



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU**

**DIREITO PÚBLICO**

**ARTHUR CARVALHO BRITO DE ALMEIDA**

**O RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO  
INSTRUMENTO PARA UMA EFETIVA RESSOCIALIZAÇÃO  
DO PRESO**

Salvador  
2017

**ARTHUR CARVALHO BRITO DE ALMEIDA**

**O RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO  
INSTRUMENTO PARA UMA EFETIVA RESSOCIALIZAÇÃO  
DO PRESO**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana  
de Direito, como requisito parcial para obtenção  
do grau de especialista em Direito Público.

Salvador  
2017

## TERMO DE APROVAÇÃO

**ARTHUR CARVALHO BRITO DE ALMEIDA**

### **O RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO INSTRUMENTO PARA UMA EFETIVA RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de especialista em  
Direito Público, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/2017

Dedico este trabalho a todos que acreditaram em mim ao longo desta trajetória.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais e meus irmãos por todo amor, compreensão e por estarem sempre presentes nos momentos de dificuldade.

A Jana, pelo companheirismo, carinho, amor, dedicação e atenção. Obrigado por me incentivar a todo momento.

A todos os meus amigos que sempre me apoiaram.

Aos professores da pós-graduação em direito público da Faculdade Baiana de Direito, obrigado por todos ensinamentos.

A toda minha família, vocês são a base de tudo.

“É preciso que os homens bons  
respeitem as leis más, para que os  
homens maus respeitem as leis  
boas”.

-Sócrates

## RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade analisar o respeito aos direitos fundamentais do preso como instrumento para uma efetiva ressocialização do condenado assim como estudar o cenário atual dos estabelecimentos prisionais e a razão da dificuldade para alcançar tal fim. Para tanto, é necessário que primeiramente se faça uma abordagem a respeito dos direitos fundamentais, seu conceito, fundamentos, características e eficácia. Posteriormente, será analisada a finalidade da pena para o Estado, passando por todo caminho histórico por ela percorrida até chegar na concepção de finalidade que se utilizada nos dias de hoje. Logo depois, se analisará a pena privativa de liberdade, o que hoje é o tipo de cumprimento de pena mais utilizado e importante do direito brasileiro, abordando toda a sua evolução sistêmica até o sistema atual de cumprimento de pena privativa de liberdade, que tem como objetivo a ressocialização do condenado. É abordado ainda toda a importância dos estabelecimentos penais para que essa ressocialização aconteça de forma efetiva e permanente, analisando não só os métodos utilizados dentro de cada estabelecimento penitenciário como também a influência de sua estrutura para alcançar a ressocialização. Por fim, será estudado, através de dados oficiais, o atual cenário dos estabelecimentos penais e as violações ocorridas dos direitos fundamentais do preso e sua dignidade, assim como o impacto causado a estes indivíduos.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais; Dignidade da Pessoa Humana; Finalidade da Pena; Pena privativa de liberdade; Estabelecimento Penal; Ressocialização; Violação aos Direitos Fundamentais.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

LEP	Lei de Execução Penal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
Art.	Artigo
CP	Código Penal
CF	Constituição Federal
ONU	Organização das Nações Unidas
CPP	Código de Processo Penal



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	10
<b>2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	13
2.1 CONCEITO	13
2.2 FUNDAMENTOS FILOSÓFICO-JURÍDICOS	15
<b>2.2.1 Dignidade da Pessoa Humana</b>	15
<b>2.2.2 Estado de Direito</b>	16
2.3 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	16
<b>2.3.1 Direitos de Primeira Dimensão</b>	17
<b>2.3.2 Direitos de Segunda Dimensão</b>	17
<b>2.3.3 Direitos de Terceira Dimensão</b>	18
2.4 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	19
<b>2.4.1 Universalidade</b>	20
<b>2.4.2 Historicidade</b>	20
<b>2.4.3 Indivisibilidade</b>	21
<b>2.4.4 Inalienabilidade</b>	22
<b>2.4.5 Imprescritibilidade</b>	22
<b>2.4.6 Irrenunciabilidade</b>	23
<b>2.4.7 Relatividade ou Limitabilidade</b>	23
<b>2.4.8 Concorrência</b>	24
<b>2.4.9 Proibição do Retrocesso</b>	25
2.5 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	26
<b>3 DA PENA</b>	28
3.1 FINALIDADE DA PENA	29
3.2 TEORIA DA PENA	30
<b>3.2.1 Teoria Retributiva ou Absoluta</b>	31
3.2.1.1 A Posição de Kant: Retribuição Moral	33
3.2.1.2 A Concepção de Hegel: Retribuição Jurídica	34
<b>3.2.2 Teoria Relativa</b>	35
<b>3.2.3 Teoria Mista</b>	39
3.2.3.1 Teoria Dialética Unificadora	41
<b>4 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE</b>	43

4.1 FINALIDADE	44
4.2 SISTEMA PRISIONAL	45
<b>4.2.1 Sistema Filadelfico</b>	46
<b>4.2.2 Sistema Auburniano</b>	47
<b>4.2.3 Sistemas Progressivos</b>	48
4.3 RECLUSÃO E DETENÇÃO	49
4.4 REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA	50
<b>4.4.1 Fechado</b>	51
<b>4.4.2 Semiaberto</b>	53
<b>4.4.3 Aberto</b>	54
4.5 FINALIDADE RESSOCIALIZADORA DA PENA	55
<b>4.5.1 Trabalho Penitenciário</b>	56
<b>4.5.2 Tratamento e Assistência ao Preso</b>	59
4.6 ESTABELECIMENTOS PENAIIS	62
<b>4.6.1 Penitenciária</b>	65
<b>4.6.2 Colônia Agrícola, Industrial ou Similar</b>	68
<b>4.6.3 Casa do Albergado</b>	69
<b>5 O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA</b>	71
5.1 ESTRUTURA DOS ESTABELECIMENTOS PENAIIS	71
5.2 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581/RS	73
5.3 A VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	74
5.4 A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	76
<b>5.4.1 Individualização da Pena</b>	77
<b>5.4.2 Assistência Material, Assistência à Saúde e Assistência à Educação</b>	77
<b>5.4.3 Integridade Física do Preso</b>	78
<b>6 CONCLUSÃO</b>	80
<b>REFERÊNCIAS</b>	83

## 1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objetivo analisar como o respeito aos direitos fundamentais e a dignidade do preso podem servir como instrumento para o alcance da ressocialização destes.

Como se sabe, o problema da criminalidade no país é um problema crônico, e vem crescendo de maneira assustadora. Sair à rua virou motivo de temor entre os cidadãos e o poder público se encontra cada vez mais perdido no combate à criminalidade.

Buscam-se novos meios de combate à criminalidade pois os meios atuais de combate à criminalidade parecem não surtir efeito, a medida que, diariamente, os índices de violência só pioram.

É necessário que se faça uma análise profunda dos motivos que se escondem por trás desse fracasso, principalmente do sistema prisional brasileiro. Será que os meios adotados para o combate à prática de crimes são realmente deficitários, ou o poder público, juntamente com o apoio da sociedade não o exercem de forma correta ou não fazem questão de exercê-los desta forma?

Diariamente diversos direitos fundamentais são violados, tanto pelo poder público quanto nas relações privadas, entre particulares. Se isso ocorre com tanta frequência, no sistema penitenciário o desrespeito a esses direitos já virou regra.

Em uma sociedade onde a pena tem o objetivo de ressocializar o indivíduo preso para posterior ingresso na sociedade, o desrespeito aos direitos fundamentais desses indivíduos é a sentença de morte deste sistema. É inimaginável que um indivíduo, após ser preso e ter grande parte de seus direitos fundamentais esquecidos, consiga voltar a conviver em sociedade de maneira correta e pacífica.

Entretanto, a culpa não recai apenas no governo e autoridades competentes. Nos raríssimos casos em que um indivíduo tem, de fato, todas as etapas de sua ressocialização alcançada, ao voltar à sociedade, encontra diversos obstáculos a serem superados para retomar a sua vida, em liberdade, de maneira digna. A dificuldade de encontrar oportunidade de trabalho e o preconceito sofrido, muitas vezes o forçam a voltar a delinquir para que ele e sua família consigam sobreviver.

Outrossim, não se deve também eximir o indivíduo de sua culpa, muito pelo contrário, ele possui a maior parte da culpa. Todo indivíduo é livre para fazer suas próprias escolhas e deve arcar com as consequências dessas. Portanto, no momento em que um indivíduo resolve alterar o estado pacífico de uma sociedade, através de um fato repudiado por ela através da tipificação pelo direito penal, que tem como objetivo proteger os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, surge para o Estado o direito de punir.

É nesse contexto que o presente trabalho começa estudando os direitos fundamentais, suas características, conceitos e fundamentos. São direitos inerentes a todos os indivíduos, sem os quais não há em que se falar de dignidade da pessoa humana.

Posteriormente, a presente monografia abordará não só a finalidade atual da pena e suas características, mas também irá analisar todo o caminho histórico e as teorias que surgiram a respeito da sua finalidade, desde as penas corporais, embasadas na finalidade de mera retribuição do mal causado, até os dias atuais, onde não há mais espaço para determinadas barbáries e a pena além de punir o indivíduo pelo delito praticado buscar prevenir o cometimento de novos delitos.

O quarto capítulo por sua vez irá abordar especificamente a pena privativa de liberdade, uma vez que é nesse tipo de pena que se trabalha fortemente com a ressocialização do indivíduo. Entretanto, até chegar a ideia de pena privativa de liberdade que se tem hoje, muitos sistemas foram testados e conseqüentemente reprovados, devido ao fato de não proporcionar a ressocialização do preso.

Como é sabido, a pena privativa de liberdade é a sanção mais gravosa no direito penal brasileiro, porém a sua aplicação vem sendo banalizada indevidamente, uma vez que como o direito penal é a última ratio, a pena privativa de liberdade deveria seguir o mesmo entendimento.

Será verificado ao longo deste trabalho a importância dos estabelecimentos prisionais para uma efetiva ressocialização do indivíduo, como uma estrutura adequada desses estabelecimentos auxiliam na efetivação dos direitos fundamentais do preso e conseqüentemente na sua ressocialização.

Por fim, no último capítulo, serão analisados diversos números e estatísticas a respeito da violação dos direitos fundamentais e da dignidade do preso. Esses

dados expõem, com clareza, a falência do sistema prisional atual e as condições que a maiorias dos presos vivem hoje em dia.

Desta forma, o objetivo final do presente trabalho é mostrar que o sistema prisional brasileiro está falido, que é de extrema urgência uma reforma do sistema prisional brasileiro, tanto em estrutura como em política prisional, pois, caso tenhamos estabelecimentos adequados, aliado com o devido respeito ao que prevê a Constituição Federal brasileira, especialmente em seu artigo 5, é possível alcançar uma efetiva ressocialização do apenado e conseqüentemente a diminuição da criminalidade.

## 2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 tratou dos direitos e garantias fundamentais em diversos capítulos. Esses direitos foram organizados em direitos e garantias individuais (Capítulo I), direitos sociais (Capítulo II), direitos de nacionalidade (Capítulo III), direitos políticos (Capítulo IV) e direitos que se referem à participação em partidos políticos, bem como a sua existência e organização (Capítulo V).

Alexandre de Moraes<sup>1</sup> faz um breve relato acerca dessa divisão trazida pela Constituição de 1988:

Direitos individuais e coletivos – correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo: vida, dignidade, honra, liberdade. Basicamente, a Constituição de 1988 os prevê no art. 5º [...];

Direitos sociais – caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art. 1º, IV. A Constituição Federal consagra os direitos sociais a partir do art. 6º;

Direitos de nacionalidade – nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos;

Direitos políticos – conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no *status activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania. Tais normas constituem um desdobramento do princípio democrático inscrito no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal [...]. A Constituição regulamenta os direitos políticos no art. 14;

Direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos – a Constituição Federal regulamentou os partidos políticos como instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado Democrático de Direito, assegurando-lhes autonomia e plena liberdade de atuação, para concretizar o sistema representativo.

### 2.1 CONCEITO

---

<sup>1</sup> MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 60.

Primeiramente, antes de conceituar o que seria direitos fundamentais, é imprescindível uma definição terminológica adequada, já que na doutrina encontram-se diversos termos distintos. Alguns autores utilizam nomes como “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais”, “liberdades públicas”, “direitos dos cidadãos”, “direitos da pessoa humana”, “direitos do Homem”, entre outros. Porém, é preciso sedimentar uma terminologia adequada por se tratar de uma questão essencial.<sup>2</sup>

No direito interno, considera-se que a nomenclatura mais adequada seria “direitos fundamentais”, isso porque a constituição federal, em seu Título II, utiliza-se dessa terminologia. As outras nomenclaturas são inadequadas por diversos motivos<sup>3</sup>.

O termo “liberdades pública” é um termo um quanto tanto restrito, uma vez que se refere apenas aos direitos de primeira geração, enquanto que os termos “direitos do homem” e “direitos da pessoa humana” são excessivamente genéricos e indefinidos. Por sua vez, “direitos humanos” adequa-se mais ao âmbito internacional.

Pode-se definir, portanto, que direitos humanos são atribuídos à humanidade em geral através de tratados internacionais. Já os direitos fundamentais são aqueles que se encontram positivados em um determinado ordenamento jurídico, como por exemplo a Constituição Federal de 1988. Inclusive, esta é a ideia que se extrai da Constituição Brasileira quando esta, ao tratar de assuntos internos, se refere a “direitos e garantias fundamentais”, ao passo que, ao tratar sobre tratados internacionais, se refere a “direitos humanos”.

Desta forma, ao se definir a terminologia adequada, pode-se definir direitos fundamentais. Nas palavras de Dirley da Cunha Jr<sup>4</sup>:

(...) os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontram reconhecidas no texto da constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas equiparadas, pela própria constituição, aos direitos que está formalmente reconhece, embora dela não façam parte.

Já, segundo George Marmelstein<sup>5</sup>, os direitos fundamentais seriam normas jurídicas ligadas tanto à ideia de dignidade da pessoa humana quanto a ideia de limitação do

---

<sup>2</sup> Cf. TAVARES, Andre Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>3</sup> CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9 Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 448

<sup>4</sup> CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9 Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 454.

poder, positivadas na Constituição de determinado Estado Democrático de Direito e que, devido a sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

## 2.2 FUNDAMENTOS FILOSÓFICO-JURÍDICOS

Para o estudo dos direitos fundamentais, faz-se imprescindível abordar quais os seus fundamentos, quais princípios jurídicos básicos que justificam os direitos fundamentais. Nesta linha, podemos citar dois princípios basilares dos direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana e o estado de direito.

### 2.2.1 Dignidade da Pessoa Humana

Por ser um princípio aberto, torna-se difícil de se conceituar. A grosso modo, pode-se dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana reconhece a todos seres humanos, pelo simples fato de serem humanos, direitos básicos, um mínimo de direitos que todos os indivíduos devem possuir para uma vida digna. Contudo, o professor Ingo Sarlet conceitua com maestria, afirmando que dignidade da pessoa humana é:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existências mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>6</sup>

Embora não seja unanimidade, a doutrina majoritária defende que os direitos fundamentais nascem da dignidade da pessoa humana. Essa é a posição da maioria da doutrina brasileira, é o caso de Ingo Wolfgang Sarlet, Dirley da Cunha Jr<sup>7</sup>, entre outros).

---

<sup>5</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5 Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 17.

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

<sup>7</sup> CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2015.



### 2.2.2 Estado de Direito

Em síntese, Estado de Direito pode ser entendido como limitação aos poderes do estado, em oposição ao Estado Absoluto, onde os poderes do Estado eram ilimitados.

De acordo com José Afonso da Silva: “A concepção liberal do Estado de Direito servira de apoio aos direitos do homem, convertendo súditos em cidadãos livres”.<sup>8</sup>

Ainda, segundo José Afonso da Silva, o conceito clássico de Estado de Direito possui três características: submissão (dos governantes e dos cidadãos) ao império da lei (o que hoje em dia se fala em submissão à Constituição); separação de poderes e garantia dos direitos fundamentais.<sup>9</sup>

## 2.3 DIMENSOES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tradicionalmente, os direitos fundamentais são divididos em dimensões, o que busca transmitir uma ideia de que eles não surgiram ao mesmo tempo e que, apesar do surgimento em diferentes “épocas”, os “novos” direitos não substituíram os antigos, mas se incorporaram. Eles foram frutos de uma evolução social, de conquistas progressivas da humanidade.

Há aqueles que pensam que os direitos fundamentais são valores imutáveis e eternos. Entretanto, na verdade, esses valores são bastante dinâmicos, já que acompanham a evolução da própria sociedade. Logo, é natural que o conteúdo ético dos direitos fundamentais sofra alterações com o passar do tempo.<sup>10</sup>

A doutrina majoritária reconhece a existência de 3 dimensões de direitos.

### 2.3.1 Direitos de Primeira Dimensão

---

<sup>8</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 113.

<sup>9</sup> **Op. Cit.**, p. 113.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8 Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão remetem historicamente a transição de um Estado autoritário para um Estado de direito, onde ocorre uma limitação do poder estatal, conferindo maior liberdade aos cidadãos.

Desta forma, os direitos fundamentais de primeira dimensão são direitos que buscam restringir a ação do Estado sobre o indivíduo, impedindo que este interfira de forma abusiva na vida privada dos indivíduos.

São também chamados de liberdades negativas, pois traduzem a liberdade de não sofrer interferência abusiva por parte do Estado. Já para o Estado, os direitos fundamentais de primeira dimensão atuam como uma obrigação de não fazer, de não intervir abusivamente na esfera privada.

Para Bernardo Gonçalves Fernandes, os direitos de primeira dimensão também seriam chamados de direitos de liberdade, seriam os direitos civis e políticos que inaugurariam o constitucionalismo no ocidente.<sup>11</sup>

Logo, a primeira dimensão é a dimensão dos direitos civis e políticos, que se fundamentam na ideia de liberdade, que teve origem com as revoluções burguesas, na França.

### **2.3.2 Direitos de Segunda Dimensão**

Em virtude do fracasso do Estado liberal, que não teve êxito em concretizar as conquistas da liberdade e, sobretudo, da igualdade, surge o Estado social e os direitos de segunda dimensão, que se caracterizam por outorgarem ao indivíduo direitos e prestações sociais estatais, como saúde, educação trabalho assistência social, entre outras.<sup>12</sup>

Neste momento, o ideal de abstenção total do Estado, defendido pelo Estado Liberal, não atendida às reivindicações que estavam sendo postas à época, uma vez que a liberdade em excesso trazia consigo uma inexistência de justiça social. Diante

---

<sup>11</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 315

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang apud CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9 Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 490.

desse quadro, além da liberdade em sentido amplo, buscou-se a liberdade real e igual, a qual deveria ser proporcionada por um Estado ativo e corretivo para todos os cidadãos.<sup>13</sup>

O estado passa então do isolamento e da não intervenção para uma situação completamente oposta. O que essa categoria de novos direitos tem em mira é, analisando-se mais detidamente a realização do próprio princípio da igualdade. De nada adianta as clássicas liberdades se o cidadão não dispõe de condições materialmente necessárias para usufruir delas. É nesse sentido que se afirma que tal categoria de direitos serve como um meio para o pleno exercício de todos os direitos e liberdades.<sup>14</sup>

Logo, diferentemente dos direitos de primeira dimensão, o que caracteriza os direitos de segunda dimensão é sua prestação positiva. Logo, esses direitos exigem uma intervenção do estado para a sua concretização.

Esses direitos se baseiam na igualdade. Seriam os direitos econômicos, sociais e culturais decorrentes da revolução industrial e suas consequências.

### **2.3.3 Direitos de Terceira Dimensão**

Os direitos de terceira dimensão são direitos que transcendem a orbita do indivíduo para alcançar a coletividade. São direitos transindividuais ou supraindividuais. Há aqui uma mudança de enfoque. Enquanto os direitos de primeira e segunda dimensões buscam proteger o indivíduo, os direitos de terceira dimensão busca a proteção de grupos humanos.

Os direitos de terceira dimensão se baseiam na solidariedade, na fraternidade. São direitos difusos e coletivos, como por exemplo direito do consumidor, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito ao desenvolvimento.

Segundo Dirley, os direitos de terceira dimensão são direitos de solidariedade pois, por serem difusos, têm como consequência a aderência dos indivíduos em prol de

---

<sup>13</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 137

<sup>14</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 503

um interesse comum a todos eles. Esse interesse comum diz respeito à noção de um grupo como titulares de direito e também em relação a sua efetivação, uma vez que, por se tratar de uma coletividade, existe a necessidade de uma atuação conjunta para que esse direito seja garantido.<sup>15</sup>

Dito isso, fica claro que para a efetivação dos direitos fundamentais de terceira dimensão, não é suficiente apenas a atuação do Estado, mas sim de toda a coletividade.

O STF<sup>16</sup> resumiu bem o entendimento da Corte a respeito dos direitos fundamentais:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Parte da doutrina ainda considera a existência de direitos de uma quarta e uma quinta dimensão. Apenas a título de curiosidade, uma vez que estas dimensões ainda não se encontram consolidadas no ordenamento jurídico pois não há consenso doutrinário, os direitos de quarta dimensão, para Paulo Bonavides incluiriam os direitos relacionados à globalização, como por exemplo direito à democracia e ao pluralismo. Já os direitos de quinta dimensão seria representado pelo direito à paz.<sup>17</sup>

## 2.4 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tratar sobre as características dos direitos fundamentais é de extrema necessidade para que se possa analisar sua efetividade e seu impacto no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>15</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 454

<sup>16</sup> MS n 22.164- SP, Pleno, Relator Min. Celso de Mello. DJ 17.11.95

<sup>17</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

Não há consenso na doutrina quanto a um rol determinado de características dos direitos fundamentais. Entretanto, os direitos fundamentais possuem diversas características em comum que os distinguem das outras categorias. A doutrina majoritária aponta as seguintes características para os direitos fundamentais:

#### 2.4.1 Universalidade

Os direitos fundamentais são comuns a todos os indivíduos, respeitando sempre as particularidades. Há um núcleo mínimo que é titularizado por todos, como por exemplo o direito à vida.

Contudo, alguns direitos fundamentais são outorgados a grupos específicos. Segundo Gilmar Ferreira Mende, não seria errado afirmar que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e que o simples fato de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade de tantos desses direitos. Porém, alguns direitos fundamentais não se aplicam a toda e qualquer pessoa. No rol de direitos fundamentais, há direito de todos os homens, como o direito à vida, mas há também posições que não se aplicam a todos os indivíduos, referindo-se apenas a alguns, como aos trabalhadores.<sup>18</sup>

#### 2.4.2 Historicidade

Como dito anteriormente, os direitos fundamentais não resultam de um acontecimento histórico determinado, mas sim de um processo de lutas e conquistas progressivas. Por este motivo, os direitos fundamentais são mutáveis e sujeitos à ampliação, o que se explica pelas suas diversas dimensões já abordadas.

Como afirma Norberto Bobbio<sup>19</sup>:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o

---

<sup>18</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.240.

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, pp. 5-19. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

Ao passo que o ser humano evolui, as relações se transformam e se tornam mais complexas. Surge então a necessidade de aprofundamento dos direitos fundamentais, e o Estado, como instrumento dessa satisfação, deve se adequar às novas exigências que surgirem.<sup>20</sup>

A importância da aplicação deste princípio, em termos práticos, é descrita por Gilmar Mendes, quando o mesmo afirma:

A ilustração de interesse prático acerca do aspecto da historicidade dos direitos fundamentais é dada pela evolução que se observa no direito a não receber pena de caráter perpétuo. Tanto a Constituição atual quanto a anterior estabeleceu vedação à pena de caráter perpétuo. Esse direito, que antes de 1988 se circunscrevia à esfera das reprimendas penais, passou a ser também aplicável a outras espécies de sanções. Em fins de 1988, o STF, confirmando acórdão do STJ, estendeu a garantia ao âmbito das sanções administrativas. A confirmar o caráter histórico-evolutivo – e, portanto, não necessariamente uniforme – da proteção aos direitos fundamentais, nota-se, às vezes, descompasso na compreensão de um mesmo direito diante de casos concretos diversos. Assim, não obstante o entendimento do STF acima mencionado, a Corte durante bom tempo continuou a admitir a extradição para o cumprimento de penas de caráter perpétuo, jurisprudência somente revista em 2004.<sup>21</sup>

### 2.4.3 Indivisibilidade

Os direitos fundamentais são parte de um sistema harmônico de proteção à dignidade da pessoa humana. Portanto, são indivisíveis, na medida em que, todos os direitos fundamentais, de qualquer dimensão, formam um todo interdependente, sendo o exercício de um deles somente possível por meio da garantia e efetividade dos demais.<sup>22</sup>

É de extrema importância tratar os direitos fundamentais à luz da indivisibilidade, a fim de não se priorizarem os direitos de liberdade em detrimento dos direitos sociais ou vice-versa. Desta forma, avaliando as dimensões dos direitos fundamentais, com base na indivisibilidade, concluiu-se que efetivamente não há como dissociar esses

<sup>20</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 593

<sup>21</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.242.

<sup>22</sup> CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9 Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 506.

direitos uns dos outros, ao ponto que todos eles são primordiais para a dignidade da pessoa humana, princípio que rege os direitos fundamentais.<sup>23</sup>

Logo, por serem um conjunto de direitos, o desrespeito a um direito fundamental é, na verdade, um desrespeito a todos os direitos fundamentais. Fazer uma exceção em relação a um, é fazer a todos.

#### **2.4.4 Inalienabilidade**

Os direitos fundamentais, são inalienáveis, ou seja, são intransferíveis e inegociáveis não podendo ser abolidos por vontade do seu titular. Ademais, os direitos fundamentais não possuem conteúdo econômico-patrimonial.

Nas palavras de Pena de Moraes, a inalienabilidade indica que os direitos fundamentais não são passíveis de disposição jurídica, alienação e renúncia, ou disposição material, através dos instrumentos do abandono e destruição da coisa, de maneira que são nulos os negócios jurídicos que visem a transmissão, a qualquer título, de direitos fundamentais que visem resguardar a vida biológica, como também a integridade física e moral.<sup>24</sup>

#### **2.4.5 Imprescritibilidade**

Os direitos fundamentais são sempre exigíveis, ou seja, não se perde com o tempo, em razão da sua inalienabilidade. Eles não prescrevem. Ainda, de acordo com o STJ, a prescrição quinquenal, prevista no artigo 1 do decreto 20.910/1932 não é aplicável aos danos que decorrem de violação de direitos fundamentais, justamente por essa característica.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4666>>. Acesso em: 12 ago. 2017

<sup>24</sup> PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 506

<sup>25</sup> CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9 Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 504.

Valioso citar José Afonso da Silva, que, ao tratar sobre as características dos direitos fundamentais, afirmou que “a prescrição é um instituto jurídico que somente atinge coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade dos direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.”<sup>26</sup>

#### **2.4.6 Irrenunciabilidade**

Os direitos fundamentais também são irrenunciáveis, uma vez que o indivíduo titular deles não pode dispor. Esta afirmação surge da fundamentação material dos direitos fundamentais na dignidade da pessoa humana.

Entretanto, é admissível a autolimitação voluntária em um caso concreto, como por exemplo, quando um indivíduo renuncia o seu direito à privacidade e à intimidade para participar de reality shows.

#### **2.4.7 Relatividade ou Limitabilidade**

Não existem direitos absolutos. Trate-se de direitos relativos e limitáveis em um caso concreto. Na hipótese de conflito entre direitos fundamentais haverá uma concordância prática, uma harmonização, de modo que nenhum deles será sacrificado definitivamente, mas apenas mitigado.

Entretanto, faz-se de extrema importância a proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, razão porque hoje se fala em uma teoria dos limites dos limites. As limitações são necessárias para realizar a concordância entre eles ou outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos, porém essas limitações jamais podem atingir o núcleo essencial desses direitos.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 9 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1992.

<sup>27</sup> CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9 Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 506.



A limitação dos direitos fundamentais deve ser adequada para a proteção do bem jurídico por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser proporcional em sentido restrito, isto é, deve guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.<sup>28</sup>

Gilmar Mendes, ao tratar sobre o assunto, afirma que a partir de uma análise dos direitos fundamentais, pode-se extrair uma conclusão equivocada de que os direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de uma ilimitada limitação. Contudo, é preciso que não se perca de vista que essas restrições são limitadas, o que se chamaria de limites iminentes ou limites dos limites, que servem para balizar a ação do legislador na hora de restringir direitos. Esses limites decorreriam da própria constituição, e referem-se à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental.<sup>29</sup>

Desta forma, adota-se a teoria relativa dos limites dos limites, a qual entende que a definição dos limites aos direitos fundamentais decorre de fatores extrínsecos, os quais irão determinar os limites dos direitos fundamentais, admitindo-se a solução dos conflitos entre direitos fundamentais pela harmonização (juízo de ponderamento) e pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

#### **2.4.8 Concorrência**

Os direitos fundamentais podem ser exercidos cumulativamente, logo, um mesmo titular pode exercitar vários direitos ao mesmo tempo. Pode acontecer desses direitos entrarem em conflito. Nestes casos, deve-se, no caso concreto, analisar qual direito deve prevalecer, buscando sempre um consenso que dê máxima efetividade a ambos os direitos em conflito, não devendo sacrificar um deles por completo. Frise-se que apenas diante de um caso concreto, com base na proporcionalidade, será possível definir qual direito deverá prevalecer.

---

<sup>28</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 256.

<sup>29</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41.

### 2.4.9 Proibição do Retrocesso

Os direitos fundamentais não podem ser enfraquecidos ou suprimidos, ou seja, uma vez reconhecido pela ordem jurídica, estes direitos não poderão ser objetos de supressão.

Em seu plano normativo, a proibição do retrocesso tem a finalidade de proteger os direitos fundamentais, impedindo a revogação das normas que os consagram ou a sua substituição por outras normas que não ofereçam garantias equivalentes. Já no plano concreto, a proibição do retrocesso impede que sejam implementadas políticas estatais de enfraquecimento e flexibilização dos direitos fundamentais.<sup>30</sup>

Digna de nota a lição de J.J. Gomes Canotilho<sup>31</sup>:

A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de contra-revolução social ou da evolução reacionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. (...) O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.

Apesar de o princípio do não retrocesso não estar explícito, o mesmo tem plena aplicabilidade, já que decorre de um sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir um direito, este direito será incorporado ao patrimônio jurídico da cidadania, não podendo ser absolutamente suprimido.<sup>32</sup>

Desta forma, qualquer medida tomada que enfraqueça ou flexibilize um direito fundamental sem a criação de um mecanismo compensatório, será considerada inconstitucional.

<sup>30</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius apud CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9 Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 507.

<sup>31</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 2 ed. rev. Coimbra: Livraria Almeida, 1998.

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.158.

## 2.5 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao se falar em direitos fundamentais, não se pode olvidar de tratar de sua eficácia, mesmo que brevemente.

O poder constituinte originário, em seu parágrafo 1, artigo 5, da Constituição Federal outorgou aos direitos fundamentais, no que tange a sua eficácia, aplicabilidade direta ou imediata. Este dispositivo demonstra a força normativa dos direitos fundamentais.

Entretanto, apesar do disposto na constituição federal, alguns doutrinadores enxergam certas incompatibilidades, apesar da inexistência de diferenças entre as normas de direitos fundamentais. Nas palavras de Marinoni<sup>33</sup>:

O fato de todas as normas de direitos e garantias fundamentais terem reconhecida sua direta aplicabilidade, não corresponde a afirmar que a eficácia jurídica (que não se confunde com a eficácia social ou efetividade) de tais normas seja idêntica; a multifuncionalidade dos direitos fundamentais e o fato de estes abrangerem um conjunto heterogêneo e complexo de normas e posições jurídicas, por si só já sustenta esta afirmativa. Além disso, há que levar em conta ser diverso o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, assim como diversos os limites aos quais estão sujeitos, tudo a interferir na determinação dos efeitos jurídicos e da sua exata extensão.

Por sua vez, Ingo Sarlet<sup>34</sup> afirma que o dispositivo em apreço estabelece, para os órgãos estatais, um dever de atribuir a máxima eficácia e efetividade possível aos direitos fundamentais, considerando-a uma espécie de mandado de otimização. Percebe-se que o postulado da aplicabilidade imediata não pode se resolver de acordo com a lógica do tudo ou nada, como ocorre com as regras jurídicas, por ser tratar de norma de cunho inequivocamente principiológico, razão pela qual o quantum em aplicabilidade e eficácia dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta.

Sendo assim, o mandamento de aplicação imediata dos direitos fundamentais previsto na Constituição Federal refere-se a todos eles. Contudo, parte da doutrina

---

<sup>33</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. Saraiva. 2016. p. 314.

<sup>34</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. P. 242.

advoga que, na prática, a aplicação imediata dos direitos fundamentais difere em cada categoria de direito.

Por fim, no Brasil há uma forte tendência, na doutrina e jurisprudência do STF, em adotar a eficácia imediata nas relações privadas, tendência esta da aplicação do disposto no parágrafo 1 do artigo 5 da Constituição Federal.<sup>35</sup>

A influência das normas de direitos fundamentais nas relações privadas se demonstra pelo fato de existirem direitos a proteção contra outros cidadãos e certos conteúdos de ordem jurídico civil.<sup>36</sup>

### **3 DA PENA**

Pena é a sanção imposta pelo Estado ao indivíduo, através da ação penal, e tem por finalidade a retribuição do mal causado e a prevenção de novos crimes. Como será visto posteriormente, esse caráter preventivo da pena se divide em dois aspectos, geral e especial, que por sua vez se subdividem em outros dois. Desta forma, tem-

---

<sup>35</sup> CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9 Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 513

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. P. 524.

se quatro enfoques: a) geral negativo, que significa o poder intimidativo que a pena representa a toda sociedade destinatária da norma penal; b) geral positivo, que demonstra a existência do Direito Penal e a sua eficiência; c) especial negativo, que procura a intimidação ao autor do delito para que o mesmo não torne a agir da mesma forma, recolhendo-o ao cárcere para evitar futuros delitos; d) especial positivo, que consiste na ideia de ressocialização do condenado, para que este possa voltar ao convívio social quando finalizada sua pena.<sup>37</sup>

Para Luiz Regis Prado<sup>38</sup>, a pena é a mais importante das consequências jurídicas do delito. Ela consiste tanto na privação como também na restrição de bens jurídicos previstos na lei e imposta por órgãos jurisdicionais competentes ao agente infrator.

Por sua vez, Anabela Miranda Rodrigues, ao citar Von Liszt, afirma que a pena é, sem dúvidas, quer de um posto de vista moral quer social, a reação jurídica mais importante, pois trata-se do meio mais enérgico ao dispor do poder instituído para assegurar a convivência pacífica dos cidadãos em sociedade, mas é também, ao mesmo tempo, o que toca mais de perto a sua liberdade, segurança e dignidade.<sup>39</sup>

Ademais, é importante observar que, apesar do indivíduo ter praticado uma conduta que viola o ordenamento jurídico penal vigente, a pena imposta a ele deve ser aplicada observando todos os direitos e princípios constitucionais.

Desta forma, um Estado que procura ser garantidor dos direitos daqueles que seu território habitam, deve obrigatoriamente encontrar limites ao seu direito de punir. Toda via, embora hoje se pense dessa forma, pelo menos nos países que buscam preservar a dignidade da pessoa humana, nem sempre foi assim. O sistema de penas já foi extremamente cruel, sendo que as pessoas se deleitavam em assistir às execuções que ocorriam, muitas vezes, em praças públicas.<sup>40</sup>

### 3.1 FINALIDADE DA PENA

---

<sup>37</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Direito Penal**, 10<sup>o</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 337.

<sup>38</sup> PRADO, Luiz Regis Prado, **Curso de Direito Penal Brasileiro**, Vol. 1, 8<sup>o</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 488.

<sup>39</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda, **A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade**, Coimbra Editora, 1995, p. 152.

<sup>40</sup> GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal**, Parte Geral, Vol. 1, 11<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p.485.

Muito já se debateu a respeito da finalidade da pena, surgindo diversas justificativas que, naturalmente, com o passar dos anos, foram superadas e/ou aperfeiçoadas. Ao analisar essas justificativas, observa-se que as mesmas avançam de acordo com a evolução da sociedade. Contudo, até hoje encontra-se dificuldade em estabelecer a finalidade da pena. Nas palavras de Jorge Figueiredo Dias:

É sabido como o problema dos fins (...) da pena criminal é tão velho quanto a própria história do direito penal (...). A razão de um tal interesse e da sua persistência ao longo do tempo está em que, à sombra do problema dos fins das penas, é no fundo toda a teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal.<sup>41</sup>

A justificação do direito penal para castigar não era um problema que preocupava aos detentores do poder que recorriam à pena para impor suas ordens e proibições. Hoje em dia, no entanto, um comportamento só pode ser proibido por uma penalidade quando este é totalmente incompatível com os valores de uma vida comum e pacífica.<sup>42</sup>

Portanto, no contexto de um Estado Social e Democrático de Direito, o direito penal, através da imposição de pena, não pode e não deve limitar-se à mera retribuição do mal causado, devendo, portanto, deixar de ser visto como um mero instrumento de resolução de conflitos e controle social, mas sim como uma ferramenta para a promoção da dignidade humana.

Desta forma, afirma Luiz Regis Prado<sup>43</sup> que a justificativa da pena envolve tanto a prevenção geral como a prevenção especial, assim como a reafirmação da ordem jurídica sem exclusivismos, não importando a ordem de sucessão ou importância exclusivamente. Fica claro que o que se deve ficar patente é que a pena é uma necessidade social, sendo utilizada como a última ratio legis. Contudo, é imprescindível para a proteção real de bens jurídicos, o que é a finalidade do Direito Penal. Desta forma, em um Estado constitucional e democrático, a pena deve ser sempre justa, inarredavelmente adstrita à culpabilidade do autor do fato típico. Assim, o que fica claro após uma análise sobre a teoria da pena é que a sua

<sup>41</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 89.

<sup>42</sup> ROXIN, Claus. ARZT, Gunther, TIEDEMANN, Klaus. **Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal**. Tradução Inter Naciones. Barcelona: Editorial Ariel, 1989, p. 21.

<sup>43</sup> PRADO, Luiz Regis Prado, **Curso de Direito Penal Brasileiro**, Vol 1, 8º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 498.

essência não deve ser reduzida a um único ponto de vista, com a mera exclusão dos outros, melhor dizendo, seu fundamento contém uma realidade altamente complexa.

Seguindo esta lógica, o artigo 59 do Código Penal diz que “o juiz deverá fixar a pena de modo a ser necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Além disso, o artigo 10 da Lei de Execução Penal normatiza que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. Não obstante, o artigo 22 da mesma Lei dispõe que “assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepara-los para o retorno à liberdade”.<sup>44</sup>

Diante do exposto, ao analisar o ordenamento jurídico brasileiro, resta cristalino que o Direito Penal tem por objetivo não apenas punir o transgressor da lei e proteger bens jurídicos relevantes, mas também prevenir novos delitos, inclusive através da ressocialização e readaptação do preso para o convívio social.

### 3.2 TEORIAS DA PENA

Essas teorias, que buscam justificar os fins das penas, na verdade, Segundo Anabela Miranda Rodrigues, “nasceram para responder ao problema da justificação do direito de punir”, e é desse modo que mereciam ser consideradas, uma vez que Direito Penal e penas são manifestações da mesma realidade.<sup>45</sup>

Para justificar os fins da pena, foram criadas três teorias: absolutas, relativas e ecléticas ou mistas.

#### 3.2.1 Teorias Retributivas ou Absolutas

No século XIX, as teorias absolutas causaram um grande impacto nas ideias jurídicas da época. Na verdade, as teorias absolutas representavam a afirmação do direito penal, já que, ao se deixar de dar à pena uma finalidade de prevenção, a

---

<sup>44</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Direito Penal**, 10º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 337

<sup>45</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella, **Das penas e seus critérios de aplicação**, 4º ed. rev. atual., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 107.

sanção penal seria imposta apenas para conferir aplicabilidade ao ordenamento jurídico penal.<sup>46</sup>

A literatura penal possui diversas explicações para a sobrevivência histórica dessa teoria. Primeiro, a psicologia popular, que claramente é regida pela lei de talião, parece constituir a base antropológica da pena retributiva. Segundo, a tradição religiosa judaico-cristã ocidental, que provavelmente constitui a influência cultural mais poderosa sobre a disposição psíquica retributiva da psicologia popular, apresenta uma imagem retributivo-vingativo da justiça divina. Terceiro, a filosofia popular ocidental é essencialmente retributiva. E por último, o discurso retributivo se baseia na lei penal, lei esta que consagra o princípio da retribuição, uma vez que o legislador determina ao juiz aplicar a pena conforme necessário e suficiente para a reprovação do crime.<sup>47</sup>

Assim, a característica essencial das teorias absolutas, que possui como expoentes Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel, consiste em conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito, de modo que a sua imposição estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado: *quia peccatum*.<sup>48</sup>

Segundo a teoria retribucionista, é, exclusivamente, atribuída a pena a árdua tarefa de realizar a justiça, ou seja, a pena tem como finalidade fazer a justiça e nada mais. Desta forma, a culpa do infrator deverá ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena<sup>49</sup>, sendo que o fundamento da sanção estatal se encontra no livre-arbítrio, que é a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto, o que é bastante questionável. “Isto se entende quando lembramos da ‘substituição do divino pelo humano’ operada nesse momento histórico, dando margem à implantação do positivismo legal”.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> FOPPEL EL HIRECHE, Gamil. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 9-10.

<sup>47</sup> DOS SANTOS, Juarez Cirino, **Direito Penal**, Parte Geral, 3º Ed., Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 462.

<sup>48</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, Vol. 1, 19º ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 133.

<sup>49</sup> CLAUS ROXIN apud BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, Vol. 1, 19º ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 134.

<sup>50</sup> BUSTOS RAMIREZ e HORMAZÁBAL MALARÉE apud BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, Vol. 1, 19º ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 134.



Seguindo este pensamento, Aristóteles, em sua obra *Ética a Nicómaco*, considerava o criminoso como um inimigo da sociedade, e que este individuo deveria ser castigado “tal qual se bate num animal bruto preso ao jugo”.<sup>51</sup>

Na base dessa ideia estava o mesmo princípio que sustentou a arcaica instituição da vingança de sangue: pagar o mal com o mal. Pode-se identificar a sua dureza na inesquecível afirmação de Kant, de que o último assassino recolhido ao cárcere deveria ser executado para pagar o crime cometido, mesmo que, por algum motivo, fosse necessário que a população inteira precisasse sair do lugar e espalhar-se sobre o mundo.<sup>52</sup>

O fundamento ideológico das teorias absolutas se baseia “no reconhecimento do Estado como guardião da justiça terrena e como conjunto de ideias morais, na fé, na capacidade do homem para se autodeterminar e na ideia de que a missão do Estado perante os cidadãos deve limitar-se à proteção da liberdade individual. Nas teorias absolutas coexistem, portanto, ideias liberais, individualistas e idealistas”. Na verdade, nesta ideia retribucionista da pena está subentendido um fundo filosófico de ordem ética, que ultrapassa as fronteiras terrenas, pretendendo aproximar-se do divino.<sup>53</sup>

Torna-se imprescindível o que leciona Roxin:

“A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria ‘absoluta’ porque para ela o fim da pena é independente, ‘desvinculado’ de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense”.<sup>54</sup>

Os que defendem a prevenção especial e geral criticam veementemente o caráter retributivo da pena, pois a função do direito penal não é retribuir o mal causado na mesma moeda, mas sim de proteger bens jurídicos.

<sup>51</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella, **Das penas e seus critérios de aplicação**, 4º ed. rev. atual., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 108

<sup>52</sup> *Ibidem*, loc.cit

<sup>53</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, Vol. 1, 19º ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 135

<sup>54</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal – parte general: fundamentos de la estructura de la teoria del delito** – volume 1 – Tradução Diego Manoel Luzón Pena, Miguel Dias, Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civistas, 1997, p. 81-82.

Da mesma forma, Claus Roxin, em sua obra *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*, afirma que tal necessidade ou inevitabilidade da punição na teoria da retribuição contradiz o princípio da limitação da finalidade do direito penal, que é de proteger bens jurídicos relevantes. Afirma ainda que esta teoria da retribuição não proporciona à execução da pena critério útil algum para permitir que o indivíduo possa ter uma vida futura em liberdade longe do crime.<sup>55</sup>

Essa concepção da pena como retribuição sem limites atende perfeitamente aos interesses de regimes totalitários, pois confere um cheque em branco para o legislador criminalizar condutas que bem entender, afastando o interesse em discussões sobre o conteúdo ético que relaciona os fundamentos e os limites do direito de punir.<sup>56</sup>

As teorias absolutas são, deste modo, teorias imediatistas, que consistem em retribuir ao infrator do contrato social o mal que ele praticou. A ideia aqui é resolver o problema daquele momento específico, sem perspectiva futuras, tornando a pena um fim em si mesmo.

Por fim, como abordado anteriormente, dentre as concepções das teorias absolutas, merecem destaque os posicionamentos de Kant e Hegel, expoentes desta teoria.

### 3.2.1.1 A Posição de Kant: Retribuição Moral

Kant, em sua obra *A Metafísica dos Costumes*, parte para a ideia de retribuição de natureza eminentemente moral. Para ele, a pena é um imperativo categórico, isto é, de um imperativo moral incondicional e, em sendo assim, em suas palavras, “quando a justiça é desconhecida, os homens não têm razão de ser sobre a Terra”. Este imperativo categórico defendido por Kant chega ao extremo de defender que, mesmo que houvesse apenas um criminoso e a sociedade estivesse por desaparecer, ainda assim deveria ser punido.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> ROXIN, Claus. ARZT, Gunther, TIEDEMANN, Klaus. **Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal**. Tradução Inter Naciones. Barcelona: Editorial Ariel, 1989, p. 25.

<sup>56</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella, **Das penas e seus critérios de aplicação**, 4º ed. rev. atual., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 109.

<sup>57</sup> FOPPEL EL HIRECHE, Gamil. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 14-15.

Deste modo, Kant, ao conceber a pena como “imperativo categórico”, como um fim em si mesmo, ou seja, que nenhum propósito persegue, rejeita toda pretensão de emprestar à pena fins utilitários ou de conveniência política, ou que se justifique a partir daí ou que tome em conta razões dessa índole, uma vez que, de novo, em seus próprios dizeres “o homem não deve ser tratado como um puro meio a serviço do fim de outro ser, confundido com objetos do direito real, porque isto é garantia de sua personalidade, embora ele possa ser condenado a perder sua personalidade civil”. Repudia-se então a instrumentalização do homem, em favor de razões de utilidade social.<sup>58</sup>

Logo, o princípio talional – olho por olho, dente por dente – seria a verdadeira justiça, o verdadeiro direito. Apesar do método desumano, o posicionamento de Kant acabou por estabelecer, de certa forma, uma proporcionalidade e por conseguinte uma concepção inicial de limite às penas, o que antes era uma incerteza.

Assim disse Kant:

Somente a lei de Talião, proclamada por um Tribunal, pode determinar a quantidade e a qualidade da punição, pois o mal imerecido que tu fazes a outrem, tu fazes a ti mesmo, se tu o ultrajas, ultrajas a ti mesmo, se tu o roubas, roubas a ti mesmo, se tu o matas, matas a ti mesmo...<sup>59</sup>

### 3.2.1.2 A Concepção de Hegel: Retribuição Jurídica

Em Hegel, a pena atende não a um mandato absoluto de justiça, como foi visto em Kant, mas, antes, a uma exigência da razão que se explica e se justifica a partir de um processo dialético inerente à ideia e ao conceito mesmo de direito. Assim, o delito é uma violência contra o direito e a pena uma violência que anula aquela primeira violência, seria então a negação da negação do direito representada pelo delito (segundo a regra, a negação da negação é a sua afirmação). A pena seria então a restauração positiva do direito, sendo uma necessidade lógica.<sup>60</sup>

Ao se adotar a concepção de Hegel, há de se reconhecer que a pena não seria uma finalidade em si mesma, uma vez que representaria o restabelecimento do próprio

<sup>58</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 20.

<sup>59</sup> KANT, Immanuel. *La metafísica dei costumi*, p. 142, apud QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 21.

<sup>60</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 21.

ordenamento jurídico atingido por uma violação – o crime. Já rem relação ao indivíduo sobre o qual recairia a pena, Hegel afirma que a pena representaria uma honraria, que, em suas palavras, “o dignificaria enquanto ser racional, pois está implicada na sua própria vontade, no seu ato. Porque vem de ser de razão, este ato implica a universalidade que por si mesma o criminoso reconheceu e à qual deve se submeter como ao seu próprio direito”.<sup>61</sup>

Ademais, a pena em Hegel apresenta-se como condição lógica inerente à existência do próprio direito, que não poderá permanecer sendo direito, senão pela negação da vontade particular do delinquente, que no caso é representada pelo delito, pela vontade geral (da sociedade) e representada pela lei. Desta forma, a repressão penal passa a ser a reconciliação do direito consigo mesmo na pena, uma vez que do ponto de vista objetivo há reconciliação por anulação do crime e nela a lei restabeleceria a si mesma e realizaria sua própria validade, assim como do ponto de vista subjetivo (do criminoso) há reconciliação com a lei que é por ele conhecida e que também é válida para ele, para o proteger.<sup>62</sup>

Entretanto, Hegel não conseguiu chegar a teoria que legitimasse ou até mesmo fundamentasse o direito de punir estatal.

### 3.2.2 Teorias Relativas

Para começar a falar das teorias relativas, é de suma importância o que leciona Bitencourt:

A formulação mais antiga das teorias relativas costuma ser atribuída a Sêneca, que, se utilizando de Protágoras de Platão, afirmou: "nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar. Para as duas teorias a pena é considerada um mal necessário. No entanto, para as teorias preventivas, essa necessidade da pena não se baseia na idéia de realizar justiça, mas na função, já referida, de inibir, tanto quanto possível, a pratica de novos fatos delitivos."<sup>63</sup>

Dito isso, para as teorias relativas, a pena se justifica para prevenir o fato delitivo cometido e não para retribuir, ou seja, a pena se impõe para que o indivíduo não

<sup>61</sup> FOPPEL EL HIRECHE, Gamil. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 20-21

<sup>62</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. *Op. cit*, p. 23.

<sup>63</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, Vol. 1, 19º ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 142.

volte a delinquir, e não somente porque o indivíduo delinuiu, como defende as teorias absolutas. Desta forma, a pena passa a ser concebida para que se possa alcançar fins futuros e se justifica pela sua necessidade, qual seja a prevenção de delitos.<sup>64</sup>

Beccaria trata o assunto com maestria:

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida.<sup>65</sup>

Para Francesco Carnelutti, a finalidade do direito penal seria prevenir novos delitos para que novas condutas criminosas não venham a acontecer novamente:

“Para tanto serve, em primeiro lugar, o castigo que, provocando o sofrimento de quem cometeu o delito, cria um contra-estímulo ao cometimento de outros; por isso *punitur ne peccetur*, isto é, a fim de tentar dissuadir o condenado a pôr-se em condições de ter de ser punido novamente. Sob este aspecto, o Direito Penal opera sobre a necessidade, constituindo um *vinculum quo necessitate adstringimur alicuius... rei faciendae vel non faciendae*; a obrigação penal, da qual se ocupa a ciência do Direito Penal material, é a expressão da finalidade preventiva do Direito Penal”.<sup>66</sup>

Ainda, segundo Feuerbach, a finalidade preventiva da pena se subdivide em prevenção geral e prevenção especial, onde a prevenção geral é destinada ao coletivo social e a prevenção especial é destinada àquele que delinuiu. Além disso, essas duas divisões ainda se subdividem, em razão da natureza das prestações da pena, que podem ser positivas ou negativas. Desta forma, ao adotar a classificação proposta por Ferrajoli, existiriam basicamente quatro grupos de teorias preventivas: a) as teorias da prevenção geral negativa; b) as teorias da prevenção geral positiva; c) as teorias da prevenção especial negativa; e d) as teorias da prevenção especial positiva.<sup>67</sup>

A teoria de prevenção geral negativa busca desestimular a prática de novos crimes através da coação, da ameaça, que encontrou apoio na teoria da coação psicológica de Feuerbach. Para ele, todos os crimes são cometidos por causa ou por motivação

<sup>64</sup> *Ibidem, loc. cit*

<sup>65</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. De Flório de Angelis. Bauru, Edipro, 1997. p. 27.

<sup>66</sup> CARNELUTTI, Francesco, **Lições Sobre o Processo Penal**, Vol. 1, 1º ed., Campinas: Bookseller, 2004, P. 73.

<sup>67</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, Vol. 1, 19º ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 143.

psicológica, “na medida em que a concupiscência do homem é o que o impulsiona, por prazer, a cometer a ação. A esse impulso da sensualidade, opõe-se um contra impulso, que é a certeza da aplicação da pena”. Logo, a finalidade da pena é a prevenção de novos delitos através de uma coação psicológica exercida sobre os seus destinatários, sendo aplicadas em dois momentos da pena: o da cominação e o da sua aplicação. No primeiro momento, o objetivo é a intimidação de todos capazes de se tornar possíveis infratores da lei; no segundo momento, o fim da norma é dar fundamento à cominação legal, uma vez que sem a aplicação da cominação, tal seria ineficaz. Observa-se que em ambos os momentos a finalidade aqui é a prevenção de futuros delitos.<sup>68</sup>

Já a teoria de prevenção geral positiva, segundo Jakobs, é a afirmação da validade da norma penal que foi violada, ou seja, tem como finalidade mostrar que a lei penal é vigente e incidirá naquelas hipóteses abstratas que se tornarem concretas, solidificando os valores sociais.

Na concepção de Hans Welzel, incumbiria ao direito uma finalidade ética e social, que garanta não só os bens jurídicos, mas, principalmente, os valores da sociedade. A justificativa da preponderância da sociedade em relação ao indivíduo, para Welzel, é que quando ocorre um crime, o indivíduo já foi violado, não há como voltar atrás, devendo portanto resguardar o interesse social. Já a doutrina de Jakobs é influenciada pela teoria dos sistemas, proposta pelo sociólogo Niklas Luhmann. Sendo assim, a pena para Jakobs é uma necessidade, uma vez que é imperioso para a sociedade que os valores do grupo sejam respeitados e mantidos. Constatase do posicionamento de Jakobs que a pena representa a reafirmação do ordenamento jurídico, divorciado portanto de qualquer finalidade ou tendência de prevenção especial ou até mesmo de prevenção negativa.<sup>69</sup>

Por outro lado, a teoria da prevenção especial negativa consiste na incapacitação, neutralização do criminoso para praticar novos crimes, sendo instrumentalizada pela pena privativa de liberdade.

---

<sup>68</sup> QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral, vol 1, 8ª ed., Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 394.

<sup>69</sup> FOPPEL EL HIRECHE, Gamil. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 38-42.

Por último, tem-se a teoria especial positiva, que busca a ressocialização do indivíduo que está preso, para que após o regular cumprimento da sua pena, ela possa voltar ao convívio social e não volte mais a delinquir.

Nas sábias palavras de Winfried Hassemer:

Existe a esperança de que os concidadãos com inclinações para a prática de crimes possam ser persuadidos, através de resposta sancionatória à violação do Direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade com o Direito, esperança, enfim, de que o Direito Penal ofereça sua contribuição para o aprimoramento da sociedade.<sup>70</sup>

A finalidade da prevenção especial não é a intimidação do grupo social, muito menos a retribuição do fato praticado, mas sim visa aquele indivíduo que uma vez delinuiu para fazer com que ele não volta a praticar atos ilícitos. Os adeptos dessa teoria preferem falar em medidas do que em pena, pois a pena implica a liberdade ou capacidade racional do indivíduo, partindo assim de um modelo geral de igualdade. Porém quando se fala em medida pressupõe que o delinquente é diferente do sujeito normal, e desta forma desse ser tratado de acordo com a sua periculosidade. Uma vez que o castigo e a intimidação não têm sentido, o que se pretende aqui é corrigir, inocuizar ou ressocializar o indivíduo.<sup>71</sup>

Von Liszt é considerado o maior expoente dessa teoria, sendo seu raciocínio embasado na crença de que o objetivo da pena criminal é a ressocialização. Para ele, a “função da pena e do direito penal era a proteção de bens jurídicos por meio da incidência da pena sobre a personalidade do delinquente, com a finalidade de evitar futuros delitos”. Desta forma, sob a ótica de apenas uma interpretação – fim de evitar a reincidência - justificava-se que a pena recaísse sobre o indivíduo como forma de advertência, na hipótese de não se tratar de um criminoso contumaz. Por outro lado, se o indivíduo já se envolve em crimes com certa frequência, a pena será destinada a ressocialização. Resumindo, a prevenção especial positiva seria representada pela advertência ou ressocialização, enquanto que a prevenção especial negativa é caracterizada pela inocuização temporária ou indeterminada do indivíduo.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> HASSEMER, Winfried. **Três temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 34.

<sup>71</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, Vol. 1, 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 154.

<sup>72</sup> FOPPEL EL HIRECHE, Gamil. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 26-29.

Para uma melhor reflexão sobre o tema, faz-se de suma importância trazer críticas relevantes que giram em torno da prevenção geral e especial. Em relação à intimidação, ainda segundo Hassemer, esta forma de prevenção atenta contra a dignidade da pessoa humana, uma vez que ela converte uma pessoa em instrumento de intimidação de outras, e além do mais, os efeitos esperados dela são altamente dúbios, pois sua verificação real escora-se necessariamente em categorias empíricas bastante imprecisas, como: o inequívoco conhecimento por parte de todos os cidadãos das penas cominadas e das condenações, pois do contrário o Direito Penal não iria atingir o seu propósito, e a motivação dos cidadãos obedientes à lei a assim se comportarem precisamente em decorrência da cominação e aplicação de penas, uma vez que, se fosse ao contrário o Direito Penal como instrumento de prevenção seria supérfluo. Também não escapou à crítica dos juristas o critério de prevenção especial positiva ou ressocialização. Em um sistema penitenciário falido, como se fazer para reinserir o condenado na sociedade? Será que a pena cumpre efetivamente esse efeito ressocializante ou, ao contrário, acaba de corromper a personalidade do agente?<sup>73</sup>

Essas são algumas das críticas feitas por juristas à respeito da finalidade preventiva da pena, que, por sua vez, se mostram bastante pertinentes no quadro político social atual.

### **3.2.3 Teorias Mistas**

Na atualidade, são essas teorias que predominam na legislação penal brasileira, na jurisprudência e na literatura penal. Essas teorias são na verdade uma síntese, uma junção das teorias absolutas e das teorias relativas, dando fim a uma controvérsia entre as escolas penais clássica e positivista.

Nota-se na legislação penal brasileira vigente a sua adoção, quando o artigo 59 do Código Penal determina a aplicação da pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

---

<sup>73</sup> GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal**, Parte Geral, Vol. 1, 11ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p.492.



Segundo Mirabete, a pena por sua natureza é retributiva, tem seu aspecto moral, mas a sua verdadeira finalidade não é só a prevenção, mas também uma mistura de educação e correção.<sup>74</sup>

Claus Roxin ao discorrer sobre as teorias mistas, afirma que a unificação da pena tanto traz uma retribuição embasada em uma necessidade de reprovação da conduta quanto a prevenção contra futuras ações criminosas, para reintegrar o indivíduo na sociedade.<sup>75</sup>

A teoria da prevenção, embora seu caráter superior, uma vez que tem como base a ideia da racionalidade humana, não pode responder satisfatoriamente todas as questões penais exigidas. Assim, os ecléticos tentaram superar o antagonismo entre a teoria relativa e a absoluta e unificar os pontos unificáveis de ambas teorias, atribuindo ao direito penal a função de resguardo da sociedade contra o crime, princípio que claramente transparece do movimento de Defesa Social, iniciado na Itália em 1945.<sup>76</sup>

Com Fillippo Grammatica, Adolfo Prins e Marc Ancel, começa a nascer a Escola do Neodefensismo Social ou a Nova Defesa Social, a qual buscou instituir um movimento de política criminal humanista, defendendo uma ideia de que a sociedade só é defendida à medida que se proporciona uma adaptação do condenado ao meio social (teoria ressocializadora).<sup>77</sup> Segundo os dizeres de Everaldo da Cunha Luna, quando aplicadas as penas privativas de liberdade, a finalidade é ressocializar, recuperar, reeducar ou educar o condenado, assim a pena privativa de liberdade tem uma finalidade educativa de natureza jurídica.<sup>78</sup>

No momento em que o artigo 1 da Lei de Execução Penal, diz que “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, o legislador deixa claro a finalidade ressocializadora da pena,

---

<sup>74</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini e FRABBRINI, Renato N., **Execução Penal**, 12º ed., São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 6.

<sup>75</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal – parte general: fundamentos de la estructura de la teoria del delito** – volume 1 Tradução Diego Manoel Luzón Pena, Miguel Dias, Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civistas, 1997, p. 40.

<sup>76</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella, **Das penas e seus critérios de aplicação**, 4º ed. rev. atual., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 128

<sup>77</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini e FRABBRINI, Renato N., *op. cit.*, p. 7.

<sup>78</sup> LUNA, Everaldo da Cunha apud MIRABETE, Julio Fabbrini e FRABBRINI, Renato N., **Execução Penal**, 12º ed., São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 7.

ressocialização esta que ocorre dentro dos sistemas penitenciários, na pena privativa de liberdade, através de métodos e normas também previstas na Lei de Execução Penal.

Em resumo, a teoria mista busca unir justiça e utilidade, razão pela qual a pena somente será legítima quando for ao mesmo tempo justa e útil. Por conseguinte, a pena, mesmo que justa, não será legítima se for desnecessária da mesma forma se, embora útil, não for justa.<sup>79</sup>

Dentre as teorias mistas, houveram diversas ideias a respeito da finalidade da pena, contudo, as principais e que possuem mais força são a de Roxin e o modelo garantidor de Ferrajoli. Entretanto, para os objetivos deste trabalho, será analisada apenas a teoria proposta por Roxin.

### 3.2.3.1 Teoria Dialética Unificadora

Roxin, ao criar esta teoria, parte do pressuposto de que cada momento referente à pena (cominação, aplicação e execução) deve ser analisado com as suas particularidades, para assim verificar, em cada uma delas, que ideia de fim da pena prevalece. Diante disso, é necessário que se estabeleça qual a finalidade do Estado, uma vez que o fim da pena é o próprio objetivo do direito penal, e decorrentemente do Estado. Logo, Roxin entende que a finalidade do Estado é a dupla proteção: aos bens jurídicos essenciais e à prestação por parte dos cidadãos.<sup>80</sup>

O referido autor conclui então que o direito penal tem natureza subsidiária, motivo pelo qual a sua intervenção só será legítima se for indispensável para uma vida comum e ordenada, pois caso outros ramos do direito possa resolver, o direito penal deve ser afastado, não devendo o direito penal ocupar-se de condutas meramente imorais ou não lesivas de bem jurídico. Portanto, a finalidade precípua do direito penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos. Já em relação à individualização

---

<sup>79</sup> QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral, vol 1, 8ª ed., Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 402.

<sup>80</sup> FOPPEL EL HIRECHE, Gamil. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 75.

judicial, a finalidade da pena consiste, essencialmente porém não exclusivamente, em ressocializar o condenado, sendo limitada pela culpabilidade.<sup>81</sup>

Neste caso, a culpabilidade seria uma limitação intransponível ao *jus puniendi* estatal, assumindo um papel de garantia, de sorte a evitar que se cometa abusos em nome do poder público. Contudo, apesar dessa limitação não servir para legitimar o direito de punir, a culpabilidade serve para limitar este direito. Deste modo, em toda a teoria de Roxin, no que diz respeito à justificativa das penas, percebe-se que, ao estabelecer um direito penal subsidiário, com a preocupação de prevenção geral e da prevenção especial, todas elas limitadas pela culpabilidade, e sendo executada a sentença, isso seria feito com a preocupação da reinserção social.<sup>82</sup>

Resumindo, para Roxin, a finalidade da pena é proteger, por meio da prevenção geral e especial, e subsidiariamente, desde que não se possa ser tutelado por outros ramos, bens jurídicos importantes, respeitando sempre como limite a culpabilidade.

#### **4. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

---

<sup>81</sup> QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral, vol 1, 8ª ed., Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 402-403.

<sup>82</sup> FOPPEL EL HIRECHE, Gamil. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 81-84.

Antigamente, a pena privativa de liberdade, amplamente utilizada pelas legislações modernas, era apenas um instrumento provisório de custódia do acusado, enquanto prosseguia o processo ou aguardava o início da execução da pena.<sup>83</sup>

Segundo Bettiol, a origem recente da pena de prisão ocorre pelo fato de que, antigamente, as verdadeiras penas eram outras, como a pena de morte, o exílio, a mutilação e o confisco, tendo o encarceramento escopo meramente processual, pois servia para assegurar a presença do réu no processo.<sup>84</sup>

O encarceramento era feito em masmorras, mosteiros e poços, evitando assim a fuga do acusado. Servia também como uma etapa preliminar da aplicação de penas corporais ou simplesmente como fruto do arbítrio dos governantes.<sup>85</sup>

Deste modo, a pena privativa de liberdade passa a ser amplamente utilizada, não da forma como antigamente como mera estrutura de abrigo para o preso durante o desenrolar do seu processo, mas sim como forma “autônoma” de pena.

Para Maurício da Rocha Ribeiro:

... os legisladores deveriam buscar o saneamento da sociedade, propiciando aos autores de conduta desviantes uma regeneração completa, através da observância de regras rígidas. A prioridade era criar um lugar que realizasse as transformações individuais, através da educação e do trabalho para aqueles que se mostrassem refratários. Enfim, uma máquina administrativa apta a devolver ao Estado os indivíduos que este perdera, modificando seus espíritos.<sup>86</sup>

Atualmente, a prisão-pena é muito mais difundida como também muito mais combatida. Do jeito que ela é executada, não apenas no Brasil (frequentemente em ambientes superlotados e com uma infra-estrutura altamente deficiente), é fácil de se concluir o quão distante da realidade se encontram o princípio da humanidade e a garantia da individualização da pena, que propõem tratamento condigno e execução diferenciada, em nome da diversidade, embora (previsão CF) e a existência do

---

<sup>83</sup> PRADO, Luiz Regis Prado, **Curso de Direito Penal Brasileiro**, Vol 1, 8º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 501.

<sup>84</sup> BETTIOL apud PRADO, Luiz Regis Prado, **Curso de Direito Penal Brasileiro**, Vol 1, 8º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 501.

<sup>85</sup> FRAGOSO, H. C. apud PRADO, **Luiz Regis Prado, Curso de Direito Penal Brasileiro**, Vol 1, 8º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 502.

<sup>86</sup> RIBEIRO, Maurício Rocha. Considerações Sobre a Pena Privativa de Liberdade. **Revista de Direito da Defensoria Pública**. Ano 6, número 8, Rio de Janeiro: Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro, 1995, p. 187.

artigo 6º da Lei de Execução Penal, que trata sobre a classificação e o programa individualizador da execução.<sup>87</sup>

Pelo fato do Direito Penal ser a ultima r tio, a pena privativa de liberdade também deveria ser encarada como tal. Conforme leciona Bitencourt<sup>88</sup>, as penas privativas de liberdade deveriam limitar-se aos presos mais perigosos e de difícil recupera o.

#### 4.1 FINALIDADE

Merecem destaque os artigos 5º e 6º, da Conven o Americana sobre Direitos Humanos: “As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readapta o social dos condenados.”<sup>89</sup>

Nos dizeres de Rui Carlos Machado Alvim:

Ninguém ignora que a sociedade deseja que os criminosos – assim considerados depois de um julgamento definitivo – avassalem-se   reprimenda aplicada;   aqueles que foi tributada a pena privativa de liberdade devem ficar segregados pelo período judicialmente estipulado: na evidência de um castigo pelo mal feito, na expectativa de que a medita o celular, os dissuadir  de novos intentos anti-sociais, ou, ao menos, que durante o aprisionamento não se dêem a mais ilicitudes penais. Sem olvidar, por certo, que alguns, talvez, reinstalem-se na aceita o dos interesses e valores socialmente preponderantes.<sup>90</sup>

Assim, para melhor funcionamento e para que se atinja os propalados objetivos do sistema penitenciário, Foucault cita sete máximas universais da boa “condi o penitenciária”, criadas com o intuito de legitimar a prisão como a forma mais civilizada e prática de puni o: princípio da corre o, princípio da classifica o, princípio da modula o das penas, princípio do trabalho como obriga o e como direito, princípio da educa o penitenciária, princípio do controle técnico da deten o e princípio das institui es anexas.<sup>91</sup>

<sup>87</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella, **Das penas e seus critérios de aplica o**, 4º ed. rev. atual., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 160.

<sup>88</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal: parte geral, volume 1*. Ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 103.

<sup>89</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Direito Penal**, 10º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 338

<sup>90</sup> ALVIM, Rui Carlos Machado, A Pena Privativa de Liberdade e a Cadeia: Um Caso de Incompatibilidade de G neros, **Revista dos Tribunais**, ano 81, Vol. 681, in FILHO, Carlos Henrique de Carvalho, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 314.

<sup>91</sup> Sobre as sete máximas trazidas por Foucault, elas assim se resumem: a) princípio da corre o – a deten o penal deve então ter por fun o essencial a transforma o do comportamento do indivíduo.

A grande questão é saber se esta finalidade está sendo cumprida ou está justamente fazendo o oposto, qual seja, marginalizando ainda mais o indivíduo e o reinserindo na sociedade, levando-o conseqüentemente à reincidência.

## 4.2 SISTEMA PRISIONAL

Embora não seja possível afirmar onde os primeiros sistemas prisionais surgiram, acredita-se que eles surgiram nos Estados Unidos. Esses sistemas prisionais além de terem sido inspirados em concepções um pouco religiosas, também se inspiraram nos estabelecimentos de Amsterdam, nos Bridwells ingleses, e também em outras experiências que foram realizadas tanto na Alemanha quanto na Suíça. Esses estabelecimentos além de serem um antecedente de suma importância dos primeiros sistemas penitenciários, marcam também o nascimento da pena privativa de liberdade, uma vez que superam a utilização da pena privativa apenas como meio de custódia do preso.<sup>92</sup>

Ao longa da sua evolução, surgiram diversos sistemas, onde três se destacam: o sistema filadélfico ou celular; o sistema auburniano; e o sistema progressivo.

### 4.2.1 Sistema Filadélfico

---

b) princípio da classificação – os detentos devem ser isolados ou pelo menos repartidos de acordo com a gravidade penal de seu ato, mas principalmente segundo sua idade, suas disposições, as técnicas de correção que se pretende utilizar para eles, as fases de sua transformação. c) princípio da modulação das penas – as penas, cujo desenrolar deve poder ser modificado segundo a individualidade dos detentos, os resultados obtidos, os progressos ou as recaídas. d) princípio do trabalho como obrigação e como direito – o trabalho deve ser uma das peças essenciais da transformação e da socialização progressiva dos detentos. e) princípio da educação penitenciária – a educação do detento e, por parte do poder público, ao mesmo tempo uma precaução indispensável no interesse da sociedade e uma obrigação para com o detento. f) princípio do controle técnico da detenção – o regime da prisão deve ser, pelo menos em parte, controlado e assumido por um pessoal especializado que possua as capacidades morais e técnicas de zelar pela boa formação dos indivíduos. g) princípio das instituições anexas – o encarceramento deve ser acompanhado de medidas de controle e de assistência até a readaptação definitiva do antigo detento. (Foucault, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhe. 42 Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. p. 264-266).

<sup>92</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, Vol. 1, 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 163.

O sistema filadélfico surgiu na prisão de Walnut Street, na Filadélfia em 1790 e posteriormente foi implantado nas prisões de Pittsburgh (Western Penitentiary), em 1818, e Cherry Hill (Eastern Penitentiary), em 1829. Segundo este sistema, o condenado deveria permanecer em isolamento celular constante, vedado de contato com o mundo exterior. Não se admitia também trabalho prisional, apenas passeios esporádicos no pátio e leitura da Bíblia, para que o preso se dedicasse exclusivamente à educação religiosa, por isso era também conhecido como *solitary system*.<sup>93</sup>

As características essenciais dessa forma de purgar a pena se fundamenta no isolamento celular dos intervalos, era a obrigação estrita do silêncio, a meditação e a oração. Este sistema de vigilância reduzia drasticamente os custos com vigilância, e a segregação dos presos impedia a possibilidade de introduzir qualquer organização do tipo industrial nas prisões. Sobre um ponto de vista ideológico, Melossi e Pavarini interpretam esse sistema como uma estrutura ideal, capaz de satisfazer qualquer exigência e qualquer instituição que requeira a presença de pessoa sob uma vigilância única, que serve não somente às prisões, mas às fabricas, hospitais, escolas etc, ou seja, já não se trataria de um sistema penitenciário criado com a finalidade de melhorar as prisões e conseguir a recuperação do delinquente, mas de um instrumento altamente eficiente de dominação, servindo por sua vez, como modelo para outro tipo de relações sociais.<sup>94</sup>

Porém, com o passar do tempo, este sistema passou por algumas modificações, que atenuavam esta condição do preso, permitindo o contato do preso com os diretores do presídio, os funcionários, os médicos, religiosos, educadores, e também passou a admitir a realização de pequenas tarefas, o que ficou conhecido como *separate system*. Outrossim, aos condenados por praticar delitos de menores potencial ofensivos, era facultado o trabalho, coletivo e silencioso, apenas durante o dia.<sup>95</sup>

Este sistema foi veementemente criticado por se basear no silêncio e na solidão. O homem é um ser social e coletivo, é essencial para a sua existência o convívio em sociedade, e esse sistema, ao proibir a comunicação e a relação com outras

---

<sup>93</sup> PRADO, Luiz Regis Prado, **Curso de Direito Penal Brasileiro**, Vol 1, 8º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 504.

<sup>94</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, Vol 1, 19º ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 165.

<sup>95</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

peças, acaba por “mata-lo”. Contudo, ele foi amplamente adotado por diversos países europeus durante o século XIX, como a Inglaterra em 1835 e a Suécia em 1840.

#### 4.2.2 Sistema Auburniano

O sistema auburniano, ou sistema de auburn, além de adotar o trabalho em comum, adota também a regra do silêncio absoluto, ou seja, os detentos não podiam se comunicar entre si, podendo apenas falar com os guardas, sendo necessário uma licença previa e em voz baixa.<sup>96</sup>

Em uma análise da obra de Foucault, Bitencourt discorre que:

Foucault não aceita o modelo auburniano como instrumento propiciador da reforma ou a correção do delinquente, tal como consideraram os mais otimistas; ao contrário, considera-o um meio eficaz para a imposição e manutenção do poder. Nesse sentido afirma que: ‘este jogo de isolamento, de reunião sem comunicação e da lei garantida por um controle ininterrupto deve readaptar o criminoso como indivíduo social: educa-o para uma atividade útil e resignada, e lhe restitui alguns hábitos de sociabilidade.’<sup>97</sup>

Segundo o modelo de Auburn, a prisão deve ser um microcosmo de uma sociedade perfeita, onde os indivíduos estão isolados em sua existência moral, mas onde sua reunião se efetua em um enquadramento hierárquico estrito, sem nenhum relacionamento lateral, apenas sendo permitida a comunicação vertical. Para seus partidários, a vantagem do sistema auburniano é que o sistema prisional seria uma repetição da própria sociedade.<sup>98</sup>

Nem o sistema filadélfico nem o sistema auburniano alcançaram êxito com os métodos empregados, acarretando assim, em algumas décadas, seu completo extermínio<sup>99</sup>, pois ambos “importavam em um tratamento de massa, que não atendia

---

<sup>96</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal, Parte Geral, Vol. 1*, 19º ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 166.

<sup>97</sup> Foucault apud BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, Vol. 1, 19º ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 167.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 230.

<sup>99</sup> PRADO, Luiz Regis Prado, **Curso de Direito Penal Brasileiro**, Vol 1, 8º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 505.



em nada as peculiaridades de cada criminoso, e sacrificava aos interesses da disciplina o objetivo superior da sua recuperação social".<sup>100</sup>

A partir do século XVIII, diante de todas as dificuldades enfrentadas por esses dois sistemas (filadélfico e auburniano), começou a se pensar em novos sistemas que pudessem atender a finalidade da pena, baseados no novo ideal que permeava a sociedade.

#### 4.2.3 Sistemas Progressivos

Assim, do sistema de Filadélfia, que fora fundado no isolamento absoluto do preso, passou-se para o sistema auburniano, que continha alguns avanços, como a possibilidade de trabalho, porém em silêncio absoluto, até chegar ao sistema progressivo. Este sistema baseado no sistema irlandês consistia na execução da pena baseada em quatro estágios, sendo o primeiro o recolhimento celular absoluto (sistema filadélfico), o segundo de isolamento noturno com trabalho e estudo durante o dia (já se aproximando do sistema auburniano), o terceiro de semiliberdade com trabalho fora da prisão e o quarto e último estágio o livramento condicional.<sup>101</sup>

O código penal brasileiro, de 1940, optou por adotar o sistema progressivo, prevendo um período inicial não superior a três meses na pena de reclusão de isolamento absoluto, seguido por um período de trabalho em comum diurno e prevendo também a possibilidade de transferência para colônia penal ou estabelecimento similar, e por último o livramento condicional. Contudo, com o advento da Lei 6.416/77 o isolamento inicial da pena de reclusão passou a ser facultativo e passou a prever o sistema de execução em três etapas: fechado, semiaberto e aberto. Passou a prever também a possibilidade de início de cumprimento de pena em regime menos severo, a depender da quantidade da pena aplicada. Por fim, a Lei 7.209/84 excluiu o período inicial de isolamento, mantendo as três espécies de regime que devem ser cumpridas de forma progressiva, sem

---

<sup>100</sup> Bruno, A. apud PRADO, Luiz Regis Prado, **Curso de Direito Penal Brasileiro**, Vol 1, 8º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 505.

<sup>101</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini e FRABBRINI, Renato N., **Execução Penal**, 12º ed., São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 408.

alterar a possibilidade de iniciar o cumprimento de pena em regime mais brando. Desta forma, a lei concede modificações que se adaptam aos ideais modernos, tendo em vista a progressão o mérito do condenado e adaptando a pena ao mesmo.<sup>102</sup>

Para que a pena atinja a sua finalidade de ressocialização, o processo de execução da pena deve ser dinâmico, adaptável às respostas dada pelo condenado no cumprimento de sua pena. Sendo necessária a gradual integração social do condenado e tendo em vista que não há condições de promover de forma eficiente essa integração no ambiente agressivo do cárcere em regime fechado, possibilita-se que o condenado conquiste a progressão de regime quando ele dê sinais de modificação de comportamento, depois de ser analisado e instruído, na forma do artigo 112 da LEP<sup>103</sup>. Contudo, essa progressão deve ser efetuada por etapas<sup>104</sup>; assim decide o STJ<sup>105</sup> e dispõe a súmula 491 do STJ<sup>106</sup>.

Entretanto, o que se vê é mais reincidência do que reintegração social. Não obstante a tentativa de reinserção social através da progressão de regime, com o atual quadro das penitenciárias, tanto em relação à estrutura quanto em relação ao preparo daquelas que supostamente deveriam estar ali para ajudar a reintegrar o indivíduo, o que acontece é uma regressão, um incremento na animalidade do indivíduo, e que muitas vezes volta ao cárcere pela prática de crime mais grave do que o anteriormente cometido, isso tudo propiciado, muitas vezes, por progressões indevidas ou concedidas sem o devido cuidado, já que são poucos que conseguem voltar a agir dentro dos limites legais após passar um período em um lugar inóspito e degradante, onde a os direitos fundamentais não existem. Portanto, uma liberdade antecipada isolada de uma aplicação correta e efetiva dos instrumentos adequados de ressocialização só tende a favorecer a reincidência e não a reinserção social.

### 4.3 RECLUSÃO E DETENÇÃO

---

<sup>102</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini e FRABBRINI, Renato N., **Execução Penal**, 12º ed., São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 408,409.

<sup>103</sup> Art. 112: A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

<sup>104</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini e FRABBRINI, Renato N., *op. cit, loc. cit.*

<sup>105</sup> HC 191223-SP, j. em 1/3/2012, DJe de 8-3-2012

<sup>106</sup> Súmula 491 STJ: É inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional

A pena privativa de liberdade pode se dá de duas formas, através da detenção ou da reclusão. A principal diferença entre essas duas formas de cumprimento da pena privativa de liberdade diz respeito ao regime de execução da pena. A reclusão é destinada a crimes mais gravosos, podendo ser executada em qualquer um dos regimes de cumprimento de pena, quais sejam os regimes fechado, semiaberto e aberto. Já por sua vez, a detenção é aplicada a crimes menos graves, devendo ser executada em regime semiaberto ou aberto, salvo necessidade de transferência para o regime fechado.

Existem ainda outras diferenças a depender se a pena é cumprida em reclusão ou detenção. A fiança, por exemplo, em crimes de reclusão somente pode ser concedida pelo juiz, enquanto na detenção pode ser concedida tanto pelo juiz quanto pela autoridade policial. Já a medida de segurança aplicada a crimes de reclusão é a internação, enquanto na detenção é o tratamento ambulatorial.

A execução da pena privativa de liberdade, seja em reclusão ou em detenção, nos regimes fechado, semiaberto ou aberto, exige definição dos regimes de execução e das formas de progressão entre os regimes, instituído pela Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), que implantou o novo modelo jurisdicional de execução penal no Brasil.<sup>107</sup>

#### 4.4 REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA

Em soma com o que já foi visto, o Estado brasileiro adotou o sistema de execução de pena de forma progressiva. O código penal brasileiro, em seu artigo 33 caput e § 1º<sup>108</sup> estabelece três formas de regime de cumprimento de pena: fechado, semiaberto ou aberto. O regime será estabelecido em sentença pelo juiz conforme

---

<sup>107</sup> CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. P. 170.

<sup>108</sup> Art. 33: A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. §1º Considera-se: **a)** regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; **b)** regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; **c)** regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

artigo 59, inciso III<sup>109</sup> e artigo 110 da LEP<sup>110</sup>, obedecendo os critérios do parágrafo 2º do artigo 33<sup>111</sup> do código penal.

O legislador traduziu bem, nestas regras, o alcance do princípio individualizador, deixando claro, no tocante à pena privativa de liberdade, que a fixação do regime inicial para seu cumprimento e a progressividade no curso da execução – passagem progressiva para regimes menos rígidos – constituem, tanto quanto a determinação da quantidade da pena imposta no momento da condenação, aspectos essenciais de concretização deste princípio.<sup>112</sup>

#### 4.4.1 Fechado

O regime fechado é o regime mais rigoroso, e neste regime devem cumprir pena os presos de alta periculosidade (aqueles cuja condenação foi superior a 8 anos; que possui grande quantidade de crimes cometidos; presos reincidentes). Segundo Bueno Arús<sup>113</sup>, a periculosidade pode ser avaliada criminologicamente (sendo o risco de cometer novos crimes, entre os de maior gravidade) ou penitenciariamente (sendo o risco de alterações graves da ordem e segurança dos estabelecimentos). Ainda, por força da Lei 8.072 de 25 de julho de 1990, também são destinados ao

---

<sup>109</sup> Art. 59: O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

<sup>110</sup> Art. 110: O Juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no artigo 33 e seus parágrafos do Código Penal.

<sup>111</sup> Art. 33: A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. §2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: **a)** o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; **b)** o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; **c)** o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

<sup>112</sup> KARAM, Maria Lúcia. Regimes de Cumprimento da Pena Privativa de Liberdade e Supremacia da Ordem Constitucional. **Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 312.

<sup>113</sup> ARÚS, Francisco Bueno. Panorama Comparativo dos Modernos Sistemas Penitenciários. **Revista dos Tribunais - Ano 61**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 299.

regime fechado, independente da quantidade de pena aplicada ou de serem condenados reincidentes, os autores de crimes hediondos e equiparados.<sup>114</sup>

Outrossim, poderão ser destinados ao regime fechado os não reincidentes, condenados a pena igual ou inferior a oito anos se assim entender o juiz, diante dos critérios previstos no artigo 59 do código penal. Em relação à detenção, mesmo que o condenado seja reincidente e a pena superior a oito anos, não é possível a fixação do regime fechado inicial, neste caso é obrigatório o regime semiaberto. Contudo, durante a execução da pena, poderão ser transferidos para o regime fechado os condenados à pena de detenção, qualquer que seja sua duração, por força da regressão. Vale ressaltar que não poderá ser submetido a regime fechado, mesmo ocorrendo causa de regressão, o condenado à prisão simples. Essa espécie de pena privativa de liberdade é sempre cumprida em regime semiaberto ou aberto.<sup>115</sup>

O regime fechado é cumprido em estabelecimentos de segurança máxima ou média, denominados penitenciárias, e segundo o artigo 34 e seus parágrafos, ele é caracterizado pelo trabalho comum interno ou em obras públicas externas durante o dia, assim como o isolamento durante o repouso noturno, ou seja, há um maior controle e uma vigilância mais severa sobre os presos.

Apesar do disposto no supracitado artigo, a realidade carcerária do regime fechado nada se parece com o que a norma prevê. Devido à superlotação nas celas, não ocorre o previsto isolamento durante o período noturno. Em relação ao trabalho, o trabalho interno, que é a regra, é privilégio para poucos, pois não há vagas suficientes nem estrutura; já o trabalho externo em serviços ou obras públicas é

---

<sup>114</sup> Art. 1º: São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no [Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal](#), consumados ou tentados: I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V e VI); II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º). Parágrafo único: Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos [arts. 1o, 2o e 3o da Lei no 2.889, de 1o de outubro de 1956](#), tentado ou consumado. Art. 2º: Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

<sup>115</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini e FRABBRINI, Renato N., **Execução Penal**, 12º ed, São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 278-279.

raríssimo, apesar de a pouco tempo ter ocorrido na cidade de Salvador-BA a obra da Arena Fonte Nova, que contou com grande parte de trabalho de presidiários.

#### 4.4.2 Semiaberto

O regime semiaberto de cumprimento de pena privativa de liberdade destina-se imediatamente para aqueles condenados primários à pena privativa de liberdade superior a quatro anos e inferior a oito, e, mediatamente, aos condenados submetidos ao regime fechado e que pelo critério de progressividade adquiriu o direito de cumprir a pena em regime semiaberto.

Devem iniciar obrigatoriamente o cumprimento da pena em regime semiaberto aqueles condenados reincidentes à pena de detenção, independente de sua duração, já que o regime fechado, em regra, não se destina às penas de detenção, bem como os condenados não reincidentes condenados à pena superior a quatro anos e inferior a oito, como dito anteriormente. Também devem ser destinados ao regime semiaberto aqueles não reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se, em decorrência das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, não estão em condições de iniciar o cumprimento da pena em regime aberto. Porém, o STJ<sup>116</sup> firmou orientação de que também se admite a fixação do regime inicial semiaberto aos reincidentes condenados a pena não superior a quatro anos quando lhe forem favoráveis as circunstâncias judiciais.<sup>117</sup>

Já para o condenado que tenha que cumprir um período mais longo da pena em regime fechado, faz-se necessário a transição para o regime semiaberto após o cumprimento de ao menos um sexto da pena, quando seu mérito indicar a progressão, conforme artigo 112 da LEP<sup>118</sup>. O regime semiaberto é um regime de transição para o regime aberto, sendo de extrema relevância para a gradual ressocialização e reinserção do condenado na sociedade.

---

<sup>116</sup> Súmula 269: É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

<sup>117</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini e FRABBRINI, Renato N., **Execução Penal**, 12<sup>o</sup> ed, São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 284.

<sup>118</sup> Art. 112: A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

O regime semiaberto deve ser cumprido em colônia agrícola/industrial. A prisão semiaberta deve possuir apenas um mínimo de segurança e vigilância, uma vez que o regime em questão se baseia no senso de responsabilidade do preso, aumentando e estimulando-o a cumprir os seus próprios deveres. Toda via, as construções desses estabelecimentos estão sendo deixadas de lado pelo Brasil, a falta de colônias e conseqüentemente a falta de vagas faz com que presos já promovidos ao regime semiaberto permaneça indevidamente no regime fechado.

#### **4.4.3 Aberto**

Para que seja cumprida a pena em regime semiaberto de imediato, na sentença, é necessário que o condenado não seja reincidente como também tenha sido condenado a pena igual ou inferior a quatro anos. Porém, esta destinação não é obrigatória ou automática, mas sim facultativa, uma vez que depende de pressupostos que indiquem estar o condenado apto para o referido regime.

Destinam-se ao regime aberto aqueles presos que já estão aptos a viver em sociedade, ou seja, aqueles que não apresentam periculosidade, possuem autodisciplina e senso de responsabilidade, e que além de tudo isso possam viver em liberdade sem pôr em risco a ordem pública por já estarem ajustados ao processo de reintegração social. Por isso, é necessário que comprove que esteja trabalhando.

Pode-se também alcançar o regime aberto após cumprimento de um sexto da pena em regime semiaberto, mas assim como acontece do fechado para o aberto, é necessário que o condenado cumpra não só os requisitos formais, mas também que seu mérito faça jus à progressão, ou seja, como ele vem respondendo ao processo de ressocialização.

O regime aberto é cumprido em casa de albergado ou estabelecimento adequado. Admite-se excepcionalmente, o recolhimento do condenado a regime aberto em residência particular, nas hipóteses do artigo 117 da LEP<sup>119</sup>. Fora essas hipóteses, é

---

<sup>119</sup> Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de

inadmissível a prisão domiciliar, de modo que em comarcas que ainda não possuem casas de albergado, o magistrado poderá determinar o cumprimento do regime aberto em cela especial em estabelecimento carcerário. Toda via, na prática, diante da ausência de casa de albergado, generalizou-se a concessão do albergue domiciliar a todo e qualquer condenado.<sup>120</sup>

#### 4.5 FINALIDADE RESSOCIALIZADORA DA PENA

Após expor os regimes de cumprimento de pena, é de extrema importância tratar da finalidade ressocializadora da pena, uma vez que é durante o cumprimento da pena, através da progressão de regime, que, em tese, se trabalha a ressocialização do condenado, por intermédio de medidas específicas para que essa ressocialização seja definitiva, eficiente e eficaz.

Como já abordado neste trabalho, as medidas de ressocialização têm como escopo a reintegração do indivíduo na sociedade. Entretanto, para que este indivíduo seja aceito por esta sociedade, faz-se imprescindível a sua adequação às normas e valores convencionados por esta coletividade.

Historicamente, os altos índices de reincidência têm sido invocados como um dos fatores principais do da comprovação do notório fracasso da pena privativa de liberdade, em razão da presunção de que, durante a reclusão, os internos são submetidos a um tratamento ressocializador.<sup>121</sup>

A reintegração se faz através de um projeto de política penitenciária que tenha como finalidade recuperar os indivíduos apenados para que estes possam, quando saírem da penitenciária, serem reintegrados ao convívio social. Entretanto, as penitenciárias no Brasil encontram-se num estado preocupante, onde faltam muitas vezes as condições mínimas necessárias para se tratar da recuperação desses indivíduos.<sup>122</sup>

---

doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante.

<sup>120</sup> BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal: v. 1 Parte Geral**, 9ª ed, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 462-463

<sup>121</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, Vol. 1, 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 598

<sup>122</sup> Manoel Valente Figueiredo Neto, **A ressocialização do preso na realidade brasileira: perspectivas para as políticas públicas**, âmbito-jurídico. Disponível em:



Desta forma, a prisão, em vez de conter a delinquência, tem servido de estímulo, tornando-se em um instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidades. Não traz nenhum benefício ao apenado, muito pelo contrário, possibilita toda a sorte de vícios e degradações. Está entranhada na vida carcerária as condições materiais e humanas que podem exercer efeitos nefastos na personalidade do recluso, imprimindo a este um caráter ainda mais criminógeno. Contudo, apesar das condições altamente criminógenas que possui as prisões clássicas, procura-se, ao longo do tempo, atribuir ao condenado, exclusivamente, a culpa pela eventual reincidência, ignorando-se que é impossível alguém ingressar no sistema penitenciário e não sair de lá pior do que entrou<sup>123</sup>. Seguindo este entendimento, o filósofo alemão Nietzsche, citado por Marilena Chauí<sup>124</sup> afirma: “o homem é o reflexo dos que o rodeiam”.

#### 4.5.1 Trabalho Penitenciário

A concepção de trabalho penitenciário seguiu historicamente a evolução na conceituação da pena privativa de liberdade. De início, o trabalho era vinculado a uma ideia de punição, e manteve essas características como uma forma mais gravosa e aflitiva de cumprir a pena. Porém, hoje em dia já está superada as fases que se utilizava-se a pena das galés, dos trabalhos forçados, a exemplo do shot-drill (transporte de bolas de ferro, pedras e areia, o tread-mill (moinho de roda, o crank (voltas de manivela) etc. Na atual concepção penitenciária, o momento da execução da pena contém uma finalidade reabilitadora ou de inserção social, fazendo com que o trabalho ganhasse um sentido pedagógico. Desta forma, hoje entende-se por trabalho penitenciário a atividade dos presos e internados, no estabelecimento penal ou fora dele, com uma remuneração equiparada ao das pessoas livres, no que se refere à segurança, higiene e direitos previdenciários e sociais.<sup>125</sup>

---

[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6301](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6301)  
acesso em: 12/05/2015

<sup>123</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, Vol. 1, 19º ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 598.

<sup>124</sup> CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. 6 ed. São Paulo: Ática, 1995, p.46.

<sup>125</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini e FRABBRINI, Renato N., **Execução Penal**, 12º ed., São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 80

Com a Constituição Federal de 1998, o trabalho foi inserido como direito social. O trabalho penitenciário realizado pelo condenado está previsto no artigo 28<sup>126</sup> da Lei de Execução Penal, onde prevê que o trabalho do condenado terá finalidade educativa e produtiva.

Além disso, o trabalho do preso será remunerado, atendendo a uma tabela prévia, sendo vedado que essa remuneração seja inferior a  $\frac{3}{4}$  (três quartos) do salário mínimo. O produto dessa remuneração, conforme a LEP, deverá atender à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; à assistência à família; a pequenas despesas pessoais; ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores; e o restante será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em caderneta de poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

A depender do regime em que o condenado se encontre, ele estará submetido a diferentes regras, sendo os artigos 31 ao 35 os que regulam o trabalho interno e o artigo 36<sup>127</sup> o que regula o trabalho externo, ambos da Lei de Execução Penal, e para cada dia 3 dias trabalhados, o preso poderá remir 1 dia de sua pena.

O trabalho do condenado é um direito-dever. O trabalho penitenciário não constitui uma agravação de pena, muito menos deve ser doloroso e mortificante, mas sim um mecanismo para complementar o processo de reinserção social, para prover a readaptação do preso, prepara-lo para uma profissão, ensinar-lhe hábitos de trabalho e evitar a ociosidade. Exalta-se assim o fator ressocializador do trabalho penitenciário, afirmando-se serem notórios os benefícios que decorrem da atividade de labor para a conservação da personalidade do condenado e para a promoção do

---

<sup>126</sup> Art. 28: O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva. §1º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene. §2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da consolidação das Leis do Trabalho.

<sup>127</sup> Art. 36: O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina. § 1º O limite máximo do número de presos será de 10% (dez por cento) do total de empregados na obra. § 2º Caberá ao órgão da administração, à entidade ou à empresa empreiteira a remuneração desse trabalho. § 3º A prestação de trabalho à entidade privada depende do consentimento expresso do preso.

autodomínio físico e moral de que necessita e que lhe será imprescindível para seu futuro na vida em liberdade.<sup>128</sup>

Este trabalho deve ser concebido como sendo por si mesmo uma máquina que transforma o prisioneiro violento, agitado e irrefletido em uma peça que irá desempenhar seu papel com perfeita regularidade. O trabalho pelo qual o condenado atende as suas próprias necessidades requalifica o ladrão em operário dócil, e é neste ponto que intervém a utilidade de uma contraprestação pelo trabalho penal, dando a aqueles que ignoram a diferença entre meu e seu uma propriedade, fazendo eles gozarem dos ganhos do próprio suor, ensinando-lhe o que é previdência e o cálculo futuro. Com isso, o salário do trabalho penal não retribui uma produção, mas funciona como um motor e marca as transformações individuais<sup>129</sup>.

Nas sábias palavras de Francisco Bueno Arús, citado por Mirabete:

é imprescindível por uma série de razões: do ponto de vista disciplinar, evita os efeitos corruptores do ócio e contribui para manter a ordem; do ponto de vista sanitário é necessário que o homem trabalhe para conservar seu equilíbrio orgânico e psíquico; do ponto de vista educativo o trabalho contribui para a formação da personalidade do indivíduo; do ponto de vista econômico, permite ao recluso dispor de algum dinheiro para suas necessidades e para subvencionar sua família; do ponto de vista da ressocialização, o homem que conhece um ofício tem mais possibilidades de fazer sua vida honrada ao sair em liberdade<sup>130</sup>

Entende-se então que há uma necessidade de um melhor aproveitamento da mão-de-obra carcerária, de sorte a fazer com que possa ser de vez afastada a ociosidade que impera em nossos presídios, que pouco ressocializam, servindo quase sempre como meio de profissionalização criminal. O trabalho do apenado é um fator de valorização pessoal, principalmente porque através da obrigatória remuneração, poderá cumprir certas obrigações, o que lhe retira a pecha de ser inútil perante para a sociedade, além de também facilitar seu reingresso no meio social<sup>131</sup>

#### 4.5.2 Tratamento e Assistência ao Preso

<sup>128</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini e FRABBRINI, Renato N., **Execução Penal**, 12º ed., São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 81

<sup>129</sup> Foucault, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhete. 42 Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. p. 235-236.

<sup>130</sup> Arús apud MIRABETE, Julio Fabbrini e FRABBRINI, Renato N., *op. cit, loc. cit.*

<sup>131</sup> MACHADO JÚNIOR, João Batista. O Trabalho do Preso como Fator de Ressocialização e a sua Natureza Jurídica. **Revista do Ministério Público do Trabalho** – Ano VIII, n. 15, Brasília: Editora LTr, 1988, p. 79.

A assistência ao preso e também ao egresso está prevista no artigo 10º caput<sup>132</sup> e parágrafo único da Lei de Execução penal, sendo as mesmas discriminadas no artigo seguinte, artigo 11 incisos I, II, III, IV, V e VI<sup>133</sup>, respectivamente assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

Por sua vez, os meios de que o tratamento penitenciário dispõe são, fundamentalmente, de duas classes: conservadores e reeducadores. Os conservadores têm como objetivo conservar a vida e a saúde do recluso (alimentação, assistência médica, educação física) e também a evitar a ação corruptora do ambiente prisional, uma vez que a prisão é um dos fatores criminógenos. Já os meios educativos pretendem inspirar de uma maneira positiva sobre a personalidade do recluso e desta forma modelá-la. São eles: instrução e educação, formação profissional, assistência psiquiátrica, assistência religiosa, postos sob a tônica das técnicas e diretrizes mais recentes<sup>134</sup>.

Ultimamente tem-se questionado bastante sobre a autoridade e a responsabilidade para do Estado para mudar coativamente as atitudes e os comportamentos humanos, inclusive, já tem-se afirmado que as tentativas de alterar o comportamento fazem parte da técnica de controle social, que é própria do sistema punitivo do Estado. Marc Ancel reconhece que esta noção de tratamento constitui na verdade o ponto de reunião e o nexos necessário entre o Direito Penal e a Criminologia, o que poderia levar a um abandono ou retrocesso da juridicidade do sistema, ou seja, a um afrouxamento do princípio da legalidade, na medida em que junto ao juiz o tratamento requer a presença direta de técnicos em medicina, técnicas sociais, psicológicas etc., cuja atuação, do ponto de vista jurídico, é essencialmente arbitrária.<sup>135</sup>

Aliás, Miguel Reale Junior, ao analisar os ensinamentos de Foucault, diz que o mesmo afirmava que a justiça Penal se liberta da má consciência de estar punindo com a desculpa de que visa curar o indivíduo, acolhendo modernas técnicas que

---

<sup>132</sup> Art. 10: A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

<sup>133</sup> Art. 11: A assistência será: I - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa.

<sup>134</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini e FRABBRINI, Renato N., **Execução Penal**, 12º ed., São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 49

<sup>135</sup> ANGEL, Marc. **A nova defesa social**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.146-195 e 221-237

não mais atuam sobre o corpo, mas sim sobre a alma do condenado, buscando moldar a sua personalidade segundo determinados padrões, onde muitas vezes são politicamente comprometidos.<sup>136</sup>

Além do perigo exposto acima, a experiência tem demonstrado que nenhuma das espécies de tratamento penitenciário tem produzido os efeitos esperados em relação à readaptação do condenado. É comprovado que na maioria dos casos, a existência de um código presente entre os presos, característicos de sistemas prisionais de grande porte, torna-os insuscetíveis a qualquer tipo de tratamento. Por conta disso, a prisão tem servido apenas como um estabelecimento que reforça valores negativos, falhando completamente em seu principal propósito, qual seja a modificação, ressocialização e reintegração da pessoa. Assim, o tratamento terapêutico só poderá ser efetivo caso seja voluntário, e a tendência moderna é que esses tratamentos sejam disponibilizados apenas para aqueles que desejam, limitando esse programa.<sup>137</sup>

Por conta das diversas críticas, o legislador brasileiro decidiu não fazer menção a “tratamento” penitenciário, mas apenas às medidas de assistência aos condenados como exigência básica do sistema, encarando-a como dever do Estado para desta forma prevenir tanto o delito como a reincidência, e orientá-los no processo de reinserção social.<sup>138</sup>

Sobre o assunto, Miguel Reale Junior deixa claro que:

Desse modo, sem tomar como objetivo da pena a realização de tratamento que faça do criminoso o não-criminoso, cumpre que se ofereça ao condenado possibilidades para harmônica integração social, viabilizando-se que apreenda valores positivos e eleja nova forma de vida, principalmente por meio da assistência social e educacional, a ser obrigatoriamente comprometimentos teóricos, instaurando-se um realismo humanista, que [...] pretende fazer da execução da pena a oportunidade para sugerir e suscitar valores, facilitando a resolução de conflitos pessoais do condenado, mas sem a presunção de transformar cientificamente sua personalidade.<sup>139</sup>

Se a reabilitação social constitui uma finalidade básica do sistema de execução penal e um objetivo constitucional, é claro que os presos devem ter direito aos serviços necessários que a possibilitem, serviços de assistência que, para isso,

---

<sup>136</sup> REALE JUNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.47.

<sup>137</sup> FRAGOSO, Heleno. **Direito dos presos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 14-15.

<sup>138</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini e FRABBRINI, Renato N., **Execução Penal**, 12º ed., São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 50.

<sup>139</sup> REALE JUNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.48.

devem ser-lhes oferecidos obrigatoriamente, como um dever do Estado. É evidente a importância de facilitar e promover a reinserção social do condenado, respeitando as suas particularidades de personalidade, não só com a remoção de obstáculos criados pela privação de liberdade, mas também com a utilização, da maior forma possível, de todos os meios que possam auxiliar nesse objetivo. Junto com o ensinamento de certas habilidades como forma de terapia, o programa de reeducação na fase executória da pena privativa de liberdade é um dos pilares fundamentais desse processo, e em todo programa destinado a reinserção social e a ressocialização implicam necessariamente desenvolver uma intensa e efetiva ação educativa. Nesse sentido, podemos falar em tratamento penitenciário sem o perigo de transformá-lo em um sistema opressor de transformação do homem condenado ou internado.<sup>140</sup>

Por isso, é essencial que seja respeitado o princípio da individualização das penas, previsto no artigo 5º, inciso XLVI da CF<sup>141</sup>, que em linhas gerais determina que as sanções impostas aos infratores devem ser particularizadas e personalizadas, de acordo com as características do indivíduo, sendo vedado qualquer tipo de padronização, que é grande parte do problema que enfrentamos hoje em dia.

Em relação à ação conservadora e educativa integral destinada à reinserção social do preso e do internado, esta está basicamente composta de três espécies de assistência, as quais valem a pena serem abordadas, ainda que brevemente.

A primeira delas seria a assistência religiosa ou moral, que era o único fim do internamento no início da existência das penas privativas de liberdade, tendo a inspiração reformadora com base em leituras bíblicas e meditação, ocupando lugar importante nas prisões eclesiásticas e nos primeiros sistemas penitenciários. Essa educação moral possui o objetivo de fortalecer o sentido ético da formação do preso. A segunda espécie está representada pela educação intelectual, que busca completar aqueles preceitos formativos necessitados de consolidação como também a instrução elementar necessária àqueles que dela carecem. Por fim, e talvez a mais fundamental, tem-se a assistência social. Uma das tendências atuais do tratamento

---

<sup>140</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini e FRABBRINI, Renato N., **Execução Penal**, 12º ed, São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 50-51.

<sup>141</sup> Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade;

penitenciário é a de que o preso, devido a sua condenação, não deve ser marginalizado socialmente, devendo continuar integrando a sociedade. Nesse sentido, Mirabete cita Luís Garrido Guzman, que afirma, com maestria, que como consequência dessa concepção, é de suma importância fortificar os laços que unem o homem ao seu mundo familiar e social, sendo necessário a incorporação do indivíduo na sociedade, fazendo com que ele faça parte da vida dela e consequentemente conseguindo que se incorpore também o respeito e conservação do mundo de valores dessa sociedade. Toda sociedade democrática prevê normas pelas quais regulam a convivência dos seus membros e o delinquente, mediante a sua atuação ilícita, realiza uma agressão contra esta coletividade. Guzman finaliza afirmando que na socialização, deve-se pretender do autor da infração que no futuro o mesmo respeite essas normas de convivência e se reduza o distanciamento que foi produzido, como consequência da ação delitiva, entre o preso e a sociedade.<sup>142</sup>

Para a obtenção dessa ressocialização e consequente reinserção social do condenado, além do direito nacional, a ONU também prevê regras mínimas que o regime penitenciário deve empregar para alcançar este objetivo, sendo essas regras aplicadas conforme as necessidades individuais de cada preso. Entretanto, como veremos a seguir, os estabelecimentos penais brasileiros não têm condições de propor a integralidade dessas assistências, muitas vezes nem o mínimo fundamental para a subsistência e o respeito à dignidade humana do preso, devido à sua estrutura, recurso financeiro e até interesse do estado.

#### 4.6 ESTABELECIMENTOS PENAIS

Na época em que a prisão se destinava apenas ao indivíduo que estava aguardando a instrução criminal ou a execução da pena, os locais destinados a esta finalidade exigiam apenas características que lhes dessem condições de servirem apenas ao recolhimento, ou seja, impedir a fuga do preso. Porém, a medida que esses prelúdios cautelares para a aplicação da execução da pena começaram a evoluir e a privação de liberdade na prisão começou a ser adotada como pena, surgiu a

---

<sup>142</sup> Guzman, Luís Garrido apud MIRABETE, Julio Fabbrini e FRABBRINI, Renato N., **Execução Penal**, 12<sup>o</sup> ed, São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 52-53.

preocupação com esses locais para a sua nova finalidade. No momento em que a sanção privativa de liberdade se tornou mais frequentemente utilizada, juntou-se a tal preocupação a evolução das ideias a respeito do crime, do criminoso, da pena e da justiça penal, obrigando assim a reflexão a respeito da arquitetura das prisões.<sup>143</sup>

Contudo, nem sempre se teve a consciência da interligação entre o sistema penitenciário e as edificações destinadas ao cumprimento das penas privativas de liberdade. A preocupação pelo desenho arquitetônico da prisão foi surgir muito tempo depois de se começar a aplicar a privação de liberdade como pena e desenvolveu-se apenas quando se abandonou a ideia de que o internamento só tinha como finalidade o castigo ao autor do delito. Hoje não existem dúvidas de que a construção dos estabelecimentos penais deve obedecer criteriosamente aos conhecimentos modernos das ciências penitenciárias e da arquitetura, para que assim seja facilitada a realização dos programas de tratamento ou do processo de reinserção social.<sup>144</sup>

Será exposto mais a frente a grande importância dos estabelecimentos penais para a ressocialização do condenado, uma vez que é nesses estabelecimentos penais que o indivíduo cumprirá a sua pena e, em alguns casos, passara grande parte da vida. Nesse sentido afirma Alvino Augusto de Sá:

há que se repensar profundamente a questão carcerária, e a começar da própria edificação, do próprio arranjo arquitetônico do presídio. Tal arranjo pode estar a serviço, seja de uma piora gradativa da qualidade de adaptação da conduta do preso, rumo à reincidência, seja de uma melhora gradativa, rumo à ressocialização e readaptação social<sup>145</sup>

Hoje, a Lei de Execução Penal, em artigo 82 estabelece que: “Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso”. Outrossim, atendendo a lei vigente, os estabelecimentos penais são: A penitenciária; a colônia agrícola, industrial ou similar; a casa de albergado, o centro de observação, o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e a cadeia pública.

Apesar da previsão desses diversos estabelecimentos, irá se analisar nesse trabalho com mais enfoque a penitenciária, abordando contudo a colônia agrícola, industrial

---

<sup>143</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini e FRABBRINI, Renato N., **Execução Penal**, 12º ed, São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 258

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 259.

<sup>145</sup> DE SÁ, Alvino Augusto. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 238.



ou similar e a casa de albergado, uma vez que também são estabelecimentos destinados ao cumprimento da pena privativa de liberdade e conseqüentemente onde ocorre o trabalho de ressocialização do indivíduo com mais intensidade, além de como visto anteriormente, ser um dos papéis da pena privativa de liberdade, a “reciclagem” do indivíduo para que o mesmo possa voltar a viver em sociedade, respeitando e seguindo as regras estabelecidas por ela.

Antes de abordar cada estabelecimento penal, faz-se importante abordar a questão da separação dos presos nos estabelecimentos penais, não só a separação por tipo de pena/prisão mas também como forma de facilitar tanto o tratamento penitenciário, que difere a depender do estabelecimento que o indivíduo irá cumprir a pena, como as medidas de vigilância. Essa separação é essencial para que se possa atingir a finalidade ressocializadora da pena.

O caput do artigo 84 da LEP prevê a já tradicional separação entre os presos provisórios e os condenados em definitivo, atendendo desta forma ao disposto nas Regras Mínimas da ONU (no 8.b) tendo regra semelhante ao disposto no artigo 300 do CPP. Desta forma, a pessoa submetida à prisão temporária não poderá ser recolhida juntamente com condenados ou até mesmo com aqueles submetidos às demais espécies de prisão provisória. Ainda, vale ressaltar que os presos provisórios, embora sujeitos à disciplina penitenciária, não são submetidos aos mesmos regramentos dos condenados, uma vez que se encontram recolhidos à prisão apenas em face de uma medida cautelar, gozando ainda da presunção de inocência. Outrossim, faz-se de extrema necessidade a separação entre o preso primário e o preso reincidente, uma vez que aquele que delinuiu pela primeira vez, eventualmente em uma situação não habitual, tem melhores condições de reabilitação social do que aquele reincidente, que muitas é um criminoso habitual e, por sua vida marcadamente antissocial, é menos suscetível à readaptação pretendida com a execução da pena. Desta forma, o parágrafo primeiro do artigo 84 da LEP<sup>146</sup> pretende evitar, o máximo possível, o contágio e as nocivas influências do condenado contumaz em relação ao primário, que pode corrompe-los e dificultar o processo de reinserção social daquele indivíduo.<sup>147</sup>

---

<sup>146</sup> Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. § 1º O preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes.

<sup>147</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini e FRABBRINI, Renato N., **Execução Penal**, 12º ed, São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 259.

A título de informação mas que não será discutida nesse trabalho, há ainda aquelas previsões de prisões especiais, destinadas por exemplo a pessoas que ao tempo do fato eram funcionários da Administração da Justiça Criminal ou indivíduos que desempenhavam determinadas atividades públicas ou até mesmo particular, previstas no artigo 295 do CPP<sup>148</sup>.

#### 4.6.1 Penitenciária

Diante da clássica concepção de cárcere único, como lugar que se abrigaria toda classe de delinquentes, os agora modernos postulados penitenciários necessitam uma diversidade de estabelecimentos para alcançar uma das finalidades mais perseguidas pelas técnicas da observação penitenciária: a classificação dos presos. Para que se alcance a individualização do tratamento penitenciário, é necessário a classificação do preso por meio da observação destes, devendo portanto ser destinado ao estabelecimento mais adequado a sua personalidade.<sup>149</sup>

Segundo o entendimento moderno, o que caracteriza e tipifica os estabelecimentos penais não é a natureza do trabalho que, neles, os condenados têm a oportunidade de exercer, mas sim suas condições gerais, que configuram e consubstanciam os diversos regimes de execução das sanções.<sup>150</sup>

O trabalho, o estilo arquitetônico do estabelecimento penal, a disciplina interna e as possibilidades de contato com o exterior são condições que conduzem a uma classificação dos regimes penitenciários, firmando-se assim uma trilogia, obtida

---

<sup>148</sup> Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva: I - os ministros de Estado; II - os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia; III - os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembléias Legislativas dos Estados; IV - os cidadãos inscritos no "Livro de Mérito"; V - os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; VI - os magistrados; VII - os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República; VIII - os ministros de confissão religiosa; IX - os ministros do Tribunal de Contas; X - os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função; XI - os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos.

<sup>149</sup> GUZMAN, Luis Garrido apud MIRABETE, Julio Fabbrini e FRABBRINI, Renato N., **Execução Penal**, 12<sup>o</sup> ed, São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 277.

<sup>150</sup> MIOTTO, Armida Bergamini. **Curso de ciência penitenciária**. São Paulo: Saraiva, 1975, v.2. p. 625

através da evolução do direito penitenciário: estabelecimento fechado, estabelecimento semiaberto e estabelecimento aberto.<sup>151</sup>

Já se tem afirmado que uma autêntica reforma penitenciária deva começar pela arquitetura das prisões. Contudo, nos dias atuais no recinto das prisões respira-se um ar de constrangimento, repressão e verdadeiro terror, intensificado ainda mais pela precária arquitetura de antigas penitenciárias em que há o confinamento de vários presos em celas úmidas, pequenas, de teto elevados e escassa luminosidade e ventilação, em um ambiente que estimula não só o homossexualismo como também o assalto sexual. Não fosse por outras razões, referentes ao procedimento de ressocialização e reinserção social, o respeito à personalidade e intimidade do preso tem levado os legisladores atuais a dispor sobre as condições de espaço e higiene a que deve ser submetida a arquitetura dos estabelecimentos penais, principalmente dedicando regras específicas àqueles destinados ao cumprimento da pena em regime fechado, nas penitenciárias.<sup>152</sup>

Essas regras estão expressamente previstas nos artigos 87 e 88<sup>153</sup> da Lei de Execução Penal, devendo, na pior das hipóteses, serem tomadas como meta para um melhor tratamento penitenciário e conseqüente melhoria no ambiente do estabelecimento penal.

Importante destacar que, por força do artigo 5º, XLVIII da Constituição Federal, as mulheres devem cumprir pena em estabelecimento diverso do estabelecimento destinado aos homens, sendo ainda garantido diversos outros direitos às mesmas, previstos no artigo 5º, L da CF<sup>154</sup>, artigo 89 da LEP<sup>155</sup> e artigo 83 § 2º também da LEP<sup>156</sup>, devido a possibilidade de ter que amamentar e cuidar do seu filho nos primeiros momentos de sua vida.

---

<sup>151</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini e FRABBRINI, Renato N., **Execução Penal**, 12º ed, São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 277.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 280.

<sup>153</sup> Art. 87: A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado. Art. 88: O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

<sup>154</sup> Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

<sup>155</sup> Art. 89: Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

<sup>156</sup> Art. 83: O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

Nesse sentido, segundo Renato Marcão, as penitenciárias e as cadeias públicas devem ter necessariamente celas individuais. Entretanto é público e notório que o sistema penitenciário brasileiro ainda não se ajustou aos artigos previstos na LEP, não havendo, reconhecidamente, presídio adequado ao que ele chama de idealismo pragmático da LEP. A verdade é que, em face da carência absoluta nas penitenciárias, os apenados sempre reclamam mal-estar nas acomodações, constrangimento ilegal, descumprimento dos seus direitos fundamentais e impossibilidade de readaptação à vida social. Entretanto, é de sentir que, certamente, mal maior seria a reinserção desse indivíduo na convivência da sociedade, uma vez que não está provadamente recuperado logo sem condições de coexistir com ela<sup>157</sup>

Desta forma, conclui-se assim que efetivamente, as penitenciarias estão superlotadas, e em muitas delas, os condenados, esquecidos pela sociedade, que os esconde atrás dos muros, aglomeram-se em celas coletivas, dormem no piso sem nenhuma proteção, colchão ou agasalho. Em algumas outras, de segurança máxima, o risco é tamanho que as autoridades só conseguem adentrar nas galerias se foram acompanhadas pela polícia de choque. Não raro, os conflitos pessoais são resolvidos pelos próprios presos, haja vista que a notória insuficiência de funcionários e o perigo constante de motins, que os fazem de reféns.<sup>158</sup>

As penitenciarias passam assim a se tornar um instrumento para a violação dos direitos humanos e fundamentais, um estabelecimento com suas próprias leis, onde a lei da selva prevalece, e o estado, que deveria reger e organizar tal estabelecimento, atua apenas como telespectador sem nenhuma intenção de promover uma real mudança, pois aqueles que estão ali estão esquecidos pela sociedade e são, para grande parte das pessoas, meros parasitas sociais.

Resumindo, se a prisão, de acordo com o que afirmam alguns, não melhora as pessoas, há que se esperar, pacientemente, pela ação do poder, que elas, pelo menos, não as torne piores do que são e que ofereçam condições mínimas para que

---

§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

<sup>157</sup> MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 94.

<sup>158</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella, **Das penas e seus critérios de aplicação**, 4º ed. rev. atual., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 162

os ali condenados escolhem livremente entre continuar sendo diferentes ou alcançarem a ressocialização possível.<sup>159</sup>

#### 4.6.2 Colônia Agrícola, Industrial ou Similar

A ideia de um regime de transição entre o regime fechado e o regime aberto ou liberdade condicional surgiu na Suíça, onde se fez a primeira experiência na prisão de Witzel, servindo a partir de então como modelo para diversos outros estabelecimentos e sistemas prisionais.

A colônia agrícola, industrial ou similar destina-se ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto, conforme dispõe o artigo 91<sup>160</sup> da Lei de Execução Penal. Apesar do sistema semiaberto ser um inegável avanço, percebeu-se que existiam alguns inconvenientes, como por exemplo o de os estabelecimentos estarem situados na zona rural e serem destinados ao trabalho agrícola, situações estas que os condenados oriundos das cidades não se adaptavam muito bem. Diante dessa dificuldade, idealizou-se um sistema misto, com setores industriais nas prisões semiabertas ou até mesmo com a instalação de colônias industriais, e por conta disso hoje fala-se que o condenado em regime semiaberto cumpre sua pena em colônia agrícola, industrial ou similar.<sup>161</sup>

Por óbvio, os condenados que cumprem a sua pena em regime semiaberto já possuem um senso de responsabilidade maior do que aqueles que cumprem o regime fechado. Esses condenados se submetem à disciplina do estabelecimento e cumprem sua pena, via de regra, sem nenhuma intenção de fuga. Contudo, apesar de possuir esse senso de responsabilidade e cumprir a sua pena de forma adequada, os mesmos ainda não estão prontos para cumprir a pena em regime aberto, interagindo com a sociedade. Desta forma, a colônia agrícola, industrial ou similar possui uma estrutura arquitetônica diferente da penitenciária, mais simples.

---

<sup>159</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella, **Das penas e seus critérios de aplicação**, 4º ed. rev. atual., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 164

<sup>160</sup> Art. 91: A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto.

<sup>161</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini e FRABBRINI, Renato N., **Execução Penal**, 12º ed, São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 284.

Nesse tipo de estabelecimento penal, deverá existir uma relativa liberdade para os presos, a vigilância é moderada, os guardas não andam armados, os muros são mais baixos, e o regime se baseia na responsabilidade do condenado perante o regular cumprimento da pena, logo, enfatizando o sentido de responsabilidade do preso.<sup>162</sup>

Infelizmente, o Estado brasileiro negligencia bastante esse tipo de estabelecimento penal. A maioria das colônias são verdadeiras adaptações, e a falta de vagas se torna um problema sério, uma vez que aqueles aptos a progredirem para este regime permanecem indevidamente no regime fechado ou em alguns outros casos é concedido ilegalmente a prisão em albergue domiciliar, inserindo um indivíduo ainda em processo de ressocialização na sociedade precocemente.

#### 4.6.3 Casa do Albergado

A prisão albergue foi instituída no Brasil no ano de 1977, com a promulgação da Lei de número 6.416, que alterou dispositivos do código penal, do código de processo penal e da Lei de contravenções penais.

O artigo 93<sup>163</sup> da Lei de Execução Penal determina que a casa de albergado será destinada ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto, como também da pena de limitação de fim de semana. A casa de albergado é uma espécie de prisão noturna, sem obstáculos materiais ou físicos contra fuga. Em relação à segurança nesse tipo de estabelecimento, esta resume-se no senso de responsabilidade do condenado, diferente da colônia, onde havia uma segurança mínima pois o indivíduo, apesar de possuir um certo senso de responsabilidade, ainda não está preparado para o convívio em sociedade.<sup>164</sup>

Neste estabelecimento penal, o condenado é submetido a uma experiência real de liberdade, sob uma motivação de readquirir a liberdade plena, que permite que essa fatoração seja reavaliada e substituída por comportamento diverso, o que nunca

---

<sup>162</sup> CAPEZ, Fernando. Execução penal simplificado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 61.

<sup>163</sup> Art. 93: A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

<sup>164</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini e FRABBRINI, Renato N., **Execução Penal**, 12º ed, São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 287.

seria possível acontecer em um estabelecimento penal mais rigoroso, como em uma penitenciária, pois é impossível treinar um homem preso para viver em liberdade.<sup>165</sup>

Nesta “experiência real de liberdade”, o condenado deverá, fora do estabelecimento, trabalhar, estudar ou fazer qualquer outra atividade, desde que autorizada. Durante esse período, não haverá vigilância alguma, uma vez que, como já dito anteriormente, a proposta desse regime é aprimorar ainda mais a autodisciplina e o senso de responsabilidade do condenado. Já no período noturno e nos dias de folga, o condenado deve ser recolhido, retornando à casa do albergado, de acordo com o artigo 36 caput e §1º do CP<sup>166</sup>.

Vale ressaltar que a casa do albergado não se destina apenas àqueles condenados que cumprem pena em regime aberto, mas também aos indivíduos condenados à pena de limitação de fim de semana, prevista no artigo 48 caput do CP<sup>167</sup>. A título de informação, a limitação de fim de semana consiste em permanecer, durante o fim de semana, em casa do albergado por cinco horas diárias.

Por fim, a lei determina que a casa do albergado deva situar-se em centro urbano, pois assim facilita a possibilidade de acesso ao trabalho, escola ou até mesmo estabelecimento em que o condenado irá efetuar suas atividades. Contudo, como no caso das colônias, o Brasil enfrenta o mesmo problema de espaço e estrutura, o que nesse caso é realmente intrigante, pois este tipo de estabelecimento requer o mínimo de estrutura possível. Assim, diante desse cenário, o que ocorre rotineiramente é o indivíduo cumprir tanto a pena privativa de liberdade em regime aberto quanto a pena de limitação de fim de semana em regime domiciliar, o que é um erro, pois há a possibilidade do indivíduo cumprir a pena em ala distinta de estabelecimento destinado ao cumprimento de pena em regime fechado e em regime semiaberto, desde que, por óbvio, não haja uma interação entre esses condenados.

---

<sup>165</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 141.

<sup>166</sup> Art. 36: O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. § 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

<sup>167</sup> Art. 48: A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

## **5 O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.**

É certo que determinados direitos fundamentais não se aplicam aos presos. Entretanto, a atenção e respeito àqueles que não se encontram suspensos se tornam determinantes para o alcance da ressocialização do apenado.

Neste capítulo será abordado aqueles direitos fundamentais que, quando respeitados, possuem um maior grau de influência na ressocialização do apenado, porém, quando desrespeitados, ao invés de melhorar, acabam por piorar o indivíduo encarcerado. É evidente que o respeito a outros direitos fundamentais não abordados neste tópico também são de extrema importância. Nenhum direito pode ser negado àqueles que mais necessitam.

### **5.1 ESTRUTURA DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS**

É evidente que, antes que se fale em respeito aos direitos fundamentais do preso, é preciso uma análise das estruturas dos estabelecimentos prisionais, pois, para que haja o devido respeito a estes direitos, é imprescindível que o estabelecimento prisional possua estrutura e meios para a máxima efetivação destes.

Atualmente, os estabelecimentos prisionais brasileiros encontram-se em crise. Não raramente vemos nos noticiários reportagens sobre superlotação, fugas e rebeliões. A respeito das rebeliões, não muito tempo atrás aconteceu uma onda de rebeliões em diversos estados brasileiros, ocorrendo diversas mortes.

De certo, não deve-se culpar apenas a falta de estrutura como fator único dos motivos dessas rebeliões, contudo, sabemos que a falta de estrutura, a superlotação e o desrespeito aos direitos básico do ser humano acabam por atuar como catalisador desses eventos.



Zaffaroni<sup>168</sup>, ao criticar a pena de prisão, mostra exatamente o reflexo da situação atual:

A cadeia é uma gaiola, um aparelho, uma máquina de fixar os comportamentos desviados das pessoas e agravá-los. Só serve para isso. É a estrutura da cadeia que é assim. Há quase 200 anos nós sabemos que a cadeia do século passado fazia a mesma coisa que a cadeia de hoje. Os mesmos problemas, as mesmas dificuldades, tudo igual.

Em decorrência à falta de estrutura adequada, a cada ano que passa, o número de evasões/fuga aumenta. Segundo a Revista “A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro”<sup>169</sup>, em 1.438 estabelecimentos penais foram 14.228 fugas só no ano de 2015, sendo que apenas 3.867 foram recapturados e 3.733 retornaram espontaneamente. Falando em rebeliões, foram 144 rebeliões no ano de 2015.

Devido à falta da presença do estado, os condenados tomam o controle da situação, impondo o seu modo de vida. Esse é o cenário atual, a falta de estrutura e de comprometimento do estado perante as unidades penitenciárias acaba por ferir incisivamente o direito dos condenados, assim como sua dignidade humana, uma vez que para viver em um ambiente como aquele, o indivíduo muitas vezes necessita deixar de lado o seu lado humano para tornar-se outra coisa.

O grau de descaso das autoridades brasileiras com os direitos fundamentais dos presos é tanta, que uma reportagem veiculada no dia 13/09/2017 denunciou o tratamento degradante que alguns presos estavam sendo expostos. Segundo a reportagem, haviam 26 presos algemados em 11 viaturas, devido à falta de espaço nos estabelecimentos adequados, muitos deles em porta-malas para evitar fuga.<sup>170</sup>

Não obstante os problemas de superlotação e do ócio diário dos condenados, os estabelecimentos prisionais, principalmente as penitenciárias, enfrentam um grande problema relacionado à saúde dos que ali se encontram presos. Os estabelecimentos penais passaram a ser uma grande estrutura transmissora das mais diversas doenças, como tuberculose e HIV.

---

<sup>168</sup> ZAFFARONI, Raul Eugenio. **Desafios do Direito Penal na Era da Globalização**. Revista Cidadania e Justiça da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 2, n. 5, 1998, p. 202.

<sup>169</sup> A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro - 2016 / Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília : CNMP, 2016. 344 p. il.

<sup>170</sup> LEDUR, Paulo. **Com superlotação, presos ficam algemados em viaturas em Porto Alegre**. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/com-superlotacao-presos-ficam-algemados-em-viaturas-em-porto-alegre.ghtml>. Acesso em: 1 ago. 2017.

Percebe-se que o respeito aos direitos fundamentais do preso está intimamente ligado à estrutura dos estabelecimentos penais, pois apenas com uma estrutura adequada, esses direitos poderão ser efetivados.

## 5.2 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581/RS

O RE 592.581 originário do estado do Rio Grande do Sul, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski marca um importante passo para uma melhoria da atual situação dos presídios brasileiros.

Este recurso extraordinário foi interposto contra acórdão que reformou a sentença de primeiro grau, que concluiu não competir ao Judiciário determinar ao executivo a realização de obras em estabelecimento prisional, sob a alegação de indevida invasão de campo decisório reservado à administração pública<sup>171</sup>. Importante citar ementa do acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DETERMINAÇÃO AO PODER EXECUTIVO DE REALIZAÇÃO DE OBRAS EM PRESÍDIO. DESCABIMENTO. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. (...) O texto constitucional dispõe sobre os direitos fundamentais do preso, sendo certo que as precárias condições dos estabelecimentos prisionais importam ofensa à sua integridade física e moral. A dificuldade está na técnica de efetivação desses direitos fundamentais. (...) Aqui o ponto: saber se a obrigação imposta ao Estado atende norma constitucional programática, ou norma de natureza impositiva. Vê-se às claras, que mesmo não tivesse ficado no texto constitucional senão que também na Lei das Execuções Criminais, cuida-se de norma de cunho programático. Não se trata de disposição auto-executável, apenas traça linha geral de ação ditada ao poder público. (...) Pois a 'reserva do possível', no que respeita aos direitos de natureza programática, tem a ver não apenas com a possibilidade material para sua efetivação (econômica, financeira, orçamentária), mas também, e por consequência, com o poder de disposição de parte do Administrador, o que imbrica na discricionariedade, tanto mais que não se trata de atividade vinculada. Ao Judiciário não cabe determinar ao Poder Executivo a realização de obras, como pretende o 4 Autor Civil, mesmo pleiteadas a título de direito constitucional do preso, sob pena de fazer as vezes de administrador, imiscuindo-se indevidamente em seara reservada à Administração. Falta aos Juízos, porque situados fora do processo político-administrativo, capacidade funcional de garantir a efetivação de direitos sociais prestacionais, sempre dependentes de condições de natureza econômica ou financeira que longe estão dos fundamentos jurídicos.

---

<sup>171</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n 592.581-RS**, Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>. Acesso em: 28 ago: 2017.

No RE, o Ministério Público do Rio Grande do Sul alegou ofensa aos artigos 1, III, e 5, XLIX, ambos da Constituição Federal sob o argumento que a decisão recorrida desconsiderou a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, assim como a impossibilidade de questões de ordem orçamentária impedirem políticas públicas vocacionada à implementação de direitos fundamentais.

Além disso, o Ministério Público alegou que a integridade física e moral dos presos configuraria interesse de natureza geral, consubstanciando direito fundamental, o qual obrigatoriamente deve ser observado pelo Estado, uma vez que tem como um de seus pilares a dignidade da pessoa humana. Por fim, requereu que o Governo do Rio Grande do Sul fosse obrigado a realizar obras de reforma no prazo de seis meses.

Em sua decisão, o Ministro Ricardo Lewandowski cassou o acórdão recorrido, mantendo a condenação de primeiro grau que determinava que o Estado do Rio Grande do Sul realizasse as reformas necessárias para o atendimento aos direitos fundamentais dos presos.

Esta decisão proferida pelo STF demonstra o estado caótico dos estabelecimentos prisionais brasileiros, onde é preciso que o judiciário intervenha a fim de que reformas estruturais sejam feitas para que estas possam ter o mínimo de condição de abrigar indivíduos presos, respeitando seus direitos fundamentais.

### 5.3 A VIOLACAO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUAMANA

Durante o cumprimento da pena, o apenado é titular de proteção de diversos direitos decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana. Logo, a pena deve-se basear neste princípio, sendo vedada qualquer punição de caráter degradante ou cruel, devendo estrita obediência ao quanto previsto na Lei de Execução Penal e na Constituição Federal.

Porém, o que se tem ocorrido é a constante violação dos direitos dos presos. Ao ingressar nos estabelecimentos penais, além da suspensão daqueles direitos decorrentes da condenação penal, o mesmo está sendo submetido às mais variadas

formas de violação de direitos fundamentais e conseqüentemente a perda de sua dignidade.

Para ilustrar a realidade vivida hoje nos estabelecimentos penais, faz-se relevante o narrado por Ivan Carvalho Junqueira<sup>172</sup> quando da visita da II Caravana Nacional de Direitos Humanos a uma delegacia no Ceará:

(...) as celas são imundas, de tal forma que o odor fétido que exalam pode ser sentido ainda no pátio interno do distrito policial. Todas elas são escuras e sem ventilação. Ao alto, em uma das paredes, há uma pequena abertura gradeada com não mais que quinze centímetros de largura. No chão, em meio a sujeira e lixo, transitavam com desenvoltura dezena de baratas. Nas paredes laterais das celas, inscrições firmadas com sangue dos seus autores nos oferece a sugestão de sofrimentos passados. Também nas paredes, outras mensagens gravadas com o auxílio de cascas de banana complementam a sujeira toda. Ao alto, no teto desses cárceres, centenas de pequenos aviõezinhos de papel, confeccionados pelos internos, encontram-se grudados pelo 'bico', como se ali se depositasse simbolicamente uma compreensível vontade de 'voar'. A visão geral é deprimente. Todos esses presos estão obrigados a dormir no chão, sobre a laje, sem que lhes seja oferecido sequer um colchão ou uma manta. Disputam, assim, espaço com os insetos. A nenhum deles é permitido que tenha acesso, mesmo que restrito, a qualquer área aberta. Não tomam sol, não caminham nem se exercitam. A longa permanência naquele lugar nojento lhes provoca crises nervosas, acessos de choro e doenças, as mais variadas, destacadamente as doenças de pele e as bronco-pulmonares. Assegura-lhes também, uma coloração especial, algo assim como um tom esmaecido entre o branco e o amarelo, pelo que é possível lembrar, alternadamente, as imagens de hepáticos que perambulassem ou de cadáveres que insistissem em viver.

O relato acima descreve perfeitamente o que ocorre não só na delegacia visitada, mas também nos estabelecimentos penais espalhados por todo o território brasileiro. As ofensas contra a dignidade da pessoa humana necessitam serem encaradas como ofensas contra o Estado Democrático de direito, não devendo ser toleradas ou passar impune.

Isso ocorre pois, muitas vezes, o preso deixa de ser visto como um indivíduo que tem assegurado todas as garantias constitucionais, pelo simples fato de ter sido privado de sua liberdade. É preciso que o indivíduo preso seja reconhecido como ser dotado de dignidade, entendendo esta qualidade como algo inerente à essência do ser humano, bem jurídico absoluto e portanto inalienável, irrenunciável e intangível.<sup>173</sup>

---

<sup>172</sup> JUNQUEIRA, Ivan Carvalho. **Dos Direitos Humanos do Preso**. São Paulo, Lemos e Cruz, 2005.

<sup>173</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 125.

A dignidade humana constitui-se em uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano. Cada um é merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e também da comunidade, implicando em um complexo de direitos e deveres fundamentais que possam assegurar a pessoa proteção tanto contra todo e qualquer ato degradante e desumano, como também venham a garantir condições existenciais mínimas para uma vida digna.<sup>174</sup>

Há uma dificuldade de compreender que o Estado somente existe em função da pessoa humana, jamais podendo-se esquecer que o homem constitui a finalidade precípua e não meio da atividade estatal.<sup>175</sup>

#### 5.4 A VIOLACAO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É imprescindível que a execução penal respeite os direitos fundamentais assegurados aos presos pela Constituição Federal. No rol dos direitos fundamentais há tanto direitos específicos dos presos como direitos comuns a todos os cidadãos, que também são aplicados aos presos<sup>176</sup> caso não tenham sido suspensos pela pena imposta, como por exemplo a liberdade de locomoção.

Entretanto, a realidade atual é oposta ao determinado pela Carta Magna. É recorrente a violação de diversos direitos fundamentais nos estabelecimentos penais e tanto a população em geral como as autoridades fingem não conhecer do problema.

Atualmente, busca-se incessantemente o reconhecimento dos direitos fundamentais, mas a crise vivenciada pelo Estado não permite que os direitos fundamentais esculpidos na Constituição Federal sejam cumpridos<sup>177</sup>. Este cenário reflete em todas as áreas sociais, principalmente no âmbito do direito penal, uma vez que o poder estatal utiliza-se das prisões como a principal forma de controle da ordem,

<sup>174</sup> SARLET, op. cit., 2002, p. 62.

<sup>175</sup> SCHROEDER, Simone. **Regressão de Regime: Uma Releitura Frente aos Princípios Constitucionais. Abordagem Crítica.** In: Carvalho, Salo de (org.). **Crítica à Execução Penal.** Doutrina Jurisprudência e Projetos Legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 621.

<sup>176</sup> BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução Penal.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 59

<sup>177</sup> MORAIS, José Luís Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 23

esquecendo, entretanto, que os objetivos e limites de sua atuação estão estabelecidos e vinculados aos direitos fundamentais.<sup>178</sup>

Todos os dados a seguir, neste tópico, foram retirados do relatório intitulado “A Visão do Ministério Público Sobre o Sistema Prisional Brasileiro”<sup>179</sup>.

#### **5.4.1 Individualização da Pena**

O artigo 5, XLVI da Constituição Federal de 1988 prevê a individualização da pena como forma de garantir que a sanção aplicada ao indivíduo será aplicada de acordo com a gravidade do delito praticado. Desta forma, o estado deve tratar cada indivíduo de forma singular.

Apesar de haver a previsão de individualização das penas, não é isso que ocorre na prática. Segundo relatório intitulado “A Visão do Ministério Público Sobre o Sistema Prisional Brasileiro”, elaborado pelo seu conselho nacional, de 1.438 estabelecimentos penais apenas 279 separam os presos provisórios dos presos em cumprimento de pena; apenas 461 separam os presos que cumprem penas em regimes distintos; apenas em 142 os maiores de 60 anos são mantidos separados dos demais; em 155 estabelecimentos penais os presos primários são mantidos separados dos presos reincidentes; apenas em 325 estabelecimentos os presos são mantidos separados conforme a natureza do delito cometido; em 482 estabelecimentos penais os presos são mantidos separados de acordo com a identificação de grupos ou facções criminosas.

Com esses números, percebe-se que a teoria é muito diferente da prática.

#### **5.4.2 Assistência Material, Assistência à Saúde e Assistência à Educação**

Estes direitos estão previstos no artigo 6 da Constituição Federal de 1988, e os direitos à assistência material e à assistência à saúde guardam estrita relação com o

---

<sup>178</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 19.

<sup>179</sup> A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro - 2016 / Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília : CNMP, 2016. 344 p. il.

direito previsto no artigo 5 XLIX que prevê que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Porém, como é sabido, a realidade é muito diferente daquilo que está previsto.

Em relação à saúde, de um total de 1.438 estabelecimentos prisionais no Brasil, apenas 579 possuem farmácia; 355 possuem procedimentos específicos para a troca de roupas de cama e banho, além de uniforme, em face de patologias de presos; apenas 1.002 estabelecimentos distribuem preservativos; apenas 437 possuem atendimento pré-natal às presas gestantes.

No que se refere à assistência material, apenas 490 estabelecimentos penais possuem camas para todos os presos; 1.059 possuem colchões para todos os presos; 516 fornecem roupa de cama e 494 estabelecimentos fornecem toalha de banho.

Por fim, em relação à assistência educacional, os números não são nada melhores. Ainda de um total de 1.438 estabelecimentos penais, apenas 626 unidades possuem biblioteca; 678 unidades possuem atividades culturais e de lazer e apenas 833 unidades possuem espaços para práticas esportivas.

#### **5.4.3 Integridade Física do Preso**

Como dito no tópico anterior, a Constituição Federal, em seu artigo 5 XLIX prevê, como direito fundamental, a integridade física do preso. Assim como feito nos tópicos anteriores, é de fundamental importância analisarmos os números para ter uma noção da realidade atual, e se realmente esse direito fundamental tão importante é respeitado dentro dos muros dos estabelecimentos penais.

Tomando como base ainda os 1.438 estabelecimentos penais, em 2015 o número de suicídios foi de 73 presos; o número de homicídios 164; o número de mortes chegou a 954; o número de presos com ferimentos foi de 5.520 e o número de lesões corporais alcançou 2.498.

Esses altos números demonstram a grande falência do sistema prisional brasileiro e seus estabelecimentos penais.

Além dos direitos violados acima citados, é de suma importância frisar que estes são apenas alguns dos direitos desrespeitados, diversos outros direitos previstos na Constituição Federal, a maioria em seu artigo 5, também são violados recorrentemente, e não apenas os direitos especificamente dos presos, como a proibição de tortura, visita, assistência religiosa ou judiciária gratuita, mas também os direitos fundamentais como um todo, como o direito à vida, trabalho e educação.



## 6 CONCLUSÃO

Após o que foi apresentado neste trabalho, percebe-se a importância não só da finalidade da pena, mas também como a pena é tratada, vista e aplicada pelo estado. Percebe-se também a grande importância do respeito aos direitos fundamentais dos presos e de uma estrutura adequada para e sua eficácia.

Com uma análise minuciosa das diversas teorias que a pena possui, resta cristalino que a teoria que o Estado brasileiro se filia é a mais acertada, buscando reprimir e ao mesmo tempo prevenir futuros delitos.

Essa finalidade da pena é trabalhada principalmente na pena privativa de liberdade, importa a indivíduos infratores que cometam uma ilicitude tão gravosa que mereça o suprimento de um direito importantíssimo quanto a liberdade de ir e vir.

Ocorre que os condenados acabam por ter mais direitos suprimidos do que aqueles decorrentes da condenação penal. Como foi visto, os presos são privados dos direitos mais básicos, ferindo diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Além dos capítulos que tratam sobre a pena e a sua finalidade, foi abordado diversos aspectos dos direitos fundamentais e sua importância para o indivíduo, assim como a importância de uma estrutura penitenciária adequada para o regular cumprimento de pena, onde os direitos fundamentais possam ser respeitados.

Os números trazidos no último capítulo mostram com clareza a realidade das penitenciárias brasileiras. Indivíduos vivendo como animais, em celas superlotadas, sem higiene ou privacidade.

A integridade física do preso está a todo momento em risco, rebeliões são constantes uma vez que, chegado determinado momento, o sofrimento torna-se insuportável. Os presos estão esquecidos e suas celas, principalmente nas penitenciárias, vivendo em condições degradantes.

A falta de estrutura e o desrespeito aos direitos fundamentais nos estabelecimentos penais acabam por atuar de maneira contrária a finalidade da pena, qual seja, a ressocialização e a conseqüente reintegração do indivíduo ao convívio social.

Somando a precariedade dos estabelecimentos com o desrespeito aos direitos fundamentais dos condenados, não há que se falar em finalidade ressocializadora da pena, preventiva de futuros delitos. Muito pelo contrário, no momento em que se mistura facções distintas, presos de diferentes periculosidades e regimes em um mesmo espaço, o resultado é um só: o aumento da violência, não só dentro dos estabelecimentos penais, pondo em risco a integridade física dos presos, mas também o aumento da violência e criminalidade de toda uma sociedade, pois um dia eles serão soltos.

Pode-se dizer que os estabelecimentos penais, hoje, são utilizados como uma verdadeira graduação em criminalidade, criando um abismo entre ex-detentos e a sociedade, prejudicando, muitas vezes, devido ao preconceito, aquele que efetivamente possui a intenção de se reinserir na sociedade de maneira digna.

A verdade é que existe uma verdadeira ausência de compromisso por parte do Estado com a realidade carcerária do país. A realidade é que o problema carcerário nunca foi uma preocupação das autoridades brasileiras, pois, além de demandar um alto investimento público, o próprio Estado não acredita que o preso possa ser ressocializado, o que, de certa forma, reflete a opinião de grande parte da população brasileira.

Diante de todo o exposto, é evidente que é necessário se repensar no caminho a ser tomado. Os números apresentados demonstram a falência do sistema prisional, e por incrível que pareça esses números apenas crescem.

Primeiramente, é necessária uma mudança de pensamento, tanto da sociedade como das autoridades públicas para que não vejam uma reforma de um estabelecimento penitenciário como dinheiro jogado fora ou para a mordomia dos presos. É necessário garantir um mínimo de estrutura para que esses presos possam ser abrigados e possam passar por uma devida ressocialização.

Além disso, com uma estrutura adequada, facilitaria a individualização da pena, separando os presos pelo seu regime adequado ou pela gravidade do ilícito cometido.

Em segundo lugar, com estabelecimentos adequados, o respeito aos direitos fundamentais dos presos que lá se encontram é fator primordial para a sua ressocialização. Ainda que o mesmo não queira ser ressocializado, pois nem todos podem ser, ainda assim são seres humanos e devem ter seus direitos garantidos, como a Constituição prevê. Além do mais, o desenvolver das atividades ressocializadoras como o trabalho e o estudo ficam muito mais fácil e eficaz, assim como a disponibilização da assistência ao detento se tornará mais simples, respeitando sempre os seus direitos.

Concluindo com Ingo Sarlet<sup>180</sup>:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças..

A pena do jeito que é tratada hoje em dia é inconstitucional. O não respeito a direitos básicos dos presos, como seus direitos fundamentais e sua dignidade suja a nossa sociedade que se diz democrática.

---

<sup>180</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 61.

## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_\_, Claus. ARZT, Gunther, TIEDEMANN, Klaus. **Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal**. Tradução Inter Naciones. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n 3.689**, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>

\_\_\_\_\_. **Lei 7.210**, de 11 de Julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>

A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro - 2016 / Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília : CNMP, 2016. 344 p. il.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**.

ALVIM, Rui Carlos Machado, A Pena Privativa de Liberdade e a Cadeia: Um Caso de Incompatibilidade de Gêneros, **Revista dos Tribunais**, ano 81, Vol. 681, *in* FILHO, Carlos Henrique de Carvalho, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

ANGEL, Marc. **A nova defesa social**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ARÚS, Francisco Bueno. Panorama Comparativo dos Modernos Sistemas Penitenciários. **Revista dos Tribunais - Ano 61**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal: v. 1 Parte Geral**, 9ª ed, São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas** . Trad. De Flório de angelis. Bauru, Edipro, 1997.

- BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução Penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 59
- BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, Vol. 1, 19º ed., São Paulo: Saraiva, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8 Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOSCHI, José Antonio Paganella, **Das penas e seus critérios de aplicação**, 4º ed. rev. atual., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2006.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 137
- BRASIL. **Decreto-Lei n 2.848**, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n 592.581-RS**, Recorrente: Ministério Público do Estado de Rio Grande do Sul, Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>. Acesso em: 28 ago: 2017.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 2 ed. rev. Coimbra: Livraria Almeida, 1998.
- CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARNELUTTI, Francesco, **Lições Sobre o Processo Penal**, Vol. 1, 1º ed., Campinas: Bookseller, 2004.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. P. 170.
- CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 6 ed. São Paulo: Ática, 1995.
- CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2015.
- DE SÁ, Alvino Augusto. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DOS SANTOS, Juarez Cirino, **Direito Penal**, Parte Geral, 3º Ed., Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

FOPPEL EL HIRECHE, Gamil. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Foucault, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhete. 42 Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

FRAGOSO, Heleno. **Direito dos presos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal**, Parte Geral, Vol. 1, 11ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

JUNQUEIRA, Ivan Carvalho. **Dos Direitos Humanos do Preso**. São Paulo, Lemos e Cruz, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. Regimes de Cumprimento da Pena Privativa de Liberdade e Supremacia da Ordem Constitucional. **Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LEDUR, Paulo. **Com superlotação, presos ficam algemados em viaturas em Porto Alegre**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/com-superlotacao-presos-ficam-algemados-em-viaturas-em-porto-alegre.ghtml>>. Acesso em: 1 ago. 2017.

LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4666>>. Acesso em: 12 ago. 2017

MACHADO JÚNIOR, João Batista. O Trabalho do Preso como Fator de Ressocialização e a sua Natureza Jurídica. **Revista do Ministério Público do Trabalho** – Ano VIII, n. 15, Brasília: Editora LTr, 1988.

Manoel Valente Figueiredo Neto, **A ressocialização do preso na realidade brasileira: perspectivas para as políticas públicas**, âmbito-jurídico. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6301](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6301) . acesso em: 12/05/2015.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. Saraiva. 2016.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5 Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. MIOTTO, Armida Bergamini. **Curso de ciência penitenciária**. São Paulo: Saraiva, 1975, v.2.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FRABBRINI, Renato N., **Execução Penal**, 12º ed., São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAIS, José Luís Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MS n 22.164- SP, Pleno, Relator Min. Celso de Mello. DJ 17.11.95

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Direito Penal**, 10º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PRADO, Luiz Regis Prado, **Curso de Direito Penal Brasileiro**, Vol. 1, 8º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

REALE JUNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

RIBEIRO, Maurício Rocha. Considerações Sobre a Pena Privativa de Liberdade. **Revista de Direito da Defensoria Pública**. Ano 6, número 8, Rio de Janeiro: Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro, 1995.

RODRIGUES, Anabela Miranda, **A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade**, Coimbra Editora, 1995.

ROTHENBURG, Walter Claudius apud CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9 Ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – parte general: fundamentos de la estructura de la teoria del delito** – volume 1 – Tradução Diego Manoel Luzón Pena, Miguel Dias, Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civistas, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang apud CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9 Ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**.

SCHROEDER, Simone. **Regressão de Regime: Uma Releitura Frente aos Princípios Constitucionais. Abordagem Crítica**. In: Carvalho, Salo de (org.). **Crítica à Execução Penal**. Doutrina Jurisprudência e Projetos Legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TAVARES, Andre Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAFFARONI, Raul Eugenio. **Desafios do Direito Penal na Era da Globalização**. Revista Cidadania e Justiça da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 2, n. 5, 1988.