do benefício ao reincidente não específico se a medida for socialmente recomendável.⁶⁶

3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À PENA

Com o fim do Estado Absolutista, diversos princípios limitadores da atuação estatal passaram a integrar a legislação penal dos países democráticos, recebendo “assento constitucional como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão.”⁶⁷

⁶⁴ RIBEIRO, Bruno de Moraes, *op. cit.*, 2008, p. 66.

⁶⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu, *op. cit.*, 2002, p. 45-46.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 46-47.

⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p. 49.

Luigi Ferrajoli enumera dez princípios definidores do modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal que foram elaborados pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII e que agem como limitadores do poder penal absoluto. Posteriormente, esses princípios foram incorporados, de alguma forma, aos ordenamentos jurídicos, transformando-se em princípios jurídicos do moderno Estado de Direito. São eles: princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; princípio da legalidade; princípio da necessidade ou da economia do direito penal; princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; princípio da materialidade ou da exteriorização da ação; princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; princípio da jurisdicionariedade; princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; princípio do ônus da prova ou da verificação; princípio do contraditório ou da ampla defesa.⁶⁸

Atualmente, esses princípios e garantias estão amparados pela Constituição Federal de 1988 e podem ser encontrados já no preâmbulo da Carta Magna. No artigo 1º, III, da Constituição, encontramos o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Entretanto, é o artigo 5º que traz os princípios constitucionais específicos que norteiam a elaboração e aplicação das normas penais.

Com efeito, no tocante à pena, estão expressamente contidos no texto constitucional os princípios da legalidade, da personalidade, da individualização e da humanidade. Como princípios implícitos figuram os princípios da proporcionalidade e da culpabilidade.

3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Com o surgimento e difusão das ideias iluministas propostas por diversos filósofos e pensadores do século XVIII, o princípio da legalidade passou a ser defendido com requisito essencial para punição dos delitos. Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, defendia que “apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 91-92.

penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social.”⁶⁹

Nesse sentido, estabelece o artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, deixando clara a intenção de submeter a sanção penal a parâmetros fixados por lei com o objetivo de afastar possíveis arbítrios e abusos. Dessa forma, somente a lei penal em sentido estrito pode propiciar o surgimento da figura abstrata do crime bem como da pena correspondente à prática da conduta delitiva. Também denominado princípio da reserva legal, dele decorrem outros princípios como o da taxatividade, da anterioridade e da irretroatividade da lei penal.⁷⁰

O princípio da taxatividade está vinculado à legalidade na medida em que os tipos penais incriminadores necessitam de uma redação simples, clara e objetiva a fim de evitar qualquer interpretação dúbia ou insegurança na sua aplicação.⁷¹

Além disso, a exigência da taxatividade no tocante à sanção penal impede a aplicação das chamadas penas indeterminadas. Conforme lecionam Schecaira e Corrêa Junior:

O sistema de penas mais utilizado em países democráticos é aquele que estabelece penas determináveis dentro de margens, no qual o legislador estabelece limites rígidos, máximos e mínimos, para que o juiz aplique pena de acordo com as circunstâncias do caso concreto, observando-se a necessária individualização da resposta penal. As margens, porém, devem ser fixadas de forma razoável, ou seja, sem grandes distâncias entre os limites mínimos e máximos, para que não se delegue ao juiz funções privativas do legislador.⁷²

A anterioridade, por sua vez, é corolário natural da legalidade e por isso está inserido no mesmo inciso XXXIX do artigo 5º. Isto porque seria inútil a reserva legal se a figura típica pudesse ser criada após a prática do fato.⁷³

Quanto à irretroatividade da lei penal, prevista no artigo 5º, inciso XL, da Carta Magna, decorre, da mesma forma, da garantia que impossibilita a

⁶⁹ BECCARIA, Cesare, *op.cit.*, 2006. p. 20.

⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*, 2014, p. 39.

⁷¹ *Ibidem*, p. 40.

⁷² SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu, *op. cit.*, 2002, p. 78.

⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*, 2014, p. 40.

aplicação retroativa de leis, principalmente as leis penais, sob pena de gerar instabilidade e insegurança jurídica na sociedade.⁷⁴

Na verdade, trata-se de uma garantia ao cidadão no sentido de que somente poderá ser punido pela legislação vigente na ocasião da prática da conduta delituosa. Vale ressaltar a possibilidade de aplicação retroativa de lei penal mais benéfica ao agente, nos termos do artigo 5º, XL, da Constituição Federal e artigo 2º do Código Penal.⁷⁵

3.2 PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE OU DA RESPONSABILIDADE PESSOAL

O princípio da personalidade, da responsabilidade pessoal ou da pessoalidade está estampado no texto constitucional no artigo 5º, XLV, e dispõe que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. Sua origem, assim como a legalidade, é também encontrada no iluminismo e foi previsto em quase todas as constituições brasileiras, com exceção da Constituição de 1937.⁷⁶

Sua importância pode ser constatada através da evolução histórica da pena, abordada no item 2.1 deste trabalho acadêmico, uma vez que no passado as penas podiam atingir também os familiares do condenado ou todo o grupo social. No Brasil, o caso mais emblemático foi a condenação de Tiradentes, também já mencionada neste trabalho no item 2.2, que mesmo sendo enforcado e esquartejado, teve seus bens confiscados e a infâmia lançada sobre seus descendentes até a terceira geração.

Destarte, o princípio em tela visa proibir práticas antigas de quando o Estado admitia a punição de parentes e amigos do criminoso, mormente nos casos de fuga ou morte anterior ao cumprimento integral da pena. No entanto, o próprio texto constitucional ressalva que essa proteção não abrange o dever de reparar o dano e o perdimento dos bens.⁷⁷ Nesse sentido, Nucci explica que:

⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*, 2014, p. 40.

⁷⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu, *op. cit.*, 2002, p. 78.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 79.

⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *op. cit.*, 2014, p. 43.

No mais, o texto constitucional abriu, corretamente, as exceções à responsabilidade pessoal, no cenário criminal, deixando bem claro que há efeitos civis em decorrência da prática do delito, que também constituirá um ilícito civil, passível de reparação (art. 91, I, CP). Cuidando-se de indenização civil, pode estender-se aos sucessores e contra eles executada, no limite da herança. Outro ponto relevante é a vedação ao enriquecimento ilícito, deixando nítida a possibilidade de se confiscar o produto ou proveito do crime, mesmo que já tenha sido transferido a terceiros, conforme dispõe o art. 91, II, do Código Penal.⁷⁸

Ressalta-se que a situação das penas pecuniárias é diferente haja vista que integram o sistema de penas em vigor como sanções autônomas e, como tal, não podem atingir os herdeiros do condenado nem seu espólio em razão da proibição contida no artigo 5º, XLV, 1ª parte, da Carta Magna.⁷⁹

Em decorrência do princípio da personalidade, encontra-se implicitamente previsto o princípio da culpabilidade, *nullum crimen sine culpa*, ou seja, não há crime sem dolo e sem culpa, de modo que “ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível se não houver obrado, pelo menos, com dolo ou culpa”⁸⁰, impedindo, assim, a atribuição de responsabilidade penal objetiva. Nesse sentido, o artigo 19 do Código Penal dispõe que, pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responderá aquele que o houver causado ao menos culposamente.

No tocante à relevância do princípio da culpabilidade, Guilherme de Souza Nucci destaca que:

Aliás, o princípio da culpabilidade inspira a caracterização do crime, fundamenta e limita a aplicação da pena, em atuação sincronizada com os fins aos quais se vincula, isto é, o de que a pena é personalíssima, não podendo ultrapassar a pessoa do delinquente e a medida da reprovação social por ele merecida.⁸¹

3.3 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Previsto no inciso XLVI, primeira parte, do artigo 5º da Constituição Federal, “a individualização da pena tem o significado de eleger a justa e

⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Impactos da Constituição Federal de 1988 no campo do Direito Penal*. In: MORAES, Guilherme Peña de et al. *30 anos da Constituição Federal e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 231.

⁷⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu, *op. cit.*, 2002, p. 81.

⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p. 64.

⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*, 2014, p. 44-45.

adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores”.⁸²

O princípio da individualização possui três aspectos distintos de acordo com o momento de incidência, podendo ocorrer na esfera legislativa, judicial ou na execução da pena.

Na esfera legislativa, o princípio em tela é destinado ao legislador infraconstitucional que deve observar o que dispõe o texto constitucional ao estabelecer as penas para cada crime. O rol de sanções previsto no referido inciso XLVI é exemplificativo, de modo que o legislador pode criar outras penas desde que sejam compatíveis com as finalidades da pena e com os princípios do Estado Democrático de Direito.⁸³

Na esfera judicial, a individualização da pena deve ser observada pelo juiz no momento da aplicação da pena ao condenado. O Código Penal atual garantiu a aplicação desse princípio antes mesmo da Constituição de 1988, conforme verifica-se na redação dos tipos penais incriminadores nos quais há uma faixa para o estabelecimento concreto da pena. Os critérios para sua fixação exata são encontrados na Parte Geral do Código Penal, como, por exemplo, nos artigos 59 e 68. Ademais, o princípio da individualização da pena está em consonância com o dispositivo constitucional do artigo 93, IX, uma vez que a motivação das sentenças condenatórias é de suma importância para a aplicação de uma pena justa e individualizada.⁸⁴

Por fim, o princípio em exame deve ser observado também na fase da execução da pena. Nesse sentido, dispõe o artigo 5º, XLVIII, da Constituição Federal que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo”.

A Lei de Execuções Penais, Lei nº 7.210/84, recepcionada pela Constituição de 1988, foi, da mesma forma, acolhida pelo princípio em tela ao prever a individualização executória da pena através do sistema de progressão de regime, levando em consideração o tempo de cumprimento e o mérito do sentenciado.⁸⁵

⁸² NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*, 2014, p. 29.

⁸³ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu, *op. cit.*, 2002, p. 83.

⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*, 2018, p. 231-232.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 232-233.

Schecaira e Corrêa Junior ressaltam que a realidade é bem diferente dos conceitos acima mencionados:

Empiricamente, o que ocorre é uma mistura dos mais diferentes tipos de delinquentes, que acabam por influenciar a maioria daqueles que são condenados ao cárcere. Na linguagem popular, é a “escola do crime”, que muito contribui para o fracasso da pena como instrumento de reinserção social, criando inclusive as condições adequadas para que o condenado retorne à delinquência.⁸⁶

3.4 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

O princípio da humanidade decorre do princípio regente da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, III da Constituição Federal. Nesse sentido, o inciso XLVII do artigo 5º veda expressamente as penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento e cruéis. Além disso, estabelece no inciso XLIX do referido artigo 5º que ao preso deve ser assegurado o respeito à integridade física e moral.

Contudo, o que se verifica hoje é o total desrespeito estatal quanto ao texto constitucional. Os estabelecimentos penais de regime fechado estão superlotados e apresentam condições sub-humanas de vida. O regime semiaberto tem deficiência de vagas e não oferece trabalho nem estudo aos presos. O regime aberto praticamente não existe, ficando os sentenciados em prisão albergue domiciliar sem nenhuma fiscalização.⁸⁷

Guilherme de Souza Nucci resume bem a realidade brasileira ao afirmar que:

O Estado não cumpre a Constituição, conseguindo a proeza de desrespeitar, ao mesmo tempo, o princípio da humanidade e o direito da coletividade à segurança pública. O binômio é visível: os presídios são lugares caóticos e quando os detentos são libertados tornam a delinquir pois a ressocialização é um mito. Assim, a prisão se torna desumana e o cumprimento da pena, inútil.⁸⁸

⁸⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu, *op. cit.*, 2002, p. 84.

⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*, 2018, p. 234-235.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 235.

Desse modo, diante da necessidade da aplicação das penas privativas de liberdade deve-se exigir que o Estado promova, minimamente, condições dignas de sobrevivência no cárcere capazes de atender à dignidade da pessoa humana.

3.5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão já determinava no seu artigo 15 que “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”. O princípio da proporcionalidade foi recepcionado pela Constituição de 1988 em diversos dispositivos, tais como a exigência de individualização da pena (art. 5º, XLVI) e proibição de determinados tipos de sanções penais (art. 5º, XLVII).⁸⁹

O princípio da proporcionalidade se espalha por todos os ramos do Direito, adquirindo, porém, destaque especial na esfera penal uma vez que rege o sistema punitivo estabelecido pela legislação ordinária. Assim, torna-se imperativa a proporção entre a gravidade do crime e a intensidade da punição. Dito de outro modo, espera-se que sejam cominadas penas mais severas aos delitos mais graves e, conseqüentemente, penas mais brandas aos delitos de menor potencial ofensivo.⁹⁰

4 AS TEORIAS DA PENA: FUNÇÕES, FINS E JUSTIFICAÇÕES

Ao longo da história, diversas justificativas foram apresentadas para fundamentar a ação do Estado e legitimar a repressão da criminalidade.

Durante essa evolução, a pena deixou de ser justificada exclusivamente sob a perspectiva de uma única vertente, seja retribucionista, seja utilitarista, passando a ser compreendida de maneira mais ampla diante das finalidades e funções que pode desempenhar num Estado Democrático de Direito.⁹¹

Atualmente, pode-se afirmar que o direito penal está diretamente relacionado com os efeitos a serem produzidos pela aplicação da pena tanto

⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p. 65-66.

⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*, 2018, p. 233.

⁹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p. 131-132.

sobre o delinquente como também sobre a sociedade.⁹² Diante desse cenário, faz-se necessário analisar as teorias apresentadas pela doutrina acerca do tema.

4.1 TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUTIVAS

A principal característica das teorias absolutas consiste na concepção de pena como um castigo em retribuição ao mal causado através do delito. Schecaira e Corrêa Junior explicam que:

Com efeito, a teoria absoluta encontra na retribuição justa não só a justificativa para a pena (legitimação da intervenção penal), mas também a garantia de sua existência e o esgotamento de seu conteúdo. Assim todos os demais efeitos (intimidação, correção, supressão do meio social) não guardariam qualquer relação com a natureza da pena.⁹³

Entretanto, Kant e Hegel, os principais representantes das teorias absolutas da pena, tinham concepções distintas: para Kant a justificação da pena constituía uma retribuição moral com base na lei infringida pelo autor, enquanto que para Hegel o que justifica a aplicação da pena é o restabelecimento da ordem jurídica ante à violação da lei, ou seja, uma retribuição jurídica.⁹⁴

Sobre o pensamento kantiano, Cezar Roberto Bitencourt ensina que:

Kant considera que o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinquido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais integrantes da sociedade. Com esse argumento, Kant nega toda e qualquer função preventiva – especial ou geral – da pena. A aplicação da pena decorre da simples infringência da lei penal, isto é, da simples prática do delito.⁹⁵

Kant defendeu a retribuição da pena como imperativo categórico. Anitua expõe que, segundo Kant, o castigo se justifica “devido ao fato de que um indivíduo “merece” ser castigado, e merece sê-lo se é culpado de causar um delito”.⁹⁶ Desse modo, a pena não teria nenhuma função social, e mesmo sem

⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p. 131-132.

⁹³ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu, *op. cit.*, 2002, p. 130.

⁹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p. 135.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 138.

⁹⁶ ANITUA, Gabriel Ignácio, *op. cit.* 2008, p. 192.

uma utilidade ela existe por estar de acordo com a razão, pois do contrário seria cúmplice da violação da justiça.⁹⁷

Por outro lado, Hegel defende a imposição da pena como meio de restabelecer a ordem jurídica quebrada pelo delinquente, ou seja, a pena é a modo de compensar o delito e assim recuperar o equilíbrio perdido. Cezar Roberto Bitencourt explica que a tese de Hegel é conhecida pela sua frase “a pena é a negação da negação do direito”⁹⁸ no sentido de que “a pena encontra sua justificação na necessidade de restabelecer a vigência da ‘vontade geral’, simbolizada na ordem jurídica e que foi negada pela vontade do delinquente”.⁹⁹

Em sentido contrário, Claus Roxin critica a teoria absoluta da pena, vejamos:

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de algum mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria ‘absoluta’ porque para ela o fim da pena é independente, ‘desvinculado’ de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense.¹⁰⁰

Todavia, apesar das críticas vindas de muitos autores, a principal contribuição das teorias absolutas da pena é a concepção de que a sanção penal somente se justifica dentro dos limites da justa retribuição, isto é, traz a ideia de medição de pena, o que, nos dias atuais, corresponde ao princípio da proporcionalidade.¹⁰¹

4.2 TEORIAS RELATIVAS OU PREVENTIVAS

Em oposição às teorias absolutas surgiram as teorias que atribuem efetivamente uma finalidade para a pena. São as chamadas teorias relativas. Segundo elas, a pena se justifica, não como retribuição pelo crime praticado,

⁹⁷ ANITUA, Gabriel Ignácio, *op. cit.* 2008, p. 193.

⁹⁸ *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p. 135.

⁹⁹ *Idem.*

¹⁰⁰ *Apud* GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio – uma visão minimalista do Direito Penal*. 6ª Ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 167-168.

¹⁰¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu, *op. cit.*, 2002, p. 131.

mas sim para prevenir sua prática. Por essa razão, são também conhecidas como teorias preventivas ou teorias utilitaristas.

Desse modo, a pena deixa de constituir um fim em si mesmo, sua justificativa deixa de se fundar em um fato ocorrido no passado, passando então a se apresentar como um meio para alcançar fins futuros e justificada pela necessidade de prevenir os delitos.¹⁰²

Luigi Ferrajoli explica que a concepção de pena enquanto meio representa o traço comum de todas as doutrinas relativas ou utilitaristas e que “o utilitarismo, não fosse pelo fato de que exclui as penas socialmente inúteis, é, resumindo, o pressuposto necessário de toda e qualquer doutrina penal sobre os limites do poder punitivo do Estado.”¹⁰³

As teorias relativas da pena são classificadas de acordo com o modo de alcançar a prevenção dos delitos e se subdividem em prevenção geral negativa, prevenção geral positiva e prevenção especial.

De acordo com a teoria da prevenção geral negativa, a pena atua como meio de intimidação a possíveis infratores para que não cometam o delito.¹⁰⁴ Contudo, a teoria em tela não demonstrou ser capaz de produzir os efeitos preventivos anunciados uma vez que a mera ameaça de imposição da pena não é suficiente para impedir o delinquente de praticar a conduta criminosa.¹⁰⁵

Por outro lado, a prevenção geral positiva propõe ratificar a vigência da norma através do estímulo da sociedade ao seu cumprimento.¹⁰⁶ Assim, “a pena passa, então, a assumir uma finalidade pedagógica e comunicativa de reafirmação do sistema normativo, com o objetivo de oferecer estabilidade ao ordenamento jurídico”.¹⁰⁷

Dentre os adeptos da teoria da prevenção geral positiva há divergência quanto à existência de outras finalidades da pena, a qual teria uma dimensão mais ampla que somente a mera confirmação da vigência da norma. Ocorre, então, a subdivisão da teoria em exame em duas vertentes: uma fundamentadora e, a outra, limitadora.¹⁰⁸

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi, *op.cit.*, 2014, p. 241.

¹⁰³ *Idem.*

¹⁰⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu, *op. cit.*, 2002, p.131-132.

¹⁰⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p.145.

¹⁰⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu, *op. cit.*, 2002, p.132.

¹⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p.147.

¹⁰⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu, *op. cit.*, 2002, p.132.

Na teoria da prevenção geral positiva fundamentadora, defendida por Welzel e Jakobs, dentre outros, “o fim pretendido com a imposição da pena é, unicamente, a confirmação da norma e dos valores nela contidos”¹⁰⁹ de maneira que “a finalidade de reafirmação da fidelidade e da confiança da comunidade no Direito passa a ocupar o centro da fundamentação de todo o sistema penal”.¹¹⁰

Sobre a teoria em questão, Cezar Roberto Bitencourt analisa que:

Resumindo, a teoria da prevenção geral positiva na versão fundamentadora não constitui uma alternativa real que satisfaça as atuais necessidades da teoria da pena. É criticável também sua pretensão de impor ao indivíduo, de forma coativa, determinados padrões éticos, algo inconcebível em um Estado social e democrático de Direito. É igualmente questionável a eliminação dos limites do *ius puniendi*, tanto formal como materialmente, fato que conduz à legitimação e desenvolvimento de uma política criminal carente de legitimidade democrática.¹¹¹

Por sua vez, a prevenção geral positiva limitadora acrescenta um sentido limitador ao poder punitivo estatal para que não se torne um poder arbitrário ao impor determinados padrões éticos. Nesse sentido, a pena deve ser restringida pelo princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização e da culpabilidade.¹¹²

Já a teoria da prevenção especial tem por objetivo impedir que o infrator volte a delinquir.¹¹³ As doutrinas e legislações com finalidades correccionais se desenvolveram a partir da segunda metade do século XIX, momento em que “o projeto iluminista e puramente humanitário do punir menos converte-se naquele disciplinar e tecnológico do punir melhor”.¹¹⁴

Dessa forma, em 1822, a teoria da prevenção especial foi apresentada por Fran Von Liszt na obra Tratado de Marburgo com a ideia de intervenção durante a execução da pena como forma de recuperar ou modificar o condenado.¹¹⁵

¹⁰⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu, *op. cit.*, 2002, p.132.

¹¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p.149.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 151.

¹¹² SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu, *op. cit.*, 2002, p.132.

¹¹³ *Ibidem*, p.133.

¹¹⁴ FERRAJOLI, Luigi, *op.cit.*, 2014, p. 246.

¹¹⁵ SLONIAK, Marcos Aurélio. *Trabalho prisional no regime fechado: entre a lei de execução penal e a realidade vivenciada*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 39.

A teoria da prevenção especial se divide em positiva, direcionada à reeducação do agente, e negativa, voltada à eliminação ou neutralização do criminoso. Frise-se que ambas as vertentes da prevenção especial não se contrapõem ou excluem-se entre si, ao contrário, concorrem cumulativamente para alcançar o objetivo preventivo de acordo com a personalidade dos condenados.¹¹⁶

De acordo com Bruno de Moraes Ribeiro:

A prevenção especial refere-se à atuação sobre o indivíduo que já delinuiu, a fim de que ele não volte a delinquir, e teoricamente opera de três diferentes formas: através da intimidação pessoal do condenado, da sua inocuização ou neutralização, decorrente da segregação compulsória e, afinal, da sua ressocialização ou reintegração social.¹¹⁷

Entretanto, por parte da doutrina foram feitas algumas críticas à teoria da prevenção especial no sentido de que nem todos os delinquentes carecem de ressocialização, ou ainda, que a prevenção especial representa uma arbitrariedade estatal ao impor um padrão de comportamento a ser obedecido.¹¹⁸

Segundo Claus Roxin:

Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética: uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material, e tampouco pode utilizar-se da denominação Estado Social um Estado planejador e providencialista que não acolha as garantias de liberdade do Estado de Direito. Isto fica especialmente nítido hoje em dia, na reforma do sistema das sanções e da execução penal: ressocialização não significa usar de penas indeterminadas ou colocar os condenados à disposição do tratamento forçado estatal. A reforma só fará justiça ao encargo constitucional se fortalecer, através da introdução dos modernos métodos terapêutico-sociais, a posição jurídica do aprisionado, se der uma estrutura jurídica à figura pouco explicável da relação especial de poder.¹¹⁹

Cezar Roberto Bitencourt, ao mencionar as objeções doutrinárias à prevenção especial, dispõe que:

¹¹⁶ FERRAJOLI, Luigi, *op.cit.*, 2014, p. 246.

¹¹⁷ RIBEIRO, Bruno de Moraes, *op. cit.*, 2008, p. 33.

¹¹⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *op. cit.*, 2002, p.133.

¹¹⁹ ROXIN, Claus. *Política Criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 20-21.

Com efeito, os pressupostos sobre os quais se apoiam as medidas de ressocialização são imprecisos, as técnicas de prognóstico são mutáveis e inseguras, sem que até hoje se haja demonstrado a eficácia empírica do fim reeducacional. Além disso, os fins da prevenção especial seriam ineficazes - argumenta-se - diante daquele delinquente que, apesar da gravidade do fato delitivo por ele praticado, não necessite de intimidação, reeducação ou inocuidade, em razão de não haver a menor probabilidade de reincidência, o que, nestes casos, levaria à impunidade do autor.¹²⁰

Ferrajoli, por sua vez, faz duras críticas às doutrinas de prevenção especial, senão vejamos:

Ainda que sustentadas por boa parte da hodierna cultura penalista e que tenham penetrado até mesmo em nossa Constituição, as ideologias correccionalistas são, em primeiro lugar, incompatíveis com aquele elementar valor da civilização que é o respeito à pessoa humana: destas, aquelas da emenda, mesmo nas suas variantes mais atuais e edificantes da “reeducação”, ou “ressocialização”, ou “reabilitação” ou, ainda, “recuperação social do réu”, contradizem, irremediavelmente, o princípio da liberdade e da autonomia da consciência. [...] Na medida em que seja realizável, a finalidade de correção coativa da pessoa constitui, portanto, uma finalidade moralmente inaceitável como justificação externa da pena, além de violar o primeiro direito de todo e qualquer homem, que é a liberdade de ser ele próprio e de permanecer como é.¹²¹

Em sentido contrário, Nucci defende a legitimidade do processo de reeducação objetivado pelo cumprimento da pena uma vez que a vida em sociedade pressupõe deveres e obrigações exatamente para preservar a liberdade individual, de modo que “não se pode almejar ser diferente se essa atitude implicar em lesão a direito alheio”.¹²² Assim, se o condenado não foi capaz de assimilar os limites e delinuiu, ao cumprir a pena ele deve ser reeducado para seu reingresso na sociedade.¹²³

Contudo, forçoso reconhecer os méritos da prevenção especial nos dias atuais. Essa finalidade da pena não é mais vista apenas com fins terapêuticos mas sim como meio de evitar os efeitos negativos da pena privativa de liberdade, ou seja, o estigma da pena, o isolamento social, a perda de oportunidades de trabalho, dentre outros.¹²⁴

¹²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p. 154.

¹²¹ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, 2014, p. 253-254.

¹²² NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*, 2014, p. 79.

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p.155.

4.3 TEORIA MISTA OU UNIFICADORA

As teorias mistas ou unificadoras tentam reunir em um único conceito os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Um dos principais argumentos das teorias unificadoras é a necessidade de abranger a complexidade dos fenômenos sociais relacionados ao Direito Penal, o que não era possível com uma visão monista da pena.¹²⁵

Algumas críticas foram feitas no sentido de que essas teorias representaram uma mera justaposição do fundamento retributivo com os fins preventivos, especiais e gerais, da pena. “Argumenta-se ainda, contra a teoria unificadora, a impossibilidade de se misturar uma teoria que nega fins à pena (retributiva) com outras que atribuem fins a ela (preventivas)”.¹²⁶

Claus Roxin, citado por Bitencourt, não reconhece como aceitável essa justaposição uma vez que:

[...] a simples adição não só destrói a lógica imanente à concepção, como também aumenta o âmbito de aplicação da pena, que se converte assim em meio de reação apto a qualquer emprego. Os efeitos de cada teoria não se suprimem entre si, absolutamente, mas, ao contrário, se multiplicam.¹²⁷

Nessa esteira, como alternativa aos problemas mencionados, Roxin, citado por Bitencourt, elabora sua “teoria dialética unificadora”, defendendo o fim preventivo da pena, tanto a prevenção especial, de ressocialização, como a prevenção geral, e recusando a retribuição como fim da imposição da pena.¹²⁸

Schecaira e Corrêa Junior resumem bem a teoria de Roxin ao afirmarem que:

Para o autor, portanto, a função da pena e, conseqüentemente, do Direito Penal, é a de proteção subsidiária de bens jurídicos, mediante prevenção geral negativa na cominação da pena; prevenção geral e especial na aplicação da pena, limitada pela medida da culpa; e prevenção especial na execução da pena.¹²⁹

¹²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p.155.

¹²⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu, *op. cit.*, 2002, p.134.

¹²⁷ *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p.157.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 157-158.

¹²⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu, *op. cit.*, 2002, p.134.

No tocante às consequências da teoria unificadora dialética de Roxin, Bitencourt critica o esvaziamento no conteúdo material da culpabilidade pela sua relativização na determinação da medida da pena. Isto porque, ao negar qualquer fim retributivo à pena, o princípio da culpabilidade passa a exercer uma função secundária, ou seja, “deixa de estar vinculado à ideia de retribuição da culpabilidade, e passa a exercer tão só o papel de limite máximo da pena aplicada ao caso concreto”.¹³⁰

4.4 A RESSOCIALIZAÇÃO À LUZ DA CRIMINOLOGIA

Inicialmente, faz-se necessário definir o conceito de ressocialização. Trata-se de difícil tarefa considerando que, de modo geral, a doutrina penal se ocupa em trazer os aspectos procedimentais formais, passando pela sentença e execução da pena sem, contudo, discutir como o apenado será reinserido na sociedade.

Para Ribeiro, a ideia de ressocialização pode assumir as mais diversas significações que variam entre um máximo e um mínimo de conteúdo moral, de modo que as concepções situadas no primeiro extremo pretendem uma correção moral do condenado, ou seja, a modificação da sua personalidade através de um tratamento de cunho médico-psicológico que independe do consentimento do interno.¹³¹

Por outro lado, as concepções situadas no segundo extremo apontam a garantia da liberdade individual como um impedimento à eficácia da prevenção especial do sistema penal, ficando vedada qualquer imposição de tratamento que tenha por objetivo a intervenção coativa na personalidade do condenado.¹³²

Dessa forma, Ribeiro explica que:

Essa nova concepção da função de reintegração social da pena privativa de liberdade se assenta, portanto, na inadmissibilidade de processos que visem a reforma coativa da personalidade. O exercício do poder estatal não pode impossibilitar o exercício da liberdade de

¹³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p. 158.

¹³¹ RIBEIRO, Bruno de Moraes, *op. cit.*, 2008, p.75.

¹³² *Ibidem*, p.76.

escolha dos indivíduos, que, por serem criminosos, não deixam de ser indivíduos. Nesse sentido, a realização da ideia de ressocialização deve se dar através do oferecimento aos reclusos da participação nos diversos programas de tratamento penitenciário, possibilidade essa cuja efetivação depende da sua voluntária adesão. Os reclusos possuem, nessa configuração, direito à ressocialização, que, como todo direito, pode ou não ser exercido.¹³³

De fato, o ideal ressocializador é muito ambíguo e impreciso. A polêmica doutrinária e normativa expõe a existência de dúvidas sobre a meta final, objetivos, procedimentos e limites dos programas ressocializadores.¹³⁴ Molina e Gomes sugerem que “a polêmica sobre a ressocialização do apenado deve discorrer pelos caminhos do empirismo, do “ser”, abandonando o tradicional enfoque normativista, do “dever ser”, que tanto contaminou e minguiu a controvérsia”.¹³⁵

Destarte, Molina e Gomes ressaltam que não é possível dissociar o ideal ressocializador da realidade carcerária, ou seja, do modo como se executa a pena privativa de liberdade bem como do modo como o infrator a experimenta. Defendem, ainda, mudanças profundas na estrutura carcerária e nas discussões doutrinárias, senão vejamos:

Por outro lado, não cabe dissociar o ideal ressocializador do marco histórico concreto da realidade carcerária, da forma como se cumpre e executa a pena privativa de liberdade e o modo em que a experimenta o infrator: das facetas domésticas e cotidianas da prisão que significam o dia a dia do apenado. Dificilmente pode se desenhar uma intervenção positiva neste sem uma prévia melhora substancial das condições do cumprimento da pena e do regime de execução do castigo. A ressocialização do infrator seria um conceito sublime mas vazio de conteúdo – e o tratamento, um eufemismo – se os teóricos seguem especulando inutilmente sobre a interpretação de categorias e conceitos transcendentais e se desentendem dos problemas concretos que a execução da pena privativa suscita: a classificação do interno, o regime de permissões e visitas, as comunicações etc”.¹³⁶

Rogério Greco defende que a ressocialização está relacionada com o processo de individualização da pena, de modo que cada preso possui uma

¹³³ RIBEIRO, Bruno de Moraes, *op. cit.*, 2008, p. 93.

¹³⁴ MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. Tradução: Luiz Flávio Gomes, Yellbin Morote García e Davi Tangerino. 8 ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 432.

¹³⁵ *Idem.*

¹³⁶ *Idem*

característica, uma particularidade a ser observada. Assim, assevera Greco, “para alguns, a ressocialização, entendida no sentido de educação e habilitação para a prática de um ofício, seria um passo importante visando ao futuro do egresso”.¹³⁷

Contudo, a solução encontrada para uns pode não ser adequada a outros detentos, como, por exemplo, no caso dos presos que possuem instrução, nível superior e formação profissional. Greco afirma que “para esse tipo de condenado, a pena não alcançaria esse efeito ressocializador, mas tão somente aquele de natureza segregadora”.¹³⁸

Todas as escolas criminológicas fazem menção à prevenção do delito. De acordo com a escola clássica, as leis penais possuem, em geral, efeitos preventivos. Da mesma forma, a sociedade e os operadores do Direito também parecem aceitar os efeitos preventivos da pena quando propõem a tipificação de novas condutas ou penas mais graves para as condutas já tipificadas.¹³⁹

A escola de Chicago, também conhecida por teoria da ecologia criminal, priorizou a ação preventiva, minimizando a atuação repressiva do Estado dando maior ênfase ao controle social informal.¹⁴⁰

Para a teoria da anomia o crime é resultado de um funcionamento normal da sociedade. A grande contribuição desta teoria para o direito penal está na concepção de pena funcional, isto é, como meio de intimidação individual para o delinquente ocasional; como instrumento de reinserção social para o delinquente habitual corrigível e como mecanismo de neutralização para o delinquente incorrigível.¹⁴¹

De acordo com a Criminologia moderna “a finalidade ressocializadora não é a única nem mesmo a principal finalidade da pena. Em realidade, a ressocialização é uma das finalidades que deve ser perseguida, na medida do possível”.¹⁴²

Segundo Molina e Gomes, para a moderna Criminologia:

¹³⁷ GRECO, Rogério, *op. cit.*, 2011, p. 175.

¹³⁸ *Idem.*

¹³⁹ MAÍLLO, Alfonso Serrano; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Criminologia*. 2ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 211.

¹⁴⁰ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 313-314.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 314.

¹⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p. 607.

[...] o castigo do infrator não esgota as expectativas que o fato delitivo desencadeia. Ressocializar o delinquente, reparar o dano e prevenir o crime são objetivos de primeira magnitude. Sem dúvida, este é o enfoque cientificamente mais satisfatório e mais adequado às exigências de um Estado “social” e democrático de Direito.¹⁴³

Contudo, alguns autores demonstram maior ceticismo quanto ao papel preventivo das penas, principalmente no tocante às penas privativas de liberdade em razão dos evidentes efeitos maléficos para os condenados.

Nesse sentido, Alessandro Baratta ressalta que:

Os muros da prisão representam uma barreira violenta que separa a sociedade de uma parte de seus próprios problemas e conflitos. Reintegração social (do condenado) significa, antes da modificação do seu mundo de isolamento, a transformação da sociedade que necessita reassumir sua parte de responsabilidade dos problemas e conflitos em que se encontra “segregada” na prisão. Se verificarmos a população carcerária, sua composição demográfica, veremos que a marginalização é, para a maior parte dos presos, oriunda de um processo secundário de marginalização que intervém em um processo primário. É fato comprovado que a maior parte dos presos procedem de grupos sociais já marginalizados, excluídos da sociedade ativa por causa dos mecanismos de mercado que regulam o mundo do trabalho. A reintegração na sociedade do sentenciado significa, portanto, antes de tudo, corrigir as condições de exclusão social, desses setores, para que conduzi-los a uma vida pós-penitenciária não signifique, simplesmente, como quase sempre acontece, o regresso à reincidência criminal, ou o à marginalização secundária e, a partir daí, uma vez mais, volta à prisão.¹⁴⁴

Segundo a Criminologia Crítica, é impossível conseguir a ressocialização do delinquente em uma sociedade capitalista. A prisão surgiu como uma necessidade do sistema capitalista e, desde então, é utilizada como meio de reprodução da desigualdade e não para ressocializar o criminoso. Ademais, os efeitos diretos e indiretos da condenação aprofundam ainda mais a marginalização durante a execução da pena considerando que a estigmatização e o etiquetamento que sofre o condenado tornam pouco provável a sua reabilitação ante à relação de exclusão entre a prisão e a sociedade.¹⁴⁵

¹⁴³ MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio, *op. cit.*, 2012, p. 356

¹⁴⁴ BARATTA, Alessandro. *Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado*. Disponível em: <<https://docero.com.br/doc/nvs1ce>>. Acesso em: 14 dez. 2019.

¹⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p. 600-601.

Nessa perspectiva, a Teoria do *Labelling Approach*, também conhecida como teoria da rotulação social ou etiquetagem, ou ainda, conforme parte da doutrina a denomina, teoria interacionista ou da reação social afirma que a pena gera uma reação social nos círculos familiares, de amigos e conhecidos que, conseqüentemente, também gera uma marginalização no âmbito do mercado de trabalho e escolar. E assim, uma conduta desviada levada para a esfera da reprovação estigmatizante reproduz o sistema de controle social.¹⁴⁶ Com isso, “uma conduta social desviada, o mais das vezes cometida por um agente primário, transforma-se, pela repercussão que encontra na sociedade em face da pena, em uma carreira delitiva permanente e irreversível”.¹⁴⁷

No direito penal brasileiro, é consequência direta da teoria do *labelling approach* a luta por penas alternativas, que resultou na Lei nº 7.209/1984 e Lei nº 9.714/1998, e por medidas alternativas ao próprio processo, cujo reflexo se verifica na Lei nº 9.099/95.¹⁴⁸

Juarez Cirino dos Santos explica que:

O rótulo criminal, principal elemento de identificação do criminoso, produz as seguintes conseqüências: assimilação das características do rótulo pelo rotulado, expectativa social de comportamento do rotulado conforme as características do rótulo, perpetuação do comportamento criminoso mediante formação de carreiras criminosas e criação de subculturas criminais através de aproximação recíproca de indivíduos estigmatizados.¹⁴⁹

Baratta explica que “a educação promove o sentimento de liberdade e de espontaneidade do indivíduo: a vida no cárcere, como universo disciplinar, tem um caráter repressivo uniformizante”.¹⁵⁰

Ao tratar das diferentes instituições da nossa sociedade atual, Erving Goffman traz o conceito de instituição total em razão do fechamento ou caráter total dessas instituições representado pela barreira à relação social com o

¹⁴⁶ SCHECAIRA, Sérgio Salomão, *op. cit.*, 2012, p. 258.

¹⁴⁷ *Idem.*

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 315.

¹⁴⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. 3 ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008, p. 20.

¹⁵⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2002, p. 184.

mundo externo e proibição de saída, incluindo-se impedimentos físicos como paredes altas, arame farpado, fosso etc.¹⁵¹ Goffman apresenta também as características principais dessas instituições totais, vejamos:

Em primeiro lugar, todos os aspectos da vida são realizados no mesmo local e sob uma única autoridade. Em segundo lugar, cada fase da atividade diária do participante é realizada na companhia imediata de um grupo relativamente grande de outras pessoas, todas elas tratadas da mesma forma e obrigadas a fazer as mesmas coisas em conjunto. Em terceiro lugar, todas as atividades diárias são rigorosamente estabelecidas em horários, pois uma atividade leva, em tempo predeterminado, à seguinte, e toda a sequência de atividades é imposta de cima, por um sistema de regras formais explícitas e um grupo de funcionários. Finalmente, as várias atividades obrigatórias são reunidas num plano racional único, supostamente planejado para atender aos objetivos oficiais da instituição.¹⁵²

Para Eugenio Zaffaroni, a prisão é a instituição total que se comporta como uma verdadeira máquina deteriorante uma vez que, além de privar o preso de atividades usuais de um adulto, também o fere na sua autoestima, seja pela perda de sua privacidade, seja pela submissão a revistas degradantes. Acrescenta, ainda, as condições deficientes da maioria das prisões que refletem a superpopulação, alimentação paupérrima, falta de condições sanitárias mínimas, dentre outros aspectos.¹⁵³ Por fim, Zaffaroni conclui que “o efeito da prisão, que se denomina prisionização, sem dúvida é deteriorante e submerge a pessoa numa “cultura de cadeia” distinta da vida do adulto em liberdade”¹⁵⁴.

Nessa mesma linha argumentativa, ao tratar das instituições totais, Bitencourt expõe que “a passividade do interno, convertida em “pautas” normais de comportamento, é o resultado natural que a instituição total produz.

¹⁵¹ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Tradução Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1996, p. 16.

¹⁵² *Ibidem*, p. 17-18.

¹⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ed. Rio de Janeiro: Revam, 2001, p. 135.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 135.

É mais uma razão a demonstrar a impossibilidade da ressocialização do delinquente pelo internamento”.¹⁵⁵

Desse modo, caso o condenado permaneça no cárcere por um longo período, ele passará a sofrer um processo gradual de desculturamento, iniciando-se pela perda do nome e a atribuição de um número de prontuário, além da privação de todos seus pertences pessoais. Em seguida, receberá um uniforme padrão, será examinado, identificado, fotografado e, por fim, lavado, simbolizando a perda de sua identidade para, então, assumir a nova. Acrescente-se, ainda, as humilhações diárias e o risco permanente à sua integridade física. Por fim, será permanentemente vigiado.¹⁵⁶

Assim, com o passar do tempo, o condenado, na verdade, deixa de ser ressocializado para a vida em liberdade e passa a ser condicionado a uma vida na prisão. A partir daí, assim que assumir a condição de egresso, agirá de acordo com a nova identidade adquirida durante o período de encarceramento.¹⁵⁷

5 A RESSOCIALIZAÇÃO NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL: LEI Nº 7.210/1984.

Em 1980, foram criadas pelo Ministério da Justiça duas comissões de juristas para redigir três anteprojetos voltados para a reforma do sistema penal, sendo um deles uma lei específica para regulamentar a execução penal. Segundo Sloniak, o anteprojeto ressalta “a importância dos valores de defesa social, demonstrando a perspectiva da legislação com os ideais da pena e a pretensa ressocialização do condenado, bem como a defesa de valores humanitários durante a privação da liberdade”.¹⁵⁸

Assim, a Lei de Execução Penal (LEP), Lei nº 7.210/1984, representa a adoção pelo ordenamento jurídico pátrio da pena privativa de liberdade com a finalidade primordial de promover a reintegração social dos condenados. Tanto é que o referido diploma legal dispõe logo em seu artigo 1º que “a execução

¹⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2011, p. 173.

¹⁵⁶ SCHECAIRA, Sérgio Salomão, *op.cit.* 2012, p. 259-260.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 262-263.

¹⁵⁸ SLONIAK, Marcos Aurélio, *op. cit.*, 2015, p. 121.

penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e **proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado**".¹⁵⁹ (grifo deste trabalho)

No âmbito da reforma penal brasileira, a LEP significou "a coroação de várias propostas anteriores visando à individualização da execução penal em relação ao Código Penal, ao qual esteve atrelada até então".¹⁶⁰

Na verdade, "a legislação tenta, de um lado, garantir a dignidade e a humanidade da execução da pena, tornando expressa a extensão de direitos constitucionais aos presos e internos, e, de outro, assegurar as condições para a sua reintegração social".¹⁶¹

Nesse sentido, dispõem os artigos 10 e 22, respectivamente, que "a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade", e que "a assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade". Da mesma forma, o artigo 25 estatui que "a assistência ao egresso consiste: I - na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade". Frise-se que diversos são os dispositivos na Lei de Execução Penal que orientam a promoção da ressocialização do apenado.

Conforme expresso na LEP, o objetivo da assistência é prevenir o crime e preparar o interno para o retorno à convivência em sociedade. "A assistência aos condenados e aos internados é exigência básica para conceber a pena e a medida de segurança como processo de diálogo entre os destinatários e a comunidade".¹⁶²

Assim, conforme elenca o artigo 11 da Lei de Execução Penal, a assistência será material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. Contudo, como é cediço, a realidade nos mostra que o Estado atua precariamente na implementação das assistências previstas na lei, desrespeitando diversos direitos assegurados.

¹⁵⁹ RIBEIRO, Bruno de Moraes, *op. cit.*, 2008, p. 72-73.

¹⁶⁰ SLONIAK, Marcos Aurélio, *op. cit.*, 2015, p. 108.

¹⁶¹ IPEA. *O desafio da reintegração social do preso: uma pesquisa em estabelecimentos prisionais*. Brasília: Ipea, 2015, p. 9. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4375/1/td_2095.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2019.

¹⁶² MARÇAO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 68.

Importante ressaltar que é pressuposto para o tratamento penitenciário do recluso a voluntariedade da participação, de modo que a escolha depende exclusivamente da vontade e consciência de cada um. Nessa perspectiva, em observância à integridade física e moral do condenado, é que foi consagrada na Lei de Execução Penal e também no Código Penal a função de reintegração social da pena privativa de liberdade, conforme a redação dos artigos 3º e 40 da Lei nº 7.210/1984 e artigo 38 da Lei nº 7.209/1984.¹⁶³

Ribeiro explica que:

Na realidade, a posição adotada pela nossa Lei de Execução Penal, que concebe a ideia de ressocialização como um direito do condenado e portanto deixa à sua escolha participar ou não dos programas de tratamento, respeitando assim a sua personalidade e a sua integridade moral, decorre da adoção pela Constituição Federal, do princípio da humanidade, segundo o qual qualquer pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente a todo ser humano.¹⁶⁴

A legislação penal brasileira, nos moldes da Lei sobre a Organização Penitenciária italiana, de 1975, adotou um modelo de tratamento de cunho pedagógico, fundado no trabalho e na instrução. Desse modo, dispõe o artigo 17 da Lei de Execução Penal que “a assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado”. Os artigos 18 a 21 do mesmo diploma legal também regulam a assistência educacional.¹⁶⁵

No que diz respeito ao trabalho do condenado, as disposições da LEP submetem o trabalho penitenciário à proteção de um regime jurídico, o que não ocorria antes da lei, conforme o item 53¹⁶⁶ da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal. Portanto, o trabalho do condenado possui dupla finalidade: educativa e produtiva, nos termos do artigo 28 da Lei de Execução Penal.¹⁶⁷

¹⁶³ RIBEIRO, Bruno de Moraes, *op. cit.*, 2008, p. 95.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 95-96.

¹⁶⁵ RIBEIRO, Bruno de Moraes, *op. cit.*, 2008, p. 106.

¹⁶⁶ Item 53: Essas disposições colocam o trabalho penitenciário sob a proteção de um regime jurídico. Até agora, nas penitenciárias onde o trabalho prisional é obrigatório, o preso não recebe remuneração e seu trabalho não é tutelado contra riscos nem amparado por seguro social. Nos estabelecimentos prisionais de qualquer natureza, os Poderes Públicos têm-se valido das aptidões profissionais dos presos em trabalhos gratuitos.

¹⁶⁷ MARCÃO, Renato. *op. cit.*, 2019, p. 78.

A referida Lei ainda prevê no artigo 34 a possibilidade de que o trabalho seja gerenciado por fundação ou empresa pública objetivando a formação profissional do condenado. Com isso, o legislador procurou organizar o trabalho prisional de modo a propiciar uma efetiva preparação para o trabalho na vida fora da prisão, consoante o item 59¹⁶⁸ da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal.¹⁶⁹

No tocante à regulamentação jurídica, o artigo 39 do Código Penal garante a remuneração pelo trabalho bem como os benefícios previdenciários. Já a Lei de Execução Penal estabelece no parágrafo 2º do artigo 28 que o trabalho do preso não será regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas bem como que a remuneração pelo trabalho prisional não poderá ser inferior a três quartos do salário mínimo, conforme disposto no artigo 29.

Feitas essas considerações acerca do trabalho prisional, impende salientar que algumas disposições da Lei de Execução Penal tratam esse trabalho como dever do interno.¹⁷⁰ Contudo, Ribeiro afirma que a LEP ao ser interpretada em seu conjunto não deixa margem para controvérsia, vejamos:

Tendo tal trabalho a finalidade precípua de propiciar uma formação profissional ao condenado, não é possível obrigá-lo a trabalhar, como não é possível, como já vimos, compeli-lo a participar de qualquer forma de trabalho penitenciário. Ademais, a Constituição Federal, em disposição contida na alínea c do inciso XLVII do seu artigo 5º, veda explicitamente penas de trabalhos forçados, tornando a questão, a nosso ver, incontroversa.¹⁷¹

Para a atribuição do trabalho o artigo 32 da Lei de Execução Penal determina que deverão ser observadas a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso e também as oportunidades oferecidas pelo mercado. Com isso, o trabalho do interno representa um elo entre a sua vida anterior e sua vida no cárcere, servindo, ainda, como elo com a sua vida futura uma vez que, ao adquirir novas habilidades, o preso estaria sendo preparado

¹⁶⁸ Item 59: O conjunto de normas a que se subordinará o trabalho do preso, sua remuneração e forma de aplicação de seus frutos, sua higiene e segurança poderiam tornar-se inócuas sem a previsão de mudança radical em sua direção e gerência, de forma a protegê-lo ao mesmo tempo dos excessos da burocracia e da imprevisão comercial.

¹⁶⁹ RIBEIRO, Bruno de Moraes, *op. cit.*, 2008, p. 106-107.

¹⁷⁰ Dispõe o artigo 31: O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade. Também o artigo 39, V: Constituem deveres do condenado: V – execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas.

¹⁷¹ RIBEIRO, Bruno de Moraes, *op. cit.*, 2008, p. 107.

para seu retorno à vida livre. Entretanto, nem sempre a escolha do trabalho atribuído a cada interno é adequada. De qualquer forma, o trabalho faz com que o preso se sinta útil, evitando o ócio.¹⁷²

O preso político e o preso provisório estão desobrigados ao trabalho, nos termos do artigo 200 e artigo 31, parágrafo único, ambos da LEP, respectivamente. No entanto, se o fizerem, terão os mesmos direitos dos demais presos, isto é, poderão remir parte do tempo de cumprimento de pena à razão de 1 dia de pena por 3 dias de trabalho, nos termos do artigo 126, §1º, II, da LEP.

O artigo 128 do mesmo diploma legal, com a nova redação dada pela Lei nº 12.433/2011, estabelece que o tempo remido será computado como pena cumprida para todos os efeitos, e não somente para indulto e livramento condicional.

O artigo 126 da Lei de Execução Penal, com a alteração advinda da Lei nº 12.433/2011, passou a prever a possibilidade de remição de parte da pena pelo trabalho e também pelo estudo, conforme inciso I do referido artigo. Desse modo, a remição pelo estudo foi estendida também para o cumprimento de pena em regime aberto e para concessão de liberdade condicional (§6º). A remição pelo trabalho, porém, continua limitada ao cumprimento de pena nos regimes fechado e semiaberto.¹⁷³

Apesar de todos os dispositivos legais acima expostos, o fato é que o discurso de uma instituição voltada para a reintegração social dos condenados teve pouco avanço e tampouco conseguiu quebrar as barreiras culturais e simbólicas de um sistema prisional voltado para a manutenção do poder e da disciplina.¹⁷⁴

Do ponto de vista formal, a Lei de Execução Penal sempre foi considerada como uma legislação avançada. O assistencialismo buscou resolver problemas como a superlotação e a precariedade do sistema à época de sua aprovação.¹⁷⁵

¹⁷² RIBEIRO, Bruno de Moraes, *op. cit.*, 2008, p. 108.

¹⁷³ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p. 638.

¹⁷⁴ SLONIAK, Marcos Aurélio, *op.cit.*, 2015, p. 177-178.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 124.

No entanto, conforme expõe Sloniak:

Em relação ao regime fechado, a previsão da LEP não conseguiu alcançar resultados expressivos até o momento. O trabalho prisional assume alguma importância para aqueles que estão no regime semiaberto. Nas penitenciárias, o número de oficinas e presos inseridos na atividade de capacitação profissional e remunerada ainda é insignificante, tornando o ideal do trabalho capacitador e remunerado, para essa parcela da população carcerária, mera utopia legislativa.¹⁷⁶

O que se verifica na realidade é que o trabalho prisional está totalmente desfocado do ideal ressocializador para o condenado que cumpre pena no regime fechado. São tantos entraves, como a superlotação e a falta de estrutura e de servidores, que ocupar o tempo do preso, evitando-se assim a ociosidade e a conseqüente indução à criminalidade é o grande desafio da política penitenciária brasileira.¹⁷⁷

6 A REALIDADE BRASILEIRA: OS DESAFIOS DA RESSOCIALIZAÇÃO NA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

O sistema penitenciário brasileiro é composto por dois modelos: pelo Sistema Penitenciário Federal e pelos sistemas penitenciários estaduais.

O primeiro modelo é subordinado ao Ministério da Justiça e gerenciado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). É composto por 4 penitenciárias federais localizadas em Campo Grande/MS, Catanduvas/PR, Mossoró/RN e Porto Velho/RO, todas custeadas e administradas pelo Governo Federal. São unidades de segurança máxima cujas vagas são destinadas em apoio aos Estados no combate ao crime organizado e também aos presos inseridos no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).¹⁷⁸

O segundo modelo é composto pelos sistemas penitenciários estaduais. Cada estado possui um modelo gerencial próprio do sistema penitenciário e recebem apoio complementar de investimentos com verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN).¹⁷⁹

¹⁷⁶ SLONIAK, Marcos Aurélio, *op.cit.*, 2015, p. 126.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 180.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 149.

¹⁷⁹ *Idem*.

6.1 A POPULAÇÃO PRISIONAL BRASILEIRA

No quadro a seguir pode-se observar o total de pessoas presas no Brasil nas 1.507 unidades prisionais cadastradas no DEPEN e o déficit expressivo do número de vagas oferecidas pelo sistema prisional em junho de 2017, vejamos:

Total da população prisional	726.354
Sistema Penitenciário	706.619
Secretarias de Segurança e Carceragens	19.735
Total de Vagas	423.242
Déficit de Vagas	303.112
Taxa de Ocupação	171,62%
Taxa de Aprisionamento	349,78

Fonte: Departamento Penitenciário Nacional

Desde o ano 2000, o Brasil teve, em média, uma taxa anual de crescimento da população prisional de 7,14%.¹⁸⁰ De acordo com o DEPEN, no primeiro semestre de 2017, o quantitativo de pessoas privadas de liberdade no Brasil é de 726.354, o que demonstra uma redução da taxa de crescimento desta população quando comparado com anos anteriores. Contudo, em relação ao número total de vagas, verifica-se um déficit total de 303.112 mil vagas, perfazendo uma taxa de ocupação de 171,62%. A taxa de aprisionamento, por sua vez, é calculada pela razão entre o número total de pessoas privadas de liberdade e a quantidade populacional do país, a razão obtida é multiplicada

¹⁸⁰ DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias, atualização junho de 2017*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019, p. 9. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

por 100 mil. Em junho de 2017, o Brasil registrou 349,78 pessoas presas para cada 100 mil habitantes.¹⁸¹

O estado de São Paulo concentra 31,53% da população prisional do país, com 229.031 pessoas privadas de liberdade, seguido por Minas Gerais com 10,56%, ou 76.713 pessoas e Rio de Janeiro com 7,25%, ou 52.691 pessoas. O estado de Roraima permanece com a menor população prisional do país, com 2.590 presos ou ainda, 0,36% pessoas privadas de liberdade.¹⁸²

Em relação à distribuição das pessoas privadas de liberdade segundo a natureza da prisão e tipo de regime ao qual o custodiado está submetido, o DEPEN apurou que 43,57% das pessoas presas no Brasil são presos sentenciados em regime fechado, seguido de 33,29% presos provisórios e 16,72% presos em regime semiaberto. O regime fechado concentra a maior parte do déficit de vagas, com uma necessidade de mais de 114 mil vagas, seguido pelos detentos em regime provisório, cujo déficit é acima de 95 mil vagas e os custodiados em regime semiaberto, no qual o déficit apresentado foi de 43.436 vagas.¹⁸³

Diante dos dados informados, contata-se que a abertura de novas vagas no sistema penitenciário não acompanha o crescimento populacional. Com isso, “a superlotação e a falta de planejamento voltado para o desenvolvimento de políticas penitenciárias acarreta a negação dos ideais de “reintegração” legitimados pela LEP”.¹⁸⁴

Além disso, a mera abertura de vagas não é a solução ideal. É necessário mudar a cultura predominante de encarceramento, de penas mais duras como forma de dar uma resposta à sociedade, para dar lugar à implementação de penas e outros meios alternativos.¹⁸⁵

De acordo com dados divulgados pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) em 2015, o Brasil já é o 4º país que mais encarcera no

¹⁸¹ DEPEN, *op.cit.*, 2019, p. 7-8.

¹⁸² *Ibidem*, p. 9.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 15-25.

¹⁸⁴ SLONIAK, Marcos Aurélio, *op.cit.*, 2015, p. 149-150.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 151.

mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia, e ainda assim convive com altas taxas de criminalidade.¹⁸⁶

Em relação à faixa etária das pessoas presas no Brasil, o relatório do DEPEN verificou que a maior parte é composta por jovens. Dentre eles, 29,9% possuem entre 18 a 24 anos, seguidos de 24,1% entre 25 a 29 anos e 19,4% entre 35 a 45 anos. Somados o total de presos até 29 anos de idade totalizam 54% da população carcerária.¹⁸⁷

No que diz respeito à cor ou etnia da população prisional brasileira, os dados indicam que 46,2% das pessoas privadas de liberdade no Brasil são de cor/etnia parda, seguido de 35,4% da população carcerária de cor/etnia branca e 17,3% de cor/etnia preta. Somados, pessoas presas de cor/etnia pretas e pardas totalizam 63,6% da população carcerária nacional.¹⁸⁸

No que concerne ao grau de escolaridade dos presos no Brasil, 51,3% destas possuem o Ensino Fundamental Incompleto, 14,9% possuem Ensino Médio Incompleto e 13,1% dos presos com Ensino Fundamental Completo. O percentual de presos que possuem Ensino Superior Completo é de 0,5%.¹⁸⁹

Por fim, quanto ao tipo penal, o grupo drogas (Lei nº 6.368/1976 e Lei nº 11.343/2006) registra um total de 156.749 pessoas detidas por crimes desta natureza. Os crimes contra o patrimônio somam 234.866 incidências e os crimes contra a vida representam 64.048.¹⁹⁰

Portanto, os dados estatísticos divulgados pelo DEPEN são claros e retratam a seletividade do sistema prisional brasileiro: a maior parte dos custodiados é composta por jovens, pretos, pardos e com baixa escolaridade, e os crimes contra o patrimônio e de tráfico de drogas foram os responsáveis pela maior parte das prisões.

Diante desse panorama, fica evidente a necessidade de que a LEP seja uma lei efetiva, ou seja, que o acesso à educação e o trabalho na prisão sejam capazes de amenizar os efeitos do encarceramento e propiciar a reintegração social do preso.

¹⁸⁶ IPEA. *Relatório de Pesquisa sobre a Reincidência Criminal no Brasil*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_pesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2019.

¹⁸⁷ DEPEN, *op. cit.*, 2019, p. 30.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 31-32.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 34-35.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 45.

6.2 A EDUCAÇÃO E O TRABALHO NA PRISÃO

De acordo com o relatório do Departamento Penitenciário Nacional com dados atualizados de junho de 2017, apenas 10,58% da população prisional no Brasil está envolvida em algum tipo de atividade educacional, entre aquelas de ensino escolar e atividades complementares. No que diz respeito às atividades complementares, destaca-se o baixo percentual de adesão, apenas 1,04% dos presos no Brasil participam de atividades de remição pela leitura ou pelo esporte e demais atividades educacionais complementares. Segundo os dados apresentados, 50% dos custodiados que estudam estão no nível fundamental.¹⁹¹

Curioso notar que apesar de a baixa escolaridade ser uma característica da população prisional brasileira, conforme mencionado no tópico anterior deste trabalho, os custodiados não se interessam ou não são estimulados a participar das atividades educacionais dentro dos presídios.

Quanto às atividades laborais, o relatório do DEPEN informa que no primeiro semestre de 2017, apenas 17,5% da população prisional estava envolvida em atividades laborais, internas e externas as unidades penais, o que representa um total de 127.514 pessoas trabalhando, sendo que 80,5% desenvolvem atividades dentro das próprias unidades. Os estados do Sergipe, Roraima e Amapá apresentam os maiores percentuais de pessoas trabalhando dentro das unidades. Já o estado de Alagoas possui mais de 60% de sua população prisional trabalhando fora do estabelecimento penal.¹⁹²

A Lei de Execução Penal prevê no seu artigo 29 que o trabalho do preso será remunerado, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo. No entanto, de acordo com o relatório do DEPEN, 46,7% dos custodiados que trabalham não recebem remuneração, seguido de 23,5% recebendo o valor mínimo estipulado pela legislação e 11,1% recebendo menos de 3/4 (três quartos) do salário mínimo. Somados, o total de pessoas

¹⁹¹ DEPEN, *op. cit.*, 2019, p. 56-58.

¹⁹² *Ibidem*, p. 60-62.

trabalhando e não recebendo remuneração em conformidade com a LEP representa 57,8%.¹⁹³

De acordo com o DEPEN, em junho de 2017, o regime fechado concentra 307.880 pessoas custodiadas, enquanto que 118.132 presos cumprem pena no regime semiaberto.¹⁹⁴

Com isso explica-se o grande número de presos trabalhando sem remuneração: no regime fechado há o predomínio de trabalho intramuros que, via de regra, são direcionados para a manutenção da unidade prisional e não são remunerados. Até porque, no regime fechado o trabalho externo é exceção, nos termos do artigo 36 da Lei de Execução Penal. Todavia, em que pese o número expressivo de presos no regime fechado, é no regime semiaberto que está mais difundida a política penitenciária voltada para a reintegração social.¹⁹⁵

Isto porque ao progredir para o regime semiaberto, o encarceramento se torna mais ameno em razão das oportunidades de trabalho e das saídas temporárias, fazendo que com que o convívio social aos poucos se torne parte da pena em consonância com o sistema progressivo adotado pelo Brasil.¹⁹⁶

Contudo, como é sabido, os estados, na maioria das vezes, não possuem estabelecimentos prisionais adequados para atender a todos os condenados que cumprem pena nos regimes semiaberto e aberto.

Ao tratar das políticas penitenciárias no regime fechado, Sloniak ressalta que:

Do ponto de vista temporal, a política penitenciária seria mais eficiente se disponibilizada à população carcerária desde o início da pena, ainda no regime fechado, num processo gradativo de capacitação profissional e educacional que poderiam significar maiores possibilidades de intervenção do Estado na pretensa possibilidade de tornar o preso menos vulnerável à reincidência criminal.¹⁹⁷

Diante do exposto, verifica-se que o cumprimento de pena em regime fechado se assemelha à teoria retribucionista do século XVIII no sentido de que o aspecto retributivo prevalece em detrimento de qualquer outra finalidade

¹⁹³ DEPEN, *op. cit.*, 2019, p. 62-63.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 25.

¹⁹⁵ SLONIAK, Marcos Aurélio. *op.cit.*, 2015, p. 156-158.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 156.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 158.

futura da pena.¹⁹⁸ Assim, enquanto nossa legislação penal legitima a reintegração social, a falta de políticas penitenciárias somada à falta de vontade dos gestores transformam o sistema penitenciário em escola de aperfeiçoamento criminal.¹⁹⁹

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), é mais barato investir na ressocialização dos presos do que mantê-los encarcerados. A metodologia de ressocialização aplicada em 43 cidades em 4 estados pela Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados (FBAC) custa menos da metade do valor mensal que o Estado destina a manter uma pessoa sob custódia no sistema prisional tradicional. Em Minas Gerais, por exemplo, o preso custa em média R\$ 2,7 mil por mês pelo sistema tradicional dos presídios do Estado e R\$ 1 mil pelo método de ressocialização da FBAC.²⁰⁰

Contudo, a falta de estrutura física e humana são óbices à implementação do ideal ressocializador previsto na LEP. Em pesquisa divulgada pelo IPEA foi constatado que:

As instituições penitenciárias observadas procuravam executar um conjunto de atividades declaradamente voltadas à reintegração social dos apenados que contemplavam as assistências previstas na LEP. Contudo, as assistências eram mínimas, sendo que maior parte se constituía mais como presença simbólica, dada principalmente a atribuição legal e para manter a imagem sobre o discurso ressocializador, do que realidade na execução penal.²⁰¹

Portanto, levando-se em consideração a carência de recursos financeiros e falta de vontade política para que a Lei de Execução Penal seja efetivamente colocada em prática no tocante ao moderno programa de assistências, de qualificação profissional e educacional, e, principalmente, a não reinserção do condenado no mercado de trabalho, a consequência lógica é previsível: a reincidência.

¹⁹⁸ SLONIAK, Marcos Aurélio. *op.cit.*, 2015, p. 156-158.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 153.

²⁰⁰ MONTENEGRO, Manuel Carlos. *Ressocializar presos é mais barato que mantê-los em presídios*. Agência CNJ de Notícias, Brasília, 07 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/apac-onde-ressocializar-presos-custa-menos-que-nos-presidios/>>. Acesso em: 30 dez. 2019.

²⁰¹ IPEA. *O desafio da reintegração social do preso: uma pesquisa em estabelecimentos prisionais*. Brasília: Ipea, 2015, p.13. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4375/1/td_2095.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2019.

6.3 A REINCIDÊNCIA

Quando a prisão se tornou a principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que seria um meio adequado para realizar todas as finalidades da pena, inclusive a reabilitação do condenado. Atualmente, predomina uma visão pessimista sem muitas esperanças dos resultados a serem alcançados com a prisão tradicional.²⁰²

A ineficácia da pena privativa de liberdade em relação ao fim preventivo especial da pena fica evidentemente demonstrado através dos elevados índices de reincidência.

Por oportuno, cabe ressaltar a ausência de dados estatísticos confiáveis sobre o tema considerando os conceitos distintos que o termo reincidência pode receber.

Nesse sentido, o Relatório de Pesquisa apresentado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em 2015 esclarece que:

Anos atrás, o Ministério da Justiça (MJ), por meio do Depen, apontava que o indicador de reincidência criminal é de “difícil apuração”. Em seu relatório de gestão (Brasil, 2001, p. 13), o Depen citou que a reincidência criminal em 1 de janeiro de 1998 era de 70% e que sua meta era reduzi-la, até 2003, para 50%. Essa parece ser a origem de uma porcentagem amplamente divulgada no país. Todavia, analisando o exposto nesse documento, percebe-se que o conceito utilizado é bem amplo e considera, em verdade, a reincidência prisional como parâmetro de cálculo. Para o Depen, o indicador é definido como o número de reincidências sendo igual a presos recolhidos no ano com passagem anterior pelo sistema (condenados ou não). Ou seja, a porcentagem de 70% está sobrestimada pelos presos provisórios, que têm seu movimento influenciado pela atividade policial e que não necessariamente se convertem em condenações. [...] Verifica-se [...] que as taxas de reincidência calculadas pelos estudos brasileiros variam muito em função do conceito de reincidência trabalhado. Os números, contudo, são sempre altos (as menores estimativas ficam em torno dos 30%).²⁰³

Dessa forma, mesmo diante da imprecisão dos dados estatísticos acerca da reincidência criminal no Brasil, o fato é que um percentual que varia entre 30% e 70% demonstra o tamanho do problema. E esse grave problema tem

²⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p. 592-593.

²⁰³ IPEA. *Relatório de Pesquisa sobre a Reincidência Criminal no Brasil*. Rio de Janeiro, 2015, p.12. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_pesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2019.

levado tanto o poder público como a sociedade a refletirem sobre a atual política de execução penal. Com isso, surge a necessidade de repensar essa política, que, ao contrário do disposto na Lei de Execução Penal, privilegia o encarceramento maciço, a construção de novos presídios e a criação de mais vagas em detrimento de outras políticas.²⁰⁴

Sob essa ótica, merece destaque a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) através do programa *Começar de Novo*. O objetivo do programa é promover a cidadania e conseqüentemente reduzir a reincidência de crimes. Para isso, o CNJ pretende sensibilizar órgãos públicos e a sociedade civil para que forneçam postos de trabalho e cursos de capacitação profissional para presos e egressos do sistema carcerário.²⁰⁵

Sobre a função do trabalho prisional na ressocialização dos presos, o IPEA concluiu que:

Nas diferentes experiências de execução penal, pode-se verificar a importância conferida à criação de oportunidades de trabalho. No entanto, eram poucas as iniciativas que contemplavam o trabalho em consonância com a capacitação profissional. As oportunidades quase não agregavam conhecimento. Para os presos, o trabalho garantia o sustento da família, ocupação do tempo e remição, sem representar uma qualificação profissional.²⁰⁶

Importante destacar o papel da sociedade para que o objetivo ressocializador seja alcançado. Nesse sentido, Baratta explica que:

Ressaltamos a necessidade da opção pela abertura da prisão à sociedade e, reciprocamente, da sociedade à prisão. Um dos elementos mais negativos das instituições carcerária, de fato, é o isolamento do microcosmo prisional do macrocosmo social, simbolizado pelos muros e grades. Até que não sejam derrubados, pelo menos simbolicamente, as chances de “ressocialização” do sentenciado continuarão diminutas.²⁰⁷

²⁰⁴ IPEA, *op. cit.*, 2015, p.12.

²⁰⁵ CNJ. *Começar de Novo*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/comecar-de-novo-artigo/>>. Acesso em: 30 dez. 2019.

²⁰⁶ IPEA, *op. cit.*, 2015, p.12.

²⁰⁷ BARATTA, Alessandro. *Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado*. Disponível em: <<https://docero.com.br/doc/nvs1ce>>. Acesso em 14 dez. 2019.

Baratta, mencionado por Bitencourt, ao propor sugestões para combater a delinquência, destaca a necessidade de que todos os segmentos sociais sejam conscientizados de que a criminalidade é um problema de todos através de uma discussão massiva sobre a questão criminal. Não se pode pretender oferecer ao delinquente a possibilidade de ressocializar-se sem que haja uma mudança radical da opinião pública e da atitude dos cidadãos em relação ao criminoso.²⁰⁸

Nessa perspectiva, Baratta afirma que:

Antes de falar de educação e de reinserção é necessário, portanto, fazer um exame do sistema de valores e dos modelos de comportamento presentes na sociedade em que se quer reinserir o preso. Um tal exame não pode senão levar à conclusão, pensamos, de que a verdadeira reeducação deveria começar pela sociedade, antes que pelo condenado: antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão. De outro modo permanecerá, em quem queira julgar realisticamente, a suspeita de que a verdadeira função desta modificação dos excluídos seja a de aperfeiçoar e de tornar pacífica a exclusão, integrando, mais que os excluídos na sociedade, a própria relação de exclusão na ideologia legitimante do estado social.²⁰⁹

Na verdade, as causas responsáveis pelos altos índices de reincidência não são estudadas cientificamente. Não há pesquisas capazes de mensurar os aspectos que podem ter influência sobre a reincidência, ou seja, se esta pode ser considerada como o mais importante indicador do fracasso da prisão ou se pode ser um resultado atribuível a fatores sociais e pessoais posteriores à libertação do interno, como por exemplo, pelo fato de não encontrar trabalho ou de não ser aceito pelos membros da comunidade.²¹⁰

Contudo, por mais que a reincidência seja um fenômeno multifatorial, é preciso reconhecer que ela está diretamente relacionada à carência de medidas que visem dar efetividade à função preventiva especial da pena prevista na legislação penal.

²⁰⁸ *Apud* Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p.602.

²⁰⁹ BARATTA, Alessandro, *op.cit.*, 2002, p. 186.

²¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p. 598.

6.4 AS ALTERNATIVAS POSSÍVEIS

Hodiernamente a validade da pena de prisão é questionada no plano teórico dos princípios e fins abstratos da privação de liberdade, deixando-se de lado o aspecto principal da pena privativa de liberdade: sua execução. Para Bitencourt, a privação de liberdade “deve ser abordada em função da pena tal e como hoje se cumpre e se executa, com os estabelecimentos penitenciários que temos, com a infraestrutura e dotação orçamentária que dispomos, nas circunstâncias e na sociedade atuais”.²¹¹

Ademais, Bitencourt destaca que o problema da ressocialização não pode ser resolvido com fórmulas simplistas. Não se pode ignorar a existência de outros programas e meios de controle social que tanto o Estado como a sociedade podem dispor, como a família, a escola, a Igreja, dentre outros.²¹²

No entanto, forçoso reconhecer que não só no Brasil mas em todo o mundo, a pena privativa de liberdade encontra-se “em estado de profunda e aguda crise institucional”²¹³ decorrente “de um pessimismo e até um certo descrédito na possibilidade de efetivação do objeto ressocializador da prisão.”²¹⁴

Com efeito, a doutrina elenca diversos fatores que contribuem para a crise da pena de prisão, a começar pela precariedade de recursos materiais e humanos, pelas péssimas condições de alojamentos, de higiene e de alimentação.

Para Molina e Gomes o ideal seria redefinir o próprio conceito de ressocialização e ampliar o debate clássico sobre a intervenção no infrator e os fins da execução da pena privativa de liberdade. Defendem que a polêmica sobre a ressocialização abandone o tradicional enfoque normativista e passe a oferecer opções dirigidas ao enriquecimento do horizonte pessoal e vital do infrator, no interesse deste, não do sistema, aumentando efetivamente suas possibilidades de participação social. Por fim, ressaltam a impossibilidade de se dissociar o ideal ressocializador da realidade carcerária, de modo que

²¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p. 595.

²¹² *Ibidem*, p. 608.

²¹³ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *op. cit.*, 2002, p. 156.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 157.

difícilmente se dará uma intervenção positiva no apenado sem uma melhora substancial nas condições de cumprimento da pena.²¹⁵

Para Sloniak:

Ao tempo em que se discutem medidas alternativas, a falta de sintonia entre os diversos agentes políticos envolvidos demonstra a dificuldade de implementar, com maior eficiência, a pretensão almejada com a pena. Não faltam discursos visando ao agravamento da pena como resposta estatal para determinadas condutas delitivas. Mesmo diante de tantos indícios do fracasso da privação da liberdade como dissuasão do crime, a insistência com essa prática enaltece a cultura que predomina com um público que não tem visibilidade mas que se organiza constantemente contra o Estado punitivo.²¹⁶

Segundo Ribeiro, “há uma incompatibilidade manifesta e intransponível entre o ambiente carcerário e a função de reintegração social atribuída à pena privativa de liberdade, qualquer que seja a perspectiva em se considere tal função”.²¹⁷ Nesse aspecto, o referido autor sustenta que o Direito Penal deve dialogar com outras ciências, notadamente a Sociologia, a fim de aprimorar o instituto jurídico da reintegração social.

Ribeiro também reconhece a necessidade da prisão como resposta a comportamentos indesejáveis, porém propõe a criação e adoção de novas alternativas às penas privativas de liberdade através da redução do tempo de pena a ser cumprido em regime fechado e a substituição das penas privativas de liberdade de curta duração pela suspensão condicional da pena, multa, transação penal, suspensão condicional do processo e penas restritivas de direito.²¹⁸

Em contraponto às propostas da Criminologia Crítica no sentido de abolição da prisão, Bitencourt argumenta que a prisão não pode ser suprimida uma vez que a pena privativa de liberdade é um meio de controle social do qual, no atual estágio de evolução da civilização, não se pode abrir mão. Defende, assim, a necessidade da pena privativa de liberdade para alguns tipos de delinquentes, como os violentos, por exemplo.²¹⁹

²¹⁵ MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *op. cit.*, 2012, p. 432.

²¹⁶ SLONIAK, Marcos Aurélio, *op.cit.*, 2015, p. 153.

²¹⁷ RIBEIRO, Bruno de Moraes, *op. cit.*, 2008, p. 145.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 146.

²¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, 2013, p. 603.

Destarte, se apresenta diante da sociedade o grande desafio de conciliar as funções retributiva e preventiva da pena.

Percebe-se, portanto, que a doutrina penal, de um modo geral, concorda com a necessidade urgente de mudanças na legislação penal que promovam a redução do encarceramento e o aumento da aplicação dos institutos despenalizadores e demais substitutivos penais.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi exposto, conclui-se que programa ressocializador realizado pelo sistema prisional brasileiro está muito aquém do estabelecido na Lei de Execução Penal.

Isto porque na execução da pena privativa de liberdade observa-se o predomínio da função retributiva da pena em detrimento da função preventiva especial. Com isso, constata-se o aumento da população carcerária ano após ano sem que haja uma efetiva redução da criminalidade, o que demonstra que a prisão não cumpre seu papel reabilitador. Ao contrário, expõe a seletividade de um sistema prisional que encarcera, na sua maioria, jovens, pretos e pardos com baixa escolaridade.

A ineficácia da LEP fica evidente em vários aspectos: a assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa são minimamente implementadas. A educação, a capacitação profissional e o trabalho prisional são deixados em segundo plano. O principal argumento para justificar essa negligência é a falta de recursos financeiros.

Contudo, na verdade, o que se verifica é a falta de vontade política para a efetiva promoção das atividades ressocializadoras uma vez que foi demonstrado que investir em ressocialização custa menos da metade do que é gasto para manter uma pessoa encarcerada.

Desse modo, foram identificadas algumas medidas capazes de mudar esse quadro. Inicialmente, é imprescindível que haja uma mudança radical na condução das políticas públicas. É preciso um olhar direcionado para as reais demandas do ambiente carcerário, com a implementação das assistências e a efetiva promoção do trabalho prisional como formas de atingir o ideal ressocializador. Além de ocupar o tempo ocioso, tem grande contribuição para a vida futura do preso.

Ademais, é essencial que haja uma melhora significativa nas condições de cumprimento da pena, mormente quanto à superlotação, a fim de garantir a dignidade humana no cumprimento da pena.

Para tanto, faz-se necessária a criação e adoção de novas alternativas às penas privativas de liberdade para reduzir o encarceramento bem como

para ampliar o uso dos institutos despenalizadores e demais substitutivos penais.

REFERÊNCIAS:

ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. 943p.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. 256p.

_____. *Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado*. Disponível em: <<https://docero.com.br/doc/nvs1ce>>. Acesso em: 14 dez. 2019.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006. 128p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral 1*. 19ª. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. 950p.

_____. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 396p.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2019.

_____. Lei nº 2.848, de 07 de setembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 fev. 2019.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 18 fev. 2019.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Exposição de Motivos. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em: 09 nov. 2019.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução: Raquel Ramallete. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. 292p.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Tradução Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1996. P

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. V. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. 860p.

_____. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2011. 212p.

IPEA. *O desafio da reintegração social do preso: uma pesquisa em estabelecimentos prisionais*. Brasília: Ipea, 2015. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4375/1/td_2095.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2019.

_____. *Relatório de Pesquisa sobre a Reincidência Criminal no Brasil*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. 925p.

MAÍLLO, Alfonso Serrano; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Criminologia*. 2. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 448p.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 360p.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. Tradução: Luiz Flávio Gomes, Yellbin Morote García e Davi Tangerino. 8. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. 556p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 432p.

_____. *Impactos da Constituição Federal de 1988 no campo do Direito Penal*. In: MORAES, Guilherme Peña de et al. *30 anos da Constituição Federal e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.209-252.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. *A função de reintegração social da pena privativa de liberdade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. 158p.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar: 2000. 118p.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008. 138p.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 476p.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 313-314.

SILVA, José Geraldo da. *Teoria do Crime*. 4. ed. Campinas: Millennium, 2010. 254p.

SLONIAK, Marcos Aurélio. *Trabalho prisional no regime fechado: entre a lei de execução penal e a realidade vivenciada*. Curitiba: Juruá, 2015. 242p.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. 281p.