



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU***  
**CIÊNCIAS CRIMINAIS**

**RAFAEL PORTO DOS SANTOS**

**A CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: A FALÊNCIA  
DOS ASPECTOS PREVENTIVOS E RETRIBUTIVOS DA PENA DE  
PRISÃO E SOLUÇÕES ALTERNATIVAS**

Salvador  
2016

**RAFAEL PORTO DOS SANTOS**

**A CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: A FALÊNCIA  
DOS ASPECTOS PREVENTIVOS E RETRIBUTIVOS DA PENA DE  
PRISÃO E SOLUÇÕES ALTERNATIVAS**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de Direito e Gestão como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Ciências Criminais, sob a orientação do Professor Doutor Gamil Foppel El Hireche.

Salvador  
2016

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, de início, a Deus que me proporcionou força e equilíbrio para dar início a mais uma etapa da minha vida acadêmica.

Agradeço também, aos meus pais, que dedicaram tempo e suor para que eu concluísse este trabalho, dando continuidade aos meus estudos. Por oportuno, agradeço também aos meus irmãos que fazem parte dessa caminhada.

Agradeço a todo o corpo acadêmico da Faculdade Baiana de Direito pela oportunidade, pela disposição em ajudar e pelo incentivo incondicional a melhoria do nível técnico e educacional dos seus alunos.

Enfim, agradeço a todos que de forma direta ou indireta guiaram meus passos nesta jornada, incentivando, apoiando, ensinando e tornando esta etapa gratificante.

“O sistema carcerário nacional, além de não possuir as condições mínimas para a concretização do projeto corretivo previsto nas normas nacionais e internacionais, apresenta uma eficácia invertida, isto é, atua de forma deformadora e estigmatizante sobre o condenado.”

Juarez Tavares

## RESUMO

O presente artigo possui o escopo de evidenciar a crise instalada no sistema penitenciário brasileiro, a falácia dos aspectos utilitaristas e retributivos que norteiam atualmente a aplicação da pena privativa de liberdade, além de trazer à tona a necessidade da efetiva implantação das soluções alternativas ao encarceramento. Este trabalho faz também uma leitura dos antecedentes históricos da pena privativa de liberdade e dos sistemas penitenciários que perduraram ao longo dos séculos, bem como sua evolução histórica, até sua aplicação na atualidade. Em acréscimo, serão abordados os princípios aplicáveis a execução penal e a inocuidade de grande parte dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais presentes no ordenamento jurídico que serviriam para garantir direitos mínimos e fundamentais ao condenado a pena privativa de liberdade. O sistema prisional alcançou um patamar insustentável. Os dispositivos legais são falaciosos. A Constituição da República Federativa do Brasil não é inserida na realidade do sistema carcerário vigente. O Executivo permanece inerte diante da barbárie. A sociedade e os reclusos, literalmente, perecem diante de tão vergonhosa situação. Nesta monografia a proposta é mostrar as feridas do sistema penitenciário brasileiro, abordando o que é desprezível, o que é insustentável e o que deve ser feito para que seja alcançado um patamar, ao menos, digno de civilizações racionais.

**Palavras-chave:** Sistema penitenciário; Pena de prisão; Aspectos preventivos e retributivos; Crise; Ressocialização; Falência; Soluções alternativas.

## ABSTRACT

This article has the scope to highlight the crisis in the Brazilian penitentiary system, the fallacy of the utilitarian aspects and retributive that currently guild the implementation of custodial sentence, in addition to bringing to the fore the need for the effective implementation of alternatives to incarceration. This work is also a reading of the historical background of the custodial sentence and prison systems that have endured over the centuries, as well as its historical evolution, until your application today. In addition, will be addressed the principles applicable to criminal enforcement and the safety of much of the infra-constitutional and constitutional devices present in national legislation that would serve to ensure minimum rights and fundamental to sentenced to custodial sentence. The prison system has reached an unsustainable level. The legal provisions are fallacious. The Constitution of the Federative Republic of Brazil is not inserted into the reality of the current prison system. The Executive remains inert in the face of barbarism. Society and the inmates literally perish before so shameful situation. In this monograph the proposal is to show the wounds of the Brazilian penitentiary system, addressing what is negligible, which is unsustainable and what must be done to achieve a level, at least, worthy of rational civilization.

**Keywords:** Penitentiary system; Jail time; Preventive and remunerative aspects; Crisis; Resocialization; Bankruptcy; Workarounds.

## LISTA DE ABREVIATURA

Art. - Artigo

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

HC – Habeas Corpus

LEP – Lei de execuções penais

ONU – Organizações das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	8
<b>2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA PENA DE PRISÃO</b>	10
2.1 A IDADE ANTIGA E A IDADE MÉDIA	11
2.2 EVOLUÇÃO DA PENA DE PRISÃO	14
<b>3 SISTEMAS PRISIONAIS</b>	18
3.1 SISTEMA PENSILVÂNICO	19
3.2 SISTEMA AUBURNIANO	20
3.3 SISTEMA PROGRESSIVO INGLÊS	21
3.4 SISTEMA PROGRESSIVO IRLANDÊS	22
3.5 SISTEMA DE MONTESINOS	23
<b>4 PRINCÍPIOS E GARANTIAS APLICÁVEIS A EXECUÇÃO PENAL</b>	24
4.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	25
4.2 PRINCÍPIO DA HUMANIZAÇÃO DA PENA	27
4.3 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	29
<b>5 FUNÇÕES DA PENA</b>	31
5.1 TEORIA ABSOLUTA OU RETRIBUTIVA	33
5.2 TEORIAS PREVENTIVAS	35
5.3 TEORIA ECLÉTICA OU MISTA	38
5.4 A FÁLACIA DA RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO	40
<b>6 SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO</b>	43
6.1 A LEI 7.210/84 E SUAS INOCUIDADES	48
<b>7 ALTERNATIVAS A PENA DE PRISÃO</b>	51
7.1 SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA	56
7.2 LIVRAMENTO CONDICIONAL	60
7.3 PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO	62
7.4 PENA DE MULTA	65
7.5 PRISÃO DOMICILIAR	68
<b>8 CONCLUSÃO</b>	69
<b>REFERÊNCIAS</b>	73

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo é uma análise político criminal do sistema prisional brasileiro partindo da premissa da sua completa ineficiência para o controle dos índices de violência. Ao reverso, a análise efetuada da estrutura e do sistema carcerário vigente permite identificar a efetiva falência do sistema prisional brasileiro, dos aspectos retributivos e prevencionistas da pena de prisão, além da conclusão que este sistema só gera mais violência.

Este documento é a constatação que o sistema prisional do Brasil está falido. As instituições carcerárias não recuperam, tampouco ressocializam o preso, criando, por outro lado, um efeito criminógeno e estigmatizante aquele submetido a pena de prisão. As teorias prevencionistas e retributivas perderam seu efeito prático em um sistema desumano e violador do princípio da dignidade humana.

Certamente ressocializar um indivíduo, retirando-o do meio social em que vive e o privando da sua liberdade padece de um contrassenso incontornável. Por outro lado, não é crível que a extinção completa da pena privativa de liberdade seja a solução para a celeuma constatada. Foucault (2014, p. 224) era cirúrgico quanto a prisão, afirmando que “ela é a detestável solução que não se pode abrir mão”.

No entanto, o que se prima e o que se defende com altivez, além da pena privativa de liberdade tão somente para os crimes que afetam os mais preciosos bens jurídicos tutelados pelo direito penal, é que se tenha qualidade no cumprimento desta pena. Qualidade, neste viés, teria o significado simplório de cumprimento efetivo do quanto disposto em lei e nos ditames constitucionais. Apenas, respeite-se o que já está garantido em lei.

A metodologia utilizada para a realização deste trabalho enfoca na pesquisa histórico-doutrinária sobre a pena privativa de liberdade em diversas obras e artigos jurídicos especializados, bem como em dados estatísticos sobre o sistema penal brasileiro, reincidência, qualidade e estrutura do sistema carcerário brasileiro. Noutro giro, serão angariados conhecimentos empíricos com militantes da seara executiva sobre a realidade do sistema penitenciário nacional.

Partindo da evolução histórico penal da pena privativa de liberdade e dos sistemas prisionais surgidos em diferentes nações, será tratado, em sequência lógica, dos fundamentos constitucionais e legais que hoje regem a execução penal brasileira. Neste ponto, será ratificada a crítica a inocuidade de tais previsões e a

violação sistêmica de princípios importantíssimos que o Brasil se dignificou a cumprir perante tratados internacionais, assim como perante a ordem constitucional vigente.

Em seguida, será tratado sobre as teorias que buscaram elucidar as funções da pena de prisão. Os sistemas absolutista e utilitarista são verdadeiras falácias do modo como estão sendo atualmente aplicados. Retiram de maneira selvagem e desproporcional os direitos humanos básicos de qualquer indivíduo submetido a pena privativa de liberdade. Não evitam o cometimento de novas infrações. Não ressocializam e não neutralizam o indivíduo encarcerado.

Além disto, será evidenciado a realidade do sistema carcerário brasileiro por meio de informativos veiculados nos noticiários nacionais. Estas informações, por sua vez, serão valiosas para a conclusão inconteste de falência dos aspectos justificadores da pena de prisão.

Ademais, serão sopesados os sistemas alternativos as penas de prisão, sua efetividade no cenário nacional, a necessidade de se ampliar o espectro de alcance destas medidas, retirando do cárcere aqueles indivíduos que cometeram delitos de pequena monta. Tais medidas despenalizadoras são de suma importância para a não inserção de determinados indivíduos em um sistema pernicioso e corruptor de valores básicos de humanidade.

Enfim, o presente artigo busca evidenciar que o país agoniza junto com seu povo em um sistema carcerário em determinadas penitenciárias com cem por cento de reincidência. O Estado está totalmente ausente e imóvel diante da situação carcerária. Detentos não estão recebendo comida do Estado que os impôs a pena privativa de liberdade. O judiciário não está tendo êxito em transportar detentos dos presídios para audiências em fóruns. A situação é alarmante.

O presente artigo possui notória acuidade, vez que a violência praticada em sociedade afeta a todos, indistintamente. O preso, neste sistema, é criador de uma violência desmedida. A condição carcerária do preso atualmente leva a um ciclo vicioso de criminalidade. Alimentado por facções criminosas que dominam o perímetro estatal, sequer a neutralização temporária do indivíduo encarcerado ocorre, visto que os crimes permanecem sendo praticados dentro das penitenciárias.

Logo, a importância da pesquisa se traduz na necessidade de revisão destes parâmetros de controle de criminalidade dentro do sistema criado pelo próprio Estado, com vistas a redução dos índices de violência.

Por outro lado, ter conhecimento acerca destes valores é de extremo valor, haja vista que medidas precisam ser tomadas ao combate deste infortúnio. Não adianta amontoar pessoas em penitenciárias. Desta situação, os reclusos sairão dispostos a cometer novos crimes, mais violentos. Não se está atacando o problema em sua raiz e retirar direitos humanos básicos de apenados tem sido a solução.

Ademais, com uma população carcerária que a cada ano cresce, segundo o CNJ (2016, *online*), um incremento de 575% da população carcerária, do ano de 1990 a 2014, alcançando em junho de 2014 a quantidade de 563.526 pessoas presas e o Brasil alcançando a 4º posição no número de pessoas presas no ranking mundial de países, é de se imaginar a importância do presente trabalho.

Desta forma, pretende-se mostrar não apenas a situação carcerária atual brasileiro, que como consabido é deplorável, estigmatizante e cruel, mas também evidenciar que algo pode e deve ser feito. Os dispositivos constitucionais não podem ser afastadas

A falácia da ressocialização, em conjunto com a falência dos fins preventivos especiais e gerais, a aplicação de um direito máximo, o amontoamento de pessoas em estabelecimentos penais (relembrando a época do holocausto) está levando a total deslegitimação do poder punitivo do Estado Brasileiro e afundando a sociedade em mais violência.

Em conclusão, o objetivo do presente trabalho não é reafirmar ou tentar revalidar as teorias retributiva e prevencionista da pena ou mesmo buscar novas teorias para legitimar a imposição penal, o que empiricamente já se mostrou completamente irracional. Mas, demonstrar, efetivamente que, enquanto não se encontra algo para substituir a pena de prisão, minorar seus efeitos no encarcerado é algo que deve ser considerado com extrema prioridade e buscado a todo custo.

## **2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA PENA DE PRISÃO**

A primeira modalidade de pena noticiada, desde os primórdios da humanidade, era a vingança privada. Certamente não era uma pena de cerceamento da liberdade. Pagava-se pelo mal cometido da mesma forma que teria sido empreendido. A Lei de Talião perdurou até o momento em que o Estado tomou

para si o poder de punir, ou seja, passou o Estado a definir a pena e aplicá-la, em claro exercício de jurisdição.

A aplicação da pena privativa de liberdade, nos moldes como atualmente é aplicada ou ao menos com sinais da atualmente aplicada, tem histórico recente de aplicação no cenário mundial.

O século das luzes trouxe à tona uma face da pena privativa de liberdade que não era explorada ao longo dos anos. Aplicar uma pena, durante longo período, sempre foi sinônimo de sofrimento, de menoscabo a condição humana, de tratamento degradante e crueldade. O aparecimento do cárcere como pena, se desvencilhou de uma época sombria da humanidade.

Os antecedentes históricos da pena de prisão perpassam por diversas nuances. O próprio Bittencourt (2011, p. 27) indica que a história da pena transcorre por incertezas e dubiedades, faltando uma evolução histórica linear, o que dificulta uma narração coerente e livre de falhas. Tais argumentos são alinhados no que toca ao próprio surgimento da pena privativa de liberdade.

Dessa forma, neste ponto, é curial evidenciar o histórico da pena de prisão desde a Idade Antiga até os dias atuais, em que a pena privativa de liberdade é a largamente utilizada na grande maioria dos países.

## **2.1 A IDADE ANTIGA E A IDADE MÉDIA**

Durante a Antiguidade, não se utilizava a prisão como pena. A prisão era utilizada como meio de manter custodiado o indivíduo até a sentença final dada por alguém de direito.

Como as penas durante o período da Antiguidade e no período Medieval eram penas infamantes, de morte, escravidão, havia enorme possibilidade do indivíduo se furtar a aplicação desta. Logo, era de extrema necessidade manter o indivíduo custodiado até que seu futuro fosse decidido.

Outro ponto relevante é que a privação da liberdade durante a Antiguidade e Idade Média era utilizada como meio de tortura.

O indivíduo tinha cerceada sua liberdade para que torturado, desprovido de comida e água, sendo açoitado, confessasse o crime porventura praticado e conseqüentemente tivesse sua pena decretada.

Bitencourt (2011, p. 28) aduz que durante vários séculos, a prisão serviu apenas como meio de tortura e custódia. O preso aguardava neste local, geralmente em condições precárias, sub-humanas seu julgamento e em sequência a celebração da sua execução.

Melossi e Pavarini (2014, p. 21) também aduzem no mesmo sentido, informando que “num sistema de produção pré-capitalista, o cárcere como pena não existe”.

Não se perquiria na pena a ser aplicada aspectos de prevenção especial positiva. Ou seja, não havia interesse na ressocialização do criminoso. Aquele que praticou o crime era neutralizado de forma exemplar, evitando-se totalmente a reincidência, haja vista que a pena culminada certamente findava com a morte.

Apesar de inútil, pois novos crimes ocorriam a todo tempo, dada as precárias condições sociais, a pena durante a idade Antiga e Média possuía aspectos de prevenção geral positiva e negativa, uma vez que as execuções eram públicas e rodeadas de formalidades hediondas.

Certamente com execuções públicas, buscava-se a reflexão social e a punição como expiação para aqueles que, porventura, se aventurassem em cometer novos delitos. Por outro viés, a condenação a morte extirpava completamente a possibilidade de reincidência do condenado.

Segundo Rogério Greco (2016, p. 100) na Antiguidade e na Idade Média a pena tinha caráter processual. Ou seja, a prisão era efetivada somente para aguardar a aplicação da pena corpórea. Diante deste objetivo instrumental, as condições do cárcere eram as piores possíveis neste período.

Greco (2016, p. 100), no entanto, aduzia, que havia exceções. As exceções eram as prisões eclesiásticas e as prisões Estado. As prisões eclesiásticas eram prisões para meditação, para que os clérigos insurgentes pagassem penitência. Diante desta penitência, surgiu o nome penitenciária, que caracteriza até os dias atuais os locais de cumprimento de pena.

Greco (2016, p. 100) ensina que as prisões Estado eram aquelas onde se custodiavam os inimigos dos governantes, adversários políticos, ou aqueles considerados traidores.

Conforme se percebe, tais prisões, eclesiásticas e de Estado, são consideradas, durante seu início no século XVI, um desenvolvimento embrionário da privação de liberdade como pena.

Bitencourt (2011, p. 32) assegura que as prisões Estado podiam ser utilizadas como prisão custódia para o aguardo da execução, nos moldes já praticados ou poderiam ser utilizadas como efetivo cumprimento de pena privativa de liberdade, que por sua vez, poderia ser perpétua ou até que aquele que cumpria a pena obtivesse o perdão real.

Conforme dito, como não havia pena privativa de liberdade nos moldes atuais, ou seja, a prisão era utilizada apenas como meio de custódia, não havia preocupação com os locais em que se aguardavam a execução.

Os locais de custódia eram insalubres, sem acesso da luz solar. Os presos permaneciam acorrentados, não eram alimentados e com certa frequência eram açoitados em calabouços inabitáveis.

O período da Antiguidade e da Idade Média, portanto, possuíam características singulares quanto a pena privativa de liberdade. Ao passar para a Idade Moderna, com o avanço das teorias da dignidade da pessoa humana, as penas infamantes perdem certo espaço no cenário punitivo.

Dessa forma, apesar de ainda embrionários os conceitos de dignidade da pessoa humana, há uma inserção de conceitos de humanização na pena a ser aplicada por aquele que cometeu o delito durante a Idade Moderna. Não se quer aqui afirmar que esta passagem temporal, pôs um fim as penas infamantes. Por óbvio, que elas ainda persistiam. Contudo, já se via um ideal embrionário de reforma no sentido da pena e da prisão.

Além disso, Foucault (2014, p. 73) suscita que os protestos populares contra os suplícios se tornam mais frequentes, trazendo à tona a necessidade de eliminação do confronto entre o condenado e o soberano, que por sua vez, era identificado através do carrasco. Era necessário a punição proporcional no lugar da vingança desproporcional do soberano.

Sintetizando esta passagem temporal, principalmente caracterizada durante a passagem pela Idade Média, Bitencourt (2011, p. 35) aduz

De toda a Idade Média, caracterizada por um sistema punitivo desumano e ineficaz, só poderia destacar-se a influência penitencial canônica, que deixou como sequela positiva o isolamento celular, o arrependimento e a correção do recluso, assim como outras ideias voltadas à procura da reabilitação do recluso. Ainda que essas noções não tenham sido incorporadas ao direito secular, constituem um antecedente indiscutível da prisão moderna.

## 2.2 EVOLUÇÃO DA PENA DE PRISÃO

Bitencourt (2011, p. 38), traçando um histórico do início da pena privativa de liberdade avalia que “na segunda metade do século XVI iniciou-se um movimento de grande transcendência no desenvolvimento das penas privativas de liberdade, na criação e construção de prisões organizadas para correção dos apenados.”

O fim do feudalismo trouxe uma horda de indivíduos do campo para as cidades em busca de emprego. As cidades, por sua vez, não são capazes de absorver toda essa mão de obra, que finda por cometer, principalmente crimes patrimoniais para se manterem vivos.

Outra saída ao cometimento de crimes patrimoniais é a mendicância, a vadiagem, que também se tornam infrações penais.

Nessa senda, conforme ensina Bitencourt (2011, p. 37), com a considerável quantidade de pessoas que se deslocam do campo e cometem delitos nas cidades, torna-se insustentável a manutenção da aplicação da pena de morte e o suplício a todos. Estes indivíduos criminosos então, passam a integrar as casas de correção.

No início do século XVII, na Inglaterra, segundo Bitencourt (2011, p. 39) surgem as *house of correction* ou *bridwells*. As *bridwells* são casas de correção para os apenados. Custodiados nestas casas, principalmente vadios, mendigos e aqueles que cometeram crimes patrimoniais, passam estes indivíduos a aprender um ofício. Estas instituições, em verdade, trazem modelos de controle disciplinar por meio do trabalho para aqueles que não o possuem fora daquela instituição.

Bitencourt (2009. P. 475) assegura que tais instituições possuíam “objetivos relacionados com a prevenção geral, já que pretendia desestimular a outros da vadiagem e da ociosidade”.

Estas casas de correção se espalharam por toda a Europa. Melossi e Pavarini (2014, p. 58) afirmam que durante os séculos XVII e XVIII se criou, pouco a pouco uma relação umbilical entre as casas de correção e o cárcere, este como a forma final de local para cumprimento de pena privativa de liberdade adotada pelos reformistas no início do século XIX.

Neste período, o trabalho era mais significativo do que do que a privação de liberdade. As *workhouses*, que surgiram com similar orientação na Inglaterra,

tornaram-se grandes centros produtivos formados por mão de obra de encarcerados.

A privação da liberdade e todos os discursos reformistas e utilitaristas utilizados a época sucumbiam diante da verdadeira intenção do encarceramento, que era a produção em maior escala possível.

Neste ponto, é significativo a constatação de que o sistema capitalista já utiliza suas armas para produzir mais e obter lucro a qualquer preço. Além disso, por meio das casas de correção o capitalismo ensina preventivamente aos demais indivíduos que se deve obedecer a quem possui os meios de produção. Nasce então, embrionariamente a condição de educação e controle por meio do cárcere.

Bitencourt (2011, p. 43) chega a afirmar que a busca por punição neste período, nas casas de correção, não se integra em um sentido de reforma da sociedade ou busca de melhores condições de segurança, mas, simplesmente, procura-se mão de obra produtiva e um melhor controle desta mão de obra produtiva dentro do cárcere, regulando os interesses do sistema capitalista.

Melossi e Pavarini (2014, p. 94), por sua vez, aduzem que as casas de correção sucumbem em grande parte pelos movimentos sindicais que alegam que o trabalho forçado dentro do cárcere era utilizado para reduzir o preço da mão de obra manufatureira fora das *workhouses*.

Ademais, é interessante a posição de Bitencourt (2011, p. 48) ao asseverar que tratar essa passagem das penas infamantes e da custódia cautelar do cárcere para o período das casas de correção com foco exclusivamente em transformações sociais e econômicas, ditadas pela nova ordem econômico-política da burguesia ascendente seria ingênuo e simplista.

Enfim, prossegue Bitencourt (2011, p. 48) afirmando, que existem outros fatores que inserem um processo de humanização na pena. Entramos nos séculos em que o agir racional é imposto. Portanto, não era possível impor a pena de morte a todos e a inserção de casas de correção, com a privação da liberdade foi economicamente e politicamente a mais viável solução encontrada.

Bitencourt (2011, p. 49-50) ainda cita razões de ordem econômica para a alteração e acolhimento da prisão como pena. Entre elas, estava a busca de uma utilidade econômica para aqueles que necessitavam de amparo. O Estado precisava urgentemente dar finalidade econômica aos desempregados, mendigos, órfãos de guerra que pairavam pela Europa e a prisão tinha este fim.

É imprescindível relatar que, ao longo dos séculos XVI ao XVIII diversas instituições espalhadas por toda a Europa deram início a conceitos embrionários da pena privativa de liberdade, seja aplicando como meio de reforma do delinquente, seja mantendo o criminoso encarcerado sob severa disciplina como meio de pagar uma penitência pelo seu erro.

Por outro lado, durante o século XVI, início da Idade Moderna, foi aplicado uma das penas privativas de liberdade mais cruéis da humanidade. A pena de galés. Segundo Greco (2016, p. 102) a pena de galera ou de galés consistia na utilização de indivíduos condenados a morte, prisioneiros de guerra ou condenados por crimes graves a remar nas galeras dos navios, sob constantes ameaças e agressões.

Dessa forma, imperioso ressaltar que a pena privativa de liberdade tem nuances históricas em diversas regiões e países, o que torna extremamente difícil estabelecer uma evolução linear e isonômica sobre sua imposição.

Diversos institutos foram aplicados ao longo dos séculos, em diversas regiões da Europa, cada um à sua maneira, com aspectos iniciais de privação de liberdade como pena efetivamente aplicada e em outras regiões, entretanto, mantendo as velhas práticas desumanas na aplicação da pena.

Rogério Greco (2016, p. 86) salienta que a pena de prisão é instituto relativamente recente. Até o final século XVIII a pena privativa de liberdade tinha caráter exclusivamente cautelar. As penas realmente aplicadas neste período pelo Estado tinham caráter aflitivo. Ou seja, os condenados eram crucificados, queimados, mutilados, tinham seus membros separados, eram enforcados.

Como esquecer da passagem histórica da obra de Foucault (2016, p. 9) que narra Damiens, sujeito condenado a pena de suplício, em 2 de março de 1757, sendo erguido no patíbulo, atenazado nos mamilos, braços e coxas. Nas partes que fora atenazado foi aplicado chumbo derretido, óleo fervente. Em seguida teve seu corpo desmembrado por cavalos que sequer tinham tração para destronca-lo.

Não que a pena de morte tenha sido abolida, até porque como salienta Rogério Greco (2016, p. 94) “alguns países a aplicam a crimes comuns, a exemplo dos Estados Unidos, do Japão, da Coreia do Norte, da Coreia do Sul, de Cuba e da China”. Conforme cita o referido autor, até o Brasil a adota, conforme se estabelece no art. 84, inciso XIX da Constituição, nos casos de guerra declarada.

Contudo, não tem-se permanecido, ao menos, de forma institucionalizada com a pena de morte nos moldes aplicados durante um longo tempo da história da humanidade.

Enfim, por todo o século XVIII iniciam-se estudos e surgem defensores da pena humanizada. A revolução Francesa e seus ideais, bem como os reformistas, trouxeram luz ao estabelecimento das penas. Surgem, ainda que embrionariamente princípios na aplicação da pena, como o da proporcionalidade, tornando a pena proporcional ao delito, da dignidade da pessoa humana, a aplicação de garantias processuais penais.

Surgem neste período pensadores como Beccaria que defendia a proporcionalidade na aplicação da pena. Não havia mais espaço para penas degradantes. Bitencourt (2011, p. 56) defende que “Beccaria tinha uma concepção utilitarista da pena.”.

Na clássica obra dos Delitos e das Penas, Beccaria (2014, p. 59) defende que a pena deveria ser eficaz e o criminoso deveria ter a certeza da punição. Para Beccaria (2014, p. 99), havia outros modos de punir o infrator, em clara tendência a aplicação de institutos ressocializadores, humanizados e reabilitadores da pena e do criminoso.

Suscita Bitencourt (2011, p. 56) que para Beccaria “os objetivos da pena são, por conseguinte, em linguagem atual, a prevenção especial e a prevenção geral.” Isso porque, claramente se verifica a prevenção geral nas passagens textuais sobre a necessidade de certeza da punição, bem como de pena suficiente com vistas ao não cometimento de novos delitos.

Noutro giro, importante mencionar historicamente a obra de John Howard. Howard foi um dos reformistas durante a Idade Moderna. Por conviver, segundo Rogério Greco (2016, p. 114) durante certo período com o sistema prisional na Inglaterra e vivenciar os absurdos cometidos a época, defendeu, em síntese, alguns direitos básicos do preso, como o direito a alimentação, higiene, assistência moral e religiosa, trabalho.

Ao final é curial evidenciar a contribuição de Jeremy Bentham. Criador do panóptico, segundo Bitencourt (2011, p. 65) considerava que “o fim principal da pena era prevenir novos delitos”. Portanto, Bentham defendia o caráter preventivo geral negativo da pena. Ainda para Bitencourt (2011, p.65), Bentham declarava que a

pena tinha em caráter secundário a finalidade de correção do indivíduo. Por isso, afastava o uso das penas cruéis e infamantes.

Bentham se destacou, segundo Bitencourt (2011, p. 67-68) por trazer a lume a existência da aquisição pelo criminoso das condições criminógenas da prisão, ou seja, a subcultura carcerária que incide sobre o encarcerado. Além disso, conforme dito, Bentham teve destaque com a criação do panóptico, estrutura carcerária criada para facilitar o controle dos encarcerados.

Bitencourt (2011, p. 69-70), sintetizando as contribuições do panóptico e destacando ensinamentos de Foucault, afirma que tal estrutura penitenciária, tinha por objetivo manter a segurança e controle interno de forma exemplar, facilitar a imposição do trabalho para os detentos. Além disto, nesta estrutura o trabalho era utilizado para reabilitação do recluso.

Portanto, durante a passagem temporal da Idade Moderna se percebe uma lenta evolução dos aspectos da pena de prisão ditada por pensamentos principiológicos acerca da humanização das prisões. Noutra giro, é importante perceber que as relações de poder firmadas com o avanço do capitalismo e o nascimento da burguesia ditaram uma modificação no trato com a população menos abastada, geralmente infratora naquele período histórico e isto desaguou na criação de penitenciárias como válvulas de escape no momento em que ocorriam atritos nestas relações.

O fato perceptível é que a evolução da pena de prisão desde a Idade Antiga até os dias atuais passou por um crescimento exponencial, com diversos expoentes e formas peculiares de tratar o encarceramento, sempre de acordo com as necessidades político-econômico e social do sistema vigente.

Atualmente, porém, principalmente nos países subdesenvolvidos o sistema prisional permanece estagnado, decorrente do descaso de anos com a população carcerária e ainda trazendo vestígios do tratamento proporcionado durante a Idade Moderna.

### **3 SISTEMAS PRISIONAIS**

As primeiras sistematizações prisionais de notória relevância tiveram seu despertar nos Estados Unidos, após o desenvolvimento das ideias reformistas. A análise destes sistemas é de fundamental importância, uma vez que todos os

preceitos desenvolvidos ao longo dos séculos após a inserção da pena privativa de liberdade foram sistematizados com vistas a perquirir um objetivo carcerário.

Cada sistema foi criado com vistas a persecução de um objetivo, entre eles a recuperação por meio do isolamento ou a necessidade da criação de um sistema que facilitasse a observação de todos os detentos pelo menor número possível de agentes. Enfim, os sistemas prisionais eram criados de acordo com a necessidade de cada época e em sintonia com as teorias da pena que influenciaram cada momento histórico.

Ademais, apesar de alguns sistemas hoje possuírem apenas valor histórico, sua idealização, implementação e teorização foi de substancial importância para definir em quais preceitos deveriam ser aplicados e em busca de que rumo seguiria o sentido da privação de liberdade.

Também é importante ressaltar que tais sistemas criaram bases epistemológicas para o desenvolvimento dos atuais sistemas penitenciários e das funções da pena aplicáveis atualmente, notadamente, os sistemas que tiveram como premissa a ressocialização do indivíduo.

### **3.1 SISTEMA PENSILVÂNICO**

Conforme ensinamentos do mestre Bitencourt (2011, p. 77), o sistema pensilvânico teve seu início influenciado por grupos religiosos e por influentes moradores da Pensilvânia que buscavam reintroduzir novos conceitos na aplicação da pena, retirando o sofrimento durante sua aplicação e impondo a recuperação do condenado através do isolamento celular, silêncio absoluto, trabalho e ensinamentos religiosos.

Nos dizeres de Rogério Greco (2016, p. 122), o sistema pensilvânico ou da Filadélfia o preso era isolado e não podia ter contato com ninguém. Não deveria haver contato nem com os demais presos, nem com visitantes. O contato era permitido apenas ao estritamente necessário a manutenção do custodiado, ou seja, com os agente penitenciários ou representantes de entidades. Buscava-se o arrependimento do preso através de leituras bíblicas.

Segundo Greco (2016, p. 122) tal sistema era verdadeiramente opressor, cruel e inviável. A manutenção do preso em por longo período sem acesso ao

convívio de terceiros era aterrorizante. Um verdadeiro tratamento degradante ao detento que por vezes tinha surtos psicóticos, haja vista o confinamento celular.

Melossi e Pavarini (2006, p. 188) traduzem a mesma situação fática sobre as premissas do sistema filadélfico, ou seja, “a estrutura desta forma de execução penitenciária se baseava no isolamento celular dos internos, na obrigação ao silêncio, na meditação e na oração.”

Ainda segundo Melossi e Pavarini (2006, p. 188) foram razões de natureza econômica que impulsionaram a larga difusão deste sistema e da mesma forma ocasionaram sua derrocada. A priori, os custos com a vigilância dos detentos, isolados em suas próprias celas, sem qualquer atividade era reduzido. Portanto, o sistema tornou-se atraente. Posteriormente, com o incremento das demandas comerciais e a escassez de mão de obra tornou-se imperiosa a aplicação do trabalho produtivo no cárcere. Dessa forma, constatou-se que a privação da força de trabalho, que já era escassa, no cárcere e em isolamento celular era totalmente infrutífera economicamente.

Diante de tal cenário, segundo Melossi e Pavarini (2006, p. 190), foi verificado a impossibilidade de se introduzir maquinário e uma produção economicamente viável dentro de celas pequenas, nas quais os presos permaneciam isolados.

Portanto, a principal crítica ao sistema filadélfico, segundo os autores (2016, p. 190), é que o sistema penitenciário permanecia improdutivo, diante de um cenário econômico carente de mão de obra. Além disso, este sistema não aperfeiçoava as habilidades do detento para o trabalho, mantendo-o em isolamento.

Com esta necessidade econômica, foi introduzido um sistema organizado comercialmente, no qual os presos ficariam isolados durante a noite e trabalhariam durante o dia em silêncio, extirpando, portanto, o isolamento total do apenado. Surge então, o sistema Auburniano.

### **3.2 SISTEMA AUBURNIANO**

Segundo Rogério Greco (2016, p. 123) o sistema auburniano surgiu em razão das críticas ao sistema pensilvânico, tido por muitos, como extremamente rigoroso e cruel com o apenado. Suas características peculiares são evidenciadas através do isolamento celular noturno, mas permitindo o trabalho coletivo durante o

dia. Não se permitia a comunicação entre os presos. Diante de tal circunstância ficou conhecido como *silent system*. Os presos só podiam comunicar-se com os guardas.

Sua designação decorre da origem do sistema que se deu na cidade de Auburn, situado no atual Estado do Alabama. Greco (2016, p.123) ainda traz outras características do sistema Auburniano, como a presença de castigos físicos, a ausência de visita dos familiares e a ausência de exercícios físicos.

Para Melossi e Pavarini (2006, p. 190) “este novo “sistema penitenciário” estava calcado em dois critérios fundamentais: o *solitary confinement* durante a noite e o *common work* durante o dia.” Segundo os referidos autores (2006, p. 191-192), em síntese, o sistema Auburniano introduziu técnicas empresariais ao estabelecimento penal, tornando o trabalho o principal meio de disciplina e organização penitenciária. Basicamente, o cumprimento da pena girava em torno do trabalho produtivo.

Arrematam Melossi e Pavarini (2006, p. 192) ao afirmar que,

Entretanto, o objetivo mais importante alcançado mediante a introdução do trabalho produtivo no cárcere foi a possibilidade, mantida durante todo o século XIX, de reduzir os custos de produção de alguns setores industriais e de, por conseguinte, colocar por meio da concorrência – um freio ao aumento do nível salarial.

### **3.3 SISTEMA PROGRESSIVO INGLÊS**

Segundo Bitencourt (2011, p. 97), o sistema progressivo rompeu totalmente com a lógica dos sistemas anteriormente citados – Auburniano e Pensilvânico. O sistema progressivo, ainda nos dizeres do referido autor, implementou uma lógica de benefícios e estímulo a conduta escorreita do apenado, reduzindo os rigores da aplicação da pena.

O sistema progressivo é fundamental no histórico do desenvolvimento da pena, pois é com ele que se implanta a lógica de alguns dos benefícios ainda hoje presentes na legislação de vários países.

Um sistema de contraprestação pela conduta escorreita do apenado e de conseqüente abrandamento das sanções ainda é aplicado atualmente, como se verifica com a remição da pena, nas hipóteses da prática de estudo e trabalho previstas no artigo 126 da LEP, bem como na progressão de regime prevista no artigo 112 da LEP.

O sistema progressivo inglês, segundo Bitencourt (2011, p. 98) “consistia em medir a duração da pena por uma soma de trabalho e de boa conduta imposta ao condenado.”

Historicamente, Bitencourt (2011, p. 98) sustenta que tal sistema surgiu na Ilha Norfolk – Austrália, criado pelo Capitão Alexander Monocochie e baseava-se em um sistema de prêmios ou vales e o apenado deveria obter determinada quantidade de vales, de acordo com a gravidade do delito para obter sua liberdade.

O interessante é que, segundo Bitencourt (2011, p. 99), diante do sistema de vales e multas, o apenado passava por três regimes. O isolamento celular diurno e noturno; o trabalho em comum sob a regra do silêncio e a liberdade condicional. O preso através deste sistema possuía a discricionariedade de alcançar patamares menos rigorosos se obtivesse determinado número de prêmios. Ao contrário, se tivesse péssimo comportamento carcerário recebia multas e poderia conduzir seu encarceramento a eternidade.

Este sistema de marcas a serem alcançadas e progressão de “regimes”, fundamentado na diminuição da intensidade lesiva da pena era o pilar do sistema progressivo inglês.

Outro ponto positivo citado por Bitencourt (2011, p. 97) com o sistema progressivo era a possibilidade de reintegração social do indivíduo antes do término da condenação, haja vista a possibilidade de cumprimento de pena em regime cada vez menos severo.

Portanto, constata Bitencourt (2011, p. 98) que este sistema era caracterizado por levar em consideração a vontade do apenado, uma vez que pelo bom comportamento poderia o recluso alcançar maiores benefícios do cumprimento da pena, rompendo, portanto, com a lógica do sistema auburniano e filadélfico.

### **3.4 SISTEMA PROGRESSIVO IRLANDÊS**

O sistema progressivo irlandês, por sua vez, obteve como mérito o aperfeiçoamento da sistemática utilizada pelo sistema progressivo inglês com vistas a ressocialização do indivíduo.

Para Bitencourt (2011, p. 101), o sistema irlandês aprimorou o sistema inglês criando uma prisão intermediária, na qual o apenado possuía contato maior com as pessoas de fora do estabelecimento penal, possuía mais responsabilidade

no cumprimento da pena e da mesma forma que o sistema inglês tinha os rigores da pena abrandados.

Bitencourt (2011, p. 101) evidencia que “esse período era executado em prisões especiais, onde o preso trabalhava ao ar livre, no exterior do estabelecimento, em trabalhos preferencialmente agrícolas”.

Ainda no mesmo sentido, o referido autor (2011, p. 102) sustenta que, “muitas vezes os apenados viviam em barracas desmontáveis, como trabalhadores livres, dedicando-se ao cultivo e à indústria.”

O sistema irlandês, portanto, baseando-se nos ensinamentos de Bitencourt (2011, p. 102), possui o regime de reclusão celular integral diurna e noturna, para posteriormente oferecer a reclusão celular noturna e o trabalho diurno em comum. Após o regime antecedente foi criado um período intermediário, de maior contato dos presos com a sociedade para em seguida impor a liberdade condicional e ao final a liberdade definitiva.

### **3.5 SISTEMA DE MONTESINOS**

Sistema criado pelo Coronel Manuel Montesinos, que conforme lições de Bitencourt (2011, p. 103-104) na implantação do sistema penitenciário “planta suas raízes em um genuíno sistema em relação ao outro, demonstrando uma atitude aberta, que permitisse estimular a reforma moral do recluso.”

Bitencourt (2011, p. 106-108) ensina que Montesinos trouxe humanidade a aplicação da pena, introduzindo no sistema carcerário a necessidade premente da criação de um código interno para disciplinar a ordem carcerária, aplicando, portanto, o princípio da legalidade. Ademais, o preso deveria ter acesso ao trabalho e este, por sua vez, deveria possuir função reabilitadora, ou seja, o trabalho deve reintroduzir o preso no cenário econômico (função contraprestacional educativa) e não apenas ser remunerado.

Além disso, Bitencourt (2011, p. 107-108) induz que Montesinos ia em sentido contrário a necessidade de isolamento celular, pois propiciava aos presos saídas temporárias, conduta que a época era totalmente inaceitável, além da admissão no cárcere da formação de grupos distintos de apenados, visando a influência recíproca.

Ainda quanto as benesses criadas pelo sistema de Montesinos, Bitencourt (2011, p. 108) sustenta a introdução no presídio de Valência regimes de recompensa com redução de pena ao recluso por boa conduta e um instituto com características semelhantes ao livramento condicional, apesar de não considerar que tal instituto tenha sido obra de um só criador.

Pelo que restou demonstrado, Montesinos era um visionário. O sistema prisional que leva seu nome possui métodos que, atualmente, possuem aplicação no cenário carcerário mundial. A ideia de uma pena mais humana e sua consequente aplicação, por si só, já demonstrou o seu brilhantismo.

#### **4 PRINCÍPIOS E GARANTIAS APLICÁVEIS A EXECUÇÃO PENAL**

Apesar da execução penal possuir características de procedimento administrativo, como por exemplo, a expedição da guia de execução penal, sua natureza jurídica é de processo judicial. Este é o entendimento majoritário da doutrina. Renato Marcão (2015, p. 34), neste sentido, evidencia que “afirmar a natureza jurisdicional da execução penal implica admitir sua sujeição aos princípios e garantias constitucionais incidentes”.

Diante desta constatação, inegável que no processo de execução penal aplicam-se princípios e garantias constitucionais, como por exemplo, a garantia do devido processo legal, da imparcialidade do juiz, publicidade, oficialidade, duplo grau de jurisdição, contraditório e ampla defesa, igualdade processual, motivação das decisões e o direito a não auto incriminação.

Não apenas constatar essa posição é de grande valia, mas nos dizeres de Alexandre Alves de Souza (2010, p. 63) é preciso assimilar que a execução penal deve ser sempre e efetivamente norteadas pelos dispositivos constitucionais, ou seja, não se deve admitir a “administrativização” da execução penal, tampouco a redução das garantias do apenado.

Se posiciona o referido autor (2010, p. 64) no sentido de que a estrutura normativa da execução penal deve ser raciocinada de forma a amplificar as garantias fundamentais do encarcerado, ouvindo o recluso na imposição de falta grave e nulificando decisões que assim não procedam (garantia do contraditório e ampla defesa), fundamentando decisões que tolham o direito do apenado a algum benefício ou reconheçam o cometimento de falta grave (motivação das decisões).

Destarte, estes princípios e garantias são fundamentais com vistas a proteção contra o excesso punitivo do Estado ou desvirtuamento deste poder punitivo. Contudo, apesar de imprescindíveis, tais princípios são rotineiramente violados na atual condição do sistema carcerário.

Noutro ponto, é precioso perceber que o desrespeito aos pilares dos princípios, como o da dignidade da pessoa humana, é de grande valia para o aprofundamento da falência da pena de prisão.

#### **4.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

O princípio da legalidade, segundo Rogério Greco (2016, p. 29), pode ser entendido como a vinculação do Estado a lei. A lei, obedecendo a fundamentos constitucionais de validade, deve reger toda a atuação estatal e regular a vida em sociedade, veiculando de forma abstrata e geral o que será permitido ou intolerável.

Em matéria penal, afirma Greco (2016, p. 32-33), com base nas históricas lições de Feuerbach, que o princípio da legalidade nos traz preceitos inarredáveis como a proibição da retroatividade da lei penal mais gravosa, a proibição da analogia *in malam partem*, a proibição de sanções indeterminadas e a criação de tipos penais com base nos costumes.

Não obstante, Greco (2016, p. 36) sustenta que devem ser observados não apenas os trâmites procedimentais constitucionais para inclusão da lei no ordenamento jurídico (aspecto formal), mas deve ser observado “principalmente, o seu conteúdo, respeitando-se suas proibições e imposições para a garantia de nossos direitos fundamentais por ela previstos”. Ou seja, o aspecto material do princípio da legalidade também deve ser respeitado.

Portanto, por consequência lógica, é preciso evidenciar que o princípio da legalidade também se espalha durante a execução da pena.

Neste sentido, tem-se a Lei de Execução Penal - Nº 7.210/84, que prevê direitos ao recluso como o fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas (art. 12); a assistência à saúde do preso com atendimento médico, odontológico (art. 14); a assistência educacional com instrução escolar e ensino de 1º grau obrigatório (art. 17 e 18); o respeito a todas as autoridades a integridade física e moral dos condenados e presos provisórios (art. 40); além disso, o recluso

deve ser alojado em cela individual contendo dormitório, aparelho sanitário e lavatório com área mínima de 6,00 m<sup>2</sup> (art. 88, parágrafo único, alínea b).

Greco (2016, p. 39) ainda suscita como direitos do recluso garantidos por lei, a necessidade de classificação dos presos de acordo com as infrações penais cometidas, o cumprimento da pena no tempo estabelecido em decisão condenatória, o cumprimento dos prazos para a progressão de regime.

Enfim, são direitos que, apesar de garantidos por lei, não são respeitados pelo Estado, detentor do *jus puniendi*, ferindo de morte o aspecto material do princípio da legalidade.

O princípio da legalidade ainda tem grande repercussão na imposição de penalidades ao recluso. O artigo 50 da LEP prevê sete incisos, descrevendo minuciosamente as hipóteses de cometimento de falta grave por aquele que cumpre pena privativa de liberdade. Este rol é *numerus clausus*, só podendo ser alterado por lei de competência privativa da União, haja vista o artigo 22, inciso I da CF.

Conclui-se, portanto, que outros instrumentos legislativos como resoluções, decretos, portarias não são aptos a ampliar o rol de faltas graves e com isso trazer consequências prejudiciais ao regime prisional a que fora submetido o recluso, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Noutro ponto, com arrimo nas lições de Daniel Nicory (2012, p. 323), é precioso ressaltar que a lei de execuções penais, em seu artigo 49, permite que as faltas disciplinares classificadas como leves e médias, bem como as respectivas sanções poderão ser especificadas pela legislação local, convalidando, assim, a competência concorrente entre a União, Estados e o Distrito Federal a legislar sobre direito penitenciário, prevista no artigo 24, inciso I da CF.

No entanto, evidencia o referido mestre (2012, p. 323) que para o exercício desta competência, é necessário lei em sentido formal e material, não se admitindo decretos ou regulamentos para tratar da matéria.

Logo, é perceptível a importância do princípio da legalidade, no que se refere, principalmente, a matéria penal. Por lidar com temas que restringem a liberdade do indivíduo e uma gama de direitos individuais não se pode abrir mão do princípio da legalidade.

Greco (2016, p. 39) em argumento crítico, evidencia que é ineficaz ter o indivíduo seus direitos respeitados durante o processo, com a aplicação escoreita

da pena, em sintonia com o tipo penal a que fora condenado, para, posteriormente, na execução penal ter seus direitos mais básicos violados.

Além disso, é incontestável o panorama citado por Greco (2016, p. 39) de desrespeito ao princípio da legalidade no âmbito penitenciário. Presos cumprem pena além do prazo determinado em sentença, benefícios legais são concedidos fora do prazo legal.

Enfim, o princípio da legalidade, conforme visto, é frontalmente desrespeitado, assim como o princípio da humanização das penas, o da individualização da pena e a maioria dos princípios estabelecidos por nosso ordenamento no que toca a execução penal.

Sendo o trâmite de execução da pena para o detento um aglomerado de violação aos mais mezinhos direitos fundamentais não se pode esperar do sistema penitenciário algo exitoso ou ao menos esperançoso.

## **4.2 PRINCIPIO DA HUMANIZAÇÃO DA PENA**

Conforme dito anteriormente, as penas, até basicamente o século XVIII tinham caráter infamante, cruel, aterrorizante, levando o preso a condições degradantes, despindo-se de qualquer humanização na sua aplicação.

Neste sentido, Beccaria (2014, p. 45), com notório encetamento previa que “das simples considerações das verdades até aqui expressas advém a evidência de que a finalidade das penalidades não é torturar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já está praticado”.

Além do mais, Beccaria (2014, p. 46) afirmava sobre a pena que “qualquer excesso de severidade torna-a supérflua e, portanto, tirânica.” e ainda que “a crueldade das penalidades provoca ainda dois resultados funestos, contrários à finalidade do seu estabelecimento, que é prevenir o delito”.

Ou seja, os ensinamentos de Beccaria apesar de embrionários a época em que foram redigidos, final do século XVIII, são de um brilhantismo sem igual. Não se pode buscar penalizar o indivíduo submetendo seu corpo a condições degradantes, desumanas. Este proceder é contrário a qualquer finalidade preventiva da pena, deslegitimando o Estado Democrático de Direito.

Não há como sustentar um Estado, no sentido *lato* da expressão, se prerrogativas mais basilares, como a dignidade da pessoa humana são cotidianamente ofendidas nos principais estabelecimentos prisionais do país.

O princípio da humanização das penas deriva da aplicação do preceito da dignidade da pessoa humana como vetor fundamental de espelho na aplicação da pena. Greco (2016, p. 584) suscita que “nosso ordenamento jurídico tende a eliminar a cominação de penas que atinjam a dignidade da pessoa humana”, traduzindo, portanto, com essa premissa o princípio da humanização das penas.

E neste ponto, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2015, p. 1582) ensinam que a lei de execução penal possui lastro na Constituição da República, que por sua vez preza pela dignidade da pessoa humana. Dessa forma, direitos e garantias fundamentais, como o respeito a integridade física e moral (art. 5º, XLIX, CF), o cumprimento de pena de acordo com sexo, idade e natureza do crime (art. 5º, XLVIII, CF) e a permanência dos filhos com as encarceradas enquanto permanecem amamentando (art. 5º, inciso L, CF) não devem ser desprezados.

A Constituição Federal de 1988 como não poderia deixar de ser, é repleta de fundamentos que prezam pela dignidade da pessoa humana. O próprio art. 5º, inciso XLVII ao estabelecer que não haverá pena de morte, salvo nos casos de guerra declarada, de caráter perpetuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, traz normas de fundamental importância para a aplicação da pena.

Nucci (2015, p. 942) suscita que a legislação ordinária ainda esmiúça e reforça as previsões constitucionais ao estabelecer no artigo 3º da lei de execuções penais que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.”; bem como no artigo 38 do Código Penal ao trazer que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.”; e por fim, com o artigo 40 da LEP que traduz que “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.”

Ferrajoli (2014, p. 364), ao tratar sobre a necessidade de humanização das penas, bem como traçando um breve histórico sobre a aplicação da pena ao longo da história e fornecendo argumentos para deslegitimar as penas infamantes aduz,

Argumento decisivo contra a falta de humanidade das penas é, ao contrário, o princípio moral do respeito à pessoa humana, enunciado por Beccaria e por Kant com a máxima de que cada homem, e por conseguinte também o condenado, não deve ser tratado nunca como um “meio” ou “coisa”, senão sempre como “fim” ou “pessoa”. Não é só, e, sobretudo, não é tanto por razões econômicas, senão por razões morais ligadas àquele princípio, quaisquer que sejam as vantagens ou desvantagens que dele possam derivar, que a pena não deve ser cruel nem desumana; e os princípios são tais precisamente porque não se aderem ao que em cada caso convenha. Isso quer dizer que, acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação a qualidade e à quantidade de pena. É este valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas. Devo acrescentar que este argumento tem um caráter político, além de moral; serve para fundar a legitimidade do Estado unicamente nas funções de tutela da vida e os demais direitos fundamentais; de sorte que, a partir daí, um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinquentes.

Não obstante, o que se vê no cenário brasileiro são presos cumprindo penas em estabelecimentos precários, em containers improvisados e sem qualquer ventilação (2014, *online*), a ocorrência de rebeliões em massa devido a superlotação, falta de alimentação, estruturas precárias para a manutenção dos presos. Enfim, apesar da Constituição Federal prever a proibição do cumprimento de pena cruéis, na prática, essa não é a regra no cumprimento de pena aplicada no Brasil.

#### **4.3 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

O princípio da individualização da pena vem cunhado no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, ao impor que a lei regulará a individualização da pena, estabelecendo ainda os tipos de penas cabíveis no ordenamento jurídico brasileiro, a saber, a de privação ou restrição da liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos.

Proclamada sua previsão constitucional, oportuno esclarecer que o princípio da individualização da pena tem importância fundamental no cumprimento da pena pelo condenado.

Individualizar a pena é estabelecer critérios objetivos e subjetivos para cada apenado visando ajustar o cumprimento da pena de acordo com suas

necessidades, facilitando sua recuperação social, a recolocação em liberdade e sem retirar do indivíduo as características sociais adquiridas na sociedade.

Nucci (2015, p. 24) sustenta que o princípio da individualização da pena “significa que a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez.” Ou seja, para Nucci (2015, p. 24) “não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos.”

A individualização no cumprimento da pena traz consequências benéficas ao acusado, que identificado como um ser que está sob a proteção do Estado ao tempo em que cumpre a pena, tem o direito de ter especificada sua condição de encarcerado, se submeter a exame criminológico, além de ter um plano detalhado de cumprimento de pena no qual será imposto prazos específicos para obtenção de determinados direitos.

O próprio artigo 5º estabelece que “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.” Para Marcão (2015, p. 42) este procedimento visa a dar tratamento penitenciário adequado a cada apenado.

Segundo Renato Marcão (2015, p. 42) a individualização da pena ocorre em três distintos momentos. Inicialmente a individualização se perfaz na cominação do lapso temporal de pena efetuada pelo legislador em cada crime (individualização legislativa). Em seguida, a individualização pode ser denotada na ação do juiz, diante do processo de conhecimento, com vistas a aplicação da pena descrita no tipo penal (individualização judicial). Por fim, a individualização da pena também é efetuada pelo juiz da execução penal, durante o cumprimento da pena, com a concessão de saídas temporárias, progressão de regime (individualização executória).

Considerando aspectos legislativos, o artigo 59 do Código Penal traz os critérios para aplicação da pena ao aduzir que

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Nota-se que este artigo traduz o norte para alcançar a materialidade na individualização da pena. Aspectos da personalidade do agente, bem como os motivos do crime, além dos fundamentais critérios de necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime devem ser sopesados para a aplicação da pena. Inexistindo tais pressupostos, desnecessária se torna a pena.

Ademais, o artigo 7º da Resolução 14 – Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil estabelecida pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determina que

Presos pertencentes a categorias diversas devem ser alojados em diferentes estabelecimentos prisionais ou em suas seções, observadas características pessoais tais como: sexo, idade, situação judicial e legal, quantidade de pena a que foi condenado, regime de execução, natureza da prisão e o tratamento específico que lhe corresponda, atendendo ao princípio da individualização da pena.

Não se pode descurar, portanto, que o princípio em voga é de fundamental importância para o cumprimento da pena. A elaboração de um programa individualizador no cumprimento da pena em regime fechado é de sumária importância para finalidades estabelecidas na pena.

Fechar os olhos para tal fato e para as referidas determinações, encarcerando, por exemplo, presos extremamente perigosos, que possuam contato com facções criminosas, com outros detentos sem as mesmas características é formar um ciclo de compartilhamento de periculosidade extremamente pernicioso a sociedade e ao próprio sistema carcerário.

## **5 FUNÇÕES DA PENA**

A pena para ser aplicada deve possuir uma função. Ora, por óbvio, não se legitimaria a pena sem qualquer embasamento teórico que a justificasse.

Posto isto, surgem como teorizações explicativas da pena as teorias absolutas ou retributivas e as relativas ou utilitaristas. Conforme ensinamentos de Greco (2016, p. 217), as teorias absolutas possuem o objetivo de retribuir o mal causado pelo fato típico, ao passo que as teorias relativas buscam evitar o cometimento de novos crimes, ou seja, buscam a prevenção do delito.

As teorias preventivas se desdobram na função preventiva especial e geral, que ainda possuem, cada uma, os elementos positivos e negativos. Estes elementos teóricos sempre foram base de sustentação para a aplicação da pena, mas o que se percebe, é a falência dos seus conceitos e de sua aplicação para justificar a imposição punitiva.

Fabio Bozza (2015, p. 176) sustentado pela criminologia crítica afirma que persiste no atual cenário carcerário e no sistema penal brasileiro uma distinção entre os motivos “ideológicos/declarados” e os motivos “reais/ocultos” para legitimar a imposição penal. A pena privativa de liberdade é utilizada com um discurso jurídico, insustentável, mas que deve ser imposto para legitimá-la. Por outro lado, ocultam-se os reais motivos de sua imposição.

Sobre os reais objetivos da pena aponta Fabio Bozza (2015, p. 176) que

O discurso jurídico destaca os objetivos declarados/ideológicos: a pena com finalidade pedagógica. Os objetivos reais/ocultos são outros: a prisão é instituição central de controle da sociedade capitalista; todos os sistemas de controle da sociedade capitalista convergem para a prisão. Esse é o objetivo que o discurso jurídico não mostra. A prisão garante a existência das sociedades de classes e das desigualdades sociais. O objetivo oculto/real da prisão é manter as desigualdades sociais. Assim, pode-se dizer que o fracasso da prisão se limita aos seus objetivos aparentes, porque, em relação aos seus objetivos ocultos, ela é um sucesso, um retumbante êxito histórico, pois vem mantendo a desigualdade social, a exploração, a opressão da classe capitalista sobre os assalariados. O explorado/desigual continua como fornecedor de energia, segue explorado economicamente e subordinado politicamente. Somente isso explica a persistência em um modelo destruidor, pernicioso e danoso como a prisão.

Tal conclusão, certamente, obriga a ponderação sobre as motivações reais da pena privativa de liberdade. Desde a imposição da pena privativa de liberdade durante os século XVIII nenhuma das teorias impostas teve êxito em legitimar a pena privativa de liberdade.

Algumas teorias parcialmente fundamentadas e lógicas ou coerentes, ao menos, na sua aplicação, como a prevenção negativa especial, que tem como espeque neutralizar o indivíduo infrator, retirando-o da sociedade, não tem validade, se aplicada isoladamente, no Estado Democrático de Direito, viola a Constituição Federal e os direitos fundamentais do indivíduo.

Em suma, as funções da pena adiante demonstradas são válidas como discursos jurídicos para embasar o Estado a impor uma pena. A validar uma forma de intromissão do Estado em um dos direitos fundamentais do ser humano, que é a

liberdade. Contudo, buscando sua validade e justificação no plano empírico, não se percebe a mesma razão de existir.

### **5.1 TEORIA ABSOLUTA OU RETRIBUTIVA**

Nas lições de Bozza (2015, p. 21), para a teoria absoluta “o fundamento que justifica o castigo radica em que este é a justa retribuição da violação cometida pelo delinquente”.

Bitencourt (2011, p. 117) sustenta as bases da teoria retributiva no Estado absolutista, no qual se confundiam a figura do Estado e do monarca e do Estado e da religião em um só indivíduo. A pena seria imposta para retribuir o cometimento do pecado.

Com a decadência do Estado absolutista, Bitencourt (2011, p. 118) sustenta que a identidade entre o rei a divindade se extingue, findando, por via de consequência, o fundamento da expiação da pena com base na retribuição pelo pecado cometido. Neste momento, a pena passa a ter como fundamento a retribuição por ter afetado a ordem jurídica e a retribuição está lastreada no livre arbítrio do indivíduo em escolher o que é certo ou errado. A razão da divindade que fora violada, deixa espaço para a razão do Estado, baseada no contrato social, que fora violado.

Kant e Hegel foram os dois maiores expoentes da teoria absoluta ou retributiva.

Para Kant, nos dizeres de Fábio Bozza (2015, p. 27) a pena criminal “não possui finalidade alguma, deve ser aplicada para atender a regra básica do direito, o imperativo categórico.” O imperativo categórico para Kant, nas palavras de Bozza (2015, p. 27) “seria atuar de forma que nossa conduta valha como lei geral”. Portanto, não poderia ter a pena outra função que não a retributiva. O homem não poderia ser utilizado como fim para a consecução de outros objetivos utilitaristas, por exemplo. E arremata Bozza (2015, p. 28) dissecando a teoria kantiana ao afirmar que “a finalidade da pena é simplesmente realizar a justiça, vez que houve violação à lei”.

Por outro viés, ainda com afirmações do professor Fábio Bozza (2015, p. 40), “Hegel a legitima (a pena) com fundamento na necessidade jurídica de equilíbrio do ordenamento jurídico.” A pena nega a violação ocorrida pelo crime,

restabelecendo o ordenamento jurídico. Seria a pena, segundo Bozza (2015, p. 40), uma imposição lógica para reafirmar o direito.

Para Bozza (2015, p. 23) pode-se inferir algumas críticas acerca desta teoria, como a inexistência de fins utilitaristas na pena – pune-se, apenas como retribuição pelo mal causado e o fundamento da pena na teoria retributiva, que seria a culpabilidade proveniente do livre arbítrio, ou seja, o indivíduo poder decidir entre a conduta conforme ou não as regras, não possa ser demonstrada validamente.

Ferrajoli (2014, p. 240) ao criticar de forma contundente a tese retributiva da pena sustenta que,

[...] se o único objetivo da pena fosse a troca do mal com o mal, ou uma espécie de “talião” ou de “vingança espiritualizada”, isto certamente não seria suficiente para justificar os sofrimentos impostos pela pena, ao menos em um ordenamento não dominado por crenças supersticiosas.

Em suma, as críticas ao modelo retributivo tem peso. Conceder ao Estado, garantidor dos direitos fundamentais da coletividade a possibilidade de impor uma pena apenas para retribuir o mal causado foge a razoabilidade.

Fugir dos fins utilitaristas da pena não seria ao menos ético, mesmo que se valha da argumentação que os fins de ressocialização ou recuperação do recluso não são alcançáveis.

O Estado não pode se valer de uma pena sem qualquer fim. Destituir o particular da possibilidade da vingança privada, assumindo seu lugar e tomando pra si essa função é ilegítimo e foge as funções estatais e democráticas.

Ademais, seria irracional, como de fato o é, propor uma pena com fim retributivo, pois sequer parâmetros de aferição para o encontro da pena seria viável. A expiação do mal pelo mal não parece encontrar fundamento de validade na dignidade da pessoa humana.

Bitencourt (2011, p. 130), com base em Roxin e sua obra *Problemas basicos del derecho penal* arremata as críticas a teoria retributiva ao citar a falta de limitação e critérios a possibilidade de impor a pena pelo Estado neste sistema; a impossibilidade de aferição ao livre arbítrio – fundamento para a culpabilidade na função retributiva; e por fim na impossibilidade de “compreender racionalmente como é possível eliminar um mal (o delito) com outro (a pena)” a menos que seja um ato de fé, o que não pode ser admitido no atual estágio da dogmática penal.

Superado estes traços teóricos, Greco (2016, p. 218) em interessante passagem, sugere que a sociedade se alimenta apenas da função retributiva da pena, sendo suficiente, portanto, a retribuição do mal causado pelo crime com a pena privativa de liberdade.

Para o referido autor (2016, p. 218), a sociedade despreza as penas restritivas de direito em razão da sensação de impunidade que as mesmas demonstram e se satisfazem com o sofrimento atribuído ao recluso pela pena.

Este sentimento, se presente estiver em grande parte da população, apenas confirma a necessidade de mudança de paradigma. A manutenção da pena em condições degradantes e a sede por punição a qualquer custo e da pior forma possível desnatura o ser humano, invertendo essa polarização em mais violência.

## **5.2 TEORIAS PREVENTIVAS**

As teorias preventivas divergem da teoria retributiva anteriormente apresentada. Segundo Bitencourt (2011, p. 132) “para as teorias preventivas, a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido e sim prevenir sua comissão.” As teorias preventivas buscam os fins utilitaristas da pena, visando que o criminoso não volte a delinquir. Não apenas o punir como retribuição pelo mal (delito) causado.

As teorias preventivas se subdividem nas teorias da prevenção geral e especial. E estas por sua vez possuem os aspectos positivos e negativos.

Conforme ensina Greco (2016, p. 220) a teoria da prevenção geral tem como expoente e fundador Feuerbach, desenvolvida a partir da teoria psicológica da ação.

Greco (2016, p. 220) sustenta que a teoria da prevenção geral negativa fundamenta-se no reflexo que a pena causa na sociedade. Ou seja, a pena intimida aqueles que convivem em sociedade, evitando-se o cometimento de novos crimes. O indivíduo punido serve de bode expiatório para a consecução dos fins estatais, mais precisamente para a manutenção a confiança no ordenamento jurídico e nas leis penais.

As principais críticas, entre tantas impostas a referida teoria são: a) para Fábio Bozza (2015, p. 88-89) a presença de cifras ocultas demonstra que o efeito intimidatório não se impõe, pois um grande número de delitos sequer passa pelo crivo sistema penal; b) outro argumento utilizado por Bozza (2015, p. 89), citando

Juarez Cirino dos Santos é que ao impor a pena ao indivíduo, utilizando-o como “bode expiatório” estaria violado o princípio da dignidade da pessoa humana.

Fabio Bozza em sua obra (2015, p. 85-86) ainda traz um importante argumento quanto ao limite de pena se considerado o efeito intimidatório, haja vista que a pena será estabelecida não de acordo com a culpabilidade do agente, mas de forma que sua cominação seja necessária a intimidação, o que não pode prevalecer.

Ademais, tem-se a teoria da prevenção geral positiva.

Bozza (2015, p. 90) traz como fundamento a esta teoria a necessidade “de reforçar a consciência jurídica da população.” Bitencourt (2011, p. 152) por sua vez sustenta que a teoria da prevenção geral positiva surgiu em decorrência das inconsistências encontradas na teoria mista ou unificadora da pena, que reuniu aspectos tanto da teoria retributiva quanto das teorias da prevenção geral e especial para justificar a imposição penal.

Diante da teoria da prevenção geral positiva, Bitencourt (2011, p. 152 – 159) sugere duas subdivisões. A prevenção geral positiva fundamentadora que possuiam como representantes Welzel e Jacobs e em contraponto a prevenção geral positiva limitadora.

Para Bitencourt (2011, p. 153), Welzel sustenta a prevenção geral positiva fundamentadora com a argumentação de que o direito penal ao impor uma sanção tem o escopo de despertar no cidadão uma função “ético-social” de confiança no direito e conseqüente programação conforme o direito estabelecido.

Ainda nos ensinamentos de Bitencourt (2011, p. 154), Jacobs, apesar de se manter fiel a proposição da necessidade de garantir a confiança no direito posto a sociedade, “nega que com isso se queira proteger determinados valores de ações e bens jurídicos.” Para Jacobs, nos dizeres de Bitencourt (2011, p.154), a pena seria um instrumento para ordenar as condutas dos indivíduos em sociedade e nas suas relações.

As críticas surgem também a esta teoria. Bitencourt (2011, p. 155) cita argumentos de doutrinadores abalizados como Mir Puig e Baratta sustentando a desnecessidade da imposição de pena para a proteção de bens jurídicos que poderiam ser protegidos por outros ramos do direito ou mesmo, a exclusiva desnecessidade de proteção daquele bem jurídico por qualquer ramo jurídico. Uma medida extremada como a pena não se aplica a fatos e/ou objetivos que podem ser alcançados de forma menos gravosa.

Quanto a prevenção geral positiva limitadora, contraponto da prevenção geral positiva fundamentadora, Bitencourt (2011, p. 157) assevera que seu fundamento está assegurado na limitação ao poder punitivo estatal. Nos dizeres do supracitado autor (2011, p. 157) “a pena deve manter-se dentro dos limites do direito penal do fato e da proporcionalidade e somente pode ser imposta por meio de um procedimento cercado de todas as garantias jurídico-constitucionais.”

Importa suscitar, portanto, que a referida teoria se sustenta na limitação da imposição da pena por meio de garantias jurídicas e da formalização do direito penal. Os direitos e garantias do condenado irão determinar todos os demais aspectos preventivos e retributivos da pena, além da necessidade e quantificação da intervenção penal.

Ainda persistem duas teorias a serem analisadas. A teoria da prevenção especial negativa e a teoria da prevenção especial positiva. A negativa como cediço, tem por objetivo a neutralização daquele que comete o ilícito ao passo que a positiva busca a ressocialização do condenado.

Para Greco (2016, p. 222) a prevenção especial negativa, que só poderá ocorrer com a aplicação da pena privativa de liberdade, tem como fundamento retirar o indivíduo temporariamente do convívio social, impedindo-o de cometer novos crimes. Noutra giro, para Greco (2016, p. 222) a prevenção especial positiva seria a recolocação do indivíduo em sociedade, vale dizer, a ressocialização.

Ocorre que, também surgem críticas a estas teorias.

Fabio Bozza (2015, p. 56) induz que a teoria da prevenção especial negativa, por exemplo, é parcialmente válida, uma vez que obtém êxito em retirar o indivíduo da sociedade e encarcerado, não poderia cometer crimes. Mas, isto não se sustenta. Apenas se desloca o local de cometimento dos crimes, uma vez que encarcerado, passaria o indivíduo a cometer crimes dentro dos presídios.

Noutro ponto, a crítica permanece uníssona em toda doutrina quanto ao aspecto da prevenção especial positiva, que propõe a ressocialização. E aqui, permanece-se com a posição de Fábio Bozza (2015, p. 62) no sentido de que “não se pode sustentar o objetivo de melhorar um indivíduo através de uma instituição deteriorante”. É uníssono que o cárcere deteriora o agente a ele submetido. Não se pode propor educar para a convivência em liberdade, privando o indivíduo dela. Apenas será ministrado ao agente como sobreviver encarcerado.

O cárcere, neste ponto, tem um aspecto dessocializante enorme. Deforma o indivíduo que assimila a forma de viver dos seus pares e mais, não só a viver como seus pares, mas introjeta no indivíduo uma forma de sobreviver apenas com o uso da violência, aderindo a organizações criminosas, que hoje dominam os presídios nacionais. Aprende a como sobreviver em um lugar asqueroso, onde a violência e a criminalidade o rondam a todo tempo. Em suma, ressocializar encarcerando alguém é algo impossível de se realizar.

Greco (2016, p. 223) também propõe críticas a ambas teorias. Isto porque, as penitenciárias são locais onde ocorrem cotidianamente crimes das variadas espécies, estupros, lesões corporais, consumo e tráfico de drogas. Grupos organizados controlam grande parte dos presídios brasileiros e ditam suas regras. Logo, tanto a prevenção especial negativa quanto a positiva estariam fulminadas.

Sem a intenção de esgotar todas as críticas que são impostas as funções da pena, haja vista a vastidão e a coerência de diversos argumentos utilizados pelos mais variados autores, finda-se com Ferrajoli (2014, p. 253), que em tom crítico sobre as teorias das finalidades da pena, agora no aspecto da prevenção especial suscita,

Mesmo sem considerar o caráter antigarantista e decisório dos modelos de direito penal que estas informaram, as doutrinas da prevenção especial são contestáveis, de outra parte, no próprio plano da justiça substancial que elas reivindicam como critério de justificação externa. Uma primeira e elementar objeção é que somente a pena carcerária, e não as outras penas também, como, *v.g.*, aquelas pecuniárias ou de detenção domiciliar, está ligada à finalidade reeducativa, a qual, portanto, não pode ser admitida como critério teórico de justificação da pena em geral. Uma segunda, e muito mais grave objeção, é que o fim pedagógico ou ressocializante sustentado por todas estas várias doutrinas não é realizável. Uma rica literatura, confortada por uma secular e dolorosa experiência, demonstrou, com efeito, que não existem penas corretivas ou que tenham caráter terapêutico, e que o cárcere, em particular, é um lugar criminógeno de educação e solicitação ao crime. Repressão e educação são, em resumo, incompatíveis, como também o são a privação da liberdade e a liberdade em si, que da educação constitui a essência e o pressuposto, razão pela qual a única coisa que se pode pretender do cárcere é que seja o mínimo possível repressivo e, portanto, o menos possível dessocializante e deseducativo.

### **5.3 TEORIA ECLÉTICA OU MISTA**

No escólio de Rogério Greco (2016, p. 587) foi a teoria adotada pelo artigo 59 do Código Penal, uma vez que o referido artigo suscita a necessidade de

reprovação (teoria retributiva) e prevenção (teoria da prevenção geral e especial) do crime.

Renato Marcão (2015, p. 32) por sua vez, ressalta que a execução penal deve objetivar não apenas a retribuição pelo mal cometido (teoria absoluta), mas também os aspectos preventivos, de ressocialização do condenado e além disso, de humanização da pena, visto que foi adotado a teoria eclética ou mista da pena.

Historicamente, Bitencourt (2011, p. 150) ensina que Merkel, no começo do século XX foi o grande criador desta teoria unificadora. Na realidade, Bitencourt sustenta que a teoria unificadora/mista/eclética se funda em bases prevencionistas. A crítica a teoria monista, que estabelecia um único fundamento para a pena prevalece, gerando a junção das teorias anteriormente analisadas, absolutas e preventivas, com influência marcante da prevenção geral e especial e tendo a teoria retributiva como limitação a imposição da pena, seja pela culpabilidade, seja pela proporcionalidade.

Em resumo, o professor Bitencourt (2011, p. 151) assevera que para a teoria mista / eclética “a pena não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado, além de buscar a consecução dos fins de prevenção geral e especial.”

Analisando criticamente a referida teoria, Bitencourt (2011, p. 152), com a precisão que lhe é peculiar, traz críticas a tese eclética, haja vista a ocorrência de choques principiológicos na aplicação e cominação da pena. Teoria retributiva e teorias preventivas especial e geral são incompatíveis entre si, e por vezes, findam em desproporcionalidade na aplicação da pena.

Mesmo diante desta incongruência, é o que se constata na aplicação do artigo 59 do Código Penal. Interessante ainda perceber que o referido artigo impõe para aplicação da pena critérios de suficiência e necessidade, o que denota explicitamente o imperativo de adotar a imposição de limites máximos na aplicação da reprovação e prevenção do crime.

Em suma, é precioso perceber que todas as teorias anteriormente suscitadas, inclusive a mista / eclética, possuem em maior ou menor grau, críticas quanto a tentativa de sustentar o fenômeno penalógico e portanto, findam por não obter êxito na sua existência e imposição pelo Estado Democrático de Direito.

Importante também perceber que, não obstante todas as críticas, sustentar um direito penal desprovido de sanção restritiva de liberdade seria algo

impensável no atual estágio da nossa sociedade, não olvidando dar a devida importância aqueles que pregam o abolicionismo e os argumentos por estes sustentados.

Em conclusão, as teorias da pena que tentaram justificar a imposição da pena não obtiveram sucesso. Cada argumento proferido na tentativa de justificar a restrição da liberdade cai por terra diante de constatações empíricas e dogmáticas que conflitam na própria gênese do argumento sustentado.

Por esse motivo, a imposição da pena torna-se apenas argumentação jurídica falaciosa utilizada de modo a sustentar algo que seria insustentável se estabelecido sem qualquer justificativa.

Contudo, estabelecer este gravame sem sustentáculo argumentativo soaria deslegitimante em um Estado Democrático de Direito e justamente por isso, criam-se argumentações jurídicas sem qualquer congruência com a realidade.

A própria teoria mista / eclética se impõe como uma tentativa de justificar a pena diante de sucessivas falhas das teorias anteriormente criadas e permanece com o mesmo vício. Isto é logicamente previsível, até porque justificativas em dissonância com o real objetivo da pena não se sustentam diante de contra argumentações empíricas palpáveis.

Sendo assim, a fundamentação teórica de Bozza (2015, p. 176) sobre os argumentos declarados e ocultos da pena surgem com grande valia. A prisão como um instituto de controle social e de realização de poder vinculado ao sistema capitalista, de classes, de desigualdades sociais, de manutenção da relação de poder.

E, construída com este escopo, nada mais cômodo do que mantê-la com as atuais características, com a falência total dos aspectos preventivos ou pior, subvertendo a necessidade de diminuição da violência por meio da deterioração da condição de ser humano dos reclusos.

#### **5.4 A FÁLACIA DA RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO**

Ultrapassado o patamar das teorias da pena, vale a pena tratar de maneira pormenorizada sobre a crítica a teoria da prevenção especial positiva, que se vale da ressocialização do condenado como fundamento de validade. A prometida ressocialização ainda é base de sustentáculo para diversas medidas

descritas pela lei de execução penal e ainda é tomada como objetivo para diversas políticas públicas de tratamento ao preso.

O próprio regramento mínimo para tratamento dos presos no Brasil e a lei de execução penal preveem medidas com vistas a ressocialização, como a assistência educacional obrigatória (art. 18º da LEP), o ensino profissional (art. 19º da LEP), inclusão de bibliotecas no sistema penitenciário (art. 20º da LEP), assistência ao condenado para o retorno a vida em liberdade (art. 22, 25, inciso I da LEP), o trabalho externo durante o cumprimento da pena (art. 36 da LEP), a possibilidade de remição da pena pelo trabalho ou pelo estudo (art. 126 e seguintes da LEP).

Enfim, medidas adotadas pela legislação para oportunizar o desenvolvimento social, educacional e religioso do preso são as mais diversificadas e lastreadas em diversos fundamentos como o acesso ao trabalho, educação, contato com a família, possibilidade de redução do tempo de pena.

No entanto, a grande celeuma no atual cenário do sistema penitenciário brasileiro é o cumprimento da pena durante o regime fechado.

Sem embargo das críticas delineadas por doutrinadores de renome, principalmente sob o fundamento de que ressocializar privando o indivíduo da sociedade e da liberdade é um contrassenso enorme, é preciso assimilar que enquanto se mantém intocada a pena privativa de liberdade, é imprescindível que se forneça qualidade e dignidade no cumprimento desta.

Isto, não embasado na necessidade de ressocializar, haja vista sua impossibilidade técnica, conforme citado anteriormente, mas no sentido de humanizar a pena, de dar cumprimento aos dispositivos que regem a Constituição Federal de 1988, principalmente o que prega a dignidade da pessoa humana.

Se a ressocialização é falaciosa, o princípio reitor do ordenamento jurídico - dignidade da pessoa humana - deve ser inserido e o cenário carcerário deve ser completamente modificado, com o objetivo de garantir as premissas a que o Brasil se filiou em tratados internacionais de respeito aos direitos humanos, além da efetivação das normas internas estabelecidas para legitimar o Estado Democrático de Direito.

Ultrapassado este mérito, Bitencourt (2011, p. 162) propõe de início que a pena privativa de liberdade deve ser analisada diante da realidade estrutural dos presídios nacionais, da execução penal como de fato ocorre, com a dotação

orçamentária disposta ao sistema penitenciário, enfim, enfrentando diretamente as atuais condições do sistema.

Partindo desta premissa, passam-se as críticas e a comprovação inequívoca da falácia da ressocialização do condenado. Bitencourt (2011, p. 163) perfilha posição no sentido de que a pena privativa de liberdade surgiu como uma hipótese bastante eficaz de reforma do condenado. As *workhouses* eram prova desta intenção ao tentar modificar a índole do indivíduo por meio do trabalho exaustivo.

No entanto, tal premissa não se verificou verdadeira. A pena como hoje concebida e todas as demais formas de ressocialização previstas historicamente não se mostraram eficazes a ponto de alterar a gênese do ser humano. Portanto, críticas contundentes imperam sobre a privação da liberdade como pena.

Bitencourt (2011, p. 162 – 164) cita dois argumentos poderosos quanto a ineficácia da pena privativa de liberdade. O primeiro reside no fator criminógeno do ambiente carcerário. O indivíduo não se ressocializa, mas se dissocializa ao ingressar no ambiente carcerário. Aprende seus modos, seu estilo de vida e conseqüentemente esquece o modo de vida na comunidade livre.

Posteriormente, Bitencourt (2011, p. 165 – 166) cita os famigerados problemas das penitenciárias como impecílio fundamental para a ressocialização. Cadeias superlotadas que impedem a aplicação correta dos benefícios previstos em lei para o apenado, tratamento desumano e degradante ao apenado, ambiente propício ao cometimento de crimes, tráfico de drogas, exploração sexual, enfim, todos os tipos de adversidades encontradas nos presídios.

A demonstração fática de tais argumentos são incontestáveis. Não se pode contra-argumentar em face de violações sistêmicas dos direitos humanos nos diversos presídios nacionais. A subcultura carcerária exerce influência decisiva sobre o detento, somado, atualmente, a presença constante de grandes organizações criminosas no seio das penitenciárias.

Ademais, as relações de poder exercidas dentro das penitenciárias, a subserviência e as constantes violações sexuais tornam estigmatizante a vida dentro do cárcere, fulminando completamente qualquer hipótese de ressocialização e levando a total crise no sistema penitenciário.

Ferrajoli (2014, p. 378 – 379), por sua vez reconhece as intempéries da vida carcerária ao afirmar que a pena privativa de liberdade não tem o condão de

prevenir novos delitos, haja vista o fator criminógeno implantado nas penitenciárias, verdadeiras escolas de criminosos.

Factualmente ainda se pode observar como hipótese de impossibilidade de ressocialização do condenado o estigma sofrido pelo apenado ao término da pena privativa de liberdade.

Invariavelmente, a própria sociedade desvaloriza e exclui aquele que passou pelo sistema penitenciário. Os baixos salários ou mesmo a dificuldade de encontrar emprego e renda torna indivíduo alvo fácil da criminalidade, que em determinados segmentos proporciona rendimento vultosos.

Todos estes fatores, portanto, conduzem a conclusão que locais onde se cumpre a pena privativa de liberdade são altamente criminógenos, vale dizer, conduzem o indivíduo ou a permanecer ou a reingressar no sistema penal pelo cometimento corriqueiro de infrações penais e conseqüentemente retornar ao convívio do cárcere, em um ciclo altamente pernicioso.

## **6 SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

Diante das informações veiculadas constantemente em mídia, tudo indica que o sistema carcerário brasileiro retornou ao século XV ou XVI, quando a prisão ainda tinha caráter apenas instrumental.

Não se perquiria quais as finalidades da pena privativa de liberdade. Quando observa-se no noticiário nacional, presos sendo comprimidos em containers, falta de assistência médica aos detentos, servidores penitenciários torturando custodiados e outros com números de irregularidades e ilegalidades, é totalmente questionável qual a razão de ser do sistema atualmente implantado.

De acordo com o último senso divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (2014, *online*) em junho de 2014, o Brasil conta com 563.526 pessoas presas dentro do sistema penitenciário. Esse número sobe para 711.463 se for contabilizado o número de pessoas presas no sistema ao de presos em regime domiciliar. Ainda de acordo com o referido censo, tem-se um déficit de 206.307 vagas no sistema penal que evolui para 354.244 se contabilizado as vagas a serem utilizadas com a prisão domiciliar.

De todos estes apenados, 41% (quarenta e um por cento) são presos provisórios, o que preenche quase a metade do sistema prisional apenas com presos por medidas cautelares.

Comparado a outros países em desenvolvimento, o Brasil dispara na frente, possuindo 711.463 presos, enquanto a Argentina possui 62.263, o México com 249.912 e a África do Sul com 157.394 detentos.

Por fim, ainda de acordo com o referido censo apresentado pelo CNJ (2014, *online*), o Brasil tem a quarta maior população prisional do mundo, se desconsiderados aqueles que cumprem prisão domiciliar, ficando atrás apenas de Rússia que fica em 3º (terceiro) com 676.400 detentos, a China que permanece em 2º (segundo) com 1.701.344 de pessoas presas e em 1º (primeiro) colocado o Estados Unidos da América com 2.228.424 de pessoas encarceradas.

Como último dado estatístico, se somado o número de pessoas presas (711.463) com o número de mandados de prisão em aberto a serem cumpridos pelos órgãos de persecução penal em todo o país, o Brasil alcança o número de 1.085.454 pessoas sob o crivo do sistema penal. Portanto, o Brasil assumiria facilmente a 3º (terceira) posição no ranking acima relatado.

Diante deste crítico panorama, os Poderes da República envolvidos com o sistema criminal como um todo, deveriam perceber que com a reincidência alcançando o patamar de 70% em determinados presídios e até 100% em outros estabelecimentos penais, mantém-se um ciclo vicioso de punir hoje para voltar a punir o mesmo indivíduo amanhã.

Não se retira ninguém do ciclo vicioso da criminalidade e com o crescimento populacional, incrementa-se, cotidianamente, mais clientes ao sistema penal. Em um sistema penal em que 95% do sistema são pessoas pobres, segundo dados do Censo Penitenciário Nacional (2016, *online*), é possível imaginar a seletividade e injustiça deste sistema.

De pronto, é importante perceber que a saída não é a implosão do sistema penal, com o fim da pena privativa de liberdade. Não é isso. Infelizmente o Brasil ainda não possui, como sociedade, a maturidade para extirpar esse instituto. E infelizmente, esta necessidade dificilmente será superada.

Novamente, vale ressaltar as lições de Foucault (2014, p. 224), uma vez que “conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que ela é perigosa, quando não inútil. E entretanto não “vemos” o que pôr em seu lugar.”

Convive-se com as críticas e é cediço por todos que a pena privativa de liberdade não reforma, não ressocializa, não evita novos crimes. Enfim, é verba pública sendo desperdiçada para amontoar seres humanos. Tais aspectos são incontestáveis e na condição que o sistema pena brasileiro se encontra, esta constatação ganha fôlego.

Por outro lado, é crucial perceber que aliado aos dispositivos constitucionais e as disposições previstas em lei ordinária que tornam a pena mais humana é possível produzir um sistema carcerário de qualidade.

Em conjunto, por óbvio, com outras ações de cunho econômico, social e político é possível a viabilização de um sistema penal e uma pena eficiente, destacados para aqueles que infringirem os bens jurídicos mais importantes tutelados pela norma penal.

A busca por um sistema penal mínimo também é essencial. Com a pena privativa de liberdade aplicada em ínfimos casos, aqueles extremamente necessários. E para estes casos será imposta uma pena justa, equilibrada, proporcional, destacando ao preso o acesso a todos os meios de buscar uma melhora em sua conduta. É necessário fornecer ao encarcerado a oportunidade de uma pena digna, visita dos familiares, trabalho, renda, tratamento psicossocial, avaliação médica.

Mas, enquanto o Executivo, Judiciário e Legislativo não se alertam para o erro reiteradamente cometido e modificam o cenário carcerário brasileiro, dificilmente haverá alteração no índices da violência no país.

Uma nova visão sobre o papel das penitenciárias e dos encarcerados se faz necessária. As facções criminosas dominaram o espaço que era destinado ao Estado para tratar o delinquente ou, ao menos, para evitar os estigmas criado pelo cárcere.

Neste ponto, é preciso analisar as condições do Presídio Central de Porto Alegre. Em notícia veiculada no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2016, *online*), o juiz Sidinei Brzuska, titular da 2<sup>o</sup> vara de execuções penais de Porto Alegre, afirma a total falência do sistema penal daquele estado.

Janine Souza (2016, *online*), reproduzindo informações veiculadas pelo juiz Sidinei Brzuska, afirma que o presídio Central de Porto Alegre possui uma população carcerária de 4,7 mil detentos e recebe a cada dia mais 500 hóspedes.

Avaliando as condições carcerárias, o magistrado citado (2016, *online*) aduz que o presídio informado fornece ao encarcerados água, luz e as paredes, além de comida para os detentos mais humildes. Os detentos que possuem alguma condição financeira, tem que ser assistidos financeiramente por seus familiares para sobreviver e adquirir comida dentro do estabelecimento penal. Isto, afirma o magistrado, gera um natural comércio dentro do presídio de comida, mantimentos e consequentemente de celulares e drogas.

Mas, o que mais impressiona, é o sistema gerado a partir das condições do presídio para a reincidência.

Afirma o magistrado (2016, *online*), que quem é agraciado com sacolas dos seus familiares tem uma pequena possibilidade de não reincidir. Isto porque, quem é totalmente desassistido pelos familiares, não tem como receber mantimentos básicos, tampouco dinheiro. Logo, é obrigado, para sobreviver, a receber mantimentos da facção criminosa que domina o presídio. E, por conseguinte, a ter, quando for colocado em liberdade, que retribuir a facção, que o manteve com vida no presídio, com serviços criminosos.

Portanto, conforme se verifica, o estabelecimento penal, está sendo utilizado para recrutamento de criminosos. O Estado perdeu o total controle da situação. Sidinei Brzuska (2016, *online*) é categórico ao afirmar que “hoje, os presídios de Porto Alegre e Região Metropolitana geram renda para o crime.”

Um local que deveria estar sendo utilizado para reforma, neutralização, para inserir o preso novamente em sociedade, está sendo utilizado para fornecer material humano e financeiro para facções criminosas com a prática de comércio dentro das prisões e com o alistamento para o crime daqueles que não possuem verba para se manterem vivos.

O que ocorre, de fato, são privatizações realizadas nos estabelecimentos penais por facções criminosas às custas do Estado. O Estado constrói a penitenciária e entrega para as facções criminosas administrarem, gerar lucro, captar mão de obra e consequentemente implantar uma política de não ressocialização e de incremento dos índices de criminalidade.

Ainda considerando os dados estatísticos e empíricos trazidos pelo Juiz Sidinei Brzuska, juiz titular da 2º vara de execuções penais da capital do Rio Grande do Sul, citado por Janine Souza (2016, *online*), temos que

Em cinco anos, foram apreendidas dentro do PC 58 armas industriais, quase 10 mil telefones celulares e mais de 120 quilos de drogas. Se somar tudo, isso torna o quarteirão do Presídio Central o maior ponto de comércio e venda de drogas do Rio Grande do Sul.

Por fim, arrematando sobre as condições da realidade atual dos presídios brasileiros, Brzuska (2016, *online*) evidencia que “o sistema, como está, não funciona: tem altíssimos índices de reincidência, custa caro, não protege a vítima e dá lucro para os bandidos”.

Diante de todo este cenário narrado é impossível esperar o mínimo de fatores positivos desse sistema carcerário. Da mesma forma é inviável teorizar sobre prevenção geral ou especial, se não é construído um sistema carcerário que forneça alimentação ao detento e mantimentos básicos de sobrevivência.

Por óbvio, que a saída não é o direito penal máximo, mas o mínimo, reduzido a situações restritas. Com um índice de encarceramento reduzidíssimo. Isto está bem firmado. No entanto, se é necessário efetuar a constrição da liberdade, não se pode abdicar totalmente de medidas ressocializadoras e construir depósitos humanos para serem dominados por facções criminosas.

Se prender ainda é necessário, mais necessário se faz acreditar em medidas ressocializadoras e mais do que isso, torna-las efetivas, enquanto nada mais eficaz surge para substituir a prisão. A crença nos aspectos preventivos especiais se torna fundamental para legitimar a prisão.

Se amontoar pessoas em presídios, onde se forneça apenas água, luz e paredes é hoje a realidade, nestes locais, a máxima da impossibilidade “ressocializar retirando da sociedade e privando a liberdade” ganha contornos mais dramáticos.

É preciso crer que a modificação desta realidade, com a aplicação de preceitos básicos da lei de execução penal, de garantias mínimas previstas na Constituição Federal e da valorização do ser humano como digno de direitos fundamentais seja uma saída, não para total solução da celeuma, mas para amenizar os contornos críticos constatados no sistema carcerário.

Diante de tal verificação, é pertinente estabelecer a orientação no sentido de que o cárcere traga o mínimo sofrimento para o indivíduo a ele acometido.

Infelizmente, a visão revanchista que se estabeleceu na sociedade brasileira, pugnando por condições no cárcere extremamente deteriorantes ao indivíduo como forma de pagar pelo mal cometido é irracional e inconsequente.

Esta realidade reflete no sistema penal. A falta de preocupação por grande parte da população e por vezes o incentivo a degradação das penitenciárias, tornam o cárcere verdadeiras masmorras medievais, que em absolutamente nada reverterem o quadro de violência. Pelo contrário, maximizam à enésima potência o poderio de facções criminosas e os efeitos criminógenos do cárcere.

Enfim, apesar de restar demonstrado aqui um exemplo solteiro das condições de vida nas penitenciárias brasileiras, persistem locais ainda mais degradantes, superlotados e em condições piores de sobrevivência humana.

Este simplório exemplo não esgota as ocorrências de violações estatais aos direitos humanos. Por outro lado, demonstra o quão ineficaz e deteriorante pode ser uma pena privativa de liberdade.

## **6.1 A LEI 7.210/84 E SUAS INOCUIDADES**

Persistem previsões na atual lei de execuções penais – 7.210/84 – que não subsistem a mera conferência com a realidade encontrada nos estabelecimentos penais brasileiros. A LEP vigente é abarrotada de direitos, deveres, aspectos procedimentais, sancionatórios, estruturais, que, em verdade, são inúteis, visto que não assimiláveis pela administração pública durante a aplicação da pena.

Normas com previsões mínimas para as garantias dos direitos fundamentais do ser humano, mas que cotidianamente são desprezadas pelo Estado, tornando ainda mais custoso e inútil a manutenção dos estabelecimentos penais. Vale a pena individualiza-los de forma a constatar suas incongruências.

A priori, a LEP cita em seu artigo 12 que “a assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.” Instalações higiênicas são um sonho bem distante a ser alcançado diante das deficiências estruturais que acometem os estabelecimentos penais. Fios expostos, estrutura de esgotamento sanitário e de fornecimento de água deficientes são grandes entraves ao cumprimento desta norma.

Noutro ponto, vale ressaltar a deficiência da alimentação dos estabelecimentos penais. Existem instituições carcerárias, como o Presídio Central de Porto Alegre, citado anteriormente, que os familiares do recluso são obrigados a

levar comida, uma vez que o Estado só as fornece para os detentos que não possuem nenhum auxílio financeiro familiar.

Além da falta de alimentação, não é incomum verificar notícias sobre a péssima qualidade da alimentação fornecida pelas instituições prisionais, que, por vezes, é motivo para rebeliões dentro de presídios.

Outro direito previsto na LEP, em seu artigo 41, inciso VII é a proteção contra qualquer forma de sensacionalismo. Direito fundamental, decorrente do direito de proteção a honra e a imagem previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X cotidianamente desrespeitado pela imprensa e pelos órgãos de persecução penal.

O artigo 45º da LEP, em seu §1º, por sua vez, garante que “as sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado.” Não obstante a referida norma, observa-se que o próprio cumprimento da pena, por si só, coloca em perigo a integridade física e moral do preso.

Presos inseridos em containers para o cumprimento de pena, superlotação de celas, celas que alcançam a sensação térmica de 50º Celsius no seu interior durante os dias mais quentes, desprovidas de circulação de ar, mesmo que na sua essência não se caracterize uma sanção, assim se configura da forma como é imposta e principalmente nas condições estruturais que são impostas.

O artigo 66 da LEP traz como competência do juiz da execução “inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade” e em seguida no seu inciso VII a competência de “interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei.”

São competências que se completam, na medida em que cabe ao juiz da execução, mensalmente, inspecionar os estabelecimentos penais, verificar a regularidade do seu funcionamento e se constatadas inadequações ou se verificadas contrariedades ao que dispõe a LEP, promover a interdição do estabelecimento carcerário.

Apesar da clareza da hipótese e de sua imposição legislativa, dificilmente se constata a interdição de estabelecimentos penais. As interdições ocorrem quando o sistema carcerário implantado está prestes a desmoronar.

É importante perceber, que os estabelecimentos penais, apesar de com certa frequência preencherem os requisitos previstos em lei, como a inadequação de condição de receber custodiados ou a contrariedade aos dispositivos da LEP, não são interditados frequentemente. Isto se dá por uma série de fatores, entre eles, o reduzido número de vagas presentes no sistema. Ocorrendo interdições, consoante previsto em lei, inviabilizaria ainda mais um sistema carcerário já precário.

Por outro lado, dada a indiferença de alguns magistrados, que possuem competência para fazê-lo e não o fazem, em ocasiões que certamente beiram o absurdo, como em grande parte dos presídios nacionais, a população carcerária agoniza em meio ao caos.

Outro ponto totalmente inócuo da lei 7.210/84 é a previsão do artigo 84, §3º, inciso I a IV que dispõe a separação dos presos de acordo com alguns critérios, dentre estes critérios estão a separação dos “condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados”, dos “reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa”, dos “primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa”, e por fim dos “demais condenados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas nos incisos I, II e III”.

Situação que dificilmente se caracteriza nos estabelecimentos penais do país. Em verdade, os presos são amontoados, não havendo separação entre os condenados por crimes hediondos ou equiparados, que se misturam aos demais condenados pela prática de outros crimes, primários ou não, e em determinados locais sequer ocorre a separação dos presos preventivamente – presos provisórios – com os demais condenados definitivamente.

Enfim, o princípio da individualização da pena não é cumprido e esta ausência de separação leva a maximização do efeito criminógeno da pena. Ou seja, condenados que participam de organizações criminosas aliciam aqueles indivíduos que não possuem relevante periculosidade ou talvez sequer deveriam ter ingressado no sistema penal.

Ao final, o mais famigerado e polêmico artigo presente na LEP e de previsão similar nas Regras Mínimas para Tratamento dos Reclusos da ONU, conhecido como regras de Mandela, sobre a estrutura física das celas existentes nos estabelecimentos penais. Na LEP a previsão trazida é a seguinte:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6,00m<sup>2</sup> (seis metros quadrados).

Ao passo que nas Regras de Mandela (2016, *online*) a previsão da Regra 12 é a seguinte:

1. As celas ou quartos destinados ao descanso noturno não devem ser ocupados por mais de um preso. Se, por razões especiais, tais como superlotação temporária, for necessário que a administração prisional central faça uma exceção à regra, não é recomendável que dois presos sejam alojados em uma mesma cela ou quarto. 2. Onde houver dormitórios, estes deverão ser ocupados por presos cuidadosamente selecionados como sendo capazes de serem alojados juntos. Durante a noite, deve haver vigilância regular, de acordo com a natureza do estabelecimento prisional.

De uma simples análise dos dispositivos se percebe, claramente, que ambas as previsões não são cumpridas. Na verdade, tais regras são desprezadas em sua totalidade e sequer os requisitos básicos para a sobrevivência humana como os fatores de aeração e condicionamento térmico são respeitados.

Superando a LEP, que só traz a previsão do alojamento em celas individuais, as regras de Mandela (2016, *online*) ainda trazem a excepcionalidade de que dois presos possam ser alojados em uma mesma cela, diante de fatores excepcionais, como a superlotação carcerária temporária. Previsão totalmente destoante com a realidade do Brasil, país onde a maioria dos detentos estão alojados em cela com a capacidade superada em muito tal previsão.

Diante de tais informações se constata claramente a inocuidade de diversos dispositivos legais, que não são alcançáveis, ao menos na atual situação estrutural do sistema carcerário brasileiro acarretando na falência da pena de prisão.

## **7 ALTERNATIVAS A PENA DE PRISÃO**

Constata-se, então, de forma incontroversa que a pena privativa de liberdade exerce uma função extremamente criminógena no sujeito, que são agravadas por diversos fatores, como a superlotação dos estabelecimentos penais, o ambiente degradante e pernicioso das prisões, comandado em grande parte por facções criminosas, a falta de investimento estatal em programas de reabilitação

social, ressocialização, saúde, educação do detento, o despreparo dos órgãos penitenciários no cuidado com o recluso.

Enfim, diante da verificação inconteste desta conclusão, medidas precisam ser administradas de forma a diminuir os fatores criminógenos aos reclusos ou impedir que estes fatores sejam inseridos naqueles que violaram bens jurídicos de menor valor. Dessa forma, se impõe como necessária a imposição de medidas alternativas à pena de prisão.

Nesse sentido, é importante extrair as lições de Ferrajoli acerca da historicidade das penas alternativas a prisão. Consoante Ferrajoli (2014, p. 378) algo sintomático da falência da pena de prisão é o surgimento e desenvolvimento no século passado das medidas alternativas ao encarceramento.

Greco (2016, p. 241) diante da constatação da falência da pena de prisão sugere um conjunto de medidas a serem adotadas, dentre elas, práticas minimalistas, afastando o direito penal máximo e o sistema de lei e ordem e de inflação legislativa.

Além disso, Greco sugere (2016, p. 242) naquelas situações em que seja imperativa a imposição de pena, seria oportuno o encarceramento apenas em situações extremamente necessárias, evitando os efeitos deletérios da prisão e consequentemente aplicando penas alternativas. E por fim, de extrema necessidade seria a aplicação de políticas sociais, educacionais que evitam a prática de crimes cominando com programas de ressocialização daqueles porventura inseridos nos estabelecimentos penais.

Enfim, são medidas que visam a descarcerização em situações desnecessárias, afastando a aplicação do direito penal a todo custo e ingressando na raiz da celeuma criminal com políticas sociais de inclusão social, de divisão de renda, de acesso à saúde e educação de qualidade.

Ultrapassado este patamar, o direito penal e a pena privativa de liberdade seria utilizado apenas para situações específicas, nas quais não se vislumbraria outra opção a não ser a neutralização temporária do agente delitivo e posteriormente a sua inclusão na sociedade, por meio de políticas sérias e realmente aplicadas a tal fim.

Aliado a tudo quanto exposto, Greco (2016, p. 242) sustenta que as medidas alternativas a prisão, em conjunto com o avanço da tecnologia imporá a

aplicação da pena para o agente delituoso preservando ao máximo a dignidade da pessoa humana.

Neste ponto, vale frisar importante decisão do STF, publicada no Informativo 825 (2016, *online*), que trata sobre a falta de vagas nos regimes semiaberto e aberto e a imposição de medidas alternativas da prisão, não mantendo o preso encarcerado em regime mais gravoso ao que faz jus.

No primeiro ponto, o Supremo Tribunal Federal (2016, *online*) decidiu que a “falta de estabelecimento adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime penal mais gravoso”.

Constatou o STF que devido à falta de vagas nos regimes prisionais aberto e semiaberto, não estaria ocorrendo a progressividade dos regimes previstos na lei de execução penal. Ou seja, os presos estavam permanecendo em regimes prisionais mais gravosos do que o tempo permitido. Isto é uma violação patente dos princípios da individualização da pena e da legalidade, além de infringir outros princípios constitucionais consagrados pelo ordenamento jurídico como o da dignidade da pessoa humana e a própria ideia do Estado Democrático de Direito.

Logo, o apenado não poderá permanecer em regime mais gravoso do que o estabelecido na sentença condenatória em razão da falta de vagas nos regimes semiaberto e aberto.

Sendo assim, diante do déficit de vagas nos estabelecimentos penais que aplicam os regimes semiaberto e aberto, a decisão do STF prevê que deverão ser adotadas como medidas “a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas”, ou seja, aqueles que estão no regime semiaberto deverão progredir para o regime imediatamente subsequente (regime aberto) para dar lugar aos que estão no regime fechado.

Se não houver vagas no regime aberto, aos reclusos deste regime deverão ser concedidas penas restritivas de direito e ou estudo, para que surjam vagas neste regime para os presos provenientes do semiaberto.

Por isso, o Supremo Tribunal Federal decidiu que seria concedido “o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progredisse ao regime aberto.”

Outra medida a ser tomada, segundo a decisão do STF (2016, *online*) é a aplicação de “liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que saísse antecipadamente ou fosse posto em prisão domiciliar por falta de vagas”. Portanto,

aqueles antecipadamente postos em liberdade para dar lugar ao preso proveniente dos regimes mais severos deveriam ser postos em prisão domiciliar e acompanhados eletronicamente.

E por fim ressaltou o STF que “até que fossem estruturadas as medidas alternativas propostas, poderia ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.” A decisão do STF quer impor que a prisão domiciliar, diante da falta de vagas nos regimes prisionais menos gravosos não seja a primeira medida a ser tomada para aqueles que estão no regime fechado.

Antes, segundo o Supremo Tribunal Federal, deverão ser observadas as medidas suscitadas na decisão, respeitando critérios subjetivos como, bom comportamento carcerário para a obtenção do benefício da liberdade antecipada monitorada eletronicamente aos que estão em regime prisional semiaberto e aberto abrindo novas vagas em tais estabelecimentos.

Para o STF, a imposição da medida de prisão domiciliar para aqueles que estão no regime fechado e tem o direito a progredir de regime é de difícil fiscalização, pois nem sempre os apenados possuem residência fixa ou querem ser acolhidos por seus familiares, inviabilizando, por óbvio a sua imposição.

Além disso, o acolhimento domiciliar gera dificuldades quanto a ressocialização, visto que o recluso não conseguirá obter emprego para efetuar o labor apenas na sua residência. Quanto ao aspecto econômico e social do próprio preso a medida é prejudicial, visto que o apenado fica impossibilitado de exercer atividades externas básicas, dependendo dos familiares.

Ou seja, a pena de prisão domiciliar pura e simples não se adequa aos ditames da realidade, não sendo, *a priori*, a medida mais adequada, diante da falta de vagas nos regimes menos gravosos.

O importante a ser inferido desta decisão do STF é a imprescindibilidade das penas restritivas de direito em um cenário caótico de falta de vagas nos estabelecimentos penais e de cumprimento de penas em condições sub-humanas.

A imposição das medidas alternativas à prisão respeita princípios constitucionais importantíssimos, como a individualização da pena, respeita a legalidade, impondo barreiras ao excesso de execução e proporcionando soluções equitativas ao cumprimento da pena.

Não obstante as medidas previstas no ordenamento jurídico atualmente, é preciso evidenciar também que um cem número de medidas contra a carcerização

desnecessária e os efeitos deletérios do cárcere podem ser adotadas, sem contar por óbvio, com a imediata e imprescindível melhoria das condições de vida na penitenciária e o investimento maciço em educação.

Greco (2016, p. 242), por exemplo, cita medidas como uma reformulação das medidas de política criminal, penitenciária, estatal, incluindo o combate à corrupção. Cita também (2016, p. 242 - 243) uma postura minimalista, com a aplicação subsidiária do direito penal, evitando o encarceramento cautelar sem necessidade, além de políticas de valorização do preso.

Podem ser citadas ainda com Greco (2016, p. 268, 283) medidas de justiça restaurativa e mediação penal, incluindo a vítima de forma eficaz na sistemática penal, a inclusão da tecnologia a serviço do cumprimento de penas alternativas, com o monitoramento a distância.

Enfim, são medidas que, se aplicadas, com seriedade, afincando, com o Ministério Público, Judiciário e Polícias Judiciárias exercendo papéis fiscalizadores no cumprimento da pena em liberdade, ao oposto de relegar o indivíduo ao cárcere, certamente não resolverão a celeuma da violência, mas irão diminuir com certa profundidade o cenário caótico dentro e fora dos presídios.

Diante de tal argumentação é preciso constatar que as penas alternativas à prisão indicam, a certo tempo, um novo cenário no panorama penalógico, apta a, em muitos casos, principalmente nos delitos de menor lesividade ou no decorrer do cumprimento da pena restritiva de liberdade, destituir a pena de prisão como pena principal e assumir papel relevante.

Bitencourt (2011, p. 246), neste passo, assevera que,

Consciente da utopia que é a pretensão de coibir delitos sem utilizar a pena privativa de liberdade, a reforma penal dotou o sistema brasileiro de alternativas tais que dificilmente um réu condenado a pena de até dois anos irá a penitenciária, pois, além do *sursis*, ora em exame, criou as penas restritivas de direito e revitalizou a pena de multa, com a adoção do sistema dias-multas. Assim, raramente se executa a pena privativa de liberdade de curta duração em casos de réus não reincidentes e de prognose favorável.

Noutro ponto, constatando a relevância das penas alternativas à prisão no atual cenário, cumpre assinalar os principais institutos presentes no país, utilizados para reverter o quadro de superpopulação carcerária ou para os crimes que violaram os bens jurídicos de menor valor.

Não obstante, é preciso mencionar a descrença da sociedade em tais institutos, visto que analisam a ausência de pena privativa de liberdade como inexistência efetiva de pena ou existência de impunidade e por consequência tornam-se extremamente descrentes no poder punitivo de tais medidas.

## 7.1 SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

O primeiro instituto a ser analisado como alternativa ao cárcere é a suspensão condicional da pena. Bitencourt (2011, p. 234) assinala que a suspensão condicional da pena remonta ao início do século XIX, haja vista a percepção da falência da pena de prisão e dos seus objetivos declarados à época. A prisão tornou-se algo extremamente estigmatizante, promíscuo, infértil e desprovido de benesses. Dessa forma, extremamente necessário formular uma nova forma de cumprimento de pena.

Ainda quanto a origem da suspensão condicional da pena, Bitencourt (2011, p. 235 – 236) suscita que diante dos movimentos de política criminal surgidos durante meados do século XIX, restou comprovado a inutilidade das penas privativas de liberdade de curta duração, isso porque, tornou-se imperioso evitar os efeitos deletérios da prisão sobre aqueles indivíduos que não eram considerados criminosos compulsórios. Neste ínterim, surge a suspensão condicional do processo como um meio de deixar a condenação suspensa por determinado lapso temporal, até que, se o indivíduo não voltar a delinquir, terá cumprido a sua pena.

Portanto, percebe-se que o objetivo da suspensão condicional da pena, também denominado de *sursis penal* é a desnecessidade de inserção do indivíduo que cometeu um crime em um sistema carcerário desprovido de aspectos positivos.

A restrição da liberdade é medida extrema, carente de utilidade para indivíduos primários, desprovidos de periculosidade. O cárcere não traz benefícios, tanto no que toca a prevenção especial ou geral. Ao contrário, persiste a potencialização ao reverso de tais funções.

No que toca a natureza jurídica, Bitencourt (2011, p. 245) afirma que a suspensão condicional da pena nada mais é do que uma condenação com a forma de cumprimento alterada, uma vez que o indivíduo terá que submeter-se a determinadas condições estabelecidas pelo juiz, como por exemplo, a prestação de serviços à comunidade durante a execução penal.

O primeiro requisito a ser analisado sobre a suspensão condicional da pena é a sua obrigatoriedade ou facultatividade. Greco (2016, p. 756) neste sentido afirma que, em que pese o Código Penal utilizar a expressão “poderá” em seu artigo 77, o artigo 157 da Lei de execuções penais define que a sua concessão ou não deverá ser expressamente motivada pelo Juiz. Ou seja, preenchidos os requisitos legais deverá o juiz conceder a suspensão condicional da pena, uma vez que seu enfrentamento é obrigatório pelo juiz.

Para a concessão da suspensão condicional da pena, o artigo 77 do Código Penal estabelece como requisito objetivo, que a pena privativa de liberdade não seja superior a 2 anos. Já o §2º do mesmo artigo 77 do CP estabelece que se o condenado for maior de 70 anos ou houver razões de saúde que justifique a concessão, o patamar poderá ser elevado para 4 anos.

Noutro ponto, exige o inciso I, II e III do artigo 77 do Código Penal que o condenado não seja reincidente em crime doloso, que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime autorizem a concessão do benefício, além disso não seja indicada ou cabível a substituição por penas restritivas de direito previstas no artigo 44 do Código Penal. Greco (2016, p. 758) denomina tais requisitos de subjetivos, pois relacionam-se com o indivíduo.

Tais requisitos não denotam maiores problemas. Greco (2016, p. 758 - 759), com referência ao inciso I do artigo 77 do Código Penal, apenas evidencia que o cometimento de crime culposo ou de contravenção penal não impede a concessão do benefício. Além disso, mesmo que o agente tenha cometido crime doloso, se houver ocorrido a aplicação da pena de multa, não será impecílio para a concessão do benefício, haja vista o disposto no artigo 77, §1º do CP.

O ilustre Bitencourt (2011, p. 250) sustenta outro requisito objetivo para a aplicação do sursis penal. Seria a inaplicabilidade da pena restritiva de direito. Por óbvio, sendo cabível a pena restritiva de direito seria inaplicável o sursis penal, até porque seria verdadeiro contrassenso aplicar uma pena restritiva de direito e posteriormente suspender sua execução por determinado período.

Greco (2016, p. 760) sustenta no Código Penal a existência de quatro modalidades de sursis penal, a saber, o simples, o especial, o etário e o humanitário. O sursis simples é o previsto no §1º do artigo 78, no qual o indivíduo durante o prazo de suspensão deverá ficar sujeito ao cumprimento das determinações estabelecidas

pelo juiz e no primeiro ano de prazo deverá prestar serviços à comunidade ou submeter-se a limitação de fim de semana.

Noutro giro, segundo Rogério Greco (2016, p. 760) o *sursis* especial está previsto no artigo 78, §2º do CP. Neste *sursis*, tendo o condenado reparado o dano proveniente da infração, com exceção da possibilidade de não poder fazê-lo e com as circunstâncias do artigo 59 ao seu favor, o juiz pode liberar o indivíduo do cumprimento das condições do §1º do artigo 78 do CP e o compelir a cumprir, cumulativamente, a proibição de frequentar determinados lugares, a proibição de se ausentar da comarca onde reside sem autorização e o comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

O *sursis* etário e humanitário, por sua vez, são aqueles previstos no artigo 77, §2º do CP. Segundo Greco (2016, p. 760) os *sursis* etário e humanitário serão concedidos na execução da pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, ocorrendo a suspensão por 4 a 6 anos, desde que a idade do condenado, no caso, aos maiores de 70 anos e razões de saúde, como por exemplo, portadores de graves patologias, justifiquem essa concessão.

Quanto ao período de prova, Bitencourt (2011, p. 256) o conceitua como “o lapso temporal em que o beneficiário tem a execução da pena suspensa”. Neste sentido, de acordo com o artigo 77 e o seu §2º do CP o período de prova será de 2 a 4 anos no *sursis* simples ou especial e no *sursis* etário ou humanitário haverá um período de prova de 4 a 6 anos. Bitencourt (2011, p. 257) com base no artigo 11 da Lei de Contravenções Penais alega que no que toca as contravenções o período de prova será de 1 a 3 anos.

Neste ponto, duas observações são de grande valia. Bitencourt (2011, p. 257) sustenta que “o *sursis* só pode começar a correr depois de a decisão condenatória transitar em julgado”, isto com base no artigo 160 da LEP e que “a revogação do *sursis* obriga o sentenciado a cumprir integralmente a pena suspensa, independentemente do tempo decorrido de *sursis*”.

Por fim, no que toca ao instituto da suspensão condicional da pena, tem-se as hipóteses de revogação obrigatória previstas no artigo 81 do CP e de revogação facultativa previstas no §1º do mesmo artigo 81.

Diante disto, persiste como hipótese de revogação obrigatória, se no curso do prazo do período de prova, o beneficiário for condenado, em sentença irrecorrível por crime doloso, bem como se o indivíduo descumpra a obrigação de

prestar serviço à comunidade ou as limitações de fim de semana previstas no artigo 78, §1º do CP.

Ademais, é fixado como revogação obrigatória a segunda parte do inciso II do artigo 81 do CP que trata do beneficiário que sem justo motivo não repara o dano. Importante observação feita neste ponto por Rogério Sanches (2015, p. 460), quanto a alteração do artigo 51 do CP, que revogou tacitamente a hipótese do agente que frustra, embora solvente, a execução da pena de multa prevista na primeira parte do inciso II do artigo 81 do CP, cabendo, nesta hipótese, a execução da multa aplicada.

Já a revogação facultativa poderá ocorrer se o condenado descumpre qualquer outra condição imposta, como as hipóteses previstas no artigo 78, §2º ou 79, ambos do CP ou quando o beneficiário é irrecorrivelmente condenado, por crime culposo ou contravenção penal a pena privativa de liberdade ou restritiva de direito.

Nesta segunda hipótese, Rogério Sanches (2015, p. 461) evidencia a incongruência do legislador ao não prever como e quando será cumprida a segunda pena a ser aplicada pelo crime culposo ou contravenção penal, uma vez que trata-se de hipótese de revogação facultativa. Diante disto, sugere o referido autor que o juiz poderá revogar o benefício concedido, efetuar nova advertência ao beneficiário, prorrogar o período de prova até o máximo ou exacerbar as condições impostas.

Quanto as hipóteses de prorrogação da suspensão condicional da pena a lei é bem clara. Poderá ocorrer a prorrogação do período de prova até o julgamento definitivo se o beneficiário for processado por outro crime ou contravenção e nas hipóteses de revogação facultativa, quando ao oposto do juiz decretar a revogação, poderá estender o período de prova até o máximo.

Ao final, com o prazo do período de prova expirado, sem revogações, será extinta a pena privativa de liberdade, conforme artigo 82 do Código Penal.

Portanto, findo tais esclarecimentos de ordem sistemática acerca da aplicação do sursis penal e sem a pretensão de esgotar todas suas nuances, o conveniente é perceber a necessidade e importância de instrumentos de descarcerização como a suspensão condicional da pena.

Pequenos delitos com pena máxima não superior a determinado patamar, nesta hipótese, não superior a 2 ou 4 anos, através da aplicação da suspensão condicional da pena, conseguem unir, com muito mais ênfase os aspectos

preventivos especiais e gerais da pena, evitando efeitos estigmatizantes, não inserindo indivíduos na criminalidade habitual.

Enfim, são alternativas como essa, que criam senso de responsabilidade no agente que cumpre pena, por meio do acompanhamento e do cumprimento das obrigações delineadas na lei, e por outro lado não desnaturam a necessidade de aplicação de uma sanção.

## **7.2 LIVRAMENTO CONDICIONAL**

Apesar do livramento condicional ser instituto aplicável aqueles que ingressaram no cárcere e cumpriram determinados requisitos objetivos e subjetivos dentro do sistema carcerário, é importante observa-lo como um instituto extremamente benéfico ao apenado, que posto em liberdade antecipadamente, cria um senso de responsabilidade e reabsorve instintos de socialização, com vistas a liberdade total e desvigiada.

Portanto, mesmo não evitando o cárcere totalmente, por ser medida de antecipação de liberdade, de busca de ressocialização, é necessária sua análise, bem como indispensável políticas que ampliem este instituto, inserindo novas medidas de acompanhamento e de possibilidade de colocação em liberdade.

Segundo Nucci (2015, p. 986) o livramento condicional é a “antecipação da liberdade para quem cumpre pena privativa de liberdade, desde que cumpridos determinados requisitos, alguns objetivos, outros subjetivos”, delineados no artigo 83 do CP.

O artigo 83 do CP propugna pela concessão do livramento condicional para aquele indivíduo que tenha sido condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos. Além disso, é necessário que o recluso, se não for reincidente em crimes dolosos e tiver bons antecedentes, tenha cumprido mais de 1/3 da pena. Se for reincidente em crime doloso, deve ter cumprido mais da metade da pena.

Por conseguinte, é necessário, conforme inciso III do artigo 83 “comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto”. Outro requisito é a reparação do dano causado pela infração, salvo a impossibilidade de efetua-lo.

Se o indivíduo for condenado pela prática de crime hediondo, tortura, tráfico de drogas, terrorismo e não sendo reincidente específico em crimes dessa natureza, poderá obter o livramento condicional após cumprimento de mais de dois terço da pena.

Por fim, segundo o parágrafo único do artigo 83 do Código Penal, se o condenado cometeu crime doloso, com violência ou grave ameaça a pessoa, a concessão deste instituto dependerá da constatação de que o sujeito não voltará a delinquir ao ser posto em liberdade.

Nucci (2015, p. 986 – 987) em acordo com o artigo 132, §1º da LEP suscita como condições obrigatórias para a concessão do livramento condicional a obtenção de ocupação lícita, dentro de prazo razoável, a comunicação periódica ao juiz da sua ocupação, bem como não mudar de território da comarca do Juiz da execução sem prévia autorização deste.

Como condições facultativas poderão ser impostas ao indivíduo não mudar de residência sem comunicação ao Juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção, além de recolher-se ao domicílio em hora fixada e por fim, abster-se de frequentar determinados lugares, conforme §2º do artigo 132 da LEP.

As hipóteses de revogação do livramento condicional estão previstas nos artigos 86 e 87 do CP. Nesse sentido, será revogado o livramento condicional, se o liberado for condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível por crime cometido durante a vigência do benefício ou por crime anterior, observando-se que neste caso, as penas devem ser somadas para efeito do livramento condicional.

No artigo 87 do CP permanecem hipóteses de revogação facultativa. Trata-se da possibilidade do liberado não cumprir as obrigações delineadas na sentença ou for condenado, de forma irrecorrível, por crime ou contravenção que não imponha pena privativa de liberdade.

Aduz Nucci (2015, p. 988) que se a revogação do livramento condicional decorrer de crime cometido anteriormente a concessão do benefício, novo benefício será concedido, se preenchidos os requisitos legais e o tempo cumprido fora do cárcere em livramento condicional, será computado como cumprimento de pena. Por outro lado, Nucci (2015, p. 988) adverte que se a revogação ocorrer por outro motivo, não deverá ser concedido novo benefício referente a mesma pena e o tempo cumprido em liberdade deverá ser desconsiderado.

Neste ponto, a análise dos requisitos e condições para a concessão do livramento condicional são suficientes haja vista que o objetivo fundamental é perceber que aplicando tal instituto, poderá o indivíduo cumprir sua pena em condições dignas, longe dos efeitos deletérios do cárcere, sendo pouco a pouco reintroduzido na sociedade e conforme percebido sendo, de perto, acompanhado pelo sistema penal.

A concessão do livramento condicional e o acompanhamento pessoal efetivo do cumprimento dos requisitos obrigatórios e facultativos facilita a ressocialização do condenado, evita os efeitos criminógenos e deve ter seu espectro de alcance ampliado, com vistas principalmente aos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Enfim, o livramento condicional é medida de salutar importância, que tem de ser reavivada no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de ampliar seu alcance normativo.

### **7.3 PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO**

Outra importante forma de combate ao desnecessário encarceramento são as penas restritivas de direito. Sua aplicação foi bastante alargada durante os últimos anos com as alterações efetuadas no Código Penal, principalmente pela lei 9.714/98. No entanto, o legislador deve estar atento para a criação de novas espécies de restrições a direitos, notadamente quando se tem por objetivo afastar o indivíduo apenado do possível cometimento de novos delitos.

Outro fato importantíssimo na pena restritiva de direito é a sua fiscalização e acompanhamento. De nada serve impor uma pena de interdição temporária de direito ao apenado, se tal interdição não é fiscalizada constantemente ou não se criam meios para impedir o exercício do referido direito. Tal hipótese tornaria o instituto anacrônico e completamente inútil.

Quanto à natureza jurídica das penas restritivas de direito, Nucci (2015, p. 393) assevera que tratam-se de “sanções penais autônomas e substitutivas.” O referido mestre trata como sanção penal substitutiva, pois substitui a pena privativa de liberdade quando possível. Da mesma forma, trata-se de pena autônoma, pois além de permanecerem independentes, após a substituição da pena privativa de liberdade, já são encontradas em tipos penais como sanções autônomas, como se

verifica nas hipóteses do delito de porte de drogas para consumo do artigo 28 da lei 11.343/06.

O artigo 43 do Código Penal traz as cinco hipóteses de penas restritivas de direito. São a prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas e a interdição temporária de direitos.

Segundo Nucci (2015, p. 394) a prestação pecuniária é o “pagamento em dinheiro feito à vítima e seus dependentes ou a entidade pública ou privada, com destinação social, de uma importância fixada pelo juiz”. Na prestação pecuniária, Nucci (2015, p. 394) defende o limite de 1 a 360 salários mínimos.

Quanto a perda de bens ou valores, Nucci (2015, p. 394 – 395) sustenta que trata-se de “transferência, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, de bens e valores adquiridos licitamente pelo condenado, integrantes do seu patrimônio”. Na perda de bens e valores, Nucci (2015, p. 395) defende como patamar, o que de maior valor houver entre o proveito obtido com a prática do ilícito pelo autor ou por terceiro e o montante do prejuízo causado com a prática da infração penal.

Em seguida, tem-se a definição por Nucci (2015, p. 395) da prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas como a “atribuição de tarefas gratuitas ao condenado junto a entidades assistenciais, hospitais, orfanatos ou outros estabelecimentos similares, em programas comunitários ou estatais”.

Em tempo, o artigo 48 do Código Penal define a limitação de fim de semana como a obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

Outrossim, Nucci (2015, p. 395) defende que a interdição temporária de direitos tem por objetivo obstar a prática de determinada atividade ou comportamento pelo agente delituoso.

O artigo 47 do Código Penal arrola as hipóteses de interdição temporária de direito como, por exemplo, a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, a proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público, a suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo, a proibição de frequentar determinados lugares e a proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.

O artigo 44 do Código Penal traz os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O primeiro requisito previsto no inciso I do artigo 44 é que a pena privativa de liberdade não seja superior a quatro anos e o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça a pessoa ou independente da pena aplicada, se o crime for culposo.

Neste ponto faz-se pertinente uma observação. Existem crimes cometidos com violência ou grave ameaça a pessoa, como por exemplo, a lesão corporal leve ou a ameaça, que as penas se amoldam ao citado requisito, no que toca a quantidade de pena, sendo inclusive infrações de menor potencial ofensivo. Estaria, nestes casos, impossibilitada a conversão em pena restritiva de direitos em razão da violência ou grave ameaça?

Rogério Greco (2016, p. 311-312) entende que não. Isto porque, seria um verdadeiro contrassenso ao objetivo descarcerizador da norma impedir a aplicação de penas restritivas de direito a crimes de menor potencial ofensivo, mesmo que cometidos com violência ou grave ameaça.

Não deverá ainda o réu ser reincidente em crime doloso, conforme previsão do inciso II do artigo 44 do Código Penal, aplicando-se, neste ponto, a ressalva do §3º do mesmo dispositivo, aduzindo que, sendo o condenado reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que em face da condenação anterior, a medida seja socialmente adequada e não tenha ocorrido a reincidência em crime específico.

Há o terceiro requisito previsto no inciso III do artigo 44 do Código Penal que traz as circunstâncias de natureza subjetiva para a concessão da substituição, como a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade não indicarem que a substituição por pena restritiva de direito seja adequada.

Ao fim, Greco (2016, p. 311) salienta que “são requisitos considerados cumulativos, ou seja, todos devem estar presentes para que se possa realizar a substituição”. Portanto, se os requisitos subjetivos, como por exemplo, a conduta social ou a personalidade do agente não restarem demonstrados em benefício do apenado durante a instrução penal, não poderá ser concedido o benefício.

Claramente se percebe, portanto, diante dos requisitos e dos dados técnicos apresentados no Código Penal, a importância das penas restritivas de direito no aspecto descarcerizador do sistema penal.

As penas restritivas de direito tem papel fundamental de impedir a expansão dos fatores criminógenos da prisão, não enviando, muitas vezes indivíduos que não possuem índole criminosa as masmorras construídas no país.

O futuro das penas restritivas de direito é pensar novos modelos de aplicação e de sua ampliação, abrangendo um maior número de condutas a serem aplicadas aos indivíduos que praticaram condutas de menor valor social ou até mesmo não as aplicando apenas aos condenados que praticaram crimes com violência ou grave ameaça.

#### **7.4 PENA DE MULTA**

De início, é preciso estabelecer que o legislador brasileiro elegeu, conforme artigo 32, inciso III do CP, dentre as penas possíveis a serem aplicadas ao indivíduo a pena de multa.

Rogério Greco (2016, p. 325) afirma que “a multa é uma das três modalidades de penas cominadas pelo Código Penal e consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa.”

O artigo 44, §2º do Código Penal estabelece a possibilidade da substituição da pena de multa nas condenações iguais ou inferiores a um ano, revogando assim, conforme lições de Rogério Greco (2016, p. 326), o §2º do artigo 60º do CP que previa a possibilidade de substituição da pena de multa por privativa de liberdade apenas nas condenações iguais ou inferiores a seis meses.

Para aplicação da multa foi criado o sistema dias-multa. Rogério Greco (2016, 326 – 327) salienta que antes da alteração ocorrida pela lei 7.209 de 1984 o sistema de multa previsto nos tipos penais em seu preceito secundário era totalmente ineficaz, em razão da inflação presente no país, que em pouco tempo tornava o valor consignado extremamente insignificante.

Por sua vez, Bitencourt (2009, p. 611) evidencia que o sistema dias-multa implementado pelo Código Penal é, historicamente, o mais completo a ser utilizado. Neste sistema, a situação econômico-financeira do réu é avaliada durante a instrução processual e sopesada para a imposição dos dias-multa.

O artigo 49 do Código Penal estabelece que a multa será destinada ao fundo penitenciário e terá no mínimo 10 e no máximo 360 dias-multa. Nesta operação, Bitencourt (2009, p. 613) suscita que devem ser levadas em consideração

a gravidade do crime, a culpabilidade e todas as circunstâncias previstas no artigo 59 do CP, além das minorantes e majorantes aplicáveis a espécie.

Já o §1º do mesmo artigo 49 do CP impõe que o valor do dia-multa será estabelecido entre um trigésimo do maior salário mínimo vigente até o máximo de cinco vezes este salário. Neste ponto, Bitencourt (2009, p. 613) aduz que o critério a ser utilizado para definição do valor é a situação econômica do réu, devendo o magistrado diligenciar no sentido de descortina-la.

Portanto, para determinação da quantidade de dias multa devem ser analisadas a gravidade do ilícito, bem como os aspectos previstos no artigo 59 do Código Penal, além das minorantes e majorantes. Ao passo que, ao definir o valor de cada dia-multa a situação econômica do réu será levada em consideração, estabelecendo nos termos do artigo 49 do Código Penal o exato valor.

Outro ponto de destaque é o artigo 60, §1º do CP que prevê a possibilidade de aumento da pena de multa até o triplo, considerada a situação econômica do réu.

Considerando os vetores definidos em lei, o máximo que poderá representar a aplicação da pena de multa, diante de tudo o quanto exposto, será o equivalente a 5.400 salários mínimos. Estes, portanto, são os limites estabelecidos a título de dias-multa.

Neste ponto, vale uma observação. O artigo 58 do CP, prevê que a multa, prevista nos tipos legais, terá seu limite determinado pelo artigo 49 e seus parágrafos. No entanto, Bitencourt (2009, p. 612 – 613) questiona a interpretação deste dispositivo no que toca a aplicação do artigo 60, §1º do CP, haja vista a presença da expressão “*em cada tipo legal*” inserida no artigo 58. Ou seja, estaria o artigo 60, §1º do CP inserido nas hipóteses de multa substitutiva ou apenas na aplicação de multa em cada tipo legal?

E passa a concluir Bitencourt (2009, p. 613), que a aplicação do aumento da pena de multa até o triplo está prevista tanto para a hipótese de aplicação de multa nos tipos legais quanto na hipótese de aplicação nas multas substitutivas, uma vez que o artigo 58 do CP disse menos do que queria dizer.

Vale ressaltar que o artigo 50 do CP determina que o pagamento da multa se dará dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da sentença e poderá ser permitido o pagamento em parcelas mensais do referido valor. Por outro lado, o artigo 164 da Lei de execuções penais prevê que será extraída certidão da

sentença condenatória com trânsito em julgado e o Ministério Público citará o condenado para pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora no prazo de 10 dias.

Diante das duas normas supracitadas, surge o impasse de qual norma aplicar. Bitencourt (2009, p. 616 - 617) cita consequências desastrosas diante de tal contrariedade, como por exemplo, quando se dará o início do prazo para o pagamento, se do trânsito em julgado ou se da citação do condenado e conclui que seria aplicável a norma mais favorável ao réu e portanto, a Lei de Execuções Penais.

Outro aspecto a ser considerado acerca da multa é que a cobrança do valor poderá ser descontado do vencimento ou salário do condenado se a multa for aplicada isoladamente, se for aplicada em conjunto com a pena restritiva de direito ou se for concedida a suspensão condicional da pena, conforme previsto no artigo §1º do artigo 50 do CP. Além disso, o desconto não deve ser aplicado sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família, nos termos do artigo 50, §2º do CP.

Uma importante disposição foi inserida no artigo 51 do Código Penal. A multa, após alteração efetuada pela lei 9.268 de 1996, será considerada dívida de valor. Logo, aplicam-se a tal instituto as normas relativas a dívida ativa da Fazenda Pública, vedando por consequência, a sua conversão em pena privativa de liberdade.

Para Rogério Greco (2016, p. 330) esta vedação foi importantíssima para o não agravamento da superlotação dos presídios. Isto porque, a pena de multa como pena autônoma, geralmente é imputada para crimes menos graves, haja vista a previsão do artigo 44, §2º do CP. Logo, seria desnecessário impor uma pena privativa de liberdade ao indivíduo que cometeu um crime cuja condenação seja igual ou inferior a um ano.

De outro lado, a hipótese de conversão do não pagamento da pena de multa em privativa de liberdade, findava por inserir no sistema penal apenas aqueles indivíduos que possuem baixo rendimento econômico, privilegiando os mais abastados, que teriam condições econômicas para adimplir a dívida, enquanto outros, menos abastados, permaneceriam inadimplentes e por consequência seriam enviados ao cumprimento de pena privativa de liberdade.

Dessa forma, conclui-se que a aplicação da pena de multa tem importante papel na descarcerização, evitando a imposição da pena de prisão para aqueles crimes considerados menos graves e por consequência, evitando os efeitos deletérios que o encarceramento traria ao condenado, além de diminuir a superlotação existente nos estabelecimentos penais.

## **7.5 PRISÃO DOMICILIAR**

O artigo 117 da Lei de Execuções Penais prevê a possibilidade de concessão do cumprimento de pena em residência particular ao beneficiário do regime aberto que possuir mais de 70 anos, que sofra de doença grave, ao condenado com filho menor ou deficiente físico ou mental e também a condenada gestante.

Rogério Greco (2016, p. 633) evidencia que a jurisprudência e a doutrina consideram as hipóteses supracitadas taxativas, não admitindo sua ampliação. Contudo, aduz o referido autor, que esta posição tem sido revista, principalmente pelo Superior Tribunal de Justiça, quando inexistente na comarca em que o indivíduo cumpre pena a prisão albergue para o cumprimento em regime aberto.

Neste passo, Greco (2016, p. 635) suscita entendimento do STJ, presente no Habeas Corpus 299.315/RS de relatoria do Ministro Gurgel de Faria, da 5ª Turma (2015, *online*), no qual se extrai que se não houver vaga no regime aberto, poderá o condenado cumprir pena em prisão domiciliar, em que pese não haver previsão expressa no artigo 117 da LEP.

Greco (2016, p. 635) defende tal hipótese, pois se não há vagas no regime prisional a que o condenado faz jus, não seria proporcional mantê-lo em regime mais gravoso, notadamente, neste caso, em que a prisão no regime semiaberto se aproxima em muito das características da prisão domiciliar, especialmente no que toca a possibilidade de recolhimento noturno após o trabalho, além do recolhimento durante os finais de semana.

Greco (2016, p. 635) suscita que “a Casa de Albergado tem a função de simular uma residência alheia ao ambiente do cárcere”, uma vez que não poderá haver obstáculos físicos que impeçam a fuga do indivíduo, demonstrando assim, a necessidade da criação de senso de responsabilidade no condenado, com vistas a ressocialização.

Portanto, no que toca ao cumprimento de pena, a prisão domiciliar também cumpre importante papel de óbice ao cárcere desnecessário. Evita a manutenção do indivíduo em regime mais gravoso do que ao que faz jus. Permite que o indivíduo que possua direito ao regime aberto retorne ao convívio do seu lar, com seus familiares, se ressocialize, tenha ocupação lícita durante o dia e se recolha a noite e durante os finais de semana.

Em suma, a prisão, como política penitenciária deverá ser resguardada para os crimes mais graves, nos quais seja inoportuno a manutenção do indivíduo em liberdade. Dispositivos outros, que evitem o cárcere desnecessário, como a prisão domiciliar são oportunos e devem ter seu rol ampliado.

## **8 CONCLUSÃO**

De tudo quanto exposto, torna-se claramente perceptível que a frequente violação dos direitos humanos presente no cotidiano dos estabelecimentos penais é fator de impecílio ao cumprimento correto da pena e da aplicação das teorias preventiva especial positiva e negativa e geral positiva e negativa.

A violação sistêmica dos direitos humanos decorrente não só da falta de infraestrutura e investimento nos estabelecimentos penais, mas também da ausência do Estado nestes locais fomentou o crescimento do domínio das organizações criminosas dentro dos presídios, levando a uma pauperização dos aspectos preventivos da pena.

Punir e encarcerar tornou-se algo extremamente vantajoso para as organizações criminosas e conseqüentemente para o crescimento vertiginoso da violência, haja vista que não se recupera ou, ao menos, não se busca reduzir o risco do indivíduo encarcerado cometer novos delitos. Ao reverso, restou exposto que o fator criminógeno do cárcere nas condições que se encontram é razão determinante para o aumento da violência.

Também restou demonstrado que não está, ou ao menos, não se quer estar no campo de visão do Executivo, Legislativo e Judiciário, que tratar da violência na sociedade é também tratar dos estabelecimentos penais, senão tratar principalmente dos estabelecimentos penais e dos indivíduos que são capturados pelo sistema penal vigente.

Em conjunto com políticas de reinserção e programas de acompanhamento aos apenados com vistas a não reincidência, com qualidade na aplicação destes programas, com fiscalização cuidadosa, com respeito à dignidade da pessoa humana do apenado serão alcançados efeitos bem mais proveitosos no que toca a prevenção da criminalidade e a diminuição dos seus índices.

Para Ferrajoli (2014, p. 365 – 366) seria fundamental uma prisão que ao menos não deseduque o apenado, que não o torne pior, haja vista que dentro do atual sistema educa-lo ou torna-lo apto a conviver em sociedade, privando-o da própria coletividade seria algo inimaginável. Ademais, a privação da liberdade, quando oportuna, deveria ser o mais humana e menos aflitiva possível.

Previsões de trabalho, interações sociais, culturais, educacionais são importantíssimas, sem contar com a constante garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana ao encarcerado.

Outro ponto crítico nesta temática é a inversão de investimento em políticas sociais. Retirar investimentos de políticas sociais, de educação, de cultura, saúde é comprovadamente ter que investir em políticas de segurança, em razão do aumento da criminalidade.

Ou seja, com investimento maciço em programas educacionais, de emprego, renda, cultura, esporte, os clientes preferenciais do sistema penal, que são pessoas marginalizadas ao sistema econômico-político vigente são retirados do espectro da criminalidade.

Neste passo, a teoria mais eficaz de prevenção se consuma em não ingressar no sistema penal e carcerário. Evitar o encarceramento é evitar o cometimento de novos crimes. Evitar a volta iminente para penitenciária. Evitar o contato com facções criminosas. Evitar os efeitos deletérios do cárcere.

Posto isto, não se pode deixar de lado a percepção manifesta de que o cárcere da forma que é tratado atualmente, principalmente nos países subdesenvolvidos, tornou-se um recurso para a captura e organização de pessoas que são consideradas desprezíveis e dispensáveis para a estrutura econômica.

Os marginalizados que destoam do seguimento econômico formado pelo capitalismo devem ingressar no cárcere e como mão de obra inservível para a via econômica é totalmente dispensável os cuidados ou o gasto de somas econômicas para cuidar daqueles impróprios para o sistema. Este talvez seja um dos objetivos mais dissimulados do cárcere.

Parte-se da premissa que o apenado deverá ter no cárcere uma condição pior do que as piores condições possíveis constatadas fora dele. E assim é feito com o encarceramento de presos em containers ou em locais inservíveis para a sobrevivência de um animal.

O fato é que a violação aos direitos humanos mais básicos daqueles que cumprem a pena privativa de liberdade são recorrentes e este não é o caminho, definitivamente, para a solução deste impasse.

Noutro ponto, é importante perceber que a descrença popular e midiática aos institutos alternativos a pena de prisão não são recomendáveis. O que há é um total descaso com a sua aplicação, bem como seu ineficiente acompanhamento, por motivos estruturais, de pessoal, má gestão de recursos. Dessa forma, é inviável questionar seus efeitos ou aplicação, se não há qualidade nos sistemas e políticas que os permeiam.

A conclusão a se chegar, portanto, transpõe séculos atrás e se emoldura na obra de Beccaria. A certeza da punição, ainda que moderada é e sempre será mais eficaz do que uma pena aterrorizante associada a uma possível impunidade.

Portanto, não se pode aceitar argumentos de inexistência de condições materiais para o cumprimento das condições mais básicas de sobrevivência dentro dos presídios. Deve-se cumprir a Lei de execuções penais com o mesmo afinco que é aplicado o Código Penal. A condenação não pode atingir nenhum dos direitos além dos determinados pela lei e pela sentença.

Os efeitos e funções da pena não se concretizam, tudo bem, isto é insofismável e tem levado a crise do sistema penitenciário e da pena de prisão. Contudo, conhecer estes efeitos e elevá-los à enésima potência, por meio de políticas carcerárias e penais violentas, aterrorizantes e que perpassam ao largo da lei é algo irracional.

A proposição efetuada por Bitencourt (2011, p. 26), diante de todas as considerações efetuadas, tem que ser levada a efeito, uma vez que “propõe-se, assim, aperfeiçoar a pena privativa de liberdade, quando necessária, e substituí-la, quando possível e recomendável.”

Dessa forma, conclui-se que as soluções alternativas à falência da pena de prisão perpassam pela ampliação, implementação eficaz, incremento de qualidade na execução das penas alternativas ao cárcere e na própria constrição da liberdade.

Ou seja, é emergencial o investimento maciço nas condições de infraestrutura, de pessoal, de qualidade na gestão dos estabelecimentos penais já existentes com vistas a cumprimento da pena pelo recluso com dignidade. Ademais, isto acarretará a retomada do controle estatal nas unidades prisionais.

Por fim, imprescindível o investimento em políticas públicas educacionais, de emprego e renda, saúde, lazer, esporte. É preciso a construção de um Estado verdadeiramente preocupado com os anseios da coletividade. Não se constrói uma nação subjugando seu povo e os aprisionando em masmorras.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marches di, 1738-1794. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães – São Paulo: Martin Claret, 2014.

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Volume 1: parte geral. 14. ed. São Paulo. Saraiva, 2009.

BOZZA, Fábio. **Teorias da pena: do discurso jurídico à crítica criminológica**. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF. 1940.

BRASIL. **Diagnostico de pessoas presas no Brasil e quantitativo de população carcerária**. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF. Brasília. DF. Junho de 2014. Divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico\\_de\\_pessoas\\_presas\\_correcao.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf). Acesso em: 28 de setembro de 2016.

BRASIL. Lei 7.210 de 11 de julho de 1984. **Lei de execução penal**. Brasília, DF. 1984.

BRASIL. Resolução nº 14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Regras Mínimas para Tratamento do Preso no Brasil**. Brasília, DF. 1994. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Outros/1994resolu14C NPCP.pdf>. Acesso em 25 de setembro de 2016.

BRASIL. **Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. Regras de Mandela**. Série Tratados Internacionais de Direito Humanos. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF. 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>. Acesso em 28 de setembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 641.320 – RS**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Luciano da Silva Moraes. Relator: Ministro Gilmar Mendes. D. J. 01 de agosto de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo825.htm#Regime de cumprimento de pena e execução penal>. Acesso em 03 de outubro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 299.315 – RS**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Jorge Nei Paes da Silva. Relator: Ministro Gurgel de Faria. DJe. 2 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=299315&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 26 de outubro de 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. 3 ed. rev. amp. e atual. Salvador. Editora Juspodivm. 2015.

DALVI, Bruno. Especial O Globo. **No Espírito Santo, o fim de presos em contêineres**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/no-espírito-santo-fim-de-presos-em-contêineres-11275663#ixzz4lpEoNYPr>>. Acesso em 30 de agosto de 2016.

DE SOUZA, Alexandre Alves. Garantismo aplicado à execução penal. In: Rafson Saraiva Ximenes e Daniel Nicory do Prado (coord.). Autores: Andréa Tourinho Pacheco de Miranda et. al. **Redesenhando a execução penal: a superação da lógica dos benefícios**. Salvador. Faculdade Baiana de Direito. Editora Juspodivm. 2010.

DO PRADO, Daniel Nicory. Notas sobre o Estatuto Penitenciário do Estado da Bahia. In: Rafson Saraiva Ximenes e Daniel Nicory do Prado (coord.). Autores: Daniel Nicory do Prado et. al. **Redesenhando a execução penal 2: por um discurso emancipatório democrático**. Salvador. Editora Juspodivm. Faculdade Baiana de Direito. 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Prefácio da 1. Ed. italiana, Norberto Bobbio. 4 ed. rev. São Paulo. Editora Revistas dos Tribunais. 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 42 ed. Petrópolis. RJ. Vozes. 2014.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 3º. ed. rev., ampl. e atual. – Niterói, Rio de Janeiro, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18 edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica – As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)**. Rio de Janeiro. Editora Revan: ICC, 2006. (Pensamento criminológico; v. 11). 2º edição, agosto de 2010, 1º reimpressão, setembro de 2014.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 13º ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 11º ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12<sup>o</sup> ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense. 2015.

SOUZA, Janine. **Com mais de 500 novos presos por mês, sistema prisional gaúcho se aproxima do colapso**. Rio Grande do Sul, 15 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=324555>>. Acesso em 14 de julho de 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10.ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.