



CENTRO UNIVERSITÁRIO DR. LEÃO SAMPAIO – UNILEÃO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ISMAEL BRUNO SILVA FRANÇA

**UMA ABORDAGEM ACERCA DO INSTITUTO DA PENA PRIVATIVA DE
LIBERDADE EM FACE A RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO**

Juazeiro do Norte
2018

ISMAEL BRUNO SILVA FRANÇA

**UMA ABORDAGEM ACERCA DO INSTITUTO DA PENA PRIVATIVA DE
LIBERDADE EM FACE A RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio (UNILEÃO), como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. José Boaventura Filho

Juazeiro do Norte
2018

ISMAEL BRUNO SILVA FRANÇA

**UMA ABORDAGEM ACERCA DO INSTITUTO DA PENA PRIVATIVA DE
LIBERDADE EM FACE A RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao Curso de Direito do Centro
Universitário Dr. Leão Sampaio
(UNILEÃO), como requisito para obtenção
do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. José Boaventura
Filho

Data de aprovação: ___/___/___

Banca Examinadora

Prof.(a) _____
Orientador(a)

Prof.(a) _____
Examinador 1

Prof.(a) _____
Examinador 2

Dedico esta monografia a Deus, que com sua infinita sabedoria, foi um importante guia na minha trajetória. Dedico ainda a minha família, base notória em todas as dificuldades por mim enfrentadas durante este grande aprendizado;

AGRADECIMENTOS

Para consecução desta monografia bem como para a conclusão do curso de Direito, fora necessária grande ajuda de todos aqueles que estão ao meu redor, nos quais lhes são devidos agradecimentos.

Minha imensurável gratidão a Deus por ter me conduzido nesta caminhada e me ajudado a superar todas os obstáculos que tive no caminho. A minha mãe Neuma Barbosa que esteve ao meu lado a todo momento e que sempre me incentivou a tentar ser o melhor no que eu faço, e as minhas irmãs Neuma Marciana e Cícera Márcia, que sempre demonstraram grande apoio e apreço por mim, e por todas as minhas decisões indistintamente. Aos meus padrinhos, Marluce e Acácio, pelo grande apoio disponibilizado durante esta etapa.

O meu mais sincero obrigado, a minha companheira Jéssica de Oliveira Miranda, pelo apoio dado a mim nos momentos mais difíceis nessa reta final em que muitas vezes pensei em desistir, e por conta de suas palavras de apoio, tive minha força renovada.

Agradeço a todos os amigos que se mantiveram presentes na minha vida desde o começo desta etapa, e que foram essenciais para minha formação, fazendo assim merecedores da minha eterna gratidão, maiormente;

Flávio Lourenço de Freitas, um colega que se tornou amigo, e um amigo que se tornou irmão, sempre do meu lado seu amparo foi essencial para meu crescimento pessoal e acadêmico, formando uma amizade que certamente durará para vida inteira.

Juarez Barbosa, que se mostrou uma fonte de apoio por diversas vezes, um sincero obrigado pela motivação, serei eternamente grato pela sua amizade.

Por fim, manifesto um agradecimento especialmente lídimo a todo o corpo docente do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio pela imensurável contribuição intelectual durante estes cinco anos acadêmicos, e exclusivamente ao meu orientador José Boaventura Filho, pela disponibilidade, atenção, zelo e apoio para a consecução da presente monografia.

RESUMO

A presente monografia tem como finalidade precípua realizar uma análise acerca da função ressocializadora do instituto da pena privativa de liberdade, examinando sua origem e sua evolução nos primórdios históricos do Direito Penal, suas funções, princípios basilares e regimes prisionais aplicáveis, e, por fim, perfazendo uma delimitação de determinados impasses que constam institucionalizados no Sistema Carcerário Brasileiro que impossibilitam a execução da pena privativa de liberdade para se consignar a função ressocializadora. Desde os percursos históricos mais longínquos, o instituto da pena sempre teve natureza de medida de vingança, executada na maioria das vezes com ápice crueldade e barbárie, levando os condenados à morte. De acordo com as transformações sociais, o Direito Penal necessitava de um instrumento que atuasse de forma sancionadora e coercitiva, e que sobretudo, reeducasse os indivíduos transgressores, neste sentido atribuiu-se a pena a função de reeducar o condenado para que seja reintegrado à sociedade. Entretanto, conforme as transformações e avanços sociais, a pena privativa de liberdade deixou de exercer sua função primordial de ressocializar e reinserir o indivíduo transgressor no meio social. Sob esta ótica, a presente monografia busca analisar as medidas previstas assistencialistas da pena privativa de liberdade previstas na Lei de Execução Penal no que diz respeito a função ressocializadora, e as finalidades de prevenção e retribuição inerentes a pena. Destarte, frente aos anseios sociais em relação a seara penal, não se tem um instrumento penal, de fato, que desestimule a prática de condutas ilícitas, ou que o indivíduo transgressor ao menos tenha uma reprimenda que possibilite que o complexo social visualize o apenado apto a reinserção social.

Palavras-chave: Sistema prisional. Pena privativa de liberdade. Ressocialização.

ABSTRACT

The purpose of this monograph is to analyze the resuscitative function of the institution of custodial sentence, examining its origin and evolution in the early history of Criminal Law, its functions, basic principles and applicable prison regimes, and, finally, making a delimitation of certain impasses that are institutionalized in the Brazilian Prison System that make it impossible to execute the sentence of deprivation of liberty to register the resocializing function. Since the most distant historical trajectories, the pen institute has always had the nature of a revenge measure, executed most often with cruelty and barbarism, leading the condemned to death. According to the social transformations, the Criminal Law needed an instrument that acted in a punitive and coercive way, and that, above all, it reeducated the transgressing individuals, in this sense the function of re-educating the condemned person was attributed the penalty to be reintegrated into society . However, according to social transformations and advances, the deprivation of liberty ceased to exercise its primary function of re-socializing and reinserting the transgressing individual in the social environment. From this point of view, this monograph seeks to analyze the measures provided for in the Penal Enforcement Law regarding the resuscitating function and the purpose of prevention and retribution inherent in punishment. Thus, in the face of social desires in relation to the criminal court, there is no criminal instrument, in fact, that discourages the practice of illicit conduct, or that the offending individual at least has a reprimand that allows the social complex to visualize the distressed able to social reintegration.

Key words: Prison system. Deprivation of liberty. Ressocialização.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	PENA DE PRISÃO: DA VINGANÇA PRIVADA AOS DIAS ATUAIS	13
2.1	TRAÇOS EVOLUTIVOS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	14
2.1.1	Da vingança privada	16
2.1.2	Da vingança divina	18
2.1.3	Da vingança pública	19
2.2	PANORAMA HISTÓRICO ACERCA DA PENA NO BRASIL	19
2.2.1	Período colonial	19
2.2.2	Período imperial	21
2.2.3	Período republicano	22
2.2.4	Reforma contemporânea	23
3	DA PENA: FINALIDADE, PRINCÍPIOS APLICÁVEIS, REGIMES PRISIONAIS E FUNÇÕES ASSISTENCIALISTAS	26
3.1	DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	26
3.1.1	Finalidades da pena	27
3.2	PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À PENA	32
3.2.1	Princípio da humanidade	32
3.2.2	Princípio da legalidade	34
3.2.3	Princípio da personalidade ou intransmissibilidade	34
3.2.4	Princípio da individualização	35
3.2.5	Princípio da proporcionalidade	35
3.2.6	Princípio da intervenção mínima	36
3.2.7	Princípio da inderrogabilidade	37
3.3	DOS REGIMES PENITENCIÁRIOS	37
3.3.1	Regime fechado	37
3.3.2	Regime semiaberto	38
3.3.3	Regime aberto	39
3.3.4	Progressão de regime	40
3.3.5	Regressão	41
3.4	FUNÇÕES ASSISTENCIALISTAS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	41
3.4.1	Assistência material	42

3.4.2	Assistência à saúde	42
3.4.3	Assistência jurídica.....	43
3.4.4	Assistência educacional.....	44
3.4.5	Assistência social	45
3.4.6	Assistência religiosa.....	45
3.4.7	Assistência ao egresso	46
4	CRISE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO	47
4.1	SISTEMA PRISIONAL.....	47
4.1.1	Superlotação.....	48
4.1.2	Violência.....	49
4.1.3	Estrutura prisional	50
4.1.4	Reincidência como consequência da crise no sistema prisional .	51
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
	REFERÊNCIAS.....	55

1 INTRODUÇÃO

Perante a realidade prisional e o atual sistema carcerário brasileiro, há uma inquestionável discrepância em relação ao que é previsto na legislação que rege tal sistema, e a aplicação de tal instrumento normativo na realidade fática. A omissão em relação a políticas públicas e a negligência referente as normas norteadoras da execução penal, fazem com que a ressocialização enquanto finalidade para com o apenado não se realize no caso concreto.

Para viabilizar a ressocialização dos apenados, é imprescindível que a aplicação das normas existentes em nosso ordenamento jurídico, especificadamente na Lei de Execução Penal, seja eficaz, tendo como finco as medidas de assistência aos apenados.

Por consequência, abordar-se-á nessa monografia o estudo a falência do sistema prisional brasileiro em face da ineficiência em efetivar o papel ressocializador da pena privativa de liberdade. Avalia-se para tanto as premissas históricas no que concerne ao instituto da pena privativa de liberdade, suas funções e pressupostos no âmbito da parte geral do Direito Penal, e, por conseguinte a aplicabilidade e funcionalidade do arcabouço normativo estabelecido na Lei de Execução Penal para a consecução da função ressocializadora desta pena privativa de liberdade, denotando o cenário integralmente desfavorável em que se encontra o sistema prisional. Cenário este, em que prepondera a precariedade, a violência e a ausência do Estado ao salvaguardar os direitos e deveres elencados na Lei de Execução Penal, de modo a ocasionar uma supressão dos direitos básicos no cárcere.

Dito isto, a presente monografia tem como campo de abordagem as Ciências Sociais Aplicadas, voltada ao ramo do Direito Público e especificamente na esfera do Direito Penal, e neste serão abordadas as seguintes questões: A pena privativa de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro, funções e aspectos da pena privativa de liberdade em face a função ressocializadora do apenado, e a ineficiência do sistema prisional perante a promoção das medidas dispostas na Lei de Execuções Penais para consecução da finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade.

Utilizou-se para a consecução de deste trabalho uma abordagem qualitativa, na medida em que, tem como finalidade identificar e analisar dados que não podem ser mensurados numericamente acerca da temática abordada. Tal pesquisa caracteriza-se como básica, tendo como intuito a produção de uma gama de

conhecimento e preenchimento de determinadas lacunas dentro da temática empregada.

Para precursão do presente estudo, no primeiro capítulo, tratar-se-á acerca da evolução do instituto da pena, sendo abordada todas as suas formas de manifestação e respectivamente os lapsos temporais que abarcaram tal vivência, posteriormente adentrou-se no instituto da pena no âmbito nacional, traçando-se um panorama histórico iniciado no período colonial, em sequência o período imperial e por fim o período republicano, sendo que após tais períodos de diversas mudanças no cenário sócio jurídico, o direito penal, no que concerne a pena privativa de liberdade, passou pelas reformas contemporâneas, até chegar-se a um ápice histórico da criação dos sistemas jurídicos materializado em códigos como conhecemos atualmente.

No segundo capítulo será abordada a finalidade da ressocialização proposta pela Lei de Execução Penal, partindo da conceituação doutrinária do instituto da pena privativa de liberdade, as finalidades e aspectos da pena, os princípios constitucionais aplicáveis a tal instituto, a cominação e classificação das penas, os regimes de cumprimento e assistências, atentando-se especificadamente no que concerne pena privativa de liberdade, tendo em vista o conseqüente cerceamento do apenado do convívio social e submetido às regras da progressão de regime, estando sobre juízo assim, a função ressocializadora da sanção penal.

Por fim, no terceiro e último capítulo será abordado a atual crise no sistema carcerário brasileiro, analisando os principais impasses que se institucionalizaram no sistema prisional de modo a torná-lo insuficiente na promoção das medidas propostas pela Lei de Execução Penal, atentando-se para o reflexo ocasionado por tais circunstâncias em face a ressocialização do apenado.

Faz-se necessário o presente estudo por conta do relevo social e acadêmico que tal impasse ocasiona, bem como o arcabouço normativo penal que esta temática abarca, objetivando proporcionar uma contribuição de caráter científico para com o seio social e a toda a comunidade acadêmica voltada ao estudo da ceara penal, de modo a analisar com mais afinco o complexo acerca da pena privativa de liberdade em seu aspecto ressocializador.

Nesse sentido, o estudo da temática abordada, faz-se necessária também para a reflexão acerca da importância que a sociedade tem no propósito almejado pela Lei de Execuções Penais, posto que a reinserção do apenado após o cumprimento da pena privativa de liberdade depende também dos indivíduos que compõe o meio

social, na qual devemos partir de um posicionamento de modo a sobrepor o preconceito com que lidamos com os corolários advindos do sistema prisional, para que desta forma possamos corroborar para a ressocialização e reinserção dos condenados à sociedade.

Ainda nesse patamar, faz-se necessário mencionar a fundamental importância deste estudo para com a preocupação iminente em relação ao setor penitenciário, que atualmente é um dos que mais demanda por uma urgente reestruturação. Visto que, não é uma simples tarefa abolir a pena privativa de liberdade, tampouco a reformulação de todo um instrumento normativo no que diz respeito os crimes de maior potencial ofensivo a sociedade, fazendo-se necessário uma ponderação mais racional por parte dos órgãos estatais, de modo a proporcionar um pensamento de conscientização da comunidade civil, voltada a importância de tal tema, para a consecução das finalidades necessárias ao bem comum da sociedade

2 PENA DE PRISÃO: DA VINGANÇA PRIVADA AOS DIAS ATUAIS

Ao longo da história o instituto do Direito Penal culminou sua aplicação em penas praticadas de maneira severa e bárbara, considerando que a princípio não existia um modelo de pena privativa de liberdade, sendo que somente no século XIX começou a surgir a necessidade de criação de medidas de punição menos cruéis em decorrência da humanização, temática que ocasionou grandes discussões naquele momento histórico.

Greco retrata acerca da historicidade da pena desde os primórdios da existência humana:

Na verdade, a primeira pena a ser aplicada na história da humanidade ocorreu ainda no paraíso, quando, após ser induzida pela serpente, Eva além de comer do fruto proibido, fez também com que Adão o comesse, razão pela qual, além de serem aplicadas outras sanções, foram expulsos do jardim do Éden. Depois da primeira condenação aplicada por Deus, o homem, a partir do momento em que passou a viver em comunidade, também adota o sistema de aplicação de penas toda vez que as regras da sociedade na qual estava inserido eram violadas (Greco, 2010, p.486).

É possível vislumbrar que os conceitos e princípios que norteiam o sistema punitivo passaram por um período de desenvolvimento fático, social e histórico, inculcado de misticismo e autoritarismo para se chegar ao complexo sistema punitivo contemporâneo alcançando o estágio humanitário. Partindo destas premissas, tem-se que a história do Direito Penal, concernente ao instituto da pena, tem sua linha do tempo dividida em três fases, quais sejam, a época primitiva partindo da antiguidade influenciada pela vertente religiosa, posteriormente a idade média caracterizada pelo absolutismo até chegar ascendência do período iluminista com a característica primordial de humanizar o Direito Penal, e atribuí-lo uma essência altruísta.

Acerca da historicidade da pena esclarece Nunes:

A prisão como pena, entretanto, só foi introduzida no mundo nos últimos 200 anos, daí dizer-se que ela é recente como forma de penalização. Foi idealizada e até hoje sobrevive, especificamente, com três finalidades: serve como punição, intimida a prática de novos crimes e deve recuperar o criminoso. Vale dizer: a prisão como pena tem a função de evitar a prática de novos delitos, reprime a ação delituosa de quantos venham a violar as leis penais, mas tem o condão de recuperar todos aqueles que são considerados criminosos. Na realidade, sempre se evidenciou uma notória preocupação dos nossos legisladores com a prevenção, repressão e com a ressocialização do delinquente. (NUNES, 2013, p.257).

Destarte, com as intensas discussões acerca da não necessidade da pena de morte, fez-se necessário a criação do sistema progressivo, relativo à pena privativa de liberdade, caracterizando sobretudo o primado da humanização do apenado, objetivando com isso, o retorno deste para o convívio com a coletividade de forma pacífica.

2.1 TRAÇOS EVOLUTIVOS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Advinda do Latim “poena”, o termo “pena” significa “punição, castigo”, e do grego “poine”, traduz-se em “puro, limpo”, vinculado à concepção de purificação, expurgação através da punição.

Pena, na concepção de Nucci (2012, p. 53) traduz-se: "Trata-se da sanção imposta pelo Estado, valendo-se do devido processo legal, ao autor da infração penal, como retribuição do delito perpetrado e prevenção a novos crimes."

O cerceamento da liberdade de indivíduos transgressores existe desde a antiguidade, no entanto, no passado o encarceramento era visto de uma perspectiva diferente, não no sentido de penalidade compulsória, mas no sentido de medida utilizada para vingança, pautada na moral e na religião, se tornando uma das primeiras formas de punir agentes infratores, privando-os estes do convívio social, com a finalidade de que o ilícito cometido por ele não viesse a influenciar os demais dentro do seio da comunidade.

Nessa perspectiva retrata Greco:

Desde que o homem passou a viver em sociedade, sempre esteve presente a ideia de punição pela prática de atos que atentassem contra algum indivíduo, isoladamente, ou contra o próprio grupo social. Essa punição não era originária de leis formais, que não existiam naquela época, mas sim de regras costumeiras, culturais, destinadas à satisfação de um sentimento inato de justiça e, também, com a finalidade de preservar o próprio corpo social (GRECO, 2017, p.47).

Nos primórdios¹ históricos da pretensão punitiva o encarceramento era um instituto puramente processual utilizado apenas como um meio de custódia de

¹ Nas palavras de Rogério Grego acerca da contextualização deste momento histórico: a partir do final do século XVIII, as penas corporais, aflagrantes foram sendo substituídas, aos poucos, pela pena de privação de liberdade [...] era tida tão somente como uma medida cautelar, ou seja, sua finalidade precípua em fazer com que o condenado aguardasse, preso, a aplicação de sua pena corporal [...] Com a virada do século XVIII, principalmente após a Revolução Francesa, a pena de privação de liberdade começou a ocupar lugar de destaque, em atenção mesmo a um princípio que, embora embrionário,

natureza cautelar, sendo que, não era a principal medida punitiva a ser aplicada ao transgressor de determinada norma, pois tal mecanismo somente era aplicado por um lapso de tempo suficiente para aguardar uma convicção decisória por parte dos órgãos responsáveis, que em regra, decretaria uma pena de morte ou penas de cunho físico corpóreo.

A respeito do caráter punitivo pena em sua origem, explana Bitencourt (2011, p. 28): “Na antiguidade os infratores eram mantidos encarcerados até que saísse o julgamento a eles serem impostos, penas que naquele período era destinado ao castigo físico, os infratores eram tratados de maneira desumana, passando por torturas e humilhações. ”

Posteriormente ao iluminismo, ao passo do desenvolvimento social e a crescente complexidade entraves sociais e da criminalidade, foram desenvolvidos novos parâmetros punitivos, em decorrência da falência das medidas punitivas utilizadas naquela época, surgindo então a pena de prisão, que nesse prisma, serviria como um meio de intimidação à prática de ilícitos penais, com a finalidade de salvaguardar a prerrogativa da dignidade da pessoa humana possibilitando uma forma de punição exemplar para toda e qualquer transgressão, indistintamente, mas, abalizadamente, suplicava-se para que tal medida exercesse a função de reintegrar o transgressor ao meio social.

Rogério Greco retrata:

Na antiguidade, a prisão, a exemplo do que acontecia na China, no Egito e na Babilônia, era um lugar de custódia provisória e tormento. Ali, o acusado era submetido a interrogatórios cruéis, em que o uso da tortura era constante. Procurava-se arrancar do acusado a confissão que o levaria à condenação, a qual, como já dissemos, poderiam ser apenas corporais, aflitivas, ou mesmo à sua morte, levada a efeito através das mais variadas formas. (GRECO, 2017, p.97)

Segundo Bitencourt (2011) a criação da pena privativa de liberdade, pautada no princípio da proporcionalidade, passou a ser a principal resposta as transgressões criminais, visando implementar um sistema que possibilitasse sobretudo, a reinserção dos indivíduos transgressores na sociedade e nos moldes por ela estabelecidos,

começava a ser discutido, vale dizer, o princípio da dignidade da pessoa humana (GRECO, 2015, p.86-87).

dando a este instituto uma característica reformadora que durante muitos anos acreditava-se ter eficácia em relação ao objetivo almejado.

Sobrevém que, com o decorrer das diversas experiências na realidade fática, restou claro que os objetivos almejados com tal medida não seriam atingidos somente com a aplicação do encarceramento. Perante o atual quadro do sistema prisional, pode-se certificar que este mecanismo punitivo não reflete a tão perseguida solução para coibir o cometimento de infrações penais.

2.1.1 Da vingança privada

Nos tempos primitivos até o fim da Idade Média a legitimação da aplicação de penalidade enquanto sanções, era de um padecimento retributivo do corpo. Tinha-se como medida de punição adotada de acordo com os parâmetros sociais daquele momento histórico, a reação direta do indivíduo em face da ofensa sofrida para com o agressor, constituindo o instituto denominado Vingança Privada, sendo que, a medida de punição era direcionada não somente ao agente agressor proporcionalmente a ofensa empregada, mas também a todo o grupo social e ele envolvido.

Bitencourt explica a respeito da vingança privada da seguinte maneira:

[...] a vingança privada, que poderia envolver desde o indivíduo isoladamente até o seu grupo social, com sangrentas batalhas, causando, muitas vezes, a completa eliminação de grupos. Quando a infração fosse cometida por membro do próprio grupo, a punição era o banimento (perda da paz), deixando-o à mercê de outros grupos, que fatalmente o levariam à morte. Quando, no entanto, a violação fosse praticada por alguém estranho ao grupo, a punição era a “vingança de sangue”, verdadeira guerra grupal (BITTENCOURT, 2017, p.83).

Passado esse período da vingança privada, emergiu duas regulamentações normativas: a Lei de Talião e a Composição. A forma de sanção prevista pela Lei de Talião, apesar de não ser propriamente uma pena, consistia na aplicação de uma penalidade de caráter proporcional a ofensa praticada pelo agente transgressor que cometera algum delito.

Nas palavras de Rogério Greco fica reluzente a concepção referente a Lei de Talião:

A Lei de Talião pode ser considerada um avanço em virtude do momento em que foi editada. Isso porque, mesmo que de forma incipiente, já trazia em si uma noção, ainda que superficial, do conceito de proporcionalidade. O “olho

por olho” e o “dente por dente” traduziam um conceito de Justiça, embora ainda atrelada à vingança privada. (GRECO, 2017, p.48).

Nessa perspectiva, a fase denominada de Lei do Talião, na qual a vingança que antes era exercida especificamente por particulares converte-se no direito das vítimas e de seus familiares, surge numa concepção penal fundamentada no talião, que significa limitar, restringir, retribuir na mesma medida de sua magnitude as consequências da ofensa praticado, ou seja, a reação em face da ofensa praticada com a finalidade de atingir o agente infrator da mesma medida e na mesma intensidade do mal por ele ocasionado, perfazendo-se assim como a primeira manifestação propriamente dita de punições proporcionais.

Através da máxima estabelecida por esta vertente de normativa, fixou-se a proporcionalidade em relação a ação e a reação tidas, como olho por olho, dente por dente, na qual a punição é direcionada ao autor do delito na medida e proporção da ofensa ocasionada por este, atribuindo uma característica de vingança privada regulamentada, fazendo com que o sistema de talião funcione como um mecanismo de retribuição a reparação de ordem e a paz no seio social, suprimindo a realização do ato ofensivo e conseqüentemente a recomposição da ordem na estruturação estatal, emergindo os primeiros indícios do sistema de composição.

Posteriormente à Lei de Talião, no aspecto de corresponder a ofensa sofrida com outra ofensa na mesma proporção, surge a segunda fase do Talião que os estudiosos denominam de composição, sendo que este adveio de modo a reparar a ofensa cometida com uma indenização pecuniária, ou um montante econômico traduzido em objetos de valor da época.

Esclarece Bitencourt:

A compositio consistia, em geral, no dever de compensar o prejuízo sofrido com uma certa importância em pecúnia, objetivando a supressão da vingança privada, que, em determinados casos, mais que um direito, era um dever da vítima ou de sua Sippe de vingar as ofensas recebidas [...] a composição representava um misto de ressarcimento e pena: parte destinava-se à vítima ou seus familiares, como indenização pelo crime, e parte era devida ao tribunal ou ao rei, simbolizando o preço da paz. Aos infratores insolventes, isto é, aqueles que não podiam pagar pelos seus crimes, eram aplicadas, em substituição, penas corporais. (BITTENCOURT, 2017, p.87-88).

Tal instituto veio com a finalidade de abolir a vingança privada, haja visto sua incompatibilidade para com a situação fática naquele momento, sendo amplamente aceito ao seu período histórico, e remonta o nascimento da sistemática das

indenizações que ulteriormente viriam a compor o Direito Civil e as penas pecuniárias no âmbito do Direito Penal.

2.1.2 Da vingança divina

A fase da vingança divina teve forte preponderância em face a grande influência decisiva da religião na vida dos povos, onde a vingança privada perdeu força enquanto regra delimitadora dos meios necessários a consecução de uma determinada punição, e a sociedade ansiava por uma nova sistemática punitiva que pudesse atribuir um caráter social ao Direito Penal.

Pautada na crença de que o juízo punitivo era advindo dos deuses, a titularidade da pretensão punitiva deixou de ser do indivíduo que sofre a ofensa, e passou a ser da igreja o encargo de efetivar a punição a agentes transgressores no meio social, caracterizando a chamada vingança divina como um sistema processual de punição.

Fundamentado nessa premissa surge a figura do juiz, de modo a representar o povo diante da divindade e exercer a função retributiva deste sistema punitivo, à medida que estes aplicavam as penalidades sob delegação do ente celeste.

Noronha coaduna com este entendimento afirmando que:

[...] já existe um poder social capaz de impor aos homens normas de conduta e castigo. O princípio que predomina a repressão é a satisfação da divindade, ofendida pelo crime. Punir-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do Deus ofendido. É o Direito Penal religioso, teocrático e sacerdotal. Um dos principais códigos é o da Índia, de Manu (Manava, Dharma, Sastra). Tinha por escopo a purificação da alma do criminoso, através do castigo, para que pudesse alcançar a bem-aventurança. Dividia a sociedade em castas: brâmanes, guerreiros, comerciantes e lavradores. Era a dos brâmanes a mais elevada; a última, a dos Sudras que nada valiam (NORONHA, 2003, p.21).

Mesmo assim, perfazendo a evolução histórica da pena diante da construção do arcabouço jurídico penal, o instituto da vingança privada passou por um período de transição até chegar a vingança divina, sendo a aplicação da medida punitiva da pena sob responsabilidade dos sacerdotes, por terem uma relação direta com as divindades e realizavam as suas vontades, na medida em que infligiam penas de natureza severa e desumana.

2.1.3 Da vingança pública

Pautada numa maior estruturação social, a civilização ocidental permuta o instituto da vingança privada para a vingança pública, com a finalidade de proporcionar maior estabilidade ao Estado e firmar o poder do ente soberano através da penalidade, que ainda possuía como características o alto grau de severidade e barbárie, com desígnio intimidador.

Bittencourt esclarece a respeito do assunto:

Com a melhor organização social, o Estado afastou a vindita privada, assumindo o poder-dever de manter a ordem e a segurança social, surgindo a vingança pública, que, nos seus primórdios, manteve absoluta identidade entre poder divino e poder político. A primeira finalidade reconhecida desta fase era garantir a segurança do soberano, por meio da aplicação da sanção penal, ainda dominada pela crueldade e desumanidade, característica do direito criminal da época. Mantinha-se ainda forte influência do aspecto religioso, com o qual o Estado justificava a proteção do soberano (BITTENCOURT, 2017, p.84).

Com o declínio do sistema feudal e o emergente sistema capitalista como regime político e econômico, surgiu a necessidade de manutenção da segurança do representante do poder do estado frente a grande massa populacional das classes baixas do regime dominante, desta forma, significava que o monarca onipotente na figura do estado, poderia emanar castigos para todo e qualquer indivíduo causador de condutas ofensivas no meio social.

2.2 PANORAMA HISTÓRICO ACERCA DA PENA NO BRASIL

No decorrer da história do Direito Penal Brasileiro passou-se por três grandes etapas até se chegar aos primórdios do Direito Penal Contemporâneo, quais sejam: Período Colonial, Período Imperial e o Período Republicano. Ressalta-se que a princípio o Direito Penal era conduzido pela legislação portuguesa e posteriormente passando por uma longa fase de transição e adaptações passou a ser regido por legislação efetivamente nacional.

2.2.1 Período colonial

Conforme Bittencourt (2017), no período colonial, inicialmente o que vigorava como normatização no âmbito jurídico social eram as Ordenações, pautadas no

Direito Lusitano, instrumentos que consistiam em um compilado de normas jurídicas com a finalidade de delimitar toda a estruturação social e jurídica naquele momento histórico, passando das Ordenações Afonsinas em 1446, posteriormente as Ordenações Manuelinas do ano de 1521 a 1569, até a instituição da Compilação de Duarte Nunes Leão em 1603.

Ainda nesse sentido, Bitencourt (2017), pontua que tais instrumentos normativos não expunham eficácia para com a complexidade das relações no âmbito social, haja visto o crescimento exacerbado das colônias, fazendo-se necessário adaptações, o que propiciou o surgimento de um regime notadamente brasileiro, em razão da inúmera quantidade de leis e decretos emanados pelo poder real, direcionados a resolução das mais diversas lides no seio da colônia.

Desta forma, segundo Bittencourt (2017) o regime jurídico tornou-se exclusivamente isolado a arbitrário, proporcionando aos pequenos senhores da colônia um poder distinto da coroa, de modo a julgar e gerir seus interesses de forma despótica.

Efetivamente, a normativa que prosperou no Brasil foram as Ordenações do Rei Filipe II, denominado de Ordenações Filipinas. Organizadas em cinco livros, as Ordenações Filipinas reformaram as obsoletas Ordenações Manuelinas, inserindo a elas as Leis Extravagantes elaboradas durante o período do século XVI. Tais ordenações constituíam no primeiro instrumento normativo com aplicabilidade viável, pois as ordenações anteriores tiveram pouca funcionalidade em razão das circunstâncias do período histórico vivenciado pelo Brasil. Nesse sentido, Bitencourt (2017) postula que em seu texto normativo, a Ordenação Filipina, elencava a conceituação acerca do crime e da pena de morte, expressando também as várias modalidades desta pena de morte.

No que se refere as Ordenações Filipinas, esclarece Bittencourt:

Formalmente, a lei penal que deveria ser aplicada no Brasil, naquela época, era a contida nos 143 títulos do Livro V das Ordenações Filipinas, promulgadas por Filipe II, em 1603. Orientava-se no sentido de uma ampla e generalizada criminalização, com severas punições. Além do predomínio da pena de morte, utilizava outras sanções cruéis, como açoite, amputação de membros, as galés, degredo etc. Não se adotava o princípio da legalidade, ficando ao arbítrio do julgador a escolha da sanção aplicável. Esta rigorosa legislação regeu a vida brasileira por mais de dois séculos (BITTENCOURT, 2017, p.100).

Foi o ordenamento jurídico penal de maior vigência no Brasil, perdurando entre os anos de 1603 a 1830. Durante este período de vigência da Ordenações Filipinas fora fundado o primeiro Tribunal no continente Americano, o qual posteriormente ensejou a criação de vários outros tribunais espalhados pelo país.

Referente a Ordenação Filipinas, Greco nos ensina:

O nosso primeiro Código Penal surgiu no período do Brasil colonial, em 1.603, chamado Código Filipino. Nas Ordenações Filipinas, orientava-se no sentido de generalizada criminalização e de severas punições, predominando a pena de morte, dentre outras, as penas vis (açoite, corte de membro, galés, mutilações, etc.); degredo; multa; e a pena-crime arbitrária, que ficava a critério do julgador, já que inexistia o princípio da legalidade. A preocupação de conter os maus pelo terror vinculava-se ao delito, que era confundido com pecado ou vício. Consagravam-se amplamente nas Ordenações a desigualdade de classes perante o crime, devendo o juiz aplicar a pena segundo a gravidade do caso e a qualidade da pessoa, por isso, em regra, os nobres eram punidos com multa e aos peões eram reservados os castigos mais severos e humilhantes. (GRECO, 2005, p.03).

Sob a égide deste cruel instrumento normativo, a história brasileira vivenciou diversos acontecimentos marcantes, tais como, a Inconfidência Mineira, e a queda de diversos líderes na insurreição, até chegar-se a modernização das instituições jurídicas e a posterior proclamação da república.

2.2.2 Período imperial

A Independência do Brasil no ano de 1822 trouxe consigo uma ideologia de revolução no tocante a uma nova legislação penal, influenciada pelos movimentos filosóficos e culturais trazidos pelo século das luzes no âmbito penal. Tal corrente de pensamento faz emergir a necessidade de um ordenamento jurídico mais moderno e desprendido das concepções portuguesas, de modo a arquitetar na esfera jurídica as mudanças ocorridas na nação naquele momento histórico.

Todavia, as Ordenações Filipinas continuaram a ser utilizadas como parâmetro normativo de regimento social até 1830, mesmo com a proclamação da Independência que foi decretada pela Lei de 20 de outubro de 1823 (BITENCOURT, 2017).

Com grade influência liberalista e humanitária, o Código Criminal do Império fora sancionado em 16 de dezembro de 1830, por Dom Pedro I, inspirado nos modernos Códigos Criminais de países como Áustria, Nápole, França e Espanha, na qual tornou-se um documento notoriamente respeitado pelas demais nações do

mundo pelo fato de em sua essência, exprimir uma enorme valorização pela dignidade da pessoa humana e cidadania dos nacionais.

Complementa Cezar Roberto Bittencourt:

[...] A Constituição brasileira de 1824 determinou a urgente e imperiosa necessidade de elaboração de “um Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade” o Código Criminal do Império surgiu como um dos mais bem elaborados, influenciando grandemente o Código Penal espanhol de 1848 e o Código Penal português de 1852, por sua clareza, precisão, concisão e apuro técnico. (BITTENCOURT, 2017, p.100).

No que concerne à sua sistemática, o Código do Império não possuía subdivisão em parte geral e especial, sem do que seu texto normativo era disciplinado em 313 artigos, que se distribuía em quatro títulos, senão vejamos: Dos crimes e das penas, dos crimes públicos, dos crimes particulares, e dos crimes policiais. Em sequência deu-se a instituição do Código de Processo Criminal em 1832 (GRECO, 2017).

Estefam explica sucintamente a respeito da sistematização utilizada no instrumento normativo penal do Império:

O Código Criminal do Império (1830) continha as seguintes penas: morte, prisão perpétua, banimento (expulsão do nacional – prevista na Parte Geral, mas não cominada a nenhum dos delitos definidos na Parte Especial), degredo (obrigação de residir em determinado lugar pelo tempo fixado na sentença), desterro (obrigação de deixar determinado lugar e nele não retornar por determinado período), galês (pena privativa de liberdade na qual o condenado era compelido a andar com calceta no pé e corrente de ferro e a permanecer à disposição do governo para a realização de trabalhos públicos), prisão simples, prisão com trabalho e multa (sendo nosso Código Criminal a primeira legislação a utilizar-se do sistema do dia-multa) (ESTEFAM, 2017, p.336).

A utilização da privação da liberdade como medida coatora contra transgressões no meio social passou a ser cada vez mais utilizada como alternativa para os mais diversos tipos de condutas ilícitas, transparecendo a característica humanística do Código do Império, e propiciando uma grande influência ao viés voltado a consecução de medidas menos severas em relação a constituição das legislações futuras.

2.2.3 Período republicano

Em decorrência das crescentes transformações pelas quais o Brasil estava passando no período posterior a Proclamação da República em 15 de novembro de

1889, fixou-se uma nova ordem política estatal e a regência provisória substituiu o ordenamento penal até então editado durante o período imperial, face às demasiadas modificações políticas e institucionais, com reflexos sentidos em todos os âmbitos da sociedade (BITENCOURT, 2017). Com o advento da Proclamação da República, instituiu-se um novo Código Penal publicado em 1890, precedentemente a carta magna de 1891.

No entanto, conforme entende Nucci (2014) tal normativa fora elaborada de forma precipitada, deixando a desejar na sua composição sistêmica acerca das normatizações jurídicas basilares da sociedade naquele ápice histórico, apesar de que tenha extinguido a pena de morte, e fixado um regime penitenciário de natureza correccional, tal instrumento se mostrava mal esquematizado e desconsiderou em sua elaboração os grandes avanços doutrinários previstos na legislação anteriormente vigente.

Em consequência das inúmeras falhas presentes no diploma normativo, uma gama de legislações extraordinárias foi editada com o intuito de preencher as lacunas sociais deixadas pelo texto normativo original, e suprir as necessidades e anseios social em relação a uma norma de eficácia e aplicabilidade prática, e que propagasse segurança jurídica no meio social, o que culminou na Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe em 1932.

2.2.4 Reforma contemporânea

Aprovado e sancionado por Getúlio Vargas através do Decreto-Lei nº. 2.848 de 7 de dezembro de 1940, foi instituído o Código Penal Brasileiro, que naquele dado momento histórico, foi considerado um diploma normativo de notável qualidade técnica e sistêmica em virtude do seu dinamismo social (BITENCOURT, 2017).

Apesar de possuir uma enorme qualidade estrutural e sistemática em seu texto normativo, o Código Penal Brasileiro de 1940 passou por duas grandes reformulações que ganharam destaque na perspectiva histórica deste instrumento jurídico. A primeira grande reforma do ano de 1977, com a elaboração da Lei nº 6.416, que veio de modo a atualizar as penalidades previstas no diploma penal, e para melhor adequá-lo ao contexto social conferindo-lhe modificações de natureza finalista, adveio a reforma de 1984 com a Lei nº 7.209, que revogou grande parte do seu texto normativo geral

atribuindo-lhe uma nova roupagem, maiormente em relação as penalidades previstas neste diploma.

Acerca da reforma de 1984, Bittencourt corrobora com o seguinte entendimento:

A reforma penal de 1984 manifestou profunda preocupação com as penas privativas de liberdade ditas de curta duração: curtas para a finalidade ressocializadora, são suficientemente longas para iniciar o criminoso Primário na graduação acadêmica do crime. (BITENCOURT, 2011, p.246).

Juntamente com o caráter progressista da reforma penal introduzida pelo instrumento normativo supracitado do ano de 1984, com a finalidade de depreciar os entraves sofridos no âmbito do sistema carcerário brasileiro em termos estruturais, foi instituída a lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, denominada Lei de Execuções Penais, que ocasionou uma grande alteração no complexo penitenciário do país e se encontra em vigor até os dias atuais, sendo que ambas as leis, 7.209 e 7.210 entraram em vigor somente no dia 13 de janeiro de 1985 e trouxeram consigo uma melhor estruturação e harmonia, principalmente no que diz respeito às penas e sua execução.

Segundo Bitencourt (2011), a pena privativa de liberdade, pautada no princípio da proporcionalidade, flexibilizou-se, dando espaço às medidas alternativas ao cerceamento da liberdade do agente transgressor, atribuindo um caráter humanitário com o advento da reforma do Código Penal em 1984, e a instituição da Lei de Execuções Penais, visando implementar um sistema que possibilitasse sobretudo, a reinserção dos indivíduos transgressores na sociedade e nos moldes por ela estabelecidos, atribuindo ao instituto da pena uma essência ressocializadora.

Cezar Roberto Bitencourt esclarece a respeito da função ressocializadora da pena:

Entende-se que o conteúdo da ressocialização não será o tradicionalmente concebido, isto é, com a imposição de forma coativa (arbitraria) da reeducação, mas sim vinculado a não dessocialização. A ressocialização do delinquente implica um processo comunicacional e interativo entre indivíduo e sociedade. Não se pode ressocializar o delinquente sem colocar em dúvida, ao mesmo tempo, o conjunto social normativo ao qual se pretende integrá-lo. Caso contrário, estaríamos admitindo, equivocadamente, que a ordem social é perfeita, o que, no mínimo, é discutível (BITENCOURT, 2017, p. 171).

Indubitavelmente, o diploma normativo que fixou parâmetros acerca da execução penal foi um enorme avanço em termos quantitativos e qualitativos no arcabouço carcerário brasileiro, tendo em vista que antes da sua instituição, a

execução da pena nada mais era do que um expediente do procedimento legal posterior a condenação, sem uma disciplina normativa condizente com a natureza da sua aplicabilidade. Entretanto, mesmo com um texto normativo bem elaborado e desenvolvido, os objetivos da Lei de Execuções Penais não se tornaram possíveis de serem alcançados, haja visto que há uma carência muito grande em relação a uma política criminal adequada, bem como uma estruturação plausível com a realidade fática do país.

Em face desta carência institucional, assevera Bittencourt:

[...] embora tenhamos um dos melhores elencos de alternativas à pena privativa de liberdade, a falta de vontade política de nossos governantes, que não dotaram de infraestrutura nosso sistema penitenciário, tornou, praticamente, inviável a utilização da melhor política criminal — penas alternativas —, de há muito consagrada nos países europeus. A falta de estrutura do sistema, de certa forma, empobreceu a criatividade dos Judiciários — estaduais e federal — na busca de solução de meios adequados para operacionalizar a aplicação, pelo menos, da prestação de serviço à comunidade, nos limites da reserva legal (BITENCOURT, 2017, p.102).

Posteriormente a instituição desse diploma normativo e da reforma penal de 1984, que introduziu a parte geral do Código Penal, diversos diplomas normativos na esfera criminal foram instituídos, tais como a Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688), a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072), e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069), ambas com a finalidade de normatizar as sanções penais a serem impostas as mais variadas condutas transgressoras nas características e moldes que lhes forma ocasionadas.

Assim, a pena que em seus primórdios tinha como característica a severidade e a privação da liberdade, passou por diversas modificações para adequar-se aos dilemas no seio social, abarcando a partir deste momento histórico as chamadas penas alternativas a privação de liberdade.

3 DA PENA: FINALIDADE, PRINCÍPIOS APLICÁVEIS, REGIMES PRISIONAIS E FUNÇÕES ASSISTENCIALISTAS

Desde a implementação do instrumento normativo que trata das Execuções Penais no Brasil, tonou-se cada vez mais evidente os sinais da crise no sistema prisional. A princípio, a não observação estrita ao cumprimento do texto normativo que disciplina tal esfera, a superlotação das unidades penitenciárias, o desrespeito aos direitos pessoais e fundamentais dos apenados, a violência física e sexual, a deturpação dos agentes públicos que desempenham o mister no sistema carcerário, a falta de trabalho para os apenados no cumprimento das determinações legais, a prática de diversas infrações penais por parte das organizações criminosas dentro das unidades prisionais, em suma, o abandono do sistema prisional por parte do poder público, que exerce forte influência na promoção das medidas necessárias à consecução da função ressocializadora da pena, ocasionando a ineficiência do sistema, tanto em termos estruturais, quanto em termos finalísticos para com o seio social (BITENCOURT, 2011).

A Lei de Execuções Penais, em seu artigo 1º preleciona que a execução penal tem por finalidade efetivar as disposições emanadas pela sentença ou decisão a integração social do condenado (BRASIL, 1984).

Sobre a função ressocializadora que o instituto da penal detém, elucida Schecaria:

A ressocialização, porém, deve ser encarada não no sentido de reeducação do condenado para que este passe a se comportar de acordo com o que a classe detentora do poder deseja, mas sim como reinserção social, isto é, tornar-se também finalidade da pena a criação de mecanismos e condições ideais para que o delinquente retorne ao convívio da sociedade sem traumas ou sequelas que impeçam uma vida normal. Sem tais condições, o resultado da aplicação da pena tem sido invariavelmente, previsível, qual seja, o retorno à criminalidade (reincidência) (SCHECARIA, 2002, p.146).

Em que pese na teoria o apenado deve ser ressocializado, constituindo essa uma das funções basilares da pena, contudo, a realidade tem-se mostrado diversa da pretendida ao passo que se tem enfrentado terríveis impasses para a concreta efetivação desta função.

3.1 DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

No âmbito penal, tem-se como uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais o denominado princípio da legalidade. Tal princípio estabelece que não existe delito sem prévia cominação legal (*nullum crimen sine lege*), isto é, não há crime se que se assim seja definido por um instrumento normativo jurídico. Desta forma, praticado o delito elencado e previsto no tipo incriminador, impõe-se a pena. Destarte, o injusto penal é o fundamento do instituto da pena, sua condição de existência e pressuposto normativo.

Nesse entendimento Masson pontua:

Destarte, pena é a espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais (MASSON, 2017, p.514).

A pena que é imposta pelo Estado por meio dos instrumentos normativos materializados em leis, consiste na restrição ou perda de bens jurídicos do autor da transgressão, retribuindo assim o mal ocasionado a uma determinada vítima, e a sociedade, objetivando a prevenção da segmentação de outros ilícitos. A sanção penal abarca em seu bojo normativo um caráter de reprovabilidade em face da realização de uma conduta antijurídica.

3.1.1 Finalidades da pena

3.1.1.1 Teoria absoluta o retributiva

O embate acerca da finalidade da pena tem premissas históricas ainda no Direito Romano, entretanto, ganha maior enfoque a partir do Direito Penal Contemporâneo. Nesse sentido, sendo um dos deveres do Estado a manutenção do controle social, tal dever se efetivará por meio da imposição da pena, compreendida como instrumento protetor da ordem pública (NUNES, 2013).

Conforme Medeiros (2017) basilarmente a pena tem duas finalidades primordiais, quais sejam: a retribuição e a prevenção. A retribuição funda-se na necessidade de punição devida e justa da transgressão pelo Estado, ao passo que, a prevenção objetiva desencorajar a reiteração de condutas penalmente reprováveis pelo agente transgressor, bem como disseminar a conscientização em relação ao cometimento de ilícitos.

Esclarece Janaina Conceição Paschoal:

Existem várias correntes que tentam explicar a finalidade da pena, sendo certo que a maior parte dos autores, como aliás fez o legislador pátrio na Parte Geral do Código Penal, prefere adotar um posicionamento misto ou eclético, atribuindo à pena, ao mesmo tempo, as funções de retribuir e prevenir o crime (PASCHOAL, 2015, p.88).

A denominada Teoria Absoluta assimila na pena a finalidade retributiva, parte da premissa de que o ilícito praticado deverá ser com um mal semelhante aquele praticado, que seria caracterizado pela pena.

André Estefam elucida:

Para as teorias absolutas, a finalidade da pena é eminentemente retributiva. A pena atua como a contrapartida pelo mal cometido (*punitur quia peccatum est*). Um mecanismo necessário para reparar a ordem jurídica violada pelo delinquent. Este, quando pratica o ilícito penal, produz um mal (injusto), reparado com a inflição de outro (justo). A vantagem das teorias absolutas consiste em agregar à pena a ideia de retribuição e, com isso, estabelecer que a sanção deve ser proporcional à gravidade do fato (ESTEFAM, 2017, p.337).

A sanção imposta pelo Estado é pura e simplesmente a consequência jurídica do mal ocasionado pela conduta ilícita, isto é, a exigência da justiça. Desta forma, não há de se ponderar a respeito de qualquer outro caráter intrínseco ao instituto da pena, pois ela é justa em si própria.

3.1.1.2 Teoria relativista

Em contrapartida a premissa retributiva da Teoria Absoluta, tem-se a finalidade preventiva que consiste em prevenir a prática de novas transgressões penais, atuando de modo a evitar a reiteração de futuras condutas delituosas, bem como afastar o caráter vingativo atrelado a figura da sanção penal. Neste diapasão, a o instituto da pena passa a ser justificado como uma ferramenta normativa para a consecução de fins futuros, ou seja, na prevenção ao invés da retribuição, caracterizando a chamada Teoria Relativa (NUNES, 2013).

A Teoria Relativa que se fundamenta no critério da prevenção, divide-se em duas vertentes: Prevenção Geral e Especial, e estas se subdividem e positivas e negativas, sendo que se diferenciam no que diz respeito a quem está direcionada sua finalidade primordial, precipuamente ao seio social, e subsequente ao autor da transgressão individualizado (NUNES, 2013).

Conforme Greco (2017), a prevenção geral pode ser estudada sob duas nuances, a prevenção geral positiva e a prevenção geral negativa. A prevenção geral positiva, parte do pressuposto de que a função do Direito Penal é dar afirmação aos valores, e pela afirmação dos valores os sujeitos se abstêm da prática de condutas delituosas, de modo a incutir na coletividade social a uma ideologia voltada a necessidade do respeito a determinados valores.

Explana Cezar Roberto Bitencourt:

A teoria da prevenção geral positiva propõe uma mudança de perspectiva quanto ao alcance dos fins preventivos: estes já não estariam projetados para reeducar aquele que delinuiu, nem estariam dirigidos a intimidar delinquentes potenciais. A finalidade preventiva seria agora alcançada através de uma mensagem dirigida a toda a coletividade social, em prol da "internalização e fortalecimento dos valores plasmados nas normas jurídico-penais na consciência dos cidadãos (BITENCOURT, 2017, p.157).

A respeito desta teoria contribui Paschoal:

A pena seria aplicada para demonstrar aos cidadãos em geral que compensa cumprir as normas e respeitar os valores eleitos como caros por uma sociedade. Com efeito, na medida em que a pena é aplicada para reforçar o valor da norma, a adoção dessa teoria poderia, no limite, ensejar penas mais graves para situações mais brandas, a fim de fazer internalizar aqueles valores ainda não definitivamente aceitos pela sociedade. Em outras palavras, essa teoria pode estimular a desproporcionalidade (PASCHOAL, 2015, p.90-91).

A prevenção geral negativa por sua vez, consiste na aplicação da pena como forma de punição ao agente transgressor, e é aplicada sobre este com o intuito de que tal aplicação possa vir a refletir no coletivo social, sobretudo em relação a propiciar um pensamento reflexivo no agente antes de praticar uma nova conduta delituosa, ou seja, evitando-se que novas práticas de ilícitos penais aconteçam partindo da inflição do mal da pena.

Nesse sentido, corrobora Greco:

Pela prevenção geral negativa, conhecida também pela expressão prevenção por intimidação, a pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir na sociedade, evitando-se, assim, que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados na condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal (GRECO, 2017, p. 621).

Partindo de uma premissa oposta a prevenção geral, tem-se a prevenção especial, na qual aplica-se a pena com o fito de precaver novas condutas delituosas por parte do agente transgressor. Desta forma, utiliza-se a pena como meio para

alcançar a reparação do indivíduo, na qual a sanção aplicada teria por fim obstar a realização de novos ilícitos penais por parte do apenado.

Esclarece Bitencourt:

A teoria da prevenção especial procura evitar a prática do delito, mas, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que este não volte a delinquir. [...] O interesse jurídico-penal já não será o de restaurar a ordem jurídica ou a intimidação geral dos membros do corpo social. A pena, segundo esta nova concepção, deveria concretizar-se em outro sentido: o da defesa da nova ordem, a defesa da sociedade. O delito não é apenas a violação à ordem jurídica, mas, antes de tudo, um dano social, e o delinquente é um perigo social (um anormal) que põe em risco a nova ordem. (BITENCOURT, 2017, p.162-163).

Por seu turno, a prevenção especial pode ser concebida sob duas perspectivas, quais sejam, prevenção especial positiva e prevenção especial negativa. Partindo do entendimento da prevenção especial positiva, tem-se um fundamento totalmente voltado a pessoa do agente transgressor, pois uma vez imposta a pena, objetiva-se reeducar o indivíduo de modo a reinseri-lo no seio social.

Em contrapartida, a prevenção especial negativa atua atribuindo uma função segregacionista a pena, com a finalidade de neutralizar o agente transgressor que não for suscetível de ser reinserido no meio social, de modo a sanar definitivamente o delinquente perigoso.

3.1.1.3 Teoria mista ou unificadora

Das controvérsias resultantes das conveniências e dispêndios de cada teoria, emerge a denominada Teoria Mista ou Unificadora, de modo a consolidar os argumentos e pontos positivo das teorias absoluta e relativista.

Tal teoria parte do pressuposto de que a pena deve ter um caráter funcional tríplice, primeiramente devendo atuar no meio social como instrumento de inibição de modo a rechaçar o cometimento de ilícitos desmotivando os indivíduos integrantes da sociedade, numa segunda perspectiva como um mecanismo intimidador em relação a figura do agente transgressor fazendo com que este não volte a praticar um novo delito, e numa terceira funcionalidade, como instrumento de punição pelo mal ocasionado ao âmbito jurídico-social.

Contribui nesta linha de pensamento Masson:

A pena deve, simultaneamente, castigar o condenado pelo mal praticado e evitar a prática de novos crimes, tanto em relação ao criminoso como no tocante a sociedade. Em síntese, fundem-se as teorias e finalidades

anteriores. A pena assume um tríplice aspecto: retribuição, prevenção geral e prevenção especial (MASSON, 2017, p. 618).

Insta salientar que, em razão da previsão normativa expressa na parte final do caput do art. 59 do Código Penal Brasileiro, podemos depreender que o arcabouço penal adotou a teoria mista ou unificadora, haja visto que, na redação supramencionada abordar-se-á a conjugação da necessidade de reprovação da conduta delituosa com a prevenção de um novo crime, perfazendo a assim a unificação das teorias absoluta e relativa, no que diz respeito aos seus fundamentos basilares que se pautam pelos parâmetros da retribuição e da prevenção.

Assim coaduna Brandão a respeito desta teoria:

As teorias mistas ou teorias da união congregam os dois aspectos, isto é: combinam a retribuição da culpabilidade com a função reabilitadora da pena, por isso é a corrente onde todos os fins da pena alcançam uma relação equilibrada, sendo a que melhor traduz o que é a pena. [...] portanto, as teorias mistas melhor expressam a finalidade da pena, já que conseguem unir à valorização do homem a característica essencial da sanção penal: a infligência de um mal (BRANDÃO, 2010, p.319-320).

Entretanto, vale ressaltar que no ordenamento penal brasileiro, as penas possuem caráter predominantemente de retribuição, agregando-se a ela uma finalidade de prevenção e ressocialização do criminoso, numa perspectiva secundária.

Explana Mirabete nesse sentido:

Desde a origem até hoje, porém, a pena sempre teve o caráter predominantemente de retribuição, de castigo, acrescentando-se a ela uma finalidade de prevenção e ressocialização do criminoso. A retribuição e a prevenção são faces da mesma moeda, e como acentua Everardo da Cunha Luna, “ a retribuição, sem a prevenção, é vingança, a prevenção sem retribuição, é desonra”. Enquanto se proclama na exposição de motivos da Lei de Execução Penal o princípio de que as penas e as medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade, a realidade demonstra que a pena continua a ser necessária, como medida de justiça, reparadora e impostergável, mas as suas finalidades adicionais, tais como prevenir a prática de novos delitos e promover a reinserção social do condenado, não são satisfatoriamente cumpridas (MIRABETE, 2009, p. 232).

Prado (2014) explica que no atual arcabouço penal, a concepção de retribuição jurídica funda-se na ideia de que a pena deve ser aplicada de modo proporcional ao injusto praticado, respeitando o princípio da justiça distributiva. Assim essa concepção contemporânea não condiz com um sentimento de vingança social. Todavia, funciona nos moldes de um princípio limitativo, pautado no fundamento de que o delito

perpetrado deve suceder-se como parâmetro estabelecido dos limites de aplicação da pena, que deverá ser proporcional a magnitude da transgressão e da culpabilidade.

Dito isto, tem-se que passado os períodos de divergências entre as diversas teorias acerca da finalidade da pena, o ordenamento jurídico penal voltou-se a consecução das medidas necessárias a melhor implementação desse instituto, passando a compreender que a pena é um mal destinado a compensar outro mal praticado no seio social, e desta forma sua aplicação somente se justifica quando este mal é efetivamente cometido. Partindo deste entendimento, complementa Paschoal (2015, p.94) “Assim, não se corre o risco de ver a pena privativa de liberdade aplicada para forçar os indivíduos a fazer e ser como o Estado entende adequado”.

3.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À PENA

De acordo com o entendimento de Souza (2012), é sabido que a pena se consubstancia na perda de um direito imposta pelo Estado em razão da prática de uma infração penal. Em face disto, o ordenamento jurídico regido pelo Estado, deve, necessariamente, proteger os indivíduos pautando-se do Direito Penal. Porém tem-se que tal proteção tem de ser voltada a aplicação do próprio Direito Penal para com o complexo social, cuja a aplicabilidade punitiva é, por vezes, vingativa, podendo vir a transcender os limites da conduta delituosa que ensejou a aplicação da norma jurídica sancionadora. Assim, fez-se necessário que fossem estabelecidos princípios norteadores e limitativos ao poder punitivo estatal.

3.2.1 Princípio da humanidade

Dentro os vários períodos dos quais o instituto da pena passou, entre os anos de 1750 e 1850 a pena teve a si a atribuição de um caráter humanitário, na qual neste ápice histórico, vigoraram as sanções impostas pelos instrumentos normativos da época com a finalidade de cercear determinados direitos do agente transgressor, sendo que anterior a este período a pena tinha consigo um patamar de mecanismo de vingança de cunho físico (SANCHES, 2016).

Explica Dotti acerca deste período:

A consagração do princípio da humanidade no Direito Penal moderno devesse ao grande movimento de ideias que dominou os séculos XVII E XVIII, conhecido como iluminismo. Os líderes daquela revolução do

pensamento advogavam a transformação do Estado partindo da existência de direitos naturais, inalienáveis e imprescritíveis do homem (DOTTI, 2013, p. 558).

Neste período a aplicação de medidas desumanas, infames e cruéis tinham como subterfúgio a aplicação da normativa jurídica para controle social. Com o decorrer do tempo, este método de punição perdeu sua eficácia aterrorizadora diante do complexo social, deixando de exercer a função de exemplificar para compelir novos delitos. Em razão disto, emergiu no meio social uma forma de protesto que pugnava pela modificação dessas práticas punitivas até então desgastadas e ineficazes, ocasionando o surgimento do período humanitário em resposta a arbitrariedade da gerência da normativa penal, de modo a adequar os parâmetros punitivos proporcionalmente a gravidade da conduta delituosa.

Mirabete preceitua a respeito do período humanitário:

É no decorrer o iluminismo que se inicia o decorrido Período Humanitário do Direito Penal, movimento que pregou a reforma das leis e da administração da justiça penal no fim do século XVIII. É nesse momento que o homem moderno toma consciência crítica do problema penal como problema filosófico e jurídico que é. Lamentavelmente, são poucas as obras jurídicas que focalizam esse importante tema. Os termos em torno dos quais se desenvolve a nova ciência são, sobretudo, os do fundamento de punir e da legislação das penas (MIRABETE, 2009, p.18).

Passou a não ser mais plausível a imposição de sanções de caráter desumano, com um requinte de crueldade exacerbado em relação a conduta delituosa praticada. Tais como os castigos físicos-corporais banalmente praticados no período anterior a humanização, sob alegação da estrita aplicação da norma jurídica. Firma-se, ainda, o entendimento de que as penas com característica finalística de eliminar o ser humano do seio social, como por exemplo a pena de morte ou de caráter perpétuo, tiveram sua adoção irremediavelmente coibida (SOUZA, 2012).

Nesse sentido, faz-se mister destacar o princípio da dignidade da pessoa humana presente no nosso atual ordenamento jurídico, como instrumento garantístico de todos os direitos fundamentais em face a toda e qualquer pessoa do complexo social regido pelo Estado Democrático de Direito instituído pela leia maior, a Constituição da República Federativa do Brasil.

Prado explica quanto a esse princípio basilar:

O homem deixa de ser considerado apenas como cidadão e passa a valer como pessoa, independentemente de qualquer ligação política ou jurídica. O reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de

reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal. [...] convém evidenciar que não se trata de simples criação legislativa, visto que apenas se reconhece no texto constitucional a eminência da dignidade como valor (ou princípio) básico, cuja existência, bem como o próprio conceito de pessoa humana, são dados anteriores, aferidos de modo prévio à normação jurídica. [...] Como viga mestra, fundamental e peculiar ao Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana há de plasmar todo o ordenamento jurídico positivo – como dado imanente e limite mínimo vital à intervenção jurídica (PRADO, 2014, p. 110).

3.2.2 Princípio da legalidade

Tem-se como premissa basilar no princípio da legalidade que a aplicação da pena deverá estar disciplinada em um instrumento normativo, e, por conseguinte, deverá haver prévia cominação legal (*nulla poena sine lege*) (BITENCOURT, 2017).

Nesse diapasão Greco pondera:

O princípio da legalidade vem insculpido no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, que diz: Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal- redação que pouco difere daquela contida no art. 1º do Código Penal. É o princípio da legalidade, sem dúvida alguma, o mais importante do Direito Penal. Conforme se extrai do art. 1º do Código Penal, bem como do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal (GRECO, 2016, p. 144).

Faz-se necessário salientar que tal princípio traduz-se em um preceito revestido de maior mérito num complexo social regido por um Estado Democrático de Direito, atuando de modo deliberativo em face a subordinação de todos os integrantes do seio social à imperatividade emanada da lei, limitando até mesmo exercício do poder pelo governante.

Ademais, percebe-se que o princípio da legalidade se expressa sobretudo numa perspectiva de garantia constitucional, do que um direito individual, ao passo que, tal princípio não tutela, puramente, um bem da vida, mas garante aos indivíduos a prerrogativa de rechaçar os ditames que lhe sejam impostos por um outro parâmetro que não seja a lei.

3.2.3 Princípio da personalidade ou intransmissibilidade

O art. 5º XLV da Constituição Federal que prevê que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, e desta forma atribui ao instituto da pena uma característica ímpar, tornando-a personalíssima. Desta feita, conclui-se que a responsabilidade

emanada pela pena deverá ser individual, visto que ninguém pode responsabilizar-se criminalmente além dos limites da própria culpabilidade (BRASIL, 1988).

Neste sentido Greco nos ensina:

Em virtude do princípio da responsabilidade pessoal, também conhecido como princípio da pessoalidade ou da intranscendência da pena, somente o condenado é que terá de se submeter à sanção que lhe foi aplicada pelo Estado. Já se foi o tempo em que não só o autor do fato respondia pelo delito cometido, como também pessoas ligadas ao seu grupo familiar ou social. Quer o princípio constitucional dizer que, quando a responsabilidade do condenado é penal, somente ele, e mais ninguém, poderá responder pela infração praticada. Qualquer que seja a natureza da penalidade aplicada - privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa -, somente o condenado é que deverá cumpri-la (GRECO, 2017, p. 129).

3.2.4 Princípio da individualização

Partindo do pressuposto de que cada indivíduo possui características subjetivas peculiares, o princípio da individualização atua de modo a garantir que as penas aplicadas a agentes transgressores não sejam aplicadas de modo uniforme.

Sanches preceitua no que concerne à atuação do princípio da individualização da pena em face ao ordenamento penal:

A individualização da resposta estatal ao autor de um fato punível deve se: observada em três momentos: a) na definição, pelo legislador, do crime e sua pena; b) na imposição da pena pelo juiz; c) e na fase de execução da pena, momento em que os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal (art. 5º LEP) (SANCHES, 2016, p. 100).

Assim, o princípio da individualização da pena garante que as penas aplicadas a infratores de crimes não sejam aplicadas de forma igual, mesmo que os crimes sejam idênticos, tendo em vista que cada indivíduo possui um histórico pessoal, devendo receber apenas a punição que lhe é devida, independente da prática de conduta idêntica.

3.2.5 Princípio da proporcionalidade

Com a finalidade de estipular uma proporção entre a conduta delituosa cometida e a sanção penal imposta sobre esta conduta, tem-se o princípio da proporcionalidade, sendo que um determinado ilícito penal deve ser compelido com uma sanção proporcional de acordo com o mal ocasionado por ele.

Explica Sanches:

Trata-se de princípio implícito, desdobramento lógico do mandamento da individualização da pena. Para que a sanção penal cumpra a sua função, deve se ajustar à relevância do bem jurídico tutelado, sem desconsiderar as condições pessoais do agente. Alertamos, no entanto, que o princípio em estudo não pode compreender apenas a proibição do excesso. Diante do plexo de direitos e garantias explicitados na Constituição, tem o legislador (e o juiz) também a obrigação de proteger os bens jurídicos de forma suficiente. Em outras palavras: é tão indesejado o excesso quanto à insuficiência da resposta do Estado punitivo (SANCHES, 2016, p. 401-402).

Dito isto, pondera-se que o princípio da proporcionalidade atua de modo a proteger os indivíduos de intervenções impostas pelo Estado de modo exacerbado e desnecessário, ocasionando para o complexo social uma gama de danos mais graves que o indispensável a tutela dos interesses coletivos.

3.2.6 Princípio da intervenção mínima

Trata-se do princípio segundo o qual o Estado somente deverá emanar a aplicação de uma sanção, quando outras searas do ordenamento jurídico não obtiverem resultados, se tornando absolutamente necessária a atuação estatal para proteger o bem jurídico. Desta forma, o direito penal seria a *ultima ratio regis*, devendo ser aplicado somente em último caso, para restituição do da condição jurídica transgredida.

Greco explicita em relação a tal princípio:

O legislador, por meio de um critério político, que varia de acordo com o momento em que vive a sociedade, sempre que entender que os outros ramos do direito se revelem incapazes de proteger devidamente aqueles bens mais importantes para a sociedade, seleciona, escolhe as condutas, positivas ou negativas, que deverão merecer a atenção do Direito Penal. [...] o princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Pena [...] também será com fundamento nele que o legislador, atento às mutações da sociedade, que com a sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado, eram da maior relevância, fará retirar do nosso ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores (GRECO, 2017, p. 97).

É de se observar que a exigência de manifestação por parte do Estado para a imposição de uma sanção de caráter punitivo, pressupõe que todos os outros meios plausíveis para o reajuste da tutela jurídica violada já se deram por esgotados. Assim, presume-se que todos os meios utilizados anteriormente a aplicação da normativa

penal não trouxeram a finalidade almejada, não protegendo o bem jurídico violado, necessitando e justificando a aplicação da sanção penal.

3.2.7 Princípio da inderrogabilidade

Este princípio estabelece que constatada a prática delituosa, a pena deve ser aplicada. A pena deve atingir sua plena finalidade para obtenção de um reflexo eficaz no seio social, e para isso é necessária a responsabilização do agente pelo crime cometido. O Estado-juiz não pode deixar de aplicar e executar a pena ao culpado pela infração penal.

Por este ângulo, Masson esclarece:

Esse princípio é considerado lógico da reserva legal, e sustenta que a pena, se presentes os requisitos necessários para condenação, não pode deixar de ser aplicada e integralmente cumprida. É, contudo, mitigado por alguns institutos penais, dos quais são exemplos a prescrição, o perdão judicial, o *sursis*, o livramento condicional etc. (MASSON, 2017, p. 613).

Quanto a este princípio pode haver restrições, uma vez que, existem casos que isso não ocorre, como por exemplo, na suspensão condicional da pena (*sursis*), no livramento condicional, no perdão judicial, na extinção da punibilidade.

3.3 DOS REGIMES PENITENCIÁRIOS

3.3.1 Regime fechado

Conforme entendimento de Bitencourt (2017), tal regime prevê que o condenado trabalhe durante o dia, de acordo com suas aptidões técnicas, e de acordo com as características da execução da pena, e deverá ser isolado no repouso noturno. Insta salientar que, quando não for imposto por lei, o regime inicialmente fechado deve ser fundamentado pelo juiz para sua devida aplicação.

Explana Artur de Brito Gueiros Souza:

O regime fechado pressupõe o trabalho diurno e o isolamento noturno (art. 34, e §§, do CP). O trabalho deve ser realizado, em regra, dentro do estabelecimento, podendo, excepcionalmente, ocorrer externamente, desde que voltado à execução de serviços ou obras públicas. Com relação ao isolamento noturno, é forçoso reconhecer que tal regra parece difícil de ser observada em razão da grave questão da superpopulação carcerária brasileira (SOUZA, 2012, p. 340).

Em tese, a pena do regime fechado deve ser cumprida em estabelecimento penitenciário², nunca poderá ser cumprida em cadeia pública, haja visto que tal estabelecimento é destinado ao recolhimento apenas dos agentes transgressores provisórios, o que não ocorre na prática, principalmente em razão da superlotação predominante nas unidades carcerárias.

Em se tratando de regime fechado, o apenado deverá impreterivelmente ser submetido a prévio exame criminológico de classificação no início do cumprimento da sanção penal imposta para individualização da pena, conforme aduz o art. 34 do Código Penal e o art. 8º da Lei de Execuções Penais.

Explica Mirabete:

Para que se cumpram as determinações constitucionais a respeito da personalidade e proporcionalidade da pena, é imperioso que se faça a classificação dos condenados para a individualização indispensável ao tratamento penitenciário adequado. Individualizar, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr a reinserção social, iniciando-se o processo com a observação do condenado para sua classificação (MIRABETE, 2009, p.240).

No que se refere ao cumprimento da pena nos casos de crimes hediondos, tráfico de entorpecentes e terrorismo em face ao regime inicial, Damásio de Jesus elucida:

A pena imposta por crime hediondo, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo deve ser cumprida inicialmente em regime fechado (art. 2.º, § 1.º, da Lei n. 8.072, de 25-7-1990, com redação dada pela Lei n. 11.464, de 28-3-2007), cabendo progressão de regime somente depois do cumprimento de dois quintos da pena (se primário o sentenciado) ou três quintos (se reincidente) (JESUS, 2013, p. 568).

3.3.2 Regime semiaberto

O regime semiaberto é destinado ao cumprimento de pena em colônia penal³ agrícola ou industrial, ou estabelecimento similar podendo ser o apenado instalado

² As penitenciárias destinam-se ao recolhimento de presos condenados à pena privativa de liberdade, em regime fechado,²⁰ e, se masculinas, devem ser edificadas em local afastado dos centros urbanos, desde que a distância não restrinja a visitação. Significa dizer, por conseguinte, que nas penitenciárias somente presos em regime fechado, desde que condenados em definitivo, podem ser recolhidos (NUNES, 2013, p. 167).

³ Criadas pela LEP, as colônias penais são destinadas ao recolhimento de presos em regime semiaberto,²⁵ que podem ser masculinas ou femininas, agrícolas, industriais ou similares, aqui se admitindo a existência de compartimentos coletivos, desde que preservados os requisitos mínimos de salubridade, aeração e condicionamento térmico. O que se sabe é que as colônias penais acolhem presos condenados inicialmente em regime semiaberto, os que para lá são transferidos por força de

em um aposento coletiva, desde que sejam respeitados os requisitos básicos das dependências coletivas, devendo o apenado trabalhar durante o período diurno, com a possibilidade de participar de cursos profissionalizantes, e sem o isolamento noturno estipulado no regime fechado.

Greco elucida em relação as regras de tal regime:

Da mesma forma que ao condenado em regime fechado, exige-se a expedição de guia de recolhimento ao condenado em regime semiaberto, cuja pena deverá ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, sendo-lhe permitido o trabalho em comum durante o período diurno. É admissível o trabalho externo, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (GRECO, 2017, p. 607).

Quanto às regras do regime semiaberto Jesus (2013) esclarece que o condenado também poderá ser submetido a exame criminológico de classificação para a individualização da execução, eis que o Código Penal fala em obrigatoriedade, conforme art. 35, caput e a Lei de Execuções Penais no art. 8º fala em simples faculdade. Devido ao fato das duas normas entrarem em vigor na mesma data, diante do conflito, deve prevalecer a que mais beneficia o condenado, por isso, trata-se de simples faculdade do juiz, explica.

3.3.3 Regime aberto

Fundamentado na autodisciplina e na noção de responsabilidade por parte do condenado, é instituído o regime aberto. Neste sentido, preceitua a norma pertinente a execução penal que o apenado deverá trabalhar durante o período diurno, e se recolher a casa do albergado⁴ ou estabelecimento similar durante o período noturno ou nos dias de folga.

Explana Rogério Greco a respeito deste regime:

O regime aberto é uma ponte para a completa reinserção ~o condenado na sociedade. O seu cumprimento é realizado em estabelecimento conhecido como Casa do Albergado. Esse regime, baseado na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado, permite que este, fora do

progressão de regime ou que venham a regredir de regime, nas vezes em que cometem falta grave no regime aberto (NUNES, 2013, p. 168).

⁴ Conforme Guilherme de Souza Nucci, Casa de Albergado refere-se do estabelecimento destinado ao cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, bem como à pena restritiva de direito, consistente na limitação de fim de semana (art. 93, LEP). [...] trata-se de um estabelecimento adequado ao cumprimento da pena no mencionado regime aberto. Quando não há a Casa do Albergado, o sentenciado cumpre em regime albergue domiciliar (P. A. D.) (NUCCI, 2018).

estabelecimento e sem vigilância, trabalhe, frequente curso ou exerça outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga (GRECO, 2017, p. 639).

Sanches (2016) esclarece que com o efeito deste regime, o apenado deverá frequentar curso ou exercer algum outro mister autorizado, fora do estabelecimento penal e sem vigilância, sendo que o recolhimento do apenado durante o período noturno, dar-se-á, em regra, no estabelecimento denominado como Casa de Albergado, ou em outro estabelecimento adequado para essa finalidade.

3.3.4 Progressão de regime

Conforme Greco (2016), progressão de regime consiste num parâmetro do direito criminal voltado a propiciar um estímulo para que o apenado cumpra sua pena. Trata-se de uma combinação entre o tempo mínimo de cumprimento da pena (critério objetivo) com o mérito do apenado (critério subjetivo), e nesse sentido de estimular o cumprimento da pena, possibilitando ao apenado se inserir em regimes penitenciários menos rigorosos e ter um retorno ao convívio social.

Cleber Masson corrobora:

A progressão de regime prisional integra individualização da pena em sua fase executória, e destina-se ao cumprimento de sua finalidade de prevenção especial, mediante a busca da preparação do condenado para a sua reinserção na sociedade. Esse benefício depende de dois requisitos cumulativos, um objetivo e outro subjetivo, previstos no art. 112, caput, da Lei de Execução Penal (MASSON, 2017, p. 646).

Dentre os vários sistemas clássicos que disciplinam o instituto da progressão de regime, o ordenamento jurídico brasileiro, adotou o sistema progressivo ou inglês (art. 33, § 2º, Código Penal e art. 112, da Lei 7.210/84), aplicando algumas modificações, fixando o pressuposto normativo de que a execução na pena privativa de liberdade se dará de forma progressiva, possibilitando a transferência para um regime prisional menos intransigente (BRASIL, 1984).

Em relação a necessidade de realização do exame criminológico nos casos de progressão de regime, o Superior Tribunal de Justiça fixou o seguinte entendimento: “Súmula na 439. Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”.

3.3.5 Regressão

Tendo em vista que o sistema de progressão de regime fora adotado pela legislação penal como um parâmetro normativo preponderante na recuperação do apenado, enquanto instituto democrático plausível a consecução das finalidades da pena, não se pode olvidar de que a transferência de um condenado para outro regime menos severo pode ocasionar a não adaptação deste indivíduo no novo regime, resultando em severas consequências e prejuízos a defesa social e a finalidade da pena, sendo necessário a criação de um mecanismo que propiciasse uma mecânica inversa ao instituto da progressão (NUCCI, 2018).

Partindo desta premissa, a Lei de Execução Penal previu o instituto da regressão em seu art.118, como sendo a transferência de um regime prisional para outro mais rigoroso.

Bitencourt deslinda:

O condenado que cumpre pena em regime aberto pode ser transferido para regime semiaberto ou fechado e o que cumpre em regime semiaberto poderá ser transferido para o regime fechado. A regressão está prevista como obrigatória, para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o sentenciado pratica fato definido como crime doloso ou falta grave, ou sofre condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torna incabível o regime atual (art. 118 da LEP) (BITENCOURT, 2017, p. 645).

Como vimos, o arcabouço jurídico penal vigente em nosso país tem consigo um complexo normativo muito bem arquitetado, com colocações devidamente elaboradas pelo legislador e com finalidades que objetivam o bem comum no seio social, bem como para aqueles na qual tal normativa se encontra direcionada. Entretanto, resta claro que em teoria nosso ordenamento se mostra sublime, ao passo que sua aplicação na situação fática não condiz com as suas finalidades primordiais, ocasionando assim, conseqüentemente, a não realização das principais funções para as quais a execução penal fora destinada.

3.4 FUNÇÕES ASSISTENCIALISTAS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Nos termos estabelecidos pelo artigo 10 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, e tem como objetivo prevenir o crime e direcionar o retorno do apenado à convivência no complexo social,

estendendo-se ao egresso. Nesse sentido, vislumbra-se nesse dispositivo uma das perspectivas da função ressocializadora da pena.

Marcão esclarece acerca da assistência ao egresso, pontuando da seguinte maneira:

A assistência ao egresso consiste em orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade e na concessão, se necessária, de alojamento e alimentação em estabelecimento adequado, por dois meses, prorrogável por uma única vez mediante comprovação idônea de esforço na obtenção de emprego³. Valoriza-se o mérito do egresso na busca de meios para sua reinserção social (MARCÃO, 2016, p. 55).

Em sequência, o artigo 11 da Lei 7.210/84 elenca as formas de assistência que deverão, em tese, ser aplicadas conforme a previsão legal nos tramites da execução penal para com o apenado, quais sejam: assistência material; assistência à saúde; assistência jurídica; assistência educacional; assistência social e assistência religiosa.

3.4.1 Assistência material

Conforme prevê o artigo 12 da Lei de Execução Penal, a assistência material consubstancia-se no provimento da devida alimentação, vestuário e de um ambiente com estruturação higiênica ao apenado, portanto, configura-se um dever do Estado e um direito do apenado que deve ser garantido. Ainda nesse sentido o art.13 da supracitada lei dispõe “O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração”.

Nunes postula em relação a esta assistência:

Como o Estado, majoritariamente, não oferece essa assistência integral, é comum encontrar dentro dos presídios cantinas e mercearias administradas pelo próprio detento, como ocorre no âmbito do presídio professor Aníbal Bruno, em Recife. Nesse sentido, levando-se em conta que o Estado não oferece ao preso essa assistência material, a LEP autoriza que o particular possa exercer essa atividade, se bem que em alguns estabelecimentos prisionais está havendo um exagero que compromete a eficiência da administração carcerária (NUNES, 2013, p. 63).

3.4.2 Assistência à saúde

A Lei 7.210/84 estabelece em seu artigo 14, caput, as delimitações acerca da assistência à saúde ao apenado, fixando nas formas preventiva e curativa, com o

devido fornecimento de atendimento médico, odontológico e farmacêutico. No que concerne a figura da mulher apenada, o parágrafo terceiro do artigo supracitado determina a assistência ao pré-natal, e no pós-parto, e estendendo-se ao recém-nascido no caso da mulher parturiente. Insta salientar que tal dispositivo ainda prevê que quando o estabelecimento penal não comportar o devido aparelhamento para promoção da assistência médica necessária, tal assistência poderá ser efetuada e local diverso, por intermédio de autorização da direção da unidade penal, conforme aduz o parágrafo segundo do artigo 14 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984).

Avena conclui em relação a esta assistência:

Como todo o ser humano, o preso esta suscetível a doenças, risco esse que se eleva em razão das condições em que vive no ambiente prisional. Pode ocorrer que, ao ingressar no estabelecimento penitenciário, já esteja ele acometido de alguma patologia, ou então que venha a contraí-la durante a execução da pena. [...] por esse motivo, determina o art. 14 da LEP que sejam viabilizados aos presos e internados, tanto em caráter preventivo como curativo, o devido tratamento odontológico, médico e ambulatorial, bem como o fornecimento da medicação necessária. [...] evidentemente, se dentro do estabelecimento penitenciário não houver instalações adequadas para o tratamento médico, ambulatorial e hospitalar ao preso, deve este ser feito em outro lugar, bastando que o diretor do estabelecimento ou o juiz da execução penal assim autorize (art. 14, § 2º, da LEP). Essa solução, na prática, torna-se cotidiana, já que muitos estabelecimentos penais não dispõem de equipamentos e de pessoal adequados para os atendimentos médico, odontológico e farmacêutico (AVENA, 2017, p. 35).

3.4.3 Assistência jurídica

Assim como todo e qualquer outro sujeito de direitos, o apenado faz jus a todas as garantias processuais estabelecidas na normativa legal, tais como o contraditório, ampla defesa, devido processo legal, duplo grau de jurisdição, manifestação probatória, dentre outros. Nessa senda, a assistência jurídica desempenha um mister fundamental para que seja assegurado aos apenados todo este rol de preceitos normativos que emanam da incidência da execução penal, objetivando a efetividade destas garantias ao decorrer da execução (NUNES, 2013).

Desta forma, a assistência jurídica é dirigida ao apenado que não possui condições financeiras de arcar com custas advocatícias, ou seja, aos hipossuficientes. Assim, a Lei de Execução Penal em seu artigo 15, caput, estabelece que “A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado” (BRASIL, 1984).

Nunes coaduna pontuando no que diz respeito a realidade fática dos indivíduos que integram o sistema carcerário brasileiro frente a Execução Penal:

Já se viu que o perfil do homem e da mulher que ingressam pela primeira vez em nossas prisões, indica pessoa analfabeta, pobre, sem profissão definida, desempregada, entre 18 a 24 anos de idade e família desconstituída. São pessoas facilmente recrutadas pelo crime organizado, mormente pelo tráfico ilícito de entorpecentes, pois, sem alternativas sociais, enveredam pelo caminho da criminalidade, até que um dia são presos ou mortos pelos próprios traficantes. Bem por isso, a LEP estabeleceu como direito do preso e obrigação do Estado, a devida assistência jurídica, com o fim de assegurar o princípio constitucional da ampla defesa. Foi assim, pois, que a LEP consagrou aquele que não pode custear advogados – a grande maioria – uma assistência jurídica que deve ser prestada pelas defensorias públicas, em todos os graus de jurisdição (NUNES, 2013, p. 70).

No que concerne a assistência jurídica, integral e gratuita, conforme aduz o artigo 16 e parágrafos da Lei 7.210/84, esta é procedida dentro e fora dos estabelecimentos penais (BRASIL, 1984).

Ainda assim, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94), prevê em seu artigo 7º, inciso III, uma garantia de comunicação entre os advogados e seus clientes, ainda que este se encontre sobre restrição de liberdade, caracterizando uma das nuances da assistência jurídica. Nesse mesmo sentido, a Lei de Execução Penal, em seu artigo 41, inciso IX, dispõe acerca do direito do apenado em fruir da comunicação com seu advogado.

3.4.4 Assistência educacional

A assistência educacional consubstancia-se como um direito primordial do apenado, haja visto que tal a educação é um direito de todos e um dever do Estado por força do artigo 6º da Constituição Federal, e uma vez que o condenado se encontra cerceado no estabelecimento penal, sob a custódia do Estado, deve este prestar o encargo na qual lhe foi incumbido por lei, zelando pelo cumprimento das necessidades essenciais do detendo, promovendo o mínimo assistencialismo (NUNES, 2013).

Conforme o artigo 17 da Lei 7.210/84, a assistência educacional engloba a instrução escolar e a devida formação profissional do apenado. Pontua-se que, nos moldes da redação fixada pelo artigo 21 da Lei 7.210/84, cada estabelecimento penal deverá, em conformidade com suas condições, possuir um espaço para comportar uma biblioteca devidamente estruturada, para uso por todos os apenados, sem distinção (BRASIL, 1984).

Ainda nesse sentido, dispõe o artigo 20 da Lei 7.210/84 que “As atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados” (BRASIL, 1984).

Nucci esclarece que:

A ideia central é que o Poder Público ou entidades particulares possam instalar escolas ou oferecer cursos especializados no interior dos presídios, inclusive porque esta seria uma eficiente maneira de se atingir o condenado em regime fechado. Por isso, como já ressaltamos em nota anterior e ainda debateremos no capítulo da remição, o estudo bem dirigido e fiscalizado pode ser utilizado como mecanismo de diminuição gradual da pena (NUCCI, 2018, p. 47).

3.4.5 Assistência social

Objetivando cumprir as premissas de retribuição e prevenção emanadas pela teoria mista aderida pela normativa da Execução Penal, o artigo 22 da Lei 7.210/84, estabelece a assistência social, com a finalidade de resguardar o apenado e possibilitar o retorno deste a liberdade, atuando de modo a identificar em relação ao condenado os impasses existentes no processo de ressocialização, e apresentar possíveis soluções para sanar estas dificuldades, disponibilizando todo um acompanhamento ao apenado durante a superação destes estorvos (BRASIL, 1984).

3.4.6 Assistência religiosa

A Carta Magna de 1988 assegura a todos os indivíduos a inviolabilidade à liberdade de consciência e de crença, assegurando a todos o livre exercício de todo e qualquer culto religioso. Nesse sentido, como o apenado tem assegurado todos os direitos fundamentais, exceto o direito de ir e vir, e os demais que advêm com uma condenação criminal, o direito ao exercício da sua religiosidade, qualquer que seja ela, é de extrema necessidade ter-se a sua disposição, de modo a contribuir para a sua reinserção social (BRASIL, 1988).

Avena pontua:

A partir daí se depreende que cabe ao Estado estimular o segregado à prática da religião, tendo em vista seu conteúdo pedagógico e positivamente influente para frear impulsos ou tendências criminais, animando-o, no futuro, a conduzir-se de acordo com a lei. [...] percebe-se, entretanto, que os presos devem ter liberdade de culto, não podendo qualquer interno ser

obrigado a participar desta ou daquela atividade religiosa (AVENA, 2017, p. 42).

3.4.7 Assistência ao egresso

A Lei de Execução Penal buscou fixar a figura do egresso, e para a tanto estabeleceu em seu artigo 26, como sendo egresso o liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento, e liberado condicional, durante o período de prova (BRASIL, 1984).

Nessa senda, observa-se que o Estado mantém um vínculo com o apenado desde o início do cumprimento da pena, até um ano após a sua saída do estabelecimento penal. Ao manter tal liame, o Estado objetiva proporcionar ao apenado a devida orientação para obtenção da reinserção social delineada pela pena privativa de liberdade. O ex-detendo, necessita de apoio e assistência após cumprir a sanção a ele incumbida, e sendo o Estado o ente responsável pela imposição de tal sanção, cabe a ele a prestação desta assistência.

Conforme prevê o artigo 25 da Lei 7.210/84, a o liberado definitivo, e ao beneficiado com o livramento condicional, são devidas as orientações e apoio para reintegrá-los à vida em liberdade (inc. I), alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de dois meses (inc. II) (BRASIL, 1984).

Denota-se que, a assistência prestada pelo Estado, atua no sentido de auxiliar o apenado a aquisição de um novo trabalho, para que este possa vir a obter recursos que possam garantir manutenção e subsistência para si e para seus dependentes, reintegrando-se ao convívio social de forma plena e harmoniosa, e afastando-se do infortúnio da criminalidade propícios a reincidência.

4 CRISE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

A lei de Execuções Penais em seu artigo 1º estabelece que a execução penal tem como finalidade precípua, efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado (NUNES, 2013).

Em que pese na teoria o preso deve ser ressocializado, constituindo essa uma das funções mais primordiais da pena, entretanto, a realidade tem-se mostrado diversa da pretendida, na medida em que se tem enfrentado terríveis dificuldades para a correta efetivação (BITENCOURT, 2011).

As condições precárias e desumanas na qual os apenados são submetidos nos modelos prisionais brasileiros, a escassez de vagas que ocasiona a superlotação, o convívio com outros criminosos, a ociosidade, o despreparo dos agentes penitenciários, a insalubridade, dentre outras inúmeras mazelas próprias do sistema penitenciário brasileiro, nada têm contribuído para a reeducação do apenado, pelo contrário, só se afasta cada vez mais do ideal objetivado pela função ressocializadora da pena.

4.1 SISTEMA PRISIONAL

Uma vez emanada a sentença proferindo uma determinada sanção consubstanciada numa pena privativa de liberdade, o indivíduo ao qual esta decisão se direciona deve ser confinado em um estabelecimento penitenciário na qualidade de condenado. A partir deste momento partindo de uma análise estrita das funções da pena, forma-se um liame em relação reintegração social, sendo o objetivo fundamental, neste cenário, a ressocialização (AVENA, 2018).

A problemática da idealização da reintegração de prisioneiros em condições sociais adequadas ao convívio harmônico com os demais indivíduos da comunidade, supõe um obstáculo importante para enfrentar uma reforma na política penitenciária. Portanto, a opção mais viável que pode oferecer uma política penitenciária mais efetiva e, ao mesmo tempo, mais respeitosa dos direitos humanos estará em condições de aglutinar mais número de votos e maior apoio da comunidade e dos agentes sociais.

Durante os anos setenta, o ideal de reabilitação foi fortemente questionado nos sistemas prisionais de diversos países. Afirmou-se que os programas de reinserção não tinham operado devidamente sua finalidade, e que, em geral, seus objetivos não foram alcançados. Pelo contrário, disseram que só serviram para prolongar o período de confinamento e uso de tratamentos coercivos. Essas críticas recorrentes levaram à percepção de que a prisão estava em "crise", uma percepção que, posteriormente, justificou a prisão em um instrumento de incapacitação (BITENCOURT, 2011).

4.1.1 Superlotação

A superlotação é um dos impasses preponderantes na crise do sistema prisional brasileiro. Dados de 2016 do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), explanam o crescimento gradual da população carcerária no Brasil.

Em 2004⁵ o Brasil tinha 336 mil presos. Dez anos depois, esse número quase dobrou com 662 mil, sendo 584,7 mil em prisões estaduais, 37,4 mil carceragens de delegacias e 397 nas quatro prisões federais em funcionamento no país, sendo eu em junho de 2016⁶, conforme pesquisa realizada pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, este número subiu para 726 mil indivíduos privados de liberdade. Pode-se afirmar que a superlotação carcerária é o principal problema, dos quais derivam os demais problemas, quais sejam, rebeliões, proliferação de doenças, dentre outros.

Dessa superlotação surge a maioria das rebeliões, o que conseqüentemente acaba por refletir o despreparo das instituições carcerárias para receber tamanha demanda, muito maiores do que suportariam.

Greco ressalta que:

A superlotação carcerária é um mal que corrói o sistema penitenciário. O movimento de Lei e ordem, ou seja, adoção de um Direito Penal máximo, a cultura da prisão como resolução dos problemas sociais tem contribuído, enormemente, para este fenômeno. A inflação legislativa, fruto de um Direito Penal simbólico, permite que, fatos de pequena ou nenhuma importância sejam julgados pela Justiça Criminal, fazendo com que o sistema fique superlotado com pessoas que poderiam ser punidas pelos demais ramos do

⁵ Disponível em: <Relatórios Estatísticos Sintéticos do Sistema Prisional Brasileiro - 2000 a 2013. <http://www.justica.gov.br/seusdireitos/politica-penal/transparenciainstitucional/estatisticas-prisional/relatorios-estatisticos-sinteticos>. >. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

⁶ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016. Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016.

ordenamento jurídico, a exemplo do civil e do administrativo (GRECO, 2015, p.227).

Lamentavelmente, constata-se que as políticas públicas brasileiras não proporcionam a devida prioridade a discussão acerca do sistema prisional. Urge um reexame de modo de aplicação de penas em nosso país, tanto em virtude da crescente criminalidade, quanto em razão dos anseios de uma sociedade sedenta de justiça e incrédula na Administração Judiciária Criminal.

Greco retrata:

Essa indevida mistura de presos, independentemente do efeito nefasto que produz, pois aproxima criminosos experientes de delinquentes primários, gera, também, a superlotação carcerária. Numa cela, por exemplo, programada para receber 6 presos, não é incomum que passe a abrigar 3 ou 4 vezes a sua capacidade. Os presos são jogados em celas escuras, sem ventilação, misturados com detentos portadores do vírus HIV, tuberculosos, que possuem doenças de pele de fácil contágio etc. Na verdade, aquele ambiente insalubre é um terreno fértil para disseminação dessas doenças, pois os presos não recebem o devido tratamento médico. Exigir o cumprimento de pena em celas superlotadas faz com que a sua execução seja cruel, desumana (GRECO, 2015, p. 83).

Também há que se ter em mente determinada parcela de responsabilidade de membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, os quais insistem em prisões provisórias para resguardo da ordem pública ou tendo por único fundamento o tipo de crime praticado.

É importante refletirmos que garantir direito do preso é garantir o direito da sociedade em recebe-lo de volta, se não em melhores condições, ao menos não em piores do que as obtidas desde o doloroso ingresso no cárcere.

4.1.2 Violência

Tradicionalmente, a forma mais comum de violência nas prisões são as agressões entre indivíduos privados de liberdade. Entretanto, a partir dos anos 50, grande parte da investigação tem se focado nas condições de cárcere em que se encontra o apenado, e como tais circunstancias funcionam como um gatilho para a violência na prisão. Entre essas condições, deve-se mencionar o indivíduo cerceado no regime fechado, uma vez que as infrações disciplinares proporcionam maior insegurança criminal e ativação de mecanismos de autoproteção. Por sua vez, os grupos de indivíduos da prisão elevam os níveis de agressividade para o controle

interno e assumem uma atitude mais reativa antes desses fenômenos, para manutenção do controle interno.

Conforme Bitencourt (2011), o cotidiano dos apenados obedece a um conjunto de normas imposta pelo estabelecimento prisional, no entanto, estes não são os únicos reitores do comportamento nesse cenário. No meio desta interação tem-se uma cultura diferente da institucionalmente estabelecida, que permite o surgimento de um sistema próprio social, mais ou menos explícito, através do qual os reclusos, regulam suas relações sociais.

Nesse sentido, tem-se a violência no cárcere como uma grave violação aos Direitos Humanos e aos Direitos Fundamentais, na medida que ocasiona uma situação de interação, onde um ou vários atores agem direta ou indiretamente, massivamente ou dispersos, dirigindo seu ataque contra um ou vários interlocutores em diferentes graus, de modo a contristar sua integridade física ou moral. Dito isto, a violência mostra-se como um fator de forte atuação em contraponto a função ressocializadora da penal privativa e liberdade, impossibilitando um tratamento penal satisfatório, impossibilitando a reinserção do agente ao contexto social (BITENCOURT, 2011).

4.1.3 Estrutura prisional

Existem duas razões principais para proteger os direitos fundamentais nas prisões. A primeira, porque é a coisa certa para quem se preocupa com a justiça e o segundo, porque afeta diretamente a legitimidade e o funcionamento das instituições penitenciárias. A gestão das prisões está sujeita a um número de convenções e tratados internacionais destinados a satisfazer determinadas normas mínimo de proteção dos direitos fundamentais (GRECO, 2015).

Devemos lembrar que as instalações penitenciárias são serviços públicos, como escolas e hospitais e, portanto, devem ser destinados ao bem comum. As pessoas que são enviadas para prisão como punição para não os punir, isto é, a prisão é para privação de liberdade e não o abuso e maus-tratos de prisioneiros.

Bitencourt explica:

Na maior parte dos sistemas penitenciários podem ser encontradas as seguintes deficiências: 1º) Falta de orçamento. Infelizmente, nos orçamentos públicos, o financiamento do sistema penitenciário não é considerado necessidade prioritária, salvo quando acabam de ocorrer graves motins

carcerários. 2º) Pessoal técnico despreparado. Em muitos países a situação agrava porque o pessoal não tem garantia de emprego ou não tem uma carreira organizada, predominando a improvisação e o empirismo. Nessas condições é impossível desenvolver um bom relacionamento com os internos. 3º) Nas prisões predomina a ociosidade e não há um programa de tratamento que permita pensar na possibilidade de o interno ser efetivamente ressocializado. [...] a superpopulação das prisões, a alimentação deficiente, o mau estado das instalações, pessoal técnico despreparado, falta de orçamento, todos esses fatores convertem a prisão em um castigo desumano (BITENCOURT, 2011, p. 230).

Ante exposto, resta claro que todos os dilemas inerentes ao sistema prisional, traduzem-se em outros impasses de forma desencadeada, os eventos violentos são uma consequência dos recursos limitados que são investidos no penitenciárias e abandono do Estado, fenômenos que se expressam na deficiência de estruturas físicas, superlotação, falta de agentes devidamente preparados bem como de uma equipe psicossocial, dentre outro, ocasiona, conseqüentemente, a degradação contínua de condições de vida no ambiente do cárcere.

4.1.4 Reincidência como consequência da crise no sistema prisional

Na incessante busca para promover soluções viáveis com a finalidade de amenizar a atual situação deplorável em que se encontra o sistema prisional brasileiro, Greco (2015) entende que a resposta para tais entraves, não se resume em apenas melhorar a qualidade de vida dos presos, mas que fundamentalmente se coloque imediatamente em prática determinados programas sociais voltados para a prevenção da prática de crimes, bem como que garantir que estes programas auxiliem no processo de ressocialização do egresso.

A reincidência penitenciária não tem uma definição metodológica clara, apenas identifica os casos de permanência anterior na prisão, sendo abrangente assim como a natural ou genérica, mas não tem relação com a reincidência técnico jurídica.

A dificuldade não se resume em delimitar qual conceito de reincidência servirá para determinar o índice mais adequados, mas, também, na falta de dados confiáveis a partir dos registros penitenciários.

A reincidência do ponto de vista legal considera o que dispõe os artigos 63 e 64 do Decreto-Lei 2.848/1940, a verificada quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País, ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior, considerando que não prevalece a condenação

anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação, e não se considerando os crimes militares próprios e políticos (BRASIL, 1940).

A prática de nova infração penal caracterizada como reincidência revela o fracasso da finalidade retributiva da pena, pois o castigo não atemorizou o agente ao ponto de descumprir novamente a lei penal, nesse sentido dispõe Masson (2009, p. 559): “A pena mostrou-se insuficiente, justificando uma nova punição, agora mais grave.”

Denota falha na prevenção especial, pois não houve ressocialização satisfatória do apenado, assim, segundo Masson (2009, p. 600): “É o fracasso do Estado no cumprimento de uma finalidade que lhe foi constitucional e legalmente atribuída, mas que, por motivos diversos e de conhecimento notório, não é desempenhada a contento.”

Nesse sentido, tendo a pena privativa de liberdade como função primordial a ressocialização do apenado, faz-se necessário que o estado execute políticas públicas plausíveis com a atual conjuntura do sistema prisional, de modo a tornar propícia a readequação do indivíduo transgressor, haja visto que nas condições exercidas hodiernamente, o apenado tende a reincidir em condutas delituosas e com a tendência de retornar ao cárcere e se submeter novamente ao mesmo sistema falho, que em teses, o tornou apto ao convívio social novamente.

Diante do emaranhado em que se encontra o sistema prisional, restam sérias dúvidas quanto ao papel da reabilitação nas prisões. O fato de que a maioria dos prisioneiros retornam ao cárcere, é considerada por seus críticos como um indicador de "falha" das estratégias de reabilitação propostas pela Legislação Penal, embora seja verdade que, em muitos casos, as prisões não emanam reinserção, mas reincidência, devemos também ter em mente que em determinados casos, se o cárcere consegue ser um lugar que o indivíduo não quer voltar, atenta-se que isso implica a mudança para a vontade de não cometer outros crimes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão da necessidade de que o instituto da pena privativa de liberdade tenha enfoque não somente em face ao aspecto estatal (como instrumento de manutenção da ordem jurídica), mas também pelo aspecto pessoal (de quem a suporta), urge que o legislador e o aplicador do Direito voltem seus olhos críticos e sensíveis ao apenado.

Por outro lado, há de convir que um infrator que seja adequadamente punido terá provavelmente seu lado delinquente arrefecido. Insta salientar que uma pena desumana não castiga somente aquele que a sofre, mas toda a sociedade de forma reflexa, que gerará mais seres humanos repletos de ódio e capazes de exercitar a mesma crueldade no cotidiano social quando houver cumprido sua pena.

É evidente que a superlotação, de fato, resulta da ineficiência do Estado, ocasiona uma série de problemas e piora as condições dos estabelecimentos prisionais, porquanto não há políticas públicas de fomento à educação, profissionalização e incentivo ao trabalho e, quanto ao sistema, inexistem planejamento e execução de obras para a construção de mais unidades prisionais e de reforma e modernização das existentes.

A Lei de Execução Penal prevê o cumprimento da pena privativa de liberdade sob os regimes fechado, semiaberto e aberto, progressivamente, e os estabelecimentos necessários, porém não há vagas para o fechado nas penitenciárias, poucos estabelecimentos destinados aos semiaberto e para o aberto sequer existem, não dando outra alternativa ao Juízo da Execução, às vezes com anuência, outras não, do Ministério Público, senão autorizar o malfadado regime domiciliar.

Os Órgãos competentes para a execução das penas e fiscalização dos estabelecimentos prisionais delineados na Lei de Execução Penal, até a presente data não se completaram, de fato os mais atuantes e presentes na execução são o Juízo da Execução, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Conselho Penitenciário, dos outros alguns sequer existem.

Noutro lado, o indivíduo que ingressa no sistema prisional piora, pois, o Estado não atuando na reeducação dos segregados, estes, naturalmente, formam grupos e se organizam para ditarem as regras dentro do estabelecimento.

A sociedade, por sua vez, não vê com bons olhos qualquer aplicação de recursos que melhore a vida de condenados na prisão, pois o Estado não falha somente com os condenados, não é eficiente, também, com o atendimento das necessidades básicas da sociedade, saúde, segurança, educação, por exemplo. A implementação eficiente e necessária da assistência ao preso passa ao largo dos interesses dos governantes por motivo que não se vislumbra melhores condições para os indivíduos que encontram recolhidos e longe do convívio social, em cumprimento da sanção penal estabelecida.

As assistências são insuficientes, tanto durante a reclusão quanto após a liberação do condenado ao convívio social, no caso do auxílio ao egresso, por exemplo. O grande número de condenados com baixo nível de escolaridade impõe, para atender as necessidades educacionais, que a penitenciárias fossem dotadas de um complexo educacional de grande porte, sendo impossível a utilização da rede pública para tanto, pois, além da questão da segurança, o Estado não consegue atender aos cidadãos.

Estabelecimentos insuficientes, precários, até impróprios, somados a órgãos incompletos, dificultam a correta aplicação da Lei de Execução Penal, tornam a pena um castigo, comprometendo a sua função social, o seu caráter ressocializador.

Assim, a remodelação do sistema prisional deverá adequar-se ao processo contínuo das constantes mudanças sociais, políticas, econômicas e administrativas. Portanto, o desenvolvimento e manutenção de instituições penais menos nocivas constitui também um processo em desenvolvimento contínuo. A experiência e a história mostraram que os esforços para reformar as prisões podem realmente valer a pena, para tal necessita-se da união do Poder Público juntamente com a comunidade social de modo gerindo esforços para defender os direitos humanos, e alcançar uma comunidade segura para consecução e promoção da justiça social.

Conclui-se, deste modo, que necessitamos de uma reforma mais que urgente em nosso sistema carcerário, visando o bem-estar da coletividade como um todo e, sem nunca esquecer que as pessoas que lá estão, independentemente da barbárie que cometeram, sentem e sofrem como nós.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damasceno. **A Realidade atual do Sistema Penitenciário Brasileiro**. Artigo Publicado na Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 74-78, out/dez. 2007. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3481/A-realidade-atual-do-sistema-penitenciario-brasileiro>>. Acesso em: 18 de setembro de 2018.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal: esquematizado**. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 2ª ed. – São Paulo: Martin Claret, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1** – 23. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral** – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11, jul., 1984. [online]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 19 out. 2018.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte geral**. 7.ed. corrigida, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2003.v.3.

DIAS, Fábio Coelho. **O sistema penal e o processo de ressocialização brasileiro**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8456>. Acesso em: 19 de setembro de 2018.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral (arts. 1o a 120)**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativa a Prisão**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 5a. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 2. ed. São Paulo: Impetus, 2015.

INFOPEN, Atualização. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Junho de 2016, Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral**. — 34. ed. — São Paulo: Saraiva, 2013.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 14. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis n. 13.105/2015, 13.163/2015, 13.167/2015 e 13.190/2015 e a Súmula Vinculante 56 - São Paulo: Saraiva, 2016.

MASSON, Cleber. **Direito pena esquematizado: parte geral – vol. 1**. 11ª ed. rev .atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MEDEIROS, Andrezza Alves. **Sistema Prisional Brasileiro: crises e implicações na pessoa do condenado**. 1ª. Ed. – São Paulo: Letras Jurídicas, 2017.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 33. ed. vol 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 12, ed. rev., atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 53.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal**. 3. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Direito penal: Parte Geral**. – 2. ed. – Barueri, SP: Manole, 2015.

PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. 1. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Direito de Execução Penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

RAMOS, Enzo de Miranda. **Tarefa difícil: Ressocializar e Reeducação um detento.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53503&seo=1>>. Acesso em: 20 setembro 2018.

SÁ, Alvinho Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal: Proposta de um Modelo e Terceira geração.** 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

SANCHES, Rogério. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120).** 4. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: Juspodivm, 2016.

SCARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade humana, ressociação e a superlotação carcerária no Brasil.** Consultor Jurídico, Rio Grande do Sul, mar 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017mar10/direitosfundamentaisdignidadehumanaressociazacao-superlotacao-carceraria#top>>. Acesso em: 18 de setembro de 2018.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; Júnior, Alceu Corrêa. **Teoria da pena.** São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. **Curso de direito penal: parte geral, arts. 1º a 120.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TRINDADE, Lourival Almeida. **Ressociação: Uma disfunção da pena de Prisão.** 1. Ed. Brasil: Safe, 2003.