



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAFAEL CÂMARA MENEZES

REINTEGRAÇÃO DOS PRESOS AO CONVÍVIO SOCIAL
ATRAVÉS DO MERCADO DE TRABALHO

Salvador
2014

RAFAEL CÂMARA MENEZES

**REINTEGRAÇÃO DOS PRESOS AO CONVÍVIO SOCIAL
ATRAVÉS DO MERCADO DE TRABALHO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Nome do orientador

Salvador
2014

TERMO DE APROVAÇÃO

RAFAEL CÂMARA MENEZES

REINTEGRAÇÃO DOS PRESOS AO CONVÍVIO SOCIAL ATRAVÉS DO MERCADO DE TRABALHO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2014

Aos meus pais Rosenita e Luiz, por
todo apoio incondicional e incentivo em
todos os momentos de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pois sem a Sua presença e apoio nenhuma vitória seria alcançada.

Ao meu orientador Roberto de Almeida Borges Gomes, por toda a sua contribuição, ensinamentos e atenção sempre presentes nas salas de aula, e principalmente nos momentos de orientação.

Aos professores de Direito Penal da Faculdade Baiana de Direito por toda dedicação, respeito e empenho para com os alunos, e que acabou por despertar o amor que sinto por este ramo do direito.

Aos amigos de sala por todo apoio e contribuição para a concretização deste trabalho.

E em especial aos meus pais por toda compreensão, dedicação, torcida e amor que tanto demonstraram ao longo desta caminhada.

“em algum lugar,
pra relaxar, vou pedir
pros anjos cantarem por mim
pra quem tem **fé**,
a vida nunca tem fim”

(Anjos: O Rappa)

RESUMO

O presente estudo se dispõe a propor o trabalho como uma medida de reintegração dos presos ao convívio social. O que se busca, em um primeiro momento, é estabelecer uma análise do instituto jurídico da pena, partindo da sua origem, perpassando sobre seu conceito, alcançando as teorias que buscam legitimá-la, apontando-se críticas a pena de prisão e as teorias que visam a sua deslegitimação. Feita essa análise, proceder-se-á ao estudo das garantias e proteções que são assegurados aos condenados a pena privativa de liberdade, através das legislações pátrias, princípios e tratados que o Brasil é signatário. Para tanto, é necessária verificação das condições que o sistema prisional brasileiro custodia os indivíduos apenados, se estes estabelecimentos possuem estruturas suficientemente adequadas desempenharem a função de punir e ressocializar o apenado. Após essa análise, proceder-se-á ao estudo da premissa objeto dessa monografia, qual seja a possibilidade de reintegração ao convívio social dos presos através do mercado de trabalho, nesse sentido, estuda-se as concepções que envolvem a expressão reintegrar e ressocializar, bem como aprofunda-se na temática central com embasamentos que reforçam a possibilidade do trabalho prisional, e viabilidade desta como um mecanismo reintegrador. Proceder-se-á ainda uma visita técnica a Penitenciária Lemos de Brito, localizada em Salvador -Ba, para uma proximidade da análise entre o plano teórico e o plano real.

Palavras-chave: função; pena; ressocialização; trabalho; preso.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 DO INSTITUTO JURIDICO DA PENA	12
2.1 ORIGEM	12
2.2 CONCEITO JURÍDICO DE PENA	15
2.3 DAS SANÇÕES JURIDICAS	16
2.4 TEORIAS SOBRE A FUNÇÃO DA PENA	18
2.4.1 Teoria retributiva ou absoluta da pena	18
2.4.2 Teoria preventiva ou relativa da pena	23
2.4.2.1 Prevenção geral	24
2.4.2.1.1 <i>Prevenção geral negativa</i>	24
2.4.2.1.2 <i>Prevenção geral positiva</i>	26
2.4.2.2 Prevenção especial	29
2.4.3 Teorias mistas ou ecléticas	30
2.4.3.1 Teoria unificadora dialética de Roxin	31
2.5 CLASSIFICAÇÃO DAS PENAS	32
2.5.1 Privativas de liberdade	33
2.5.2 Restritiva de direito	34
2.5.3 Multa	35
2.6 CRÍTICAS A PENA DE PRISÃO	35
2.6.1 A falência da pena de prisão	35
2.6.2 Teorias deslegitimadoras da pena	37
3 DAS GARANTIAS AOS DETENTOS E EGRESSOS	43
3.1 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E OS TRATADOS INTERNACIONAIS	43
3.2 DOS PRINCIPIOS	45
3.3 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL	47
4 O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	49
4.1 BREVE HISTÓRICO DOS SISTEMAS PENITENCIÁRIOS	49
4.1.1 Origens	49
4.1.2 Principais sistemas penitenciários	54

4.2 SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	59
4.3 OS PROBLEMAS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	65
4.3.1. Superlotação	66
4.3.2. Falta de estrutura adequada	69
4.3.3 Falta de um sistema educacional e de qualificação profissionalizante	74
4.3.4 Estaria o sistema penitenciário brasileiro em crise?	77
5 A REINSERÇÃO SOCIAL ATRAVÉS DO MERCADO DE TRABALHO	81
5.1 A IMPORTÂNCIA DO TRABALHO PARA O HOMEM	90
5.2 A IMPORTÂNCIA DO TRABALHO COMO FORMA DE REINSERÇÃO DOS PRESOS E EGRESSOS AO CONVÍVIO SOCIAL E SUA REGULAMENTAÇÃO À LUZ DA LEP	93
5.3 O TRABALHO DO PRESO	98
5.3.1 Trabalho Interno	99
5.3.2 Trabalho Externo	101
5.4 MECANISMOS ESTATAIS PARA ASSEGURAR A RESSOCIALIZAÇÃO ATRAVÉS DO MERCADO DE TRABALHO	103
5.4.1 Programas estatais incentivadores a qualificação profissional dos presos	103
5.5 REALIDADE DA PENITENCIÁRIA LEMOS DE BRITO	105
CONCLUSÃO	112
REFERÊNCIAS	116

1 INTRODUÇÃO

Diante do cenário da atual realidade carcerária brasileira, que se encontra em crise comprovada mediante análise dos elevados números de indivíduos condenados, da mesma maneira que são elevados os índices de reincidência, o presente estudo tem por escopo recomendar o trabalho como uma forma de reintegração social dos indivíduos que se encontram cumprindo penas de privativas de liberdade.

Para se definir tal sugestão, é necessário um melhor entendimento do instituto jurídico da pena. Partindo-se, então, de sua origem, de modo a entender como foi inicialmente utilizada e como ela passou a se moldar em decorrência dos costumes e crenças dos povos que lhes aplicavam.

Assim sendo, constata-se que não se pode ousar em definir uma data específica para a decretação do surgimento da pena, da mesma forma não se pode atrever em estabelecer de forma inequívoca que foi o precursor a implementar a pena como forma de sanção. Importante, pois, salientar que muito embora não haja uma delimitação específica do advento da pena, sabe-se que esta existe desde os povos mais primitivos.

A partir do momento em que o homem passou a conviver em grupos, para facilitar o atendimento de suas necessidades básicas e para constituir uma melhor forma de sobrevivência diante dos perigos que os envolvia, estabeleceu-se certas regras para a manutenção dos grupos, e diante de uma violação a essas regras seriam impostas algumas sanções.

Tem-se que a primeira expressão de coerção penal surge com a chamada fase da vingança divina, pois em razão de um ato violador de algum tabu, punia-se o infrator para que as divindades não punisse a coletividade. Após a vingança divina surge o que ficou conhecida como vingança privada, também chamada de vingança de sangue e que eram impostas pelas sociedades em seus próprios membros, ou então declaravam guerra a outros grupos. E por fim, houve a chamada vingança pública em que o Estado, em razão das enormes guerras instauradas e consequentes elevados números de mortos, estabeleceu-se como competente para aplicar as sanções àqueles que cometiam delitos.

Atualmente, a pena é fundada no estabelecimento e manutenção do estado de paz social, sendo imposta pelo Estado para aqueles indivíduos que violem os preceitos do ordenamento jurídico, e será aplicada quando outros meios de solução de conflitos não forem adequados.

Visto que a pena passa por diversas maneiras de aplicação, surgem teorias que buscam explicar quais seriam as funções da pena. As principais teorias que versam a este respeito são as teorias retributivas, que defendiam que a pena deveria ser imposta como forma de retribuir o mal cometido. Existem também as teorias preventivas, que como seu próprio nome define, pressupõe a prevenção da prática de crime, e se dividem em preventivas em geral e específicas. A teoria da prevenção geral que é direcionada ao coletivo, a sociedade, se subdivide em positiva e negativa, sendo a prevenção geral positiva aquela que a prática de certos atos resultaria na incidência de leis penais. E a prevenção geral negativa visa estabelecer uma espécie de coação psicológica, para que o indivíduo não cometa infrações. Já a prevenção especial se direciona ao condenado, de forma que a prevenção especial positiva tem fulcro na busca da ressocialização do condenado à sociedade, enquanto a prevenção especial negativa objetiva evitar a reincidência. Restará claro, a partir da leitura do artigo 59º do Código Penal Brasileiro, que a teoria adotada em nosso ordenamento jurídico mais se assemelha a teoria mista ou unitária, que faz certa união de todas as teorias descritas, buscando retribuir o mal cometido, prevenir novas infrações e reintegrar ao convívio social os apenados.

Interessante perceber que cada teoria que visa justificar a função da pena corresponde a um período distinto, de ideias e pensamentos da sociedade que acabavam por refletir diretamente nas prisões, na forma em que deveriam ser tratados os presos, destacando-se o período iluminista que buscou uma forma mais humanitária de tratamento para com os apenados.

Em decorrência desses ideais iluministas, que se propagaram por todas as ordenações jurídicas dos mais diversos países, o Brasil também incorporou em sua Constituição e em suas Leis garantias mínimas de tratamento para os presos durante o cumprimento de suas respectivas penas, estendendo tal procedimento de proteção, inclusive, até mesmo antes da condenação, através da eleição dos mais diversos princípios que asseguram direitos e deveres do cidadão.

Entretanto, muito embora haja essa previsão legal da atuação do Estado, que deverá proporcionar meios dignos para o cumprimento da sentença, e respeitar os direitos inerentes dos apenados, o que se observa nos estabelecimentos responsáveis de custódia dos condenados é uma realidade que muitas vezes não respeitam essas garantias, mostram-se lugares que não se adéquam ao cumprimento de sua finalidade, que é a punição pelo mal cometido, bem como a busca pela reintegração do condenado ao convívio social. Em decorrência da falta de estrutura e condições, para atendimento de suas destinações, muitos autores indicam a falência da pena de prisão e uma conseqüente crise do sistema penitenciário brasileiro.

No entanto, a pena de prisão é considerada como um mal necessário, visto que ainda que haja diversas falhas em sua aplicação, não foi criada até o presente momento outra forma de punição satisfatória, que atenda as funções da pena.

Cabendo, por conseguinte, elaboração de medidas que diminuam o drama da prisão, reduzindo seus impactos sobre os apenados e que resultem numa melhor perspectiva para o condenado.

Eis então que ganha força a idéia deste estudo, em propor o trabalho como forma de reintegração ao convívio social do indivíduo. Sendo o trabalho um mecanismo bastante interessante e oportuno para a redução dos impactos da pena sobre o apenado. Busca-se dimensionar que o trabalho é importante para o homem livre, e ganha especial e relevante para o condenado, apontando-se estudos e doutrinadores que convergem neste sentido. Ressaltando-se uma visita técnica a Penitenciária Lemos de Brito em Salvador-Ba, para uma compreensão mais próxima da realidade destes preceitos normativos e doutrinários.

2 DO INSTITUTO JURIDICO DA PENA

2.1 ORIGEM

Falar em origem da pena mostra-se uma tarefa extremamente difícil, por não se dizer uma tarefa um tanto quanto hercúlea, visto que não existem relatos na história fidedignos que apontem uma data específica do surgimento da pena. Dificuldade também evidente é a presença de vários grupos sociais que habitaram o planeta, nos mais diversos locais. Assim não há como se precisar um momento exato em que a pena apareceu pela primeira vez.

Fato é que com o passar do tempo o ser humano começou a se estabelecer em grupos, em sociedades. Desde os tempos mais remotos foi se percebendo a necessidade de se conviver através de grupos, pois vivendo deste modo lhe facilitaria alcançar de modo mais fácil suas necessidades, bem como tal forma seria mais eficaz para se defender dos perigos que lhe ameaçavam, sejam os animais ou até mesmos de outros homens.

E a partir deste momento, ficou claro que para a vida em uma coletividade seria imprescindível a diminuição ou até mesmo a renúncia de elementos que satisfaziam apenas os interesses individuais. Dentre estes elementos se encontra a liberdade. E partindo de tal premissa, os homens, em meio a tantos medos, compreenderam que restringir suas liberdades para a convivência em grupo, era fundamental, pois poderiam gozar do resto com mais segurança. (BECCARIA, 2002, p. 9-10)

Sendo necessário, ainda assim, que se reunissem todas essas liberdades em uma unicidade que protegesse o coletivo. O que foi feito, pois, como bem observa, que a soma de todas essas liberdades sacrificadas para o bem geral formaram a soberania da nação, que tinha o soberano do povo, que era o responsável pela administração pelo depósito de tais liberdades. (BECCARIA, 2002, p. 9-10)

Foi assim se estabelecendo normas que ajudariam tais sociedades a viverem de forma harmônica. A partir desta conjunção de liberdades foram se estipulando preceitos que os integrantes da sociedade deveriam cumprir, para a manutenção da

ordem das sociedades, vale informar que esses preceitos foram se estabelecendo através dos costumes e das crenças de cada sociedade.

Mas, acontece que, desde sempre tais regras de convivência foram violadas, neste ponto o doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 73) nos diz que “desde os primórdios violou as regras de convivência, ferindo os semelhantes e a própria comunidade onde vivia. Tornando inexorável a aplicação de uma punição”. É o que Beccaria conceitua de meios sensíveis e bastantes poderosos contra os infratores da lei. (BECCARIA, 2002, p. 10)

Defende o autor que trata-se de meios sensíveis pois,

ação só pode ser obstada nos seus efeitos sobre a sociedade por meios que impressionam imediatamente os sentidos e que se fixam nos espíritos, para contrabalançar por impressões vivas a força das paixões particulares, quase sempre opostas ao bem geral. (BECCARIA, 2002,p.10)

Justificando tal pensamento a partir da premissa de que,

Qualquer outro meio seria insuficiente. Quando as paixões são vivamente abaladas pelos objetos presentes, os mais sábios discursos, a eloquência mais arrebatadora, as verdades mais sublimes, não passam, para elas, de um freio impotente que logo despedaçam. (BECCARIA, 2002,p.10)

Premissa parecida é a trazida por Gunther Jakobs(2010 p.23), ao afirmar que a coação porta um significado em resposta a uma desautorização da norma, e que pena significaria que tal atitude do autor não abalaria a configuração da sociedade, que permaneceria vigente com base nas normas.

E o primeiro registro que se tem notícia da aplicação de uma sanção punitiva é dos tempos mais remotos. Como bem observa Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 73), esta forma de punição foi empregada inicialmente como uma tentativa de libertação da Ira dos Deuses decorrente de alguma infração cometida, e que geralmente acarretava na expulsão do clã para que o infrator vivesse a sua própria sorte.

Esta primeira aplicação de uma sanção punitiva é o que a doutrina costuma denominar de fase da vingança divina. A fase da vingança divina é constituída por um período em que a punição se justificava para a satisfação de divindades, e dos deuses conforme a crença de cada povo. Isto, pois, conforme elucida Oswaldo Henrique Duek Marques (2008, p. 16) “a não compreensão dos fenômenos naturais conduzia os homens primitivos à crença em forças sobrenaturais, que os levavam a ser dominados por totens e tabus”.

Assim, instituíam-se punições quando houvesse a quebra de algum tabu (proibição sagrada, ligada às religiões primitivas). E caso não houvesse a sanção, acreditava-se que a ira dos deuses abrangeria todo o grupo (NUCCI, 2013, p. 46). Os medos, então, de possíveis punições de forças sobrenaturais, levavam à punição daqueles indivíduos que praticaram atos que violaram tabus e totens preestabelecidos pela sociedade, e essas punições impostas variavam da expulsão do membro do seu clã, ou em alguns casos à pena de morte. De modo que tais punições eram aplicadas sempre por sacerdotes, que era o membro que possuía uma “competência penal” para a aplicação da pena, vez que era o “intermediador” entre os deuses e a comunidade.

Em momento posterior evoluiu-se ao chamado momento da vingança privada, cujo traço marcante é a reação da comunidade contra o infrator. Aqui nesta fase quando a infração era cometida por membro do próprio grupo a sanção que imposta era a exclusão daquele grupo, o membro era banido. E uma vez a infração fosse cometida por alguém que não pertencesse ao grupo, a punição seria uma guerra contra o grupo que o infrator pertencia, o que gerava enormes derramamentos de sangue, sendo tal período conhecido como “vingança de sangue”.

Tal período de vingança privada foi substituída pela vingança pública, pois o Estado assume a responsabilidade de punir, a capacidade punitiva torna-se inerente ao Estado, que em decorrência das guerras e mortes provenientes da vingança privada assume essa posição de único com capacidade de punir alguém. E faz isso através das sanções jurídicas, tema melhor trabalhado em seguida.

E assim a sanção punitiva foi evoluindo de acordo com cada momento histórico vivido, sendo justificada e fundamentada de acordo com as crenças e pensamentos decorrentes dos elementos característicos de cada período. Destaque-se que as penas eram aplicadas das mais diversas formas, sempre pautadas em consonância ao pensamento que era decorrente do período histórico e com base nas crenças de cada povo. Isto, pois, ainda como acontece nos dias atuais, era possível a aplicação de penas distintas para o mesmo fato em localidades diferentes no mesmo período histórico, de mesmo pensamento. Visto que um dos fatores que embasam a justificção da pena é a crença, são os costumes de determinados povos. Tendo deste modo, a religião um papel impar no que tange a fundamentação e aplicação da pena nos mais diversos locais e momentos históricos distintos.

É flagrante a importância da religião, no que tange a imposição e justificação de sanções punitivas, no decurso dos primórdios da sanção punitiva, que hoje entendemos como pena. Destaque-se que mostra-se tão relevante que em vários momentos, e em várias localidades de povos distintos, a religião interferiu diretamente não somente no que toca a justificação da pena, mas por vezes influenciou de forma incisiva o Direito, como um todo, de tais sociedades. Vez que os preceitos normativos pautavam-se diretamente sob a égide da religião, sendo esta um modo de vida que deveria ser obedecido em todos os aspectos, inclusive no que se tange ao quesito do ordenamento jurídico.

Podemos assim dizer que a pena, que a sanção punitiva, possui uma origem desde os momentos mais remotos até os dias atuais, ainda que possuísse no momento anterior um sentido jurídico diferente do sentido entendido no momento atual. Desta feita a pena possui uma evolução histórica que vai se moldar aos momentos e aos locais distintos.

2.2 CONCEITO JURÍDICO DE PENA

Recorremos a Michaelis (2013) que define a pena como “modo de repressão, pelo poder público, à violação da ordem social”. Podemos perceber que para um estudioso que não pertence ao mundo jurídico, a pena é vista meramente como um modo de repressão realizado por órgãos estatais com fulcro no estabelecimento da ordem social.

Porém, o se faz necessário também conceituarmos a pena conforme entendimento de estudiosos do universo jurídico, até por que a pena é um instrumento imposta e regulamentada pelo ordenamento forense.

Desse modo recorreremos ao doutrinador Rogério Greco. O autor entende que a pena é a “conseqüência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando um agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado fazer valer o seu *ius puniendi*” (GRECO, 2013, p.483). Observamos assim, que a pena é entendida aqui como uma conseqüência natural a uma conduta reprovada pelo nosso ordenamento, esta conseqüência é imposta pelo Estado.

Não obstante, o também doutrinador Eugenio Raul Zaffaroni conceitua a pena de forma adversa. Definindo a pena como “qualquer sofrimento ou privação de algum bem ou direito que não resulte racionalmente adequado a algum dos modelos de solução de conflito dos demais ramos do direito” (ZAFFARONI, 2001, p. 204).

Já para Guilherme de Souza Nucci (2009, p.56), esta é uma “sanção imposta pelo Estado, valendo-se do devido processo legal, ao autor da infração penal, como retribuição do delito perpetrado e prevenção a novos crimes”

Isto posto, verifica-se que a pena é fundada no estabelecimento e manutenção do estado de paz social, sendo imposta pelo Estado para aqueles indivíduos que violem os preceitos do ordenamento jurídico, e será aplicada quando outros meios de solução de conflitos não forem adequados.

2.3 DAS SANÇÕES JURIDICAS

Diante do já exposto já restou claro o entendimento que toda vez que um preceito estabelecido para o atendimento das necessidades da coletividade fosse violado, tal ato ensejaria uma sanção punitiva, que seria uma resposta a violação cometida.

E que, diante do perpassar do tempo configurariam, como violações, e conseqüentemente, como sanções atos praticados em razão da desobediência das normas estabelecidas pelos povos em razão de suas crenças e seus costumes.

Entretanto, em um dado momento foi sendo percebido que tal caráter punitivo não poderia ficar somente nas mãos dos próprios indivíduos, havendo a necessidade, portanto, de se institucionalizar tal poder de punir, para aquele soberano, que controlava e administrava as sociedades. Isto decorrendo em razão da função por ele exercida.

Ocorre que, apesar de tal poder ter sido conferido aos líderes de determinados povos isto simplesmente não bastava. Haja vista que o detentor poderia usá-lo de qualquer modo, pois não havia uma forma direta de controlá-lo, que acarretava por muitas vezes em atos estritamente atentatórios, sem justificativas plausíveis, sendo a única justificativa utilizada que a ele o poder foi conferido e deveria ser obedecido. Depois se perpetrou a justificativa através de que tal líder era o representante da

vontade dos Deuses, e que por isso o poder deveria ser utilizado conforme sua prerrogativa, pois senão estaria contrariando os Deuses, provocando sua ira.

Até que em dado momento histórico entendeu-se que o poder punitivo deveria ser utilizado para a sociedade e em razão da mesma, tendo como justificativa a preservação da própria sociedade, mas devendo ser aplicado de uma maneira lúcida e que atendessem ao interesse coletivo.

Eis então que o Estado passa a monopolizar o poder de punir. Agora o poder punitivo passa a ser uma característica inerente ao Estado, é o próprio Estado que possui o poder de punir aqueles indivíduos que agiram em desacordo com os preceitos normativos de cada sociedade.

E é nesse contexto que surge as sanções jurídicas. E conforme preceitua Norberto Bobbio (2005 p.160) estas são normas cuja sua violação terá como consequência uma resposta externa e institucionalizada. O referido autor ainda faz valiosa ressalva ao lecionar que se trata de uma sanção externa, por ser uma resposta de grupo, o que leva a distingui-la da sanção moral, e institucionalizada devido ao fato de ser regulada com as mesmas formas das fontes de regras primárias (BOBBIO, 2005, p.160).

Assim, ao Estado monopolizar tal poder e institucionalizá-lo, acaba oferecendo a este tipo de sanção uma maior eficácia, uma maior abrangência.

Entretanto, faz-se imprescindível salientar que, o Poder Punitivo do Estado, através da coerção penal é uma forma bastante gravosa de atuação. Isto pois, a coerção penal se distingue do resto das outras formas de coerção jurídica, pois a coerção visa a prevenção de novos fatos infratores (ZAFFARONI, 2004, p.101)

Em total consonância, de forma brilhante Sebastian Mello (2010, p.17) nos leciona que o exercício do poder punitivo pelo Estado representa obrigatória e necessariamente a violação aos direitos fundamentais do homem. Justificando que quando o ser humano é acusado, processado, julgado e punido pelo Estado, se vê humilhado, diminuído em sua condição humana (MELLO, 2010, p.17)

Percebendo tal complexidade que envolve o instituo jurídico da pena e em razão das consequências que a mesma trás para os indivíduos que a sofrem, existe como leciona FRANCO (2013, p. 33) teorias que buscam entender e procuram também sistematizar as funções cumpridas pelas penas.

2.4 TEORIAS SOBRE A FUNÇÃO DA PENA

Em decorrência de todo o exposto é nítida a percepção de que o instituto jurídico da pena é um instituto que não é pacífico, haja vista que existem diversos posicionamentos diferentes sobre os seus fins e as suas funções. Surgindo teorias que buscam explicar e fundamentar a função desenvolvida pela pena.

E dentre as teorias concernentes a função da pena, encontram-se em destaque três, as teorias Absoluta, Relativa e Unificadora.

2.4.1 Teoria retributiva ou absoluta da pena

Esta teoria tem como marcante característica a concepção de que a pena é considerado um mal, para o agente daquele ato ilícito praticado. A pena seria desta forma uma retribuição ao mal cometido, daí por que tal teoria possui esta nomenclatura.

Podemos, neste sentido, destacar que a pena era vista como um fim em si mesmo, vez que era preconizado tão somente à imposição de um castigo, de uma pena, para aquele que cometeu um ato ilícito, não possuía qualquer tipo de função preventiva. Em consonância Cezar Roberto Bittencourt (2013, p. 133) dispõe que em razão desta teoria a pena seria justificada pelo valor axiológico intrínseco de punir evento passado, descartando a utilização da mesma como meio para alcance de fins futuros. Seguindo mesmo raciocínio, Kaster Franco (2013, p.35), assevera que, para esta teoria a pena serve para compensar a ocorrência do crime.

Ao tratar sobre o tema, Paulo Queiroz (2001, p. 18) leciona que a pena se justifica *quia peccatum est*, isto é a pena se justifica por que é pecado. E continua afirmando que nisto esgota o seu conteúdo. O referido autor, ainda destaca que a pena, entendida como realização de justiça, quer como expiação de algum mal, era justificada pelo simples motivo de ter havido um fato criminoso, que acarretava em uma punição categórica, que independia de considerações finais. (QUEIROZ 2001, p.17-18)

É relevante a constatação de Cesar Roberto Bittencourt (2013, p.133) ao asseverar que

Entende melhor uma idéia de pena em sentido absoluto quando se analisa conjuntamente com o tipo de Estado que lhe da vida. As características mais significativas do Estado absolutista eram a identidade entre o soberano e o Estado, a unidade entre a moral e o Direito, entre o Estado e a religião, além da metafísica afirmação de que o poder do soberano era-lhe concedido diretamente por Deus.

Cumprido ressaltar que a observação do período histórico vivido é extremamente relevante na apreciação, não só desta, mas de todas as Teorias da pena. Assim sendo, é imperioso salientar que o período de lapso temporal vivenciado por tal teoria é o compreendido entre a transição da sociedade da Baixa Idade Média e a sociedade liberal. Cesar Roberto Bittencourt (2013, p.134) discorre que, com o fim do Estado Absoluto e o surgimento do Estado burguês, não poderia se justificar mais a pena pela dissolução identidade entre Deus e soberano, entre a religião e o Estado. Ou seja, não se poderia mais justificar a pena pela violação ao poder do soberano, e conseqüente poder divino.

Emergindo uma necessidade que se justificasse a pena, diversa da anterior, visto que não havia como embasá-la, pois os argumentos estavam infundados.

Eis que, a pena passa a ser concebida a visando a retribuição à ordem jurídica turbada, seria uma retribuição a esta violação que o ordenamento jurídico estava sofrendo. E tal retribuição era adotada pelos homens, e eram asseguradas em virtudes de leis.

Conforme elucida Gamil Foppel (2004, p.09) as teorias absolutas causaram grande impacto nas idéias jurídicas do século XIX, sobretudo, representavam a afirmação do Direito Penal, pois, a sanção penal seria imposta apenas para conferir aplicabilidade ao ordenamento jurídico penal.

É válido destacar que alguns autores defendem que não se poderia falar em funções da pena diante de uma perspectiva retributista. E asseveram de tal maneira, com o argumento de que a pena, para as teorias retributistas, era um fim em si mesmo, ou seja, se esgotava a partir do cumprimento do castigo imposto ao mal cometido. Neste sentido, Gamil Foppel (2004, p.10) diz ser completamente inviável a justificação da pena através destas teorias. César Roberto Bittencourt citado por Gamil Foppel (2004, p. 10) diz que :

Através da imposição da pena absoluta não é possível imaginar nenhum outro fim que não seja único e exclusivamente o de realizar justiça. A pena é um fim em si mesma. Com a aplicação da pena, consegue-se a realização da justiça, que exige, frente a um mal causado, um castigo que compense tal mal e retribua, ao mesmo tempo o seu autor. Castiga-se *quia peccateur est*, isto é, porque delinqüiu, o que equivale dizer que a pena é simplesmente a consequência jurídico-penal do delito praticado.

No entanto, outros doutrinadores entendem que poderíamos sim afirmar que, mesmo nas teorias retributivas, haveriam funções da pena. Nos dizeres de Paulo Queiroz (2001, p. 18) “mas não se ignora ou se contesta que a pena possa cumprir funções; entende-se, no entanto, que as possíveis finalidades da pena nada tem a ver com sua natureza, com sua *ratio essendi*”. De maneira esclarecedora, quanto ao assunto, Gamil Foppel (2004, p. 11) revela que as possíveis funções da pena, nestas teorias, são incidentais, visto que, estes não fazem parte da estrutura ontológica da pena, que é a punição do delito cometido através do castigo da pena.

Esta teoria trás consigo um grande avanço no que se refere à aplicação das penas aos indivíduos. Visto que antes não possuíamos um parâmetro do quanto poderia o Estado castigar os indivíduos delinquentes. E foi a partir destas teorias que passamos a ter parâmetros para a atuação do Estado no momento da aplicação da pena, e foi concebido nestas teorias que a punição deveria ser proporcional ao mal cometido. Neste sentido, assevera Bettiol citado por Luiz Regis Prado (2010, p. 627-628)

Tão somente a ideia retributiva, colocada como fundamento da pena, é capaz de satisfazer plenamente todas as exigências que urgem no campo da penalidade. Ela atende à suprema exigência de que o mal praticado deva exigir a infligência de um castigo proporcionado à gravidade do malefício.

Em consonância, Bacalupo citado por Paulo Queiroz (2001, p. 19), leciona que para tais “teorias só era legítima a pena justa, ainda que não seja útil, assim como uma pena útil embora injusta, carecerá, igualmente, de legitimidade”.

Entre os teóricos que discorreram sobre esta visão da aplicação da pena, destacam-se dois, Kant e Hegel, como os principais defensores das teses absolutistas.

O pensamento Kantiano sobre a teoria absoluta da pena se baseia em uma ordem ética. De acordo com o pensamento de Kant, a justificação da pena deriva de ordem ética, embasada no valor moral da lei penal infringida (BITTENCOURT, 2013, p. 135). Prosseguindo, quem não cumprisse as disposições legais, não seria

merecedor do direito a cidadania, cabendo ao soberano castigar de forma impiedosa os transgressores da Lei. (BITTENCOURT, 2013, p. 135).

Para Kant a pena deriva de um imperativo categórico, isto é, de uma ordem moral que foi violada, e isso independeria de considerações finais, visto que segundo Kant citado por Gamil foppel (2004, p. 15)

Teria o ultimo assassino que se encontrasse na prisão que ser enforcado, para que assim cada um sinta aquilo de que são dignos os seus atos e o sangue derramado não caia sobre o povo que não se decidiu pela punição, porque ele poderia ser considerado como participante nesta violação pública da justiça.

No que se refere à dosimetria da pena Kant parte do principio de Talião, no *ius Talionis* para o estabelecimento da espécie e medida da pena. Daí que se observa como tais teorias possuem relevância, pois estabelecem um limite para a aplicação do castigo, que é a lesividade, a gravidade do mal cometido. E Kant acaba por escolher a Lei de Talião como forma de limitar a punição estatal. Ressalvando, ainda, que aplicação de tal princípio deve ser realizado por um tribunal, não sendo admitida a possibilidade de um julgamento de exceção, de um julgamento particular.

Conforme bem ilustra Oswaldo Henrique Duek Marques (2008, p.98), para Kant ninguém seria punido por querer a própria pena, como ocorreria no contrato social, mas era punido por querer uma prática de ação criminosa, que era passível de punição.

Outra importante contribuição de Kant é a vedação da aplicação da pena como modo de exemplo para os outros indivíduos. Tal pratica era conhecida como a instrumentalização do homem, na qual se aplicavam duras penas com o argumento de que serviriam como exemplo para os demais membros das sociedades. Assim, Kant citado por Gamil Foppel (2004, p. 16) afirma que:

A pena jurídica, *poena forensis*, não pode nunca ser aplicada como um simples meio de procurar outro bem, nem em benefício do culpado ou da sociedade, mas deve ser sempre contra o culpado, em razão de haver delinqüido: porque jamais um homem pode ser tomado como instrumento dos designios de outro, nem ser contado no numero das coisas como objeto de direito real.

Neste passo, Kant novamente deixa essa ideia nítida ao asseverar que “o homem não deve ser tratado como um puro meio a serviço do fim de outro ser, confundido com objetos de direito real, porque isto é garantia de sua personalidade, embora ele

possa ser condenado a perder sua personalidade civil” (KANT apud QUEIROZ, 2001,p. 20)

Já o pensamento Hegeliano tem uma origem divergente daquela defendida por Kant. Visto que Hegel fundamenta seu pensamento com argumentos que possuem em sua plena essência o viés jurídico.

Para Hegel a pena deriva de uma justificação racional, que decorre de um processo dialético. Como preceitua Paulo Queiroz (2001, p. 21):

o delito é uma violência contra o direito, a pena uma violência que anula aquela primeira violência; é assim, a negação da negação do direito representada pelo delito(segundo a regra, a negação da negação é a sua afirmação). A pena é, pois a restauração positiva do direito.

Nesta senda, para Hegel a pena encontra embasamento na premente necessidade de ser restabelecer a vigência da vontade popular, que foi negada pela vontade do delinqüente (BITTENCOURT, 2013, p. 138).

No pensamento de Hegel, a modalidade da pena a ser imposta não é essencial, uma vez que a punição, independentemente de sua forma, cumpre a missão de restabelecer a justiça, como expressão da vontade universal (MARQUES, 2008, p.100).

No pensamento hegeliano há quem defenda que não estaríamos diante da pena como uma finalidade em si mesma. É o caso de Gamil Foppel (2004, p.20) ao afirmar que a pena “representaria o restabelecimento do próprio ordenamento jurídico, atingido por uma violação - o crime”.

Vale destacar que, assim como Kant, Hegel se valeu da Lei de Talião para a imputação da pena, visto que esta deveria ser proporcional ao mal cometido.

Apesar de possuir elementos de destaques, estas teorias são merecedoras e passíveis de críticas. Neste sentido Cesar Roberto Bittencourt (2013, p. 141) é um incisivo ao asseverar que

As teorias retribucionistas incorreram, num equivoco teórico, qual seja, confundir a questão relacionada com o fim geral justificador da pena (legitimação externa), isto é, por que castigar, que não se pode ser outro senão um fim utilitário de prevenção de crimes no futuro, com a questão relacionada com a distribuição da pena (legitimação interna), ou seja, quando castigar, que olhando, para o fato passado, admite uma resposta retributiva , como garantia de que a condição necessária da pena é o cometimento de um crime.

Já Jose Henrique Kaster Franco (2013, p 38-39) recorre a uma crítica incisiva de Mir Puig, devido ao fato de que as teorias retribucionistas as penas se aplicam a todos os casos, ainda que seja desnecessária, ou inútil.

O fim do Estado ou do Direito – por consequência o fim da pena – não é realizar justiça, é viabilizar a convivência social por meio de ordenação pacífica dos conflitos (QUEIROZ, 2001, p. 26). Logo, são falhas tais teorias, pois, justificam somente o emprego da pena como mecanismo para o alcance da justiça, não procurando em momento alguma possibilidade de convivência pacífica, insurgindo, pois, somente o mal ter sido cometido.

Assim, é de fácil constatação que, embora, tal corrente defenda um estabelecimento de penas atentando para seus limites, ela possui esta característica de somente observar a pena como um meio de retribuição ao mal sofrido, acreditando que seria possível a restauração da ordem através da violência para punir a própria violência, sobretudo observando apenas o fato passado, sem se preocupar com os possíveis fatos futuros, deixando de lado outros aspectos que poderiam ser abordados.

Outra crítica feita é devido ao fato de que não é realizada uma distinção entre os fatos que devam ser considerados como ilícitos penais e ilícitos não penais. Visto que não se deve julgar tais fatos como se iguais fossem, sendo imperiosa a distinção entre ambos, que possuem como consequências a sanção que deverá ser aplicada a cada um, em diferente modo.

É nítido que tais pontos de vistas não poderiam ser aplicados às sociedades atuais, ainda mais porque não podemos falar em Estados Absolutos nos presentes dias, bem como não se pode pregar a mera utilização da violência como única forma de combater a violência, sem uma preocupação com todos os demais aspectos que favorecem ao cometimento de um delito, fatos que não são observados por tais teorias.

2.4.2 Teoria preventiva ou relativa da pena

A teoria preventiva como o próprio nome já sugere visa uma proteção a fatos futuros. Sendo desta maneira diametralmente oposta a Teoria Absolutista que tem como escopo tão somente aplicação de castigos embasados em fatos pretéritos.

As Teorias Preventivas ou Relativas ganham especial destaque, devido ao fato que tem a pena como um meio para atingir um determinado fim. Dessarte é completamente oposta às Teorias Retribucionistas, vez que estas imputavam a pena como um fim em si mesmo.

Em sendo assim, a razão lógica é embasada com o fulcro de que a pena deverá ser compreendida em razão da prevenção de fatos futuros.

Neste sentido, discorre Anibal Bruno (1978, p.34):

Para as teorias relativas ou finalistas, a razão de ser da pena está na necessidade de segurança social, a que ela serve como instrumento de prevenção do crime. Nela esta presente a justiça como critério regulador, a limitar as exigências da segurança em relação ao criminoso. Mas o que a justifica e lhe dá a sua orientação é o fim da defesa da sociedade.

Mostra-se de extrema pertinência ressaltar que as Teorias Preventivas se dividem em teorias preventivas gerais e teorias preventivas especiais.

2.4.2.1 Prevenção geral

Possui como escopo a prevenção de delitos, sendo como característica própria a sua incidência em relação aos membros da coletividade social.

As teorias de prevenção geral se subdividem em prevenção geral negativa, quando se visa frustrar a ocorrência de praticas delituosa, e prevenção geral positiva, quando se utiliza à pena como forma de fortalecer preceitos e valores éticos e sociais que foram prejudicados com a ocorrência de um delito.

2.4.2.1.1 *Prevenção geral negativa*

Como já esposado, é uma característica inerente as Teorias Preventivas que estas não fiquem adstritas a somente fatos pretéritos, não buscando única e exclusivamente uma mera retribuição de um mal cometido.

É inerente a esta corrente a observação e prevenção de fatos futuros, sendo a pena um instrumento capaz de intimidar a pratica de novos delitos. E esse é o principal traço diferenciador da teoria preventiva geral negativa, ela utiliza a pena como um

modo que possa intimidar os possíveis violadores do ordenamento. Utiliza da pena como uma forma de emitir a mensagem que se por acaso vier a cometer algum ilícito, irá ter de paga-lo, e a forma utilizada para o pagamento deste ilícito é se subordinando ao Poder Punitivo estatal.

O principal expoente dessa teoria é Feuerbach, que formulou a teoria da coação psicológica, se pretendendo evitar o delito.

Sobre a teoria geral negativa, e conseqüentemente sobre a teoria da coação psicológica, leciona Paulo Queiroz (2001, p.36)

Para Feuerbach, todos os crimes têm por causa ou motivação psicológica a sensualidade, na medida em que a concupiscência do homem é o que o impulsiona, por prazer a cometer a ação. A esse impulso, pois, da sensualidade, opõe-se um contra-impulso – *spinta criminosa e contra-spinta penale*, segundo a expressão de ROMAGNOSI (impulso criminoso e contra-impulso penal)-, que é a certeza da aplicação da pena. Função, pois, da pena, é a prevenção geral de delitos, por meio de uma coação psicológica exercitada sobre a comunidade jurídica, a intimidar ou contramotivar a generalidade das pessoas às quais a norma se dirige.

Pode-se observar que este modelo proposto por Feuerbach se baseia supondo que o indivíduo realiza uma ponderação, levando em conta as conseqüências que lhe poderiam recair a partir da prática de um ato delituoso.

Em consonância Cesar Roberto Bittencourt (2013, p.144-145) assevera que funda-se em duas premissas básicas, quais sejam a idéia da intimidação e a ponderação da racionalidade. Isto por que de acordo com o doutrinador a ameaça de uma pena produz no indivíduo uma motivação para não cometer delitos.

Esta teoria tem destaque em razão de ser uma das primeiras teorias que leva em consideração elementos científico no desenvolvimento de preceitos penais.

Embora pese tal Teoria lograr êxito ao conceber a pena como uma forma de induzir a um comportamento socialmente aceito, esta teoria encontra críticas. Cesar Roberto Bittencourt (2013, p. 145) destaca que tal teoria não considera que o delinquente confia em jamais ser descoberto, assim tal teoria não consegue influir diretamente nos pensamentos dos delinquentes.

Outras críticas são feitas a essa teoria, Paulo Queiroz (2001, p.38) ressalta que não fica claro como a punição do infrator pode vir a coibir outros de realizarem a práticas de condutas semelhantes. Sendo terreno comum aos autores que criticam esta

teoria, a falta de um limite para a atuação do poder punitivo, que poderia ensejar um verdadeiro terrorismo estatal, visto que a pena poderia ser cominada de forma arbitrária.

2.4.2.1.2 Prevenção geral positiva

Há uma grande discussão no que se refere à classificação da prevenção geral da positiva como uma teoria que visa explicar a função da pena. Isto, pois, autores insurgem asseverando que esta seria em verdade uma resposta à teoria proposta por Hegel, já explicitada acima. Neste sentido, Zugaldia Espinar citado por Paulo Queiroz (2001, p. 35):

Só com certos matizes pode admitir-se que esta teoria da prevenção geral positiva seja uma teoria relativa da pena. Em primeiro lugar, porque resulta evidente paralelismo com a teoria da retribuição jurídica de Hegel, só que agora esta parece apresentar em 'chave sociológica': o que antes era uma exigência absoluta do Direito, agora é uma exigência para a integração do grupo social e do bom funcionamento do sistema. Em segundo lugar, porque propriamente não legitima a pena porque esta cumpra um fim útil de prevenção (evitação do delito), senão porque cumpre o fim útil de assegurar a "confiança institucional dos cidadãos no sistema".

Outrossim, muito embora seja respeitado tal posicionamento, neste trabalho se entende que tal teoria encaixa-se no rol de das teorias relativas da pena, evidenciando seus principais expoentes, e suas principais críticas.

Como já dito, esta teoria utiliza à pena como forma de fortalecer preceitos e valores éticos e sociais que foram prejudicados com a ocorrência de um delito. Nos dizeres de Paulo Queiroz (2001, p.40) "infundir na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em ultima análise, a integração social".

Esta teoria observa a "possibilidade de reafirmar a consciência social da norma ou confirmar sua vigência, mediante a imposição de sanções penais" (MARQUES, 2008, p.141).

Prossegue o autor lembrando que "consoante a prevenção positiva, mesmo após a pratica da infração de uma norma, esta continua a vigorar, caso contrario estaria

abalada a confiança nas relações sociais. Dai a necessidade da pena, pelo seu aspecto positivo de reafirmar tal vigência” (MARQUES, 2008, p. 141).

Destarte, é seguro afirmar que os autores que aderem esta corrente acreditavam que a pena não seria uma mera retribuição de mal cometido, mas sim insurgiria de forma que aplicassem outros efeitos perante a sociedade, efeitos que tinham tanto um caráter social, quanto um caráter pedagógico.

As teorias da prevenção geral positiva se subdividem em duas vertentes, quais sejam a prevenção geral positiva fundamentadora e a prevenção geral positiva limitadora.

A prevenção geral positiva fundamentadora tem como principais expoentes Welzel e Jakobs. Welzel entende que se devem proteger valores, sobretudo aqueles que estão relacionados ao interesses ético-sociais. Observa Cezar Roberto Bittencourt (2013, p.148) que para Welzel :

O direito penal cumpre uma função ético-social para a qual, mais importante que a proteção de bens jurídicos, é a garantia de vigência real dos valores de ação da atitude jurídica. A proteção de bens jurídicos constituiria somente uma função de prevenção negativa.

Assim, se constata que esta teoria prevê uma grande valoração aos valores ético-sociais, conquanto estes devem ganhar uma maior proteção em relação aos bens jurídicos. Há um grande apelo para a busca dos valores sociais, acreditando que estes valores da coletividade se sobressaem no que concerne aos bens jurídicos individuais, já que ao se defender os interesses ético-sociais coletivos se alcançariam e resguardariam a proteção dos bens jurídicos individuais.

O outro teórico que discorre sobre este tema é Jakobs, que muito se inspira na teoria dos sistemas sociais de Luhmann. Jakobs observa a funcionalidade da pena dentro do sistema social, com a finalidade de orientar as condutas dos cidadãos devem cumprir nas relações sociais.

Neste sentido, Paulo Queiroz (2001, p. 43) retrata de forma clara o pensamento de Jakobs:

A pena, ou mais precisamente, a norma penal, aparece, aí como uma necessidade sistêmica de estabilização de expectativas sociais, cuja vigência é assegurada ante às frustrações que decorrem da violação das normas. Este novo enfoque utiliza, enfim, a concepção luhmanniana do direito como instrumento de estabilização social, de orientação das ações e institucionalização das expectativas.

Para Jakobs, conforme preceitua Gamil Foppel (2004, p. 41), “a pena é uma necessidade, uma vez que imperioso para a sociedade que os valores do grupo sejam respeitados e mantidos”.

É interessante trazer a elucidação feita por Oswaldo Henrique Duek Marques (2008, p.142-143), a respeito do posicionamento de Jakobs :

A pena não tem o poder de reparar o dano causado pelo crime, sobretudo porque muitas infrações completam-se antes que se produza um dano externo. Os delitos ocorrem quando há contradição entre a conduta e a norma prevista abstratamente, sem necessidade de produzir-se dano externo. Além disso, em outros casos, a pena não pode evitar lesão a bens jurídicos, pois ela tem aplicação após tal lesão. Por isso, a função da pena não é evitar lesões a bens jurídicos. Assim, a imposição da pena tem somente o poder de demonstrar que o agente, com seu comportamento, não se organizou corretamente, para manter-se nos moldes traçados pelas normas da conduta. Sua missão é reafirmar o reconhecimento da validade da norma, no qual esta implícita a consciência de que foi infligida e de que deve seguir como modelo idôneo de orientação. Assim, cumpre o papel de orientar os cidadãos para o cumprimento das normas inseridas no contrato social.

Deste modo, torna-se nítida que para Jakobs, a pena se faz necessária, não para a reparação do dano causado pelo crime, nem com a finalidade de se impedir lesões a bens jurídicos, mas sim para que haja um cumprimento das normas sociais, que foram estabelecidas, conforme leciona Jakobs, pelo contrato social. Assim, a pena surge para o atendimento dos interesses coletivos, para a proteção destes interesses, criando assim condutas que devem ser respeitadas e cumpridas pelos cidadãos, com fulcro na preservação dos interesses da coletividade.

Já a prevenção geral positiva limitadora tem como seu principal nome Mir Puig. Entretanto, alguns autores sugerem que Roxin comporia esta corrente, porém, utiliza-se a lição de Gamil Foppel (2004, p.46), que salienta que “existem pessoas que consideram Roxin adepto da prevenção geral positiva limitadora, mas que, seguramente, este não é o entendimento mais correto, confusão que pode ser justificada por se tratar – a obra de Roxin – de uma teoria eclética”.

Como seu próprio nome diz, essa teoria visa à instauração de limites ao poder punitivo do Estado, para que haja uma preservação dos direitos individuais. Constatação de fundamental importância, pois, conforme versa Cezar Roberto Bittencourt (2013, p. 160) “o Estado não pode – a não ser que se trate de Estado

totalitário – invadir a esfera dos direitos individuais do cidadão, ainda quando haja praticado algum delito”.

Desta sorte, podemos asseverar que esta teoria se torna eclética, uma vez que entende ser necessária a prevenção especial, bem como entende que deve haver limites para o poder punitivo do Estado. Em consonância, discorre Cezar Roberto Bittencourt (2013, p. 160)

apesar de ser denominada preventiva, de base relativista, com vistas ao futuro, não abandona o princípio da culpabilidade como fundamento da imposição da pena pelo fato passado, assumindo, portanto, e sem contradições teóricas, a idéia de retribuição da culpabilidade como pressuposto lógico da finalidade preventiva de delitos.

Aqui há uma grande preocupação na forma de atuação do poder punitivo do Estado, que deverá agir de acordo com os princípios decorrentes de um Estado Democrático de Direito. Ou seja, a atuação Estatal deverá decorrer da legalidade, sendo respeitados os direitos e garantias individuais dos cidadãos, começando, inclusive, no momento da definição da pena que deverá obedecer ao princípio da proporcionalidade. Ademais, esta corrente se demonstra preocupada com todo o entorno dos direitos e garantias individuais, ressaltando que cumpre ser dever Estatal garantir a ressocialização do individuo na sociedade, vez que este é um direito que lhe é inerente, não podendo, pois, dispor sobre ele o Estado.

2.4.2.2 Prevenção especial

A prevenção especial se caracteriza devido ao fato de ter como enfoque uma atuação de maneira individual. Por essa razão é também chamada de prevenção individual, pois, seu campo de atuação está intrinsecamente ligado ao individuo que praticou um crime, visando que este não volte a reincidir.

Von Litz é considerado o maior expoente desta teoria, que atribui como objetivo da pena uma reintegração social do individuo criminoso. Destaca-se do trabalho de Von Litz, quando defende que a eficácia da prevenção se dá em razão das características de cada infrator. Daí que, haveria um distinção em três categorias diferentes de infratores, sendo eles os delinquentes ocasionais, aqueles que delinquem com certa frequência, e indivíduos insusceptíveis de correção. A consequências destas distinções seria o tratamento dado aos indivíduos, tratamento

este que levaria em conta as características do infrator. Logo, conforme leciona Paulo Queiroz (2001, p.59)

A missão da pena, para os delinquentes ocasionais, que não precisam de correção é a advertência(função de advertência ou de intimidação); para os que precisam de correção, é ressocializá-lo com a educação durante a execução penal (função ressocializadora); para os delinquentes incorrigíveis ou habituais, fim da pena é torná-los inócuos por tempo indeterminado (função de “inocuidade”), enquanto durasse a necessidade “inocuidadora”.

Esta teoria é possui aspectos louváveis, por que é através dela que é exposta uma preocupação com a individualização da pena. Inclusive, com o momento de sua execução, haja vista que a presença da preocupação com a ressocialização do individuo para que este não volte a reincidir.

Entretanto não escapa de algumas criticas, sendo a principal delas a falta de imposição de limites às penas, visto que estas poderiam ser verdadeiramente “*ad eterna*” enquanto não findar o período “inocuidador” do individuo “incorrigível”. Também não se torna nítida a presença do principio da proporcionalidade entre a ação cometida e a punição sofrida, razão de outras criticas.

2.4.3 Teorias mistas ou ecléticas

São teorias mistas aquelas que visam à união das demais teorias das funções da pena, com o propósito de superar os conflitos existentes entre elas. É de sua essência explicar e justificar as complexidades das funções da pena. Parte do entendimento que o monismo (a utilização seja da teoria absoluta ou preventiva) é ineficiente para a fundamentação do fenômeno jurídico da pena, sendo necessário, portanto, recorrer a uma explicação pluralista.

Neste tocante, Paulo Queiroz (2001, p.66) discorre:

Para essa teoria, a justificação da pena depende, a um tempo, da justiça de seus preceitos e da sua necessidade para a preservação das condições essenciais da vida em sociedade (proteção de bens jurídicos). Busca-se, assim, unir justiça e utilidade, razão pela qual a pena somente será legítima na medida em que seja contemporaneamente justa útil. Por conseguinte, a pena, ainda que justa, não será legítima, se for desnecessária (inútil), tanto quanto se, embora necessária (útil), não for justa. Semelhante perspectiva se caracteriza, pois, por um conceito pluridimensional da pena que, apesar de orientada pela idéia de retribuição, a ela não se limita.

Em razão das teorias monistas não conseguirem justificar alguns questionamentos que lhe são feitos, as teorias mistas visam justamente o aproveitamento das questões positivas destas teorias, acabando assim, unindo estas, e dirimindo os principais questionamentos isolados às teorias monistas.

Dentre as teorias destacaremos a teoria unificada dialética de Roxin, em razão de sua importância, que serão demonstradas a seguir, ser para o direito penal

2.4.3.1 Teoria unificadora dialética de Roxin

Ponto relevante destacado por Roxin é a subsidiariedade do Direito Penal, sendo que este deverá somente intervir em situações mais relevantes e extremas, tendo em vista que o Direito Penal é a *ultima ratio* do controle social, ou seja, é o último instrumento que deverá ser utilizado pelo Estado para a punição de condutas. Asseverando Roxin que

O direito penal é de natureza subsidiária. Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se. (ROXIN apud HERICHE 2004, p. 77)

Roxin também dispõe que as funções do Direito Penal devem considerar três momentos, que acabam por se integrarem, quais sejam a ameaça (cominação), a imposição (aplicação) e a execução da pena.

No que se refere ao primeiro momento, a ameaça ou cominação da pena, Roxin entende que :

Ter-se-á que reconhecer como válido e seguro em todos os sentidos o nosso primeiro resultado parcial, ou seja, que as cominações penais se justificam, apenas e sempre, pela necessidade de proteção preventivo-geral e subsidiária de bens jurídicos e prestações. (ROXIN apud HIRECHE, 2004, p. 78)

Já ao segundo momento, que é o momento da aplicação, Roxin define que a prevenção geral mostra-se adequada, vez que é presente a ameaça da pena. Ressalva, no entanto, que não deve-se restringir somente a prevenção geral

negativa. Adiante trás a importância também da prevenção geral positiva, pois é cabido ao direito penal fortalecer a consciência jurídica da generalidade dos seus destinatários. Ainda vê uma aplicação da prevenção especial, visto que a aplicação da pena poderá intimidar o delinquente de uma reincidência (QUEIROZ, 2001, p. 70).

Concluindo acerca da aplicação da pena na visão de Roxin, Paulo Queiroz (2001, p. 71) assevera que:

a aplicação da pena serve para a proteção subsidiária e preventiva, tanto geral como individual, de bens jurídicos e de prestações estatais, por meio de um processo que salvguarde a autonomia da personalidade e que, ao impor a pena, esteja limitado pela medida da culpa

O terceiro momento é da execução da pena. Neste momento ainda se faz presente a prevenção geral, com o propósito, porém, de reinserção do indivíduo a comunidade. Isto, sempre, observando os limites da pena, haja vista que é vedado tratamentos, ainda que de eficácia ressocializante, que interfiram nos direitos invioláveis da personalidade do indivíduo.

Assim, a teoria de Roxin logrou êxito ao saber utilizar as demais teorias na construção de um modelo que estabelece a subsidiariedade do Direito Penal, bem como fundamento as funções da pena, limitando o poder punitivo do Estado, salientando ainda a busca da reinserção do indivíduo na sociedade.

Da leitura do nosso Código Penal em seu artigo 59, pode-se notar que o legislador brasileiro não adota expressamente nenhuma dessas teorias que buscam justificar a pena. Entretanto, nas lições de Paulo Queiroz (2005, p. 78-80), pode-se afirmar que a que mais se assemelha é a teoria mista. Mais se assemelha a teoria mista, pois o nosso legislador previu que deveria que a pena deverá compreender a retribuição pelo mal cometido, além da prevenção de novos crimes. Faz parte ainda de nosso ordenamento o preceito institucional de reintegrar o indivíduo, presente tal premissa 1º da Lei de Execuções Penais.

2.5 CLASSIFICAÇÃO DAS PENAS

Conforme preceitua o artigo 32 do Código Penal Brasileiro, as penas se classificam em privativas de liberdade, restritiva de direito, e multa.

2.5.1 Privativas de liberdade

Conforme dispõe o artigo 33 do Código Penal, as penas privativas de liberdade podem ser de reclusão ou de detenção. Podemos conceituar de forma bastante didática como reclusão aquelas penas privativas de liberdades que decorrem de crimes mais gravosos. Enquanto que a detenção se direciona para aqueles crimes cujos delitos são menos graves. E a consequências de tal diferenciação diz respeito ao cumprimento inicial do regime da pena. Isto, pois, quando se tratar de pena de reclusão o regime inicial a ser cumprido poderá ser o fechado, semiaberto ou o aberto. Enquanto que no referente a detenção o regime inicial desta será ou semiaberto ou aberto, não podendo ser cumprido de início no regime fechado.

Vale destacar que caso haja necessidade de mudança de regime durante o cumprimento da pena em razão de alguma falta cometida pelo preso esta poderá ocorrer, podendo, mesmo no caso de detenção se moldar para o regime fechado.

Algumas características diferenciam os regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade.

O regime fechado é cumprido em estabelecimentos de segurança máxima ou média, e são cumpridos em penitenciárias, com o intuito de que seja cumprida a pena e que se evite fuga. Quando da condenação ao regime fechado o indivíduo deverá submeter a um exame criminológico, com intuito de viabilizar uma individualização de sua pena, através das características individuais de cada recluso.

Outra regra do regime fechado é que o condenado é obrigado a trabalhar dentro do estabelecimento penitenciário. Fato este que será mais bem discutido em momento mais oportuno deste estudo. Neste tipo de regime via de regra não pode sair do estabelecimento prisional, isto pois esta regra comporta algumas exceções como o trabalho do condenado em obras e serviços públicos, nos quais se autorizam a saída e retorno a penitenciária.

Vale destacar que cumpre inicialmente este tipo de regime aqueles condenados a pena superior a 8 anos.

Já o regime semiaberto é destinado aquele que inicialmente foi condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito). Neste regime não há previsão de isolamento durante o repouso noturno. Podendo o condenado trabalhar externamente na iniciativa privada. Permitida a frequência em cursos educacionais, superiores e profissionalizantes, sendo cumprido em colônia agrícola, industrial ou em algum estabelecimento similar.

O regime aberto é direcionado ao condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos. Vale destacar que muito embora haja tal previsão, a súmula 269 do STJ dispõe que “é admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”. Compõe este regime o ideal de responsabilidade e disciplina do condenado, vez que é cumprido em casa de albergado ou estabelecimento similar, que não possuem óbices à fuga, devendo o apenado trabalhar, estudar, permitindo, inclusive, um maior contato com a família, devendo o condenado ser recolhido nas casa do albergado durante o repouso noturno e nos seus dias de folga.

2.5.2 Restritiva de direito

As penas restritivas de direitos são uma espécie de pena alternativa previstas de forma expressa pela Lei, visto que as infrações cometidas são consideradas como leves, e que não justificam o cerceamento do direito à liberdade através do encarceramento.

Este tipo de pena visa sancionar e reeducar através de uma forma diversa do habitual encarceramento, por entender que tais delitos podem ser sancionados por uma outra maneira, substituindo assim em alguns casos a pena privativa de liberdade. Para tanto faz-se necessário o atendimento de alguns observações que estão presentes no artigo 44 do Código Penal, quando, por exemplo, a pena privativa de liberdade não superar os quatros anos e o delito não tenha ocorrido com violência ou grave ameaça; quando se tratar de crime culposo independente da pena aplicada; o réu não for reincidente em crime doloso e a culpabilidade, os

anteriores, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

O artigo 43 do Código Penal dispõe quais são as penas restritivas de direito, são elas a prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços a comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de fins de semana.

2.5.3 Multa

A pena de multa está prevista no artigo 49 do Código Penal. Tal artigo conceitua a pena de multa como o pagamento realizado ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa.

Sendo que será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

2.6 CRÍTICAS A PENA DE PRISÃO

2.6.1 A falência da pena de prisão

A pena de prisão vem sofrendo muitas críticas nos últimos anos, muitos autores questionam a eficiência desta forma de sanção punitiva, sob as mais diversas alegações. Alguns, dentre eles podemos destacar Cezar Robert Bittencourt e Gamil Foppel, defendem a ideia de que estaríamos diante da falência da pena de prisão.

Essas críticas se direcionam, de uma forma geral, no sentido de que a pena privativa de liberdade, nos moldes atuais, não seria capaz de atingir seu objetivo ressocializador. Não conseguiria alcançar o seu objetivo de ressocializar o indivíduo encarcerado por diversos motivos, tais como a falta de condições materiais das prisões para reabilitar o indivíduo, situação esta que será abordada com maior profundidade em momento posterior deste trabalho.

Não conseguiria obter êxito no seu objetivo ressocializador, pois muito se questiona a possibilidade de existir efeitos positivos da pena privativa de liberdade ao indivíduo

aprisionado. É, em verdade, difícil de constatar efeitos positivos sobre da pena sobre o apenado, se tornando mais difícil esta missão quando verificadas falhas no momento da execução penal, como indivíduos que acabam passando mais tempo na prisão do que o que deveria ser cumprido, a falta de acomodação adequada e que proporcione um maior desenvolvimento de atividades que proporcionem a reabilitação do apripionado.

Segundo Cezar Roberto Bittencourt (1991, p. 242), haveria duas premissas que argumentam a indicação da ineficácia da pena de prisão. A primeira seria mais radical, entendendo que o ambiente carcerário não permite realizar nenhum trabalho ressocializador, uma vez que existe a dificuldade de fazer trabalhos sociais a quem se dá um tratamento antissocial. E a segunda premissa, uma vertente menos radical, se justifica sob a alegação de que na prisão não existiriam condições materiais e humanas que possibilitem alcançar o objetivo ressocializador.

Relata-se que haveria uma grande crueldade e desumanidade nos sistemas prisionais. Surgindo algumas críticas ao sistema penal. argui-se que o cárcere não educa, de modo que o direito penal atua nas consequências e não nas causas do problema.

Gamil Foppel (1999, p.177) assevera que o encarceramento das pessoas, embrutece e dessocializa, e que o indivíduo ao sair do presídio na maioria das vezes sai impossibilitado de retornar à normalidade, disposto a “retribuir” à sociedade seu martírio vivido na prisão.

Pensamento que se corrobora com a ideia de Cezar Roberto Bittencourt. Discursa este que a prisão ocasiona problemas psicológicos para aqueles que sofrem o drama da prisão. Destacando que existem vários tipos de reações carcerárias, sendo algumas passageiras e outras mais duradouras. Sendo umas de maiores influências sobre o indivíduo como, por exemplo, o desejo de suicídio e o desenvolvimento de paranoias, salientando ainda que em decorrência desses transtornos psicológicos, que seriam muitas vezes inevitáveis, constituiria paradoxo em relação ao ideal reabilitador do delinquente (BITTENCOURT, 1991, p. 243-244).

Outra crítica feita é que o sistema penal é altamente seletivo, visto que seleciona aqueles que serão punidos nas classes mais pobres (economicamente falando) da sociedade. Isto, pois, em razão da falta de condições econômicas e para o

atendimento de suas necessidades básicas acabam por delinquir. Outro fator que acaba por interferir são alguns problemas familiares que decorrem da questão financeira.

E uma demonstração nítida da seletividade do sistema criminal são os chamados crimes de colarinho branco, que são crimes relacionados contra a Ordem Econômica e Financeira e que são praticados por pessoas influentes, e que em razão das suas vestimentas passou a ser apelidada desta forma. Esses crimes são cometidos em razão de desvios de verbas, fraudes dentre outras formas que acabam por prejudicar direta e indiretamente a vida de muitas pessoas que dependeriam dessas importâncias desviadas, sonegadas ou fraudadas. E surpreendentemente, esses crimes que, em razão da monta envolvida, influenciam na vida de muitas pessoas, que sofrem as consequências dos desvios, as penas aplicadas são relativamente consideradas leves.

Outra crítica feita são os elevados índices de reincidência, o que mostraria uma falência desse mecanismo, vez que eles mostraram-se insuficientes para concretizarem suas finalidades.

Critica-se ainda o fato de a prisão ser estigmatizante, uma vez que o indivíduo que foi encarcerado leva isto como uma marca para o resto de sua vida.

2.6.2 Teorias deslegitimadoras da pena

Assim, diante das críticas apontadas à pena privativa de liberdade, e sua consequente falência, ganha força o discurso contrário a legitimação da pena, o discurso que propaga a ideia de falência e precariedade do sistema penal, razão pela qual restaria claro, a falta de legitimidade do sistema penal como forma de controle social.

Dentre as teorias deslegitimadoras da pena, podemos destacar duas que se mostram mais relevantes, que são a teoria do abolicionismo penal e o minimalismo radical.

A teoria do abolicionismo radical propõe a imediata abolição de todo o sistema de justiça penal, incluídos assim tanto a extinção da pena, quanto a extinção do direito penal. Nesta corrente de pensamento temos autores Louk Hulsman e Nils Christie.

Louk Hulsman (1997, p.90) discorre que

Poderíamos facilmente abolir o sistema penal. Ele é mesmo um dos poucos ordenamentos sociais que poderiam desaparecer sem causar maiores problemas, até porque as organizações que o compõem em nada dependem dele. A maior parte delas tem tarefas importantes fora do sistema penal; não vivem dele e podem existir sem ele.

Os adeptos desta teoria defendem que não seria o direito penal capaz de prevenir a prática de novos delitos, e isso é uma decorrência do fato de que são inúmeros as situações que acabam por influenciar o indivíduo a cometer atos delituosos, tais como fatores sociológicos, bem como psicológicos, razão pela qual a cominação e execução da pena se mostram incapazes de persuadir o indivíduo de realizar a infração penal, e isto torna-se evidente pelos elevados índices de reincidência.

Nils Christie disserta que com base em estudos feitos, e com o passar do tempo, ficou claro que os tratamentos para a delinquência se mostraram sem obter a eficiência desejada, vez que torna-se constante a figura da reincidência. E asseverando sobre a reincidência, descreve que

Com excepción de la pena capital, la cadena perpetua y posiblemente la castración, ninguna cura há resultado ser más eficiente que las demás como medio para impedir la reincidência. Incluso em los pocos casos em que ha habido realidades detrás de la terminología del tratamiento, no se há confirmado ninguna reducción en las tasas de reincidencia. (CHRISTIE, 1984, p.33)

Haveria assim, nas palavras de Hulsman a necessidade de se abolir o sistema penal, pois este sistema é um verdadeiro mal social, visto que o problema que eles se dispôs a enfrentar, não consegue resolver, devendo, então, serem enfrentados de outras maneiras. Propõe, ainda, o autor que ao se abolir o sistema penal significaria dar vida à comunidade, às instituições e aos homens. (HULSMAN, 1997, p. 92-93)

Esta corrente de pensamento se baseia muito em críticas direcionadas ao sistema capitalista de produção. Há uma conexão, segundo estes autores, direta e inevitável entre a atuação do direito penal e o sistema capitalista. Sendo que por vezes,

aqueles que não são possuidores de uma condição econômica privilegiada são os que mais sofrem as consequências do sistema penal.

Enfatiza Paulo Queiroz (2005, p. 91) que este sistema é um sistema injusto, que reproduz as desigualdades sociais, que buscaria este sistema, a sua clientela, aqueles que sofrem as consequências, entre os mais miseráveis, sendo, portanto, um sistema seletivo, que escolhe aqueles que têm menor poder econômico.

Neste sentido Alessandro Barata (2002, p. 172-173), discorre que haveria um processo de segregação e marginalização da sociedade, processo este que se inicia desde o sistema escolar, que seria o primeiro segmento desta separação social.

Eugênio Raul Zaffaroni (1991, p.15) assevera que o discurso jurídico-penal é um discurso falso, e que a realidade operacional dos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico penal, atribuindo ainda a seletividade, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais, seriam elementos estruturais do exercício do poder de todos os sistemas penais.

Os defensores do abolicionismo, enfim, entendem que deveria abolir o sistema penal, visto que este se demonstrou precário e ineficaz, já que os problemas que o sistema penal se dispôs a enfrentar, não são resolvidos. Além do que, mostra-se um meio que seleciona aqueles que sofreram suas punições, o que torna cada vez mais o discurso penal um discurso falso. Entretanto, ressaltam que as outras formas de coerção social, tais como reparação civil, por exemplo, deveriam continuar por existir, uma vez que a existência destas ainda se justifica.

Já a teoria do minimalismo radical propõe que o âmbito da atuação do sistema penal seja o mínimo possível, sendo somente merecedores de tutela penal apenas aqueles crimes que possuem uma maior reprovabilidade social. Aqui, diferentemente do que ocorre no Abolicionismo radical, ainda existiria a coerção penal, no entanto, essa coerção penal seria reduzida ao máximo possível. Dentre os autores que defendem a teoria do minimalismo radical, destacam-se Eugenio Raul Zaffaroni e Alessandro Baratta.

Dissertando sobre a Teoria Minimalista Alice Biachini (2013) descreve que

Há consenso de que apenas bens de elevada valia devam ser tutelados pelo Direito penal. Isto porque a utilização de recurso tão danoso à liberdade individual somente se justifica em face do grau de importância que o bem

tutelado assume. Aqui surge a preocupação com a dignidade do bem jurídico, dado que o Direito penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens. Além da verificação a respeito do grau de importância do bem — sua dignidade —, deve ser analisado se a ofensa irrogada causou um abalo social e se foi de tal proporção que justifique a intervenção penal.

Entende Alessandro Baratta (2002, p.206) que deverá se estabelecer uma política criminal alternativa, embasada na contração máxima e da superação do sistema penal. Destaca que esta superação não significa negar a exigência de outras formas de controle social. Entretanto, Eugenio Raul Zaffaroni (1991, p.142) assevera que essas outras agências responsáveis pelo controle social não poderiam ter aumento de seu poder configurador, com base na contração da esfera de atuação do Direito Penal.

Haveria desta feita, descriminalização daquelas infrações que poderiam ser abrigadas por outros institutos do Direito, somente deveria configurar como ilícito penal as infrações que possuem um maior grau de relevância social, aqueles que ferem bens jurídicos considerados relevantes pelo senso comum e que se demonstram imprescindíveis para a convivência social. Além da descriminalização, sugere-se também a despenalização, isto é, a conduta ilícita ainda é tipificada como uma conduta criminosa, mas não haveria o aprisionamento, não existiria a pena, visto que neste sopesamento entre a infração cometida e a pena imposta, a pena se demonstraria extremamente danosa ao indivíduo criminoso, não sendo, portanto, racional e razoável a imputação deste meio de coerção que resultaria em efeitos danosos e gravosos ao indivíduo.

Deste modo, para os teóricos do minimalismo radical, o sistema e o direito penal seriam reduzidos ao mínimo possível, objetivando um maior nível de eficiência através da redução dos níveis de atuação do sistema penal. Destacando ainda que existiriam outros meios de controle social, e evidenciando o caráter subsidiário do direito penal, que deve ser entendido como a *ultima ratio*, último recurso, quando não for possível mais a atuação dos outros meios de controle social.

Algumas críticas são feitas a estas teorias. As críticas mais incisivas são direcionadas a teoria abolicionista, visto que em face da realidade, não apenas de ponto de vista teórico tal teoria tem uma proposta que seria demasiadamente extrema, ao propor que se findasse o sistema penal, o direito penal. Nas sociedades

atuais, com tal abolicionismo, haveria um verdadeiro retrocesso social, voltando ao tempo da vingança privada, onde os próprios particulares acabariam por tentar realizar “a sua própria justiça”. Valeria então a lei dos mais fortes sobre os mais fracos, além de que haveria um verdadeiro caos social. Neste sentido, embora nítido que o sistema penal está falido e precário ainda consiste ser uma melhor opção do que o livre arbítrio de qualquer cidadão para tomar decisões que se considere como justa para a resolução de conflitos que, mesmo com o abolicionismo, continuarão por existir.

Assim, a teoria do abolicionismo penal ensejaria uma redução do garantismo penal. neste pensamento Paulo Queiroz (2005, p. 105) citando Luigi Ferrajoli leciona que

o menosprezo abolicionista por qualquer enfoque garantista, confundindo num rechaço único, modelos penais autoritários e modelos penais liberais, e não oferecendo contribuição alguma à solução dos graves problemas relativos à limitação do poder punitivo.

Configurando, desta forma, o abolicionismo penal possibilidade de legitimar de controles autoritários, que se fundaria a partir da força do mais forte sobre o mais fraco.

Bustos Ramírez citado por Paulo Queiroz (2005, p.106) critica tal teoria salientando que a proposta do abolicionismo penal, em verdade seria uma “fraude de etiquetas”, visto que ainda haveria um caráter seletivo e discriminador, e seria mais incisivo pois não haveria garantia nenhuma.

Resumindo, toda essa discussão envolvente do abolicionismo penal, Antonio García-Pablos de Molina citado por Paulo Queiroz (2005, p.107) define que

O Direito Penal goza de boa saúde. É utópico vaticinar sua desapareição, inclusive a médio e longo prazo. Isso sim, o atual Direito Penal há de experimentar transformações substanciais. Está chamado a intervir menos nas relações sociais e conflituos comunitários, a verificar racionalmente seu objetivo e a ponderar empiricamente o custo social real de sua intervenção. Deverá potenciar as exigências garantistas e melhorar qualitativamente seus instrumentos, dando passo a outros menos devastadores. Não se trata, pois, da desapareição do Direito Penal, senão de sua progressiva racionalização e penalização.

No que se refere a proposta do minimalismo esta mostra-se mais eficiente do que o abolicionismo, uma proposta mais tangível em face da realidade social nos dias atuais. Levando-se em conta a falência da pena de prisão, a redução do núcleo do

direito penal, a redução da previsão de crimes, bem como a redução da penalização de determinadas infrações, mostra-se como um caminho a ser seguido. O Brasil aos poucos vem adotando entendimentos que se direcionam a proposta do minimalismo, visto no ordenamento jurídico brasileiro existem medidas tais como as penas restritivas de direitos que viabilizam a sanção punitiva por outro meio que não seja a imposição da pena privativa de liberdade.

Após análise do instituto jurídico da pena, e apreciações das teorias que buscam legitimá-las, bem como as teorias que visam a sua deslegitimação, se faz indispensável a verificação de institutos que efetivam a aplicação da pena, resguardando os direitos daqueles condenados ao seu cumprimento.

3 DAS GARANTIAS AOS DETENTOS E EGRESSOS

3.1 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E OS TRATADOS INTERNACIONAIS

Ao tratar da aplicação da pena privativa de liberdade, bem como das demais espécies de pena, é imprescindível destacar os sistemas de garantias que preservam os presos no momento do cumprimento da sanção punitiva.

Este sistema de garantias é extremamente essencial para que haja uma justa punição, para se limitar a atuação do Estado no momento em que este impõe a pena e como esta pena deverá ser imposta e cumprida. É relevante tal matéria, pois, visa o asseguramento de que o Estado não poderá passar da medida do possível no momento em que for impor sua sanção punitiva, bem como visa resguardar os direitos dos presos, evitando o livre arbítrio do Estado perante os presos, através deste sistema de garantias evita-se que os direitos dos presos sejam suprimidos pela livre vontade do detentor do poder. E ao se garantir os direitos dos presos, acaba-se por se estabelecer deveres que o Estado estará obrigado a adimplir.

De início, é meritório destacar que com o advento da Constituição Brasileira de 1988 o Brasil passou a ser considerado um Estado Democrático de Direito. Isto porque o artigo 1º da Carta Magna transcreve que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”.

Assim, assumir o status de Estado Democrático de Direito, pressupõe-se algumas características e fundamentos, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana, prevista no inciso III deste artigo 1º da Constituição. Deste modo, a dignidade se mostra irrenunciável, e inviolável, devendo se estender de modo universal a todos.

E essa garantia constitucional também se estende aos indivíduos encarcerados, logo, estes também são merecedores da dignidade da pessoa humana. Situação esta que se verifica a partir da leitura do artigo 5º, inciso XLIX da Carta Magna que dispõe que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Além

deste dispositivo, existem também outros dispositivos que preconizam pela dignidade humana. Nesta esteira, o artigo 5º, inciso XLVII transcreve que “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”.

Por esta razão, mostra-se nítido o entendimento de que o ordenamento jurídico brasileiro pressupõe a garantia da dignidade da pessoa humana, e não permite a aplicação de penas que violem tal dignidade, superando assim as penas que eram aplicadas em períodos anteriores. Devendo, portanto, a pena atentar sempre ao princípio da dignidade da pessoa humana que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Além destas garantias constitucionais, existem outras garantias que se aplicam inclusive aos presos, que decorrem de Tratados e Pactos Internacionais aos quais o Brasil é signatário.

No que tange aos Tratados Internacionais, destaca-se de início a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esta Declaração é datada de 1948, proclamada e acolhida pelos países membros da Organização das Nações Unidas – ONU. Resulta dos violentos e marcantes acontecimentos históricos decorrentes da Segunda Guerra Mundial, e foi estabelecida para evitar que novas atrocidades fossem cometidas. Esta Declaração reconhece a dignidade como inerente de todos os membros da família humana. Atentando a humanidade e ao princípio da dignidade da pessoa humana, prevê em seu artigo 5º que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.”

Em decorrência da Declaração Universal dos Direitos Humanos vários outros Tratados foram propostos, bem como outros Pactos.

Exemplo disto é o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos de 1966, que consta, em seu artigo 7º, que “ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”. Continua em seu artigo 10º que “toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana”

Outro exemplo decorrente da Declaração Universal dos Direitos Humanos são as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso que foi promulgada pela ONU. São

regras que, como o próprio nome já diz, visam estabelecer o tratamento mínimo aos quais os presos devam receber.

Outro Pacto Internacional ao qual o Brasil é signatário é o Pacto de São José da Costa Rica. Este pacto possui alguns artigos que versam da dignidade e da humanidade. Presente em seu artigo 5º o direito à integridade pessoal, prevendo que toda pessoa tem direito a que se respeite a sua dignidade física, psíquica e moral. Prevendo ainda, no inciso 2 do artigo 5º “2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.”

3.2 DOS PRINCÍPIOS

O primeiro princípio abordado é o princípio da Legalidade. Este princípio está disposto tanto na Constituição de 1988 quanto no Código Penal. A Carta Magna prevê em seu artigo 5º inciso XXXIX que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Eis então o princípio da Legalidade, definindo, deste modo, que apenas a Lei pode criar normas penais incriminadoras e suas respectivas punições. Este princípio também está previsto no Código Penal, que no seu artigo 1º estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Deste princípio, extrai-se três premissas, quais sejam a taxatividade, reserva legal e a irretroatividade. No que se refere à taxatividade, esta deve ser entendida como um dever do Estado em criar penas que não sejam dúbias, sejam claras e precisas, para que não existam dúvidas, e que estas não sejam utilizadas para incriminar, deste modo então preconiza-se por leis que sejam taxativas que não permitam margens de interpretações que possam prejudicar o réu. Já no que tange a reserva legal esta se encontra no próprio enunciado deste princípio, pelo qual ninguém será preso se a sua conduta não for considerada crime e não tenha sanção cominada. Já a irretroatividade pressupõe que a Lei Penal não poderá retroagir para impor penas para aqueles que praticaram a conduta antes da sua vigência. Entretanto, vale destacar que a irretroatividade não pode ser encarada de maneira absoluta, visto que existe a possibilidade da retroatividade ser benéfica para o réu, como dispõe o parágrafo único do artigo 2º do

Código Penal “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Assim quando a retroatividade for benéfica para réu deverá ser utilizada, já quando for prejudicial não poderá ser utilizada.

Outro princípio é o da individualização da pena. Previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º inciso XLVI, determina que a pena deva ser individualizada de acordo com a particularidade de cada réu. Indispensável acentuar que a individualização da pena se divide em três momentos, quais sejam a individualização legislativa, a individualização judicial e a individualização executória. A individualização legislativa corresponde ao momento da criação do tipo penal pelo legislador, que deverá esculpir o fato encarado como um tipo penal e depois deverá estabelecer o limite mínimo e o máximo de tempo para esta pena. A segunda individualização, a judicial corresponde ao momento que o magistrado fixa a pena do réu, neste momento deve ser levando em consideração algumas situações que observam a particularidade do réu, tais como o regime de cumprimento da pena, se optará por uma pena alternativa etc. a terceira individualização, a executória corresponde ao período de execução da pena pelo réu, momento pelo qual deverá receber tratamento diferenciado de acordo com algumas circunstâncias tais como a natureza do crime, a sua idade etc.

Existe também o princípio da proporcionalidade. Como seu próprio nome define, requer uma proporcionalidade entre a infração cometida e a sanção punitiva imposta. Princípio que tem por base os ideais do iluminismo, com base na humanização da pena e que ambiciona um justo equilíbrio entre a lesividade do ato cometido e a sanção imposta. Este princípio deverá ser compreendido em dois momentos, o primeiro momento se refere ao momento legislativo, ao momento em que o legislador irá descrever a conduta típica e cominar a respectiva pena, deverá realizar esta função observando o princípio da proporcionalidade prevendo uma pena proporcional ao fato delituoso. Já o segundo momento é relacionado à imposição da pena pelo juiz. O juiz tem um limite mínimo e máximo estabelecido pelo legislador para aplicar a pena, e deverá realizar esta tarefa observando a proporcionalidade dos fatos cometidos.

O princípio da dignidade da pessoa humana, decorre da humanização das penas, oriundo dos ideais iluministas. A pena deverá ser entendida como meio de se punir

pelo fato delituoso cometido, superando o entendimento da prática de atos vexatórios e degradantes como ocorria anteriormente. Os suplícios, que eram as penas que se impunham nas sociedades antigas onde, dentre outros, laceravam os membros dos condenados ainda vivos em praças públicas, retratados por Foucault foram ultrapassados, incidindo, portanto, a humanização das penas. Significa dizer que deverão ser elencadas penas que não retirem a dignidade do homem, que não os forcem a serem submetidos a situações vexatórias, bem como a trabalhos forçados. Decorre este princípio do disposto no artigo 1º, inciso III, do Texto Máximo de 1988, de modo que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

3.3 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL

A lei de execução penal surge da necessidade de regulamentação da execução da pena, através de uma lei específica. Assim, neste contexto de ausência de uma lei específica que regulamentasse a execução das penas e das medidas de segurança foi editada a Lei de Execução Penal, preconizada e solicitada por diversos autores à época.

A necessidade de uma lei específica emana de que depois do processo de conhecimento penal em que há a condenação o réu, se inicia outra fase do processo, que é a fase de execução penal. Neste novo momento do processo surge a possibilidade do Estado utilizar da sua pretensão punitiva, que é a pretensão executória da pena.

No que se reporta a natureza jurídica desta execução penal, alguns autores discorrem sobre o tema, no entanto, entende-se a melhor descrição realizada por Ada Pellegrini Grinover (1987, p. 23), que transcreve da seguinte forma,

Na verdade, não se nega que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais.

Podemos destacar assim, que a execução penal tem natureza tanto jurisdicional quanto administrativo. E pressupõe um título executivo judicial, que seja capaz de sujeitar condenado (MARCÃO, 2001, p.1)

Desde logo vale dizer que a existe o Direito de Execução Penal constitui-se um ramo próprio do Direito, neste sentido temos o transcrito da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal

8. O tema relativo à instituição de lei específica para regular a execução penal vincula-se à autonomia científica da disciplina, que em razão de sua modernidade não possui designação definitiva. Tem-se usado a denominação Direito Penitenciário, à semelhança dos penalistas franceses, embora se restrinja essa expressão à problemática do cárcere. Outras, de sentido mais abrangente, foram propostas, como Direito Penal Executivo por Roberto LYRA (As execuções penais no Brasil. Rio de Janeiro, 1963, p. 13) e Direito Executivo Penal por Ítalo LUDER (El principio de legalidad en la ejecución de la pena, in Revista del Centro de Estudios Criminológicos, Mendoza, 1968, p. 29 e ss.)

9. Em nosso entendimento pode-se denominar esse ramo Direito de Execução Penal, para abrangência do conjunto das normas jurídicas relativas à execução das penas e das medidas de segurança (cf. CALÓN, Cuello. Derecho Penal. Barcelona, 1971. v. II, tomo I, p. 773; DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Processual Penal. Coimbra, 1974. p. 37).

Deste modo, se observa que este é um ramo autônomo do Direito, que possui princípios próprios, legislação específica e especialidade judiciária, uma vez que existem as Varas de Execução Penal. entretanto, forçoso acentuar que muito embora constitua um ramo autônomo, o Direito de Execução Penal não se desvincula do Direito Penal e do Direito Processual Penal, sobretudo em decorrência de sua natureza.

4 O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

4.1 BREVE HISTÓRICO DOS SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

Ao se falar de pena privativa de liberdade, mostra-se imperioso tecer comentários acerca dos sistemas penitenciários, visto que é através do sistema penitenciário que ocorre o cumprimento das penas.

Antes da conceituação dos sistemas penitenciários é importante conceituar o que seriam os regimes penitenciários. E Manoel Pedro Pimentel (1989, p.265) os define como “as formas de administração das prisões e os modos pelos quais se executam as penas, obedecendo a um complexo de preceitos legais ou regulamentações.”

No que se refere ao sistema penitenciário, pode-se este como conjunto dos regimes e formas de execução das sanções punitivas, através dos complexos institucionais que são edificados com tal finalidade.

Assim, conforme descreve Manoel Pedro Pimentel (1989 p. 265) “o sistema penitenciário é um gênero, enquanto que o regime penitenciário é espécie. Os regimes penitenciários cabem dentro do sistema penitenciário”. Desta feita, seria então o sistema penitenciário o gênero das formalidades que envolvem o cumprimento da sanção punitiva, partindo desde a forma e regimes penitenciários até as modalidades de estabelecimentos edificados com esta finalidade.

4.1.1 Origens

Até os presentes dias o homem ainda não conseguiu, de forma nítida e precisa, denotar qual teria sido a primeira prisão a existir no mundo. Trata-se de uma tarefa altamente complexa, por não se dizer hercúlea, em razão da ausência de materiais ou relatos históricos que comprovem a origem da prisão, e a primeira vez que esta foi implantada. Fato este que acaba por induzir muitos doutrinadores, pesquisadores e historiadores ao pensamento de que a prisão surgiu junto com a coletividade. Isto é, a partir dos primeiros momentos que o homem passou a conviver em grupo teria surgido o aprisionamento, a prisão, sempre visando à manutenção do poder e a preservação do ambiente coletivo.

Desta maneira, podemos destacar que muito embora não exista uma definição temporal para o surgimento da prisão, esta vem sendo aplicada por muitos séculos. Fato é que a prisão é uma instituição muito antiga, e neste sentido destaca Luigi Ferrajoli (2006 p. 359). que foi implantada desde Roma, sendo construída pelo Rei Anco Marcio para infundir temor à plebe. Na Grécia Antiga também existia a prisão, mais do que isso, era comum o fato de particulares possuírem suas próprias prisões, mantendo em cárcere infratores ou escravos. Esta situação de aprisionamento particular somente se encerrou com o decreto do Imperador Zenon, que proibiu qualquer tipo de cárcere privado conferindo exclusividade ao caráter público da reclusão carcerária. Decisão que foi posteriormente corroborada por Justiniano que o cárcere somente iria decorrer através de uma ordem dos magistrados.

Vale destacar que a prisão neste momento não possuía a função punitiva como um fim em si mesma. Fato que assim se perdurou até a Idade Média, pois o aprisionamento era uma medida que visava à permanência dos acusados da prática de delitos em estabelecimentos de custódias até o fim dos respectivos processos, para que houvesse a devida imputação da pena, bem como evitar possíveis fugas.

Pode-se, então, constatar que não tínhamos uma aplicação da prisão como uma sanção punitiva em si. Existia, assim, um aprisionamento como uma verdadeira imposição de caráter preliminar em face das penas existentes, tais como as penas corporais. Logo, nota-se que a prisão não possuía a conotação que existe atualmente, vez que enquanto nos dias atuais temos a prisão, o aprisionamento do indivíduo considerado culpado como uma verdadeira sanção punitiva, anteriormente existia o aprisionamento dos indivíduos a quem se imputava o cometimento de delito como meio de que este não fugisse garantido o término do processo para uma posterior aplicação da pena, prevalecendo assim às penas corporais bem como a pena de morte.

Acerca do nascimento da prisão entendida como sanção punitiva destaca Luigi Ferrajoli que (2006, p. 359)

a prisão em sentido próprio nasceu no seio das corporações monásticas da Alta Idade Média, recebendo depois o apoio da Igreja católica com os decretos de Inocêncio III e de Bonifácio VIII, em razão da sua específica adequação às funções penitenciais e correccionalistas.

Dissertando sobre a origem da pena de prisão Manoel Pedro Pimentel também relaciona a gênese da pena de prisão como uma sanção punitiva à Igreja Católica. No entanto, assevera que

A pena de prisão está embrionariamente radicada nos primeiros tempos da Idade Média, formulada como punição imposta aos monges ou clérigos faltosos, que viviam em comunidade nos mosteiros, fazendo com que se recolhessem às celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e ao arrependimento de falta cometida, buscando o perdão e a reconciliação com Deus. (PIMENTEL, 1989 p. 265)

Daí então se originaria a expressão “penitenciária”, a partir das “penitencias” as quais se sujeitavam os monges ou clérigos com o intuito de se arrependem do mal cometido e para que se alcançasse o perdão de Deus. Importante lembrar que esta época possuía bastante influência do Direito Canônico, razão pela qual se começou a difundir tal tipo de sanção punitiva.

E este procedimento, de atribuir à pena de prisão a função de sanção punitiva em si mesma, acabou por inspirar a construção da primeira prisão voltada para recolher os criminosos, ainda no século XVI entre 1550 e 1552 em Londres, ficou conhecida tal casa de recolhimento como *House of Correction*. (MIRABETE, 2005 p. 249)

Sobre a *House of Correction* destaca Manoel Pedro Pimentel que esta serviu como padrão para a construção de outras prisões que posteriormente vieram a serem edificadas, tais como as que foram edificadas pelos protestantes em Amsterdã onde originalmente foi criado apenas para os homens, em torno de 1595, e posteriormente elaborado o encarceramento de mulheres em 1597. Bem como teria inspirado a criação da casa de recolhimento da Alemanha no decorrer do século posterior, entre os anos de 1609 e 1629. (PIMENTEL 1989 p.265)

Porém a grande difusão da pena privativa de liberdade ocorre no fim do século XVII e no início do século XVIII. Sendo que foi neste período que o Papa Clemente XI funda a chamada “casa de correção de São Miguel” localizada na cidade de Roma, Itália, onde eram ministrados ensinamentos religiosos aos reclusos. Sendo que estes trabalhavam durante o dia e recolhiam-se à noite, a base de uma dura disciplina, que era pautada em fortes punições. (FRANCO, 2013 p.20)

Essa nova forma de punição, a pena privativa de liberdade como um fim em si mesmo, possui uma grande influência do movimento iluminista do século XVIII.

Dentre tal movimento iluminista, destacou-se a fase de humanização das penas em face daqueles que as sofriam. Passou-se a delegar um maior caráter humanitário à pena, em relação aos grandes suplícios que eram cometidos como forma de punição. E neste movimento destacam-se três pensadores que através de suas obras influenciaram diretamente na forma de aplicação das penas, bem como no tratamento penal nas prisões, são eles Cesare Beccaria, com sua obra “dos delitos e das penas”; John Howard com “o estado das prisões na Inglaterra e no País de Gales”; e Jeremy Bentham com “teorias das penas e das recompensas”.

Cesare Bonesana, o marquês de Beccaria, nasceu em Milão, na Itália, no ano de 1738. Era descendente de uma família nobre de Milão, e em razão disto foi educado em Paris pelos jesuítas. Beccaria inconformado com o tratamento dirigido aos menos favorecidos, em decorrência dos grandes abusos e brutalidades exercidos pelo regime Absolutista, escreveu sua obra “dos delitos e das penas”. Esta obra possui notável e indiscutível relevância na história do tratamento dos aprisionados, bem verdade que esta obra é uma espécie de manifesto à forma de como a punição era imposta. Dentre as grandes inovações em relação ao sistema daquele período, pode-se destacar a limitação ao poder punitivo do Estado, isto pois, Beccaria dissertou que (2002, p. 27)

Só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão

Este princípio da legalidade e seu cumprimento se faz constante, desde então, até os dias atuais nas mais diversas legislações, inclusive no ordenamento jurídico brasileiro, presente na Carta Magna de 1988 no artigo V, inciso XXXIX, que aduz que não haverá crime sem lei anterior que o defina. Possui este dispositivo status de uma cláusula pétrea, isto é significa que foi conferida a esta cláusula relevância notória, razão pela qual esta não poderá ser alterada, nem mesmo por Propostas de Emendas Constitucionais. Este princípio também está inserido no Código Penal no artigo 1º, que também define que não há crime sem lei anterior que o defina. Esse princípio é estritamente relevante, visto que combate as punições que eram

utilizadas pelo livre arbítrio dos julgadores, que aplicavam a pena que achava conveniente, sem a observação de fatores como, por exemplo, a dimensão do delito cometido e a aplicação da pena imposta.

E esta falta de coerência no momento da prolação da sentença fez com que Beccaria insurgisse, propondo que deveria haver uma proporcionalidade entre o delito cometido e a pena que seria aplicada. Assim define Beccaria (2002, 43) que

Se se estabelece um mesmo castigo, a pena de morte, por exemplo, para quem mata um faisão e para quem mata um homem ou falsifica um escrito importante, em breve não se fará mais nenhuma diferença entre esses delitos; destruir-se-ão no coração do homem os sentimentos morais, obra de muitos séculos, cimentada por ondas de sangue, estabelecida com lentidão através mil obstáculos, edifício que só se pode elevar com o socorro dos mais sublimes motivos e o aparato das mais solenes formalidades.

Assim caberia ao legislador a capacidade e a sensibilidade de estabelecer a distribuição das penas proporcionais aos delitos. Sendo que deveriam ser escolhidos os meios que devem causar no espírito do público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado. (BECCARIA, 2002, 45)

Importante ainda destacar, que Beccaria acreditava que a finalidade da pena seria a prevenção do crime, sendo assim legitimada sua aplicação pelo Estado, desde que fosse utilizada para alcançar seu fim, e não apenas como um meio de tortura.

John Howard era um comerciante inglês, nascido em Clapton que esta localizada nos arredores de Londres, Inglaterra. No ano de 1772, John Howard foi nomeado *sheriff* do condado de Belfast, desde então passou a conviver no ambiente das prisões existentes na Inglaterra, e nestas visitas que realizava nas prisões constatou que os encarcerados viviam sob condições desumanas que mais se assemelhavam a tratamentos dirigidos a animais.

Desde então, Howard iniciou uma luta pelas melhorias aos sistemas prisionais daquele período, buscando humanizar o cumprimento das penas, visto que as condições as quais os encarcerados estavam submetidos eram indignas e subumanas. Neste sentido descreve Manoel Pedro Pimentel (1989 p. 265/266) que Howard era

um homem de posses iniciou uma cruzada em favor da melhoria das prisões, escrevendo em 1776 o livro que se tornou famoso, *The State of Prision in England and Walles*. Suas procedentes e justas críticas deram origem aos denominados *Howard's Acts* beneficiando presos; a ele se atribui, também a elaboração do projeto das *Penitentiary Houses*. Foi, até o fim da sua vida, um apóstolo pregando idéias de humanização das prisões.

Pregava John Howard por condições dignas aos condenados, visto que até mesmo atendimento médico adequado estes na possuíam. Assim propagou que as prisões deveriam ter o mínimo necessário da condição humana, como por exemplo, higiene e alimentação adequada. Pensamento que passou a se difundir pelos países europeus naquele período.

Jeremy Bentham também foi influenciado pelo período iluminista, e passou a se dedicar ao tratamento que era dirigido aos encarcerados. Jeremy Bentham sugeriu uma reforma ao sistema penitenciário. Jurista Jeremy Bentham pauta-se no utilitarismo, através do qual se justificaria a adoção de determinada medida desde que ficasse provada a sua efetividade através da utilidade prática. Bethan possui relevância ao propor o modelo Panóptico que seria um local para o cumprimento da pena privativa de liberdade, modelo este que teria uma torre no centro que poderia observar todo o interior do edifício. Bethan também se projeta ao propor gêneros de prisão que variavam de acordo com o tipo de preso, bem como a finalidade da correção a ser implantada, o que resultaria em diferentes tipos arquitetônicos.

4.1.2 Principais sistemas penitenciários

Assim resta claro que os sistemas penitenciários surgiram em meados do século XVIII, em razão da mudança de paradigma do cumprimento da sanção punitiva, uma vez que graças ao período iluminista, houve a preconização da pena como uma sanção punitiva em si mesma, ganhado destaque e relevância também a valorização do aspecto humanitário da pena, inclusive, sendo atribuída uma proporção entre a pena imposta em face do delito praticado.

Com a superação dos castigos corporais, e a implementação de um sistema que visa a correção através do cárcere como forma de prevenir a pratica de novos delitos, surgem alguns sistemas prisionais que são merecedores de especial

atenção. São eles o sistema penitenciário pensilvânico, ou sistema celular; o sistema auburniano; e os sistemas progressivos.

O primeiro modelo a ser tratado é o modelo pensilvânico. De início é importante destacar o contexto histórico que este modelo surgiu. Este modelo surge nos Estados Unidos, como o próprio nome o define ele surge no Estado da Pensilvânia, mais precisamente na cidade de Filadélfia. Como é sabido, os Estados Unidos era colônia da Inglaterra até o ano de 1783, quando teve sua soberania reconhecida com o fim da guerra entre as treze colônias e Reino Britânico. E devido ao fato de ser uma colônia tinham que adotar os princípios utilizados pelos seus colonizadores nos mais diversos aspectos, inclusive no que se refere à aplicação de sanções punitivas. Situação esta que passou a incomodar os *quakers*, que eram grupos religiosos que se rebelaram contra os poderes políticos e religiosos da Inglaterra e passaram a difundir sua própria fé, através de princípios dentre os quais se destaca a não-violência, o pacifismo de modo que se recusavam a praticar atos violentos ou até mesmo a utilização de armamentos. Essa difusão de pensamento dos *quakers* incomodou o então rei Carlos II. Sendo que a partir do momento em que alguns *quakers* acabam por não aplicando as leis inglesas, em virtude dos seus princípios religiosos, como a recusa a atos violentos, estes passaram a ser perseguidos por Carlos II. E em razão desta perseguição passaram emigrar, sendo que um grupo de Quaker fundou a então colônia da Pensilvânia.

Neste sentido, discorre Manoel Pedro Pimentel (1989, p.266) que,

Com o advento da Independência (americana), formaram-se sociedades americanas em favor dos presos em face do rigor penal existente ao tempo colonial, e a partir de 1776 é sensível a mudança de orientação. Assim em 1787, surge a *Philadelphia Society for Alliviating the Misere of Public Prisons*, sob a direção do *quaker* Benjamin Rush, modificando-se seu nome, posteriormente, para *The Pennsylvania Prison Society*. Com sua luta, essa sociedade conseguiu a abolição dos trabalhos forçados, dos açoites, das mutilações, e estabeleceu restrições à pena de morte, que, depois de 1794, passou a reservar-se para os homicídios dolosos.

Resta evidente que a resistência dos *quakers* e sua opção pelo pacifismo, com a recusa de meios violentos, influenciaram diretamente neste novo tratamento direcionado ao encarcerado. E surge assim na Pensilvânia, local em que os *quakers* se abrigaram perante a perseguição de Carlos II, o modelo celular. Este modelo consistia basicamente em um isolamento constante do indivíduo encarcerado.

Configuram-se como principais características deste modelo o isolamento em uma cela, a oração e abstinência. (BITTENCOURT, 2013, p. 164)

Esse sistema se iniciou no ano de 1790, na Wanut Street Jail, na Pensilvânia se propagando para outras prisões do país e até mesmo para outros países. Este sistema utilizava do isolamento absoluto, com passeio isolado do sentenciado em pátio circular, sem trabalhos e visitas, sendo incentivada a leitura da Bíblia. (MIRABETE, 2005, p. 249)

Assim, esse modelo era pautado principalmente no isolamento constante dos reclusos, que estavam agora em celas, mas que não possuíam trabalhos ou visitas, sendo que havia um grande estímulo a leitura da bíblia. Modelo este que se baseava nos ideais dos *quakers*, em suas convicções teológicas e morais. Vale lembrar que este modelo implantado pelos *quakers* teve direta influencia dos ideais defendidos e propostos tanto por Cesare Beccaria quanto John Howard.

No entanto, esse rigor do isolamento absoluto bem como a obrigação do silêncio serviu como justificativa para críticas que se insurgiu contra este modelo. Dentre os principais críticos que se voltaram contra este modelo destaca-se Ferri. Ferri, incisivamente assevera que este modelo não seria o mais adequado, uma vez que prega o isolamento o que poderia atrofiar o instinto social. Outras críticas são feitas a este modelo, como por exemplo, a ausência de possibilidade do trabalho dos presos.

Em razão das crescentes críticas feitas ao modelo celular, surge um novo modelo, chamado de modelo auburniano. Este novo modelo surgiu em 1796, em Nova Iorque quando o governador deste Estado criou uma comissão para estudar o sistema celular da Pensilvânia, e conseguir superar as falhas e limitações deste modelo, com intuito de criar a sua penitenciária melhor instruída, superando assim os equívocos vistos.

Assim, no ano de 1816 foi criada a prisão de Auburn, sendo precedida pela prisão de Newgate que era muito pequena e não atendia a demanda da época o que tornou inviável a possibilidade de um confinamento solitário. Em relação ao sistema auburniano assevera Cezar Roberto Bittencourt (2013, p. 166)

De acordo com uma ordem em 1821, os prisioneiros de Auburn foram divididos em três categorias: 1) a primeira era composta pelos mais velhos e persistentes delinquentes, aos quais se destinou um isolamento contínuo. 2)

na segunda situavam-se os menos incorrigíveis, somente eram destinados às celas de isolamento três dias na semana e tinham permissão para trabalhar; 3) a terceira categoria era integrada pelos que davam maiores esperanças de serem corrigidos. A estes era imposto o isolamento noturno, permitindo-lhes trabalharem juntos durante o dia, ou sendo destinados às celas individuais um dia na semana.

Esta foi a concepção original deste modelo, porém poucos anos após a implantação nestas bases ideológicas verificou-se a grande falha desta concepção, uma vez que muitos prisioneiros morreram ou adquiriram algum tipo de transtorno psicológico.

Razão pela qual, modificou-se o tratamento ao encarcerado, adotando-se o trabalho em comum entre os reclusos, bem como o confinamento apenas noturno e o silêncio absoluto como o modelo auburniano.

E esse silêncio absoluto ficou conhecido como *silent system*, e os encarcerados não podiam se comunicar entre si, sendo que só era permitido que se reportassem aos guardas, desde que pedisse e fosse concedida uma prévia autorização, bem como deveria se dirigir em tom de voz baixo. (FOUCAULT, 1987, p. 200)

O modelo auburniano sofreu críticas, sobretudo em razão do silêncio absoluto que era pregado, e também os fortes castigos que se mostravam muitas vezes cruéis.

Em decorrência as críticas que insurgiam contra os modelos mencionados, surge então no século seguinte, XIX, na Inglaterra um novo sistema, um novo modelo que se chamou modelo progressivo. Neste período houve uma consolidação da pena restritiva de liberdade como uma das principais, senão a principal, forma de punição dos indivíduos delituosos. De pronto vale destacar que o sistema progressivo possui algumas variações, como por exemplo, o sistema progressivo irlandês, o sistema progressivo inglês. Constitui aspecto importante deste sistema a possibilidade do recluso reintegrar a sociedade antes do término da condenação, através, justamente, da progressividade.

Dentre as variações do sistema progressivo, começaremos a abordar o sistema progressivo inglês. Este sistema teve sua origem a partir da obra de um capitão da Marinha Real Inglesa. Isto pois, a Inglaterra enviava seus criminosos de uma maior periculosidade para uma ilha na Austrália, que era sua colônia no período.

E o capitão da Marinha Real Inglesa, Alexander Maconochie, era o responsável pelo presídio que estes criminosos eram enviados. E Maconochie começou a identificar

uma grande taxa de mortalidade destes criminosos, em razão das mazelas a que estes eram submetidos durante o transporte.

Diante de tais problemas Maconochie se propôs a buscar um meio de tratamento diferenciado para os presos, evitando tamanha degradação. Assim inovou ao trazer o que ficou conhecido como Mark system, onde a duração da pena não pautava-se exclusivamente na sentença, mas também da colaboração do aproveitamento do preso, demonstrado pela dedicação ao trabalho e a boa conduta. O preso receberia marcas (ou vales, daí o nome) a cada comportamento positivo e perderia caso se comportasse de maneira negativa. (PIMENTEL, 1989, p. 267)

Complementando tal raciocínio, descreve Cezar Roberto Bittencourt (2013, p. 170)

Que o sistema progressivo dividia-se em três períodos, o primeiro era o isolamento celular diurno e noturno, que possuía a finalidade de fazer o apenado refletir sobre o seu delito. O segundo período seria o trabalho como sob a regra do silêncio, neste período o apenado era recolhido em um estabelecimento denominado *public workhouse*, sob o regime de trabalho comum, sob o silêncio absoluto, durante o dia, mantendo-se a segregação noturna. Esse período é dividido em classe, no qual o condenado, possuindo determinado número de marcas e depois de certo tempo passa a integrar a classe seguinte. Assim ocorria até que, finalmente, mercê da sua conduta e trabalho, chega à primeira classe, onde obtinha o *ticket of leave*, eu dava lugar ao terceiro período, quer dizer, liberdade condicional. E o terceiro período, que seria a liberdade condicional, sendo que aqui o condenado obtinha uma liberdade limitada, uma vez que a recebia com restrições, às quais deveria obedecer, e tinha vigência por um período determinado. Passado esse período sem nada que determinasse sua revogação, o condenado obtinha sua liberdade de forma definitiva.

Desta maneira, vem-se que neste modelo haveria uma maior participação do recluso no sistema, sendo que este poderia ter a oportunidade de sair da prisão antes do prazo inicial previsto, desde que agisse conforme o previsto.

A outra variação do sistema progressivo é o sistema progressivo irlandês. Como o próprio nome já o define, este sistema nasceu na Irlanda, tendo como o seu idealizador Walter Crofton, que era um diretor de presídios na Irlanda e muito se inspirou no modelo inglês. Tanto assim, que este modelo irlandês é bem verdade um aperfeiçoamento do sistema inglês, visto que Walter se espelhou neste modelo e vislumbrou possibilidades de melhorias. Este sistema ganha notoriedade em razão de sua maior preocupação de reinserir o preso na sociedade.

Esta preocupação na reinserção do detento na sociedade fez com que Walter idealizasse uma nova fase a ser implantada em relação às fases já conhecidas do

sistema inglês. Ele introduziu as prisões intermediárias. Neste sentido, Cezar Roberto Bittencourt (2013, p. 171) assevera que se tratava de um período intermediário entre as prisões e a liberdade condicional, considerado como meio de prova da aptidão do apenado para a vida em liberdade.

Consistiria essa fase na possibilidade do preso trabalhar externamente ao ar livre como uma forma de preparação para o reingresso na sociedade.

Por fim, tem-se também como vertente do sistema progressivo o modelo proposto por Manoel Montesinos e Molina, sistema este conhecido como de Montesinos. Manoel foi nomeado governador do presídio *San Augustin* em Valencia, na Espanha, no ano de 1835. Ele defendia a idéia de que a pena exerceria uma função ressocializadora. Para ele o trabalho penitenciário deveria ser remunerado, sendo que ele apostava na orientação dos presos com o fito de uma ressocialização moral destes ao invés de aplicação de severos castigos. Ganhou destaque por valorizar a relação de confiança com os reclusos, sendo permitido, para aqueles presos que demonstrasse boa conduta, a liberdade condicional.

4.2 SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Assim como ocorreu nos mais diversos países e comunidades ao longo dos anos, no Brasil as prisões foram inicialmente utilizadas com o fito de condicionar os presos, evitando assim que os mesmo fugissem antes da promulgação da sentença condenatória.

Não existia, portanto, a pena como sanção punitiva, mas sim um meio que asseguraria a execução de uma posterior sanção punitiva. Destaca René Dotti (2001, p. 180) que essa prática era utilizada inclusive pelos indígenas que aqui habitavam no período da descoberta. Segundo autor “a privação de liberdade era imposta para se deter os inimigos em seguida à captura ou nas horas que precediam de imediato o seu sacrifício”.

Imperioso validar o entendimento que não existem muitos relatos no que tange a sanção punitiva, bem como os institutos de penas e prisões no Brasil. Durante boa parte do século XIX a reflexão sobre o mundo das prisões no Brasil foi bastante

modesta, e que muito do que se conhece sobre prisões no Brasil naquele período foi elaborado por comissões de inspeção àqueles estabelecimentos ou pelos relatórios governamentais. sendo que as discussões que pairam sobre o tema eram baseadas numa produção voltada para o debate político, e não propriamente nos territórios acadêmicos. (SALLA, 2006, p. 108-109).

Assim, o desenvolvimento de uma construção histórica do sistema prisional brasileiro acaba por ser deficiente de determinadas informações que se perderam com o passar do tempo, em face de uma ausência de materiais produzidos.

Os registros existentes são oriundos a partir do período colonial, a partir das ordenações Afonsinas. Vale lembrar que, o período colonial é compreendido entre os anos 1500 e 1822. Pode-se dividir este período em três mercedores de destaques, que foram os períodos das Ordenações, são elas as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, que se referem a legislação do regime jurídico de Portugal, ao qual o Brasil se submetia em razão de ser colônia portuguesa.

Nas Ordenações Afonsinas vigoraram até o ano de 1514, sendo que neste ordenamento a pena não era vista como um fim, mas sim como um meio de se evitar que os prisioneiros fugissem. Eram raras as situações que existia a previsibilidade de utilização da sanção punitiva como um meio de coerção, somente em situações que obrigassem o autor ao pagamento da pena pecuniária.

As Ordenações Manuelinas vigoraram no Brasil de 1514 até 1603, e essas ordenações se assemelhavam com as suas antecedentes, visto que a pena privativa de liberdade era utilizada como um meio. A prisão é encontrada como meio de coerção pessoal até o julgamento e a condenação, sendo que a privação da liberdade como sanção propriamente dita era pouco utilizada. (DOTTI, 2001 p. 181)

Já as Ordenações Filipinas que vigoraram a partir de 1603 até 1822, e seguiu os mesmo preceitos das suas antecessoras, utilizando a privação de liberdade como um meio para evitar as fugas antes da condenação, bem como um meio para o pagamento de penas pecuniárias.

A partir de 1822, temos uma mudança no cenário brasileiro, pois neste ano o Brasil conquista a sua Independência, passando a vigorar o Império, e conseqüentemente o período colonial. Vale destacar que no período das ordenações existia previsibilidade de penas cruéis, tais como as de castigos físicos (mutilações,

queimaduras, por exemplo), bem como as de morte, assim a privação de liberdade era vista como um meio para o alcance das condenações e posteriores aplicações destas penas cruéis.

Com o advento do Império, surge em 1830 o Código Criminal do Império. Neste novo Código estão presentes alguns dos ideais defendidos pelos iluministas, o que resulta numa relativa humanização das penas, sendo que os castigos corporais perdem espaço neste momento. Relata Pedro Rodolfo Bodê de Moraes (2005, p.172) que neste período surge a prisão simples e a prisão com trabalho, resistindo ainda os açoites para os escravos.

Em 1889 o Brasil torna-se uma República. Rompendo assim o período imperial, e por conseqüente se fez necessário à promulgação de uma nova legislação que atendesse aos anseios deste novo período histórico. Eis então que é elaborado o Código penal de 1890, com diversas inovações, dentre elas podemos destacar que houve uma vedação legal aos castigos corporais, previsão essa oriunda após abolição da escravatura de 1888 (DOTTI, 2001, p. 194). Advém neste período uma nova concepção para a pena privativa de liberdade, visto que o encarceramento passa a ser possuir um formato “técnico-científico”, passando a se denominar prisão celular. (BODE DE MORAES, 2005, p.172).

O Código de 1890 traz grandes influências da nova visão mundial referente à pena privativa de liberdade, incorporando em seu bojo um novo elenco de penas, sendo que a pena privativa de liberdade passa a ser entendida como uma sanção punitiva propriamente dita, superando neste momento as visões que existiam no Brasil referente à pena.

Assevera Dotti (2001, p. 195) que é neste contexto que aparecem as seguintes espécies de penas privativas de liberdade

a)prisão celular, aplicável para quase todos os crimes e algumas contravenções, constituindo a base do sistema penitenciário. Caracterizava-se pelo isolamento celular com obrigação de trabalho, a ser cumprida “em estabelecimento especial”; b) reclusão, executada em fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares; c) prisão com trabalho obrigatório, cominada para os vadios e capoeiras a serem recolhidos às penitenciárias agrícolas para tal fim destinadas ou aos presídios militares; prisão disciplinar, destinada aos menores até 21 anos de idade, para ser executada em estabelecimento industrial especial.

Fica assim, nítida a superação do entendimento anterior, configurando um novo momento ao qual se submetia a pena de prisão, entendida neste momento como uma sanção punitiva propriamente dita. Latente a verificação de que os ideais propostos nos Estados Unidos e Europa influenciaram a forma com que a pena foi concebida nesta nova fase.

No ano de 1940, período da Ditadura de Vargas, foi elaborado um Novo Código Penal. Este trouxe inovações como a cominação máxima de trinta anos para o recluso, bem como a pena de multa elencada como uma das sanções principais. Com o advento deste Código de 1940 ficou estabelecido que o Brasil adotara um modelo progressivo, modelo este que possui características próprias. Neste modelo progressivo brasileiro há inegáveis influências dos modelos progressivos irlandês e inglês, mas há características próprias, existem singularidades que tornam este modelo diferenciado em relação aos demais, e dentre essas estava a supressão do sistema de vales (*mark system*).

Neste momento o encarcerado ficava sujeito a um período de observação, chamado de período de prova, e depois, no segundo momento, era admitido ao trabalho em comum, podendo ser dentro ou fora do presídio, ainda com a reclusão noturna. Depois disso, em um terceiro momento era encaminhado a estabelecimentos de regime semi-aberto, para aguardar o benefício do livramento condicional, que configurava o quarto momento do sistema penitenciário. E assim, alcançava a condição de liberdade ao cumprir esta última etapa. (PIMENTEL, 1989, p. 268)

Destaque-se que o Código vigora até os dias atuais, recaindo desde então algumas reformas que tentam compatibilizar o Código aos anseios e necessidades da sociedade. E neste tocante, pode-se destacar a reforma ao Código Penal ocorrida no ano de 1984, ano este que foram editadas as Leis 7209 a Lei 7210, sendo a Lei 7210 a Lei de Execução Penal, conhecida como LEP. Essas Leis trouxeram significativa mudança ao ordenamento jurídico-penal brasileiro. A Lei 7209/84 foi a Lei que alterou sensivelmente o antigo Código de 1940, promovendo alteração de dispositivos penais. Vale dizer que a parte geral do Código Penal, que vai do artigo 1º ao 120, que temos no nosso ordenamento nos moldes atuais foi concebido a partir desta Lei.

Já a LEP trata-se de uma Lei da maior notoriedade e relevância ao ordenamento penal pátrio, isto, pois define como deverá ser efetivado o tratamento ao preso no

momento do cumprimento as sanção punitiva, da pena, eis que esta Lei define as diretrizes que deverá seguir o condenado no momento da execução de sua pena, bem como o impõe limites e deveres ao Estado para garantir este processo de execução da pena do condenado.

E fruto dessas alterações, ficou estabelecido a partir de 1984 novos moldes para a progressão do regime em relação à previsão de 1940. Deste modo é importante destacar que desde então o ordenamento jurídico brasileiro passou a adotar três regimes para o cumprimento da pena, sendo eles, o regime aberto, o semiaberto e o fechado. Vale dizer que a adoção de um regime para o cumprimento da pena do encarcerado leva-se em conta alguns requisitos descritos no Código Penal. Sendo que este requisito leva em conta o tempo da pena estabelecida, neste sentido, estabelece o parágrafo segundo do artigo 33 do Código penal que

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a)** o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b)** o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c)** o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Vale dizer também que o regime ao qual está submetido o preso, influencia diretamente no local onde este indivíduo cumprirá sua pena. E desta maneira, transcreve o parágrafo primeiro do referido artigo

§ 1º - Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a)** regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b)** regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c)** regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado

Deste modo, a partir da cominação da pena é que se verifica a qual regime estará submetido o individuo criminoso, sendo importante a identificação do regime em face do local que será cumprido a pena.

Como já esclarecido o Brasil adota o modelo progressivo, modelo este que possui peculiaridades e características próprias, modelo inicialmente previsto no Código Penal de 1940, permanecendo vigente até os dias atuais, porém com modificações inseridas a partir da promulgação da Lei 7209/84.

A escolha por este modelo leva em consideração que este mostrou-se como mais humanitário, propiciando condições mais dignas para a punição e recuperação do indivíduo encarcerado, frente aqueles modelos até então conhecidos pela sociedade. Assim, sob a influência dos ideais iluministas, ideais propagados por Beccaria, Betham e Howard, de uma maior humanização que influenciou as mais diversas sociedades espalhadas pelo mundo, inclusive a sociedade brasileira, percebeu-se que através desta opção legislativa haveria uma condição mais digna para o encarcerado.

A escolha legislativa por este tipo de modelo leva em conta a possibilidade de esta progressão propiciar a reabilitação do indivíduo encarcerado. Isto é, ao se adotar este modelo o indivíduo estaria se relacionando com a sociedade de uma maneira que lhe permitiria o final do cumprimento da sanção punitiva o retorno adaptado, uma reabilitação que também é conseguida através do mérito do próprio indivíduo encarcerado, seja pelo desenvolvimento de atividades, seja pelo bom comportamento.

Deste modo, podemos perceber que a adoção deste modelo se efetivou em face da possibilidade humanitária que este permite. E nesta esteira de humanização da pena dispõe o item 35 da Exposição de Motivos da Lei 7209/84

A fim de humanizar a pena privativa da liberdade, adota o Projeto o sistema progressivo de cumprimento da pena, de nova índole, mediante o qual poderá dar-se a substituição do regime a que estiver sujeito o condenado, segundo seu próprio mérito. A partir do regime fechado, fase mais severa do cumprimento da pena, possibilita o Projeto a outorga progressiva de parcelas da liberdade suprimida.

Assim sendo, optou-se por este modelo por este se apresentar como o mais humanitário dentre os conhecidos pela sociedade, por possibilitar e buscar o alcance de uma maior humanização no cumprimento da pena. Tendo como finalidade, portanto, a progressividade, havendo assim uma permissão da alteração do regime inicialmente previsto, em razão do mérito alcançado pelo próprio encarcerado.

Estendendo assim ao próprio encarcerado a possibilidade de alcance do retorno ao convívio em sociedade, substituindo a simples espera pelo passar do tempo.

4.3 OS PROBLEMAS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Resta evidente que a pena privativa de liberdade passou a ser considerada a principal forma de sanção punitiva, como forma de resposta ao cometimento de delitos. Sendo que existem várias correntes que buscam a função da pena.

A pena privativa de liberdade ganhou evidência e irradiou-se devido em razão de se mostrar mais humanitária, de conferir uma maior dignidade em relação às penas que antes eram aplicadas, tais como os suplícios, que visavam a degradação dos infratores em praças e locais públicos através de penas indignas, vexatórias e eivadas de crueldade, vez que muitas vezes os membros eram lacerados do corpo do acusado ainda vivo.

Com isso, as penitenciárias ganharam especial atenção, pois a estes eram direcionados fase especial do processo, qual seja o cumprimento da sanção punitiva, e não era mais um depósito de gente que tinha o intuito de evitar evasões daqueles que aguardavam o julgamento final de seus processos. Era na própria penitenciária que a sentença passou a ser cumprida.

A pena foi considerada então como um mal necessário, para a busca do equilíbrio social. Perfazendo o ideal de que a prisão seria o local ideal e um meio justo para que houvesse a sanção decorrente do ato delituoso cometido, além do mais, foi incumbida à prisão a função de ressocializar o indivíduo criminoso. Acreditou-se que a prisão poderia ressocializá-lo, poderia conferir ao indivíduo criminoso aptidão para voltar ao convívio social.

Hoje, entende-se que existe uma falência da pena privativa de liberdade, nesta corrente de pensamento podemos enquadrar autores como Cezar Roberto Bittecourt e Gamil Foppel, e por razão lógica e conseqüente fala-se numa crise do sistema penitenciário. Sobretudo na realidade brasileira, questiona-se veementemente a capacidade da pena privativa de liberdade atingir o um de seus principais objetivos, que é a função ressocializadora.

O sistema carcerário brasileiro mostra-se insuficiente para atender as demandas necessárias para a recolocação do egresso nos seios da sociedade. Essa insuficiência abrange os mais diversos aspectos que envolvem a ressocialização do indivíduo condenado, desde as condições mínimas de higiene até mesmo na atuação do Estado no processo de reintegração do indivíduo ao convívio social.

4.3.1. Superlotação

Muito embora, haja uma concepção de que a pena privativa de liberdade é a mais adequada para o cumprimento da sanção punitiva, se faz imperioso analisar as situações que envolvem a realidade da situação carcerária, se de fato tais presídios estão ofertando possibilidades do alcance de suas finalidades, quais sejam a punição devida em razão um ato delituoso, bem como a reabilitação do indivíduo condenado ao convívio social.

Assim conveniente é a leitura do artigo 1º da LEP que diz, que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Como descrito, configura como finalidades da pena tanto a retribuição pelo mal cometido, isto é aplica-se a mesma para que haja uma punição em decorrência de uma ato delituoso, bem como dispor de mecanismos que possibilitem uma reabilitação do condenado ao convívio social, o que é comumente chamado de ressocialização.

Desta leitura podemos destacar alguns aspectos que são merecedores de uma análise, se faz necessário verificar se tais aspectos estão sendo de fato cumpridos.

Começando tal análise a partir então da verificação da população carcerária dos presídios brasileiros.

É extremamente inviável na realidade brasileira a garantia do isolamento do preso no cumprimento da sua pena. E tal situação é verificada desde o início da utilização da prisão como uma pena. Tal realidade não é característica exclusiva do ordenamento jurídico brasileiro, sendo verificada até mesmo no início do regime

progressivo. Uma vez que o aumento de presos era cada vez mais significativo, em decorrência da própria finalidade que agora se estendia à prisão, que tornou-se uma sanção propriamente dita.

No entanto, o que se observa a partir da realidade carcerária brasileira é que há um grande número de indivíduos encarcerados, sendo que há uma crescente cada vez maior deste número de encarcerados e em detrimento não há construção de presídios que comportem este elevado número de indivíduos encarcerados. Há, deste modo, uma superlotação dos presídios, vez que há um número extremamente considerável de indivíduos encarcerados, enquanto que o número de vagas para comportarem estes indivíduos não se mostram suficientes.

Há assim uma clara e vexatória deficiência de vagas no Brasil para comportar o número de presos, que se mostra cada vez mais crescente, conforme retrata reportagem da BBC- Brasil, relatando que

Em 1992, o Brasil tinha um total de 114.377 presos, o equivalente a 74 presos por 100 mil habitantes. Em julho de 2012, essa proporção chegou a 288 presos por 100 mil habitantes. No período, houve um aumento de 380,5% no número total de presos e de 289,2% na proporção por 100 mil habitantes, enquanto a população total do país cresceu 28%. (BBC, 2012)

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, atualmente existem 567.255 (quinhentos e sessenta e sete mil e duzentos e cinquenta e cinco) indivíduos presos, nos 2910 (dois mil novecentos e dez) estabelecimentos prisionais, levando-se em conta todos os estabelecimentos como presídios, colônias agrícolas, delegacias, etc., atualmente no Brasil. Vale destacar que, há uma capacidade projetada de 357.220 (trezentos e cinquenta e sete mil e duzentas e vinte) vagas, ou seja há um déficit nítido e alarmante de incríveis 210.035 (duzentos e dez mil e trinta e cinco) vagas.

Tal número é ainda mais assustador se levarmos em conta o número de mandados não cumpridos no Brasil. Segundo o Banco Nacional de Mandados de Prisão- BNMP, que é um sistema desenvolvido pelo CNJ que objetiva divulgar e contabilizar o número de mandados expedidos em todo o Brasil, há atualmente 370.477 (trezentos e setenta mil e quatrocentos e setenta e sete) mandados de prisão aguardando o seu cumprimento. Vale destacar que este sistema foi criado em 2011,

ou seja, não se pode quantificar com exatidão os mandados expedidos antes da criação deste sistema, sabido é que o numero de mandados em aberto é ainda maior do que os divulgados pelo sistema, só que não há como quantificar de forma precisa os anteriores à criação deste sistema. O que se verifica é que, mesmo levando em consideração apenas os dados de 2011, há uma enorme quantidade de mandados a serem cumpridos, e que caso venham ser cumpridos elevam ainda mais a quantidade de indivíduos encarcerados, aumentando ainda mais a superlotação das instituições penais.

A superlotação destes estabelecimentos prisionais acaba por implicar em outras consequências ao sujeito encarcerado, tais como aumento de numero de casos de violência, seja a violência física, seja a violência sexual a que são submetidos alguns sujeitos que não pertencem aos grupos dominantes encarcerados, bem como aqueles que são recém chegados. Existem violações a integridade física e psíquica do individuo preso que são decorrentes da superlotação destes estabelecimentos penais. Isto pois, uma vez que há a superlotação, há por consequência violação ao isolamento do preso. O que ocasiona por muitas vezes violência sexual (NUCCI, 2009, p.450)

A superlotação inviabiliza o alcance de condições mínimas de acomodação que possibilitem a ressocialização. E mostra uma flagrante violação ao disposto no artigo 88 da LEP, que descreve

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 6,00m² (seis metros quadrados).

Assim a realidade atual mostra inegável violação aos direitos e garantias do individuo preso. Em consideração a verdadeira realidade carcerária atual, pode-se verificar que este dispositivo da LEP é uma utopia que dificilmente será alcançada, principalmente se considerar o elevado numero de indivíduos presos, a quantidade de vagas para comportar esses indivíduos e o déficit eminente e alarmante de vagas nos estabelecimentos prisionais brasileiro.

4.3.2. Falta de estrutura adequada

Existem, além da superlotação, outros problemas que assolam os estabelecimentos prisionais no Brasil, em especial as penitenciárias, decorrentes da falta de uma estrutura adequada para acomodar os aprisionados.

Dentre esses problemas destaca-se a falta de dignidade. A falta de dignidade dos aprisionados decorre de inúmeras variáveis, de inúmeras circunstâncias que se fazem constantes nos estabelecimentos prisionais no Brasil, tais como a falta de higiene, as humilhações sofridas pelos encarcerados, dentre outras.

Não são poucas as condições que degradam o indivíduo encarcerado, visto que muitas vezes nem mesmo o mínimo necessário para uma acomodação digna é respeitado. Não há, por exemplo, condições de higiene minimamente satisfatórias, não sendo estranho, por mais difícil que se possa conceber, a presença de animais, insetos e roedores no ambiente que pressupõe a ressocialização dos presos.

Situação esta que vai de encontro ao disposto nos artigos 12 e 13 da LEP, que versam a respeito da assistência material que deverá ser prestadas aos indivíduos presos e internados. Estabelece os artigos 12 e 13 que

Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

Art. 13. O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração.

Entretanto, o que se observa da realidade destes estabelecimentos que comportam os indivíduos aprisionados, é uma violação a estes dispositivos. É um verdadeiro descumprimento, visto que as exigências mínimas não estão sendo oferecidas, as condições de higiene são precárias, quando existem, pois, muitas vezes não existe o mínimo possível do que pode ser entendido como higiene.

Verificada, deste modo, violação às Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos, elaborada pela ONU, as quais o Brasil é signatário, que estabelece em sua 10ª regra

Regra 10. Todos os locais destinados aos presos, especialmente aqueles que se destinam ao alojamento dos presos durante a noite, deverão satisfazer as exigências da higiene, levando-se em conta o clima,

especialmente no que concerne ao volume de ar, espaço mínimo, iluminação, aquecimento e ventilação.

Constitui verdadeiro sonho dos aprisionados o que estabelece a regra 19 a respeito das acomodações das celas,

Regra 19. Cada preso disporá, de acordo com os costumes locais ou nacionais, de uma cama individual e de roupa de cama suficiente e própria, mantida em bom estado de conservação e trocada com uma frequência capaz de garantir sua limpeza

Haja visto, que as celas no Brasil não comportam esta Regra, uma vez que, como já demonstrado, há uma superlotação nos estabelecimentos prisionais no Brasil, habitando por diversas vezes o quádruplo da capacidade de vagas. O que influencia diretamente na questão da acomodação, sendo que esta Regra 19 das Regras Mínimas para o Tratamento do Preso não está sendo cumprida, não sendo estranho a realidade brasileira encontrar presos que dormem no chão, em papelões, ou em finas camadas de espumas.

São vários os relatos da falta de estrutura em nosso sistema prisional, estendendo-se tais considerações inclusive às penitenciárias brasileiras. Flagrante são os desrespeitos aos preceitos normativos no que se refere as instalações e acomodações dos condenados.

Neste sentido, noticia a Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil seccionada no Paraná em seu relatório de inspeção e vistoria nas unidades do sistema penal do estado no ano de 2012, que se “constatou que em 90% das unidades há insalubridade, falta de iluminação natural e de arejamento das celas e demais áreas. As celas, de um modo geral, abrigam de seis a oito detentos, em um espaço nunca maior que sete metros quadrados”. (OAB/PR, 2013)

Fato que ocorre em outras penitenciárias espalhadas pelo Brasil. Exemplo disto é que em Mato Grosso durante vistoria realizada em ação conjunta do Conselho Nacional de Justiça e o Tribunal de Justiça do Mato Grosso realizada neste ano, verificou-se que “na penitenciária Osvaldo Florentino Leite Ferreira (Ferrugem), localizada no município de Sinop, a 503 km de Cuiabá, a unidade prisional abriga atualmente cerca de 800 detentos, sendo que o prédio tem capacidade para 350 presos”. (G1, 2014)

Esse mesmo mutirão vistoriou outras penitenciárias do Estado do Mato Grosso, e na maior penitenciária do estado, a Penitenciária Central do Estado apurou-se que existe uma superlotação, pois existem 1.967 detentos num espaço feito para 851. (g1. 2014)

Igualmente, há violação às Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil a dignidade dos presos, a falta de privacidade para a realização das necessidades fisiológicas, já que os presos são submetidos a realizarem suas necessidades no ambiente coletivo, em frente aos seus pares. Sendo que muitas vezes o local onde realizam suas necessidades é no mesmo local em que cumprem sua sanção, isto é, na mesma cela em que cumprem sua pena são submetidos a realizarem suas necessidades em espécies de vasos sanitários que ficam visíveis aos seus companheiros de cela. Situação que é confrontante ao disposto nos artigos 9 e 10 das Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, que estabelece que

Art. 9º. Os locais destinados aos presos deverão satisfazer as exigências de higiene, de acordo com o clima, particularmente no que se refere à superfície mínima, volume de ar, calefação e ventilação.

Art. 10º O local onde os presos desenvolvam suas atividades deverá apresentar:

I – janelas amplas, dispostas de maneira a possibilitar circulação de ar fresco, haja ou não ventilação artificial, para que o preso possa ler e trabalhar com luz natural;

II – quando necessário, luz artificial suficiente, para que o preso possa trabalhar sem prejuízo da sua visão;

III – instalações sanitárias adequadas, para que o preso possa satisfazer suas necessidades naturais de forma higiênica e decente, preservada a sua privacidade.

IV – instalações condizentes, para que o preso possa tomar banho à temperatura adequada ao clima e com a frequência que exigem os princípios básicos de higiene.

Como observado, há uma violação nítida, principalmente ao inciso III do artigo 10, supracitado, visto que não existe privacidade para a satisfação das necessidades fisiológicas naturais dos encarcerados, de modo que, estas necessidades são realizadas em frente aos demais companheiros.

Nos estabelecimentos prisionais do Brasil outra situação é merecedora de atenção é a saúde dos aprisionados. É verdade que em decorrência da falta de uma estrutura adequada para acomodação dos infratores, muitos problemas relacionados à saúde dos presos acabam por emergir. Esses problemas decorrentes da prisão poderão ser tanto de ordem física ou de ordem mental, que podem ter sua origem iniciada

antes da prisão e o seu desenvolvimento se realiza a partir do ambiente carcerário, bem como pode ter se iniciado após o aprisionamento em razão das condições dos estabelecimentos penais.

Neste sentido, comenta Paulo Lúcio Nogueira (1996, p.22) que

“com a nossa experiência de ex-delegado e ex-juiz de direito, pudemos sentir de perto a falta de visita regular de médico às prisões, embora o médico do Posto de Saúde local tivesse a obrigação de assistir aos presos, ele só comparecia quando solicitado, e assim mesmo depois de insistentemente solicitado”

Fato este que ainda muito se repete, em muitos estabelecimentos prisionais é comum à ausência de atendimento médica, por vezes falta um atendimento médico preventivo, isto é antes do acometimento de doenças. Ocorrendo também a falta de assistência médica suficiente que possam atender a quantidade dos detentos, visto que por vezes a quantidade de profissionais de saúde não comportam assistir todos os que estão cumprindo pena.

A saúde é um direito constitucional previsto no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, direito este que deve se estender a todos os brasileiros, independentemente da sua condição. Transcreve o artigo 196 da Constituição que

Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Conclui-se assim, que este é um direito que deverá o Estado assegurar à todos, independentemente de sua condição, direito que se estende aos presos, e que por isso caberá ao Estado proporcionar o atendimento deste direito também aos indivíduos encarcerados. Razão pela qual a LEP também tratou de cuidar da assistência à saúde dos presos, e institui que, “**Artigo 14** - A assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico”. Estabelecendo assim que, é dever do Estado garantir, inclusive de forma preventiva, a saúde dos presos. Logo, esperam-se atitudes do Estado de proporcionar este dispositivo aos presos dentro dos estabelecimentos prisionais, sendo dever do Estado equipar e aparelhar os estabelecimentos penais para que estes comportem o atendimento dos aprisionados, proporcionando assim uma estrutura de profissionais habilitados a prestação deste serviço. A LEP considera a assistência a saúde do preso um dever

importante que deve ser cumprido pelo Estado, não podendo, portanto, o Estado deixar de assegurar este, que é dever Constitucional garantido à todos. Deste modo, prevê a Lep que em não havendo condições suficientes no estabelecimento penal para prover a assistência médica à saúde dos presos, poderá ser prestada em outro local. É o que prevê o paragrafo segundo do artigo 14, *in verbis* “ § 2º - Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.”

Entretanto, mais uma vez a realidade se demonstra diversa da teoria, da previsão legal, relata Paulo Lucio Nogueira (1996, p. 22) que,

Com a nossa experiência de ex-delegado e ex-juiz de direito, podemos sentir de perto a falta de visita regular de médico às prisões, pois, embora o médico do Posto de Saúde local tivesse a obrigação de assistir aos presos, ele só comparecia quando solicitado, e assim mesmo depois de insistentemente solicitado.

Constantes são os desrespeitos ao dispositivo legal de uma assistência médica à saúde dos presos de forma digna. Porém, esta ausência de amparo por parte do Estado não é uma exclusividade dos estabelecimentos penais, visto que muitos são os problemas enfrentados pela sociedade no tocante à saúde, que vão desde a falta de médicos, bem como falta de estrutura hospitalar que seja suficientemente compatível com a prestação deste serviço essencial. Este é um problema social, que atinge e afligem os mais diversos níveis da população brasileira, principalmente aqueles que possuem um menor nível socioeconômico. Verdade, que este problema na realidade carcerária se potencializa, afetando de forma mais prejudicial aqueles que se encontram aprisionados.

Nesta esteira, a Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil seccionada no Paraná em seu relatório de inspeção e vistoria nas unidades do sistema penal do estado no ano de 2012, constatou que existem unidades que não possuem médicos há anos. Divulgando ser merecedor de registro a constatação da existência, no Hospital Penitenciário, de baratas, ratos, percevejos, insetos diversos, que proliferam no sistema de esgoto, ultrapassado e sem conservação. (OAB/PR, 2013)

Outra constante violação a dignidade que são submetidos os presos são as constantes humilhações que sofrem. No que se refere a este sentido, assevera Cezar Roberto Bittencourt (1991, p. 242), que os presos sofrem com o “mau-trato verbal (insulto, grosserias) ou de fato (castigos sádicos, crueldades injustificadas, e vários métodos sutis de fazer o recluso sofrer, sem incorrer em evidente violação do ordenamento)”.

4.3.3 Falta de um sistema educacional e de qualificação profissionalizante

No que se refere à educação, prevê a Constituição Federal de 1988 no seu artigo 205 que

“Art. 205 : A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Então, é nítido que a educação é um direito constitucional que o Estado tem o dever de promover e incentivar, visando o exercício da cidadania.

Tal preceito foi corroborado na LEP, que em seu artigo 17 dispõe que “a assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado”.

Sendo que, em razão ao disposto no Artigo 205 da Constituição, bem como ao disposto no artigo 17 caput, e em face da importância e relevância do ensino educacional, prevê a LEP no parágrafo 1º do Artigo 17 que “o ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa”. Deste modo é o Estado obrigado a cumprir com tal dever. O Estado deve garantir o ensino aos encarcerados, sobretudo o ensino do 1º grau que é dever, não podendo assim o Estado deixar de promover tal ensino.

Nesta esteira de pensamento, leciona Alexandre de Moraes e Smanio, citado por Renato Marcão (2001)

"não é possível falar em recuperação sem mencionar a possibilidade de o preso educar-se tanto por meio de instrução escolar quanto pela formação profissional. A LEP prevê a obrigatoriedade do ensino de 1º grau a todos os

presos, integrado ao ensino estatal. Dessa forma, o diploma terá ampla validade inclusive fora da prisão".

A educação é uma importante ferramenta de recuperação dos encarcerados, a instrução escolar é uma medida de inclusão, que pode proporcionar a diminuição da ociosidade aos quais os presos estão submetidos. Através de um ensino, da instrução escolar, bem como do incentivo à leitura o tempo ocioso do encarcerado seria diminuído, o que pode influenciar diretamente na redução no nível de rebeliões e motins, uma vez que uma das principais circunstâncias que proporcionam os motins e rebeliões é a ociosidade, a falta de uma atividade em que se possa aproveitar o tempo, não somente amargando a espera e o passar do tempo enclausurado.

Consoante com este pensamento prevê as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil que os estabelecimentos prisionais deverão conter bibliotecas, como forma de incentivo a cultura, a profissionalização e a religião dos presos.

Deveria desta feita, existir em todos os estabelecimentos que se destinam ao tratamento do individuo encarcerado locais destinados a promover, pelo menos, a educação básica, a educação do primeiro grau a estes indivíduos, sendo uma obrigação do Estado proporcionar, inclusive, a alfabetização dos indivíduos que não as possuem. Assim, constitui dever do Estado garantir a educação básica nestas instituições penais, proporcionando desde locais adequados para o desenvolvimento desta atividade, tais como a existência de bibliotecas, salas de aula, até profissionais qualificados que possam assegurar o direito constitucional à educação para os aprisionados.

Outra previsão da LEP é em relação ao ensino profissional, prevê a LEP a oferta de ensino profissional como meio de iniciação ou aperfeiçoamento técnico. É o que transcreve o artigo 19 "O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico".

O ensino profissional é possui um caráter especial. Muito embora seja evidente e esclarecedor a necessidade de se garantir o ensino básico aos indivíduos presos, no que se refere ao ensino profissional este possui um viés mais útil e relevante no processo de reintegração do individuo aprisionado a sociedade. Discorrendo sobre o tema Jason Albergaria citado por Renato Marcão (2001, p.), "a instrução tem por

objetivo formar a pessoa humana do recluso, segundo sua própria vocação, sobretudo, para reincorporar-se na comunidade humana e dar sua contribuição na realização do bem comum”;

O ensino profissionalizante é merecedor de destaque, uma vez que ao se ensinar uma profissão ao aprisionado, amplia suas perspectivas de encontrar emprego ao sair do estabelecimento prisional, estabelece assim um mecanismo que possibilita a reabilitação do indivíduo perante a sociedade, o que pode influenciar diretamente na diminuição dos índices de reincidência, pois, uma vez com ensino profissionalizante aumentam-se as chances e as perspectivas do encarcerado encontrar um emprego, que seria um meio digno de poder se sustentar, o que conseqüentemente não o faria reincidir.

Reconhecida, assim, a necessidade de propiciar o desenvolvimento e incentivo à educação nos presídios, uma vez que a educação é um mecanismo que possibilita o exercício da cidadania, promovendo uma preparação para a vida em sociedade, o que pode refletir como afastamento da atividade criminosa.

No entanto, embora existam tais previsões legais não é esta a realidade brasileira, vez que muitos dos estabelecimentos prisionais não estão proporcionando o acesso dos presos à educação, em razão de uma falta de estrutura adequada. Vale lembrar, que a falta de acesso à educação não é um problema que afeta somente os indivíduos presos, este é outro problema social que afeta a sociedade brasileira, sobretudo aqueles que possuem menor poder econômico e que dependem desta educação oriunda do Estado. O Estado brasileiro, apesar de nos últimos anos ter mostrado avanços, ainda se mostra falho para garantir este dever constitucional à todos, muitas vezes falta estrutura adequada. Bem como, não existe uma valorização dos profissionais da educação, situação que se observa inclusive na baixa remuneração percebidas pelos mesmos.

Situação que é descrita pela Plataforma Brasileira de Direitos Humanos, Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais – DHESCA em seu relatório sobre a educação nas prisões brasileiras.

Segundo este relatório sobre a educação nas prisões brasileiras, puderam constatar que :

é muito inferior à demanda pelo acesso à educação. As visitas às unidades e os depoimentos coletados apontam a existência de listas de espera extensas e de um grande interesse pelo acesso à educação por parte das pessoas encarceradas. Segundo dados do Ministério da Justiça, somente 18% das pessoas encarceradas têm acesso a alguma atividade educativa. Destaque deve ser feito à gigantesca demanda de encarcerados e encarceradas por formação profissional; em sua maior parte sofre de graves problemas de qualidade apresentando jornadas reduzidas, falta de projeto pedagógico, materiais e infra-estrutura inadequados e falta de profissionais de educação capazes de responder às necessidades educacionais dos encarcerados. Problemas generalizados de infra-estrutura (faltam salas de aula na maior parte das unidades e os espaços existentes são muitas vezes adaptações de corredores ou de locais totalmente inadequados). Predominam espaços úmidos com iluminação fraca e limitada ventilação; falta de cadernos, canetas, lápis, materiais didáticos e de apoio. Muitas vezes os materiais existentes são totalmente desatualizados; na maioria das unidades visitadas, não se utiliza a escrita de cartas e bilhetes, muito comum nas prisões, como estratégia de letramento dos presos e presas. O acesso ao papel é extremamente controlado; • as bibliotecas, quando existentes, possuem acervos pobres ou problemas de acesso (encontramos acervos de livros novos fechados em salas há mais de 1 ano). São poucas as unidades que apresentam algum tipo de estratégias de estímulo e mediação de leitura. Há unidades que castigam o preso/a presa pela perda de um livro da biblioteca, utilizando regras disciplinares de segurança, como a ida para a “solitária”; os computadores, quando existentes, sofrem da falta de manutenção, são de difícil acesso e em número insuficiente à demanda. (DHESCA, 2009, p. 83-84)

Assim esta falha no sistema educacional brasileiro, tende a se potencializar nos estabelecimentos prisionais, onde deveria existir uma educação básica, bem como uma educação capaz de profissionalizar os indivíduos, os preparando assim para o momento posterior do cumprimento da sanção punitiva, no momento do retorno destes a reintegração ao convívio social.

4.3.4 Estaria o sistema penitenciário brasileiro em crise?

Diante de todo o exposto acerca da realidade prisional brasileira, verifica-se que o sistema prisional está em uma grave crise. Esta grave crise se verifica de pronto ao encararmos o grande número de pessoas encarceradas, e o flagrante déficit de vagas previstas para abrigarem estes indivíduos. É cada vez mais crescente o número de pessoas privadas de suas liberdades, e não há um crescimento de vagas que comportem tal aumento. O que se comprova ao analisarmos que

Em 1992, o Brasil tinha um total de 114.377 presos, o equivalente a 74 presos por 100 mil habitantes. Em julho de 2012, essa proporção chegou a

288 presos por 100 mil habitantes. No período, houve um aumento de 380,5% no número total de presos e de 289,2% na proporção por 100 mil habitantes, enquanto a população total do país cresceu 28%. (BBC-BRASIL 2012)

Verifica-se que os dispositivos legais estão sendo descumpridos, como a falta de isolamento dos presos, previsto no artigo 88 da LEP, em razão da superlotação, havendo vários presos numa mesa cela, sendo que nestas celas estão presentes mais indivíduos do que sua capacidade permite.

E esta superlotação carcerária acaba por influenciar diretamente em outros fatores nestes estabelecimentos carcerários, há uma sensível interferência nos outros segmentos, como a diminuição, e muitas vezes, supressão de condições mínimas de higiene e dignidade aos presos.

O artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal, prevê que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, e como já demonstrado anteriormente há uma clara violação a este dispositivo constitucional. Situação que se evidencia quando se verifica que o sistema penitenciário brasileiro não possui condições mínimas e dignas de acomodação dos presos, muitas vezes estes convivem com animais, tais como insetos e roedores no ambiente dos presídios, faltando assim condições mínimas de higiene. Há também marcas de violências que sofrem os presos, seja entre eles próprios (física, ou até mesmo sexual, decorrente da falta de isolamento) bem como aquelas cometidas pelas autoridades, seja física ou moral. Evidente, portanto, que em razão dessas violações aos dispositivos legais, que ferem a dignidade humana dos presos, e outros direitos, não é propiciada a reinserção, a reabilitação do preso à sociedade.

Existem fatores, como a falta de saúde e educação, que não são problemas exclusivos dos encarcerados. São problemas que a sociedade brasileira de um modo geral acaba por sentir em razão da deficiente atuação, ou falta dela, do Estado. Ocorre que, esses problemas sociais acabam por se potencializarem nas instituições penais, em decorrência do ambiente carcerário a que estão submetidos os aprisionados.

A questão da saúde nestes estabelecimentos prisionais é uma questão merecedora de atenção especial, visto que trata-se de um ambiente fechado, que de modo geral, é insalubre, em que a ausência de higiene é constante, há uma maior chance de

proliferação de doenças, tais como as doenças que se espalham pelo ar, e pela falta de uma ventilação adequada. Prevê a LEP que é dever do Estado promover assistência médica em caráter preventivo e curativo aos encarcerados, mas a realidade demonstra que este dispositivo não está sendo cumprido. Outra preocupação referente à saúde dos presos é a proliferação do vírus da AIDS, visto que nestes estabelecimentos, em razão da divisão homem x mulher, há casos de homossexualismo e onanismo o que acaba por proliferar ainda mais esta doença nestes estabelecimentos.

Na questão da educação, demonstrou-se que esta também é um dever Estatal é previsto na Constituição que o Estado é garantidor deste direito a todos, inclusive aos presos. E a falta de um ensino educacional qualificado, assim como ocorre com a sociedade de modo geral, também se faz presente nos estabelecimentos prisionais. Nestes estabelecimentos muitas vezes não há ensino, não há educação. Ocorrendo assim uma nítida violação ao dispositivo constitucional do artigo 205 da Constituição Federal de 1988. Há também uma violação ao disposto no artigo 17 da LEP, que prevê educação nestas instituições prisionais, prevendo inclusive ser obrigação de o Estado garantir a alfabetização aos indivíduos presos. Fato que na realidade carcerária mostra-se longe de ser atendido, visto que não possui locais adequados para o desenvolvimento do ensino, não existindo por muitas vezes essa educação básica e alfabetizante aos aprisionados. Bem como há uma falta de estrutura adequada, falta locais de ensino, bibliotecas, que possam assegurar o cumprimento desta obrigação estatal. Falta também a educação profissionalizante, que é a educação que direciona a uma profissão, nestes estabelecimentos. A educação profissionalizante possui relevante aspecto, principalmente, no que tange a ressocialização dos presos, visto que através dela se pode conseguir uma profissão no mercado de trabalho.

A realidade das instituições penais mostra-se verdadeiras violações aos dispositivos e garantias legais ao tratamento do encarcerado. O ambiente que foi visado para reabilitar o condenado, não proporciona condições que atendam este fim. Os presos são submetidos a condições desumanas e degradantes, situações que se mostram indignas. Não se pretende com este trabalho propor acomodações luxuosas ao indivíduo encarcerado, contanto, busca-se que haja um atendimento ao mínimo, que seria o atendimento ao previsto nos dispositivos que tratam do tema. Procura-se

apontar as falhas deste sistema penal vigente, no intuito de se obter as condições ideais para que a pena possa efetivamente cumprir com a sua finalidade, qual seja a punição pelo fato delituoso cometido, bem como a ressocialização, a reintegração do indivíduo ao meio social. Uma vez que encarar a pena como um verdadeiro “depósito humano”, como vem sendo encarada, não atinge e não atingirá o objetivo de ressocializar o indivíduo criminoso, é necessário se dispor de atitudes, não só prescrever, é imperioso uma efetiva atuação por parte do Estado que é garantidor desta finalidade da pena, e essa atuação vai desde a garantias de locais adequados para cumprimento da pena, entenda-se locais que comportem condições de higiene e de dignidade aos encarcerados, bem como instituições em que haja uma primazia pela educação, sobretudo a educação profissionalizante, bem como proporcione ambiente de praticas deste ensino, ofertando, inclusive, trabalho aos aprisionados, pois este sim é um caminho a ser seguido na busca da ressocialização do indivíduo.

5 A REINSERÇÃO SOCIAL ATRAVÉS DO MERCADO DE TRABALHO

Dada às situações atuais que a sociedade contemporânea vivencia, alguns temas vêm ganhando importância nos discursos acadêmicos e doutrinários. E assim temos que a abordagem da ressocialização dos indivíduos encarcerados ocupa posição de destaque nos debates e dissertações doutrinárias. Fato este que decorre do aumento de registros de crimes nas cidades brasileiras, bem como no que se refere ao aumento das populações carcerárias em todo o Brasil.

Desdobra-se do aumento de registros de crimes, o conseqüente aumento de indivíduos reincidentes, isto é, indivíduos que já foram condenados pela prática de delitos e tornam a cometerem novos delitos. Eis então que volta ao debate os questionamentos pertinentes às funções da pena, bem como as suas finalidades.

O termo “ressocialização” se difundiu a partir do advento do Estado Social, do chamado Estado de bem estar social, quando houve a superação do Estado Liberal admitindo-se uma maior intervenção estatal.

Isto é, antes o que havia era o entendimento de que o Estado deveria intervir minimamente na economia de modo que o próprio sistema se encarregaria de se autocontrolar, ficando registrada a máxima *Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même* (que significa deixai fazer, deixai passar o mundo caminha por si só). Entendia-se que o próprio mercado financeiro iria se regular, de maneira que a lei da procura e da oferta asseguraria preços justos no mercado, bem como seria assegurado o consumo da população, havendo assim um equilíbrio. Neste sentido Fernanda Ravazzano (ciências penais julho-dezembro de 2009) assevera que :

O Estado era um mal necessário: era entendido como um mal, pois sua interferência apenas atrapalhava o comércio e os interesses da burguesia, devendo atuar apenas em situações excepcionais; era algo necessário, por outro lado, pois assegurava a unidade da nação e protegia, através do exército, o país das invasões estrangeiras.

E neste período havia uma proteção direcionada aos interesses da burguesia, fato que se refletia, inclusive, na esfera penal, pois as tipificações de crimes eram direcionadas a proteger, principalmente, o patrimônio burguês. Tal direcionamento patrimonialista decorre dos novos detentores do poder, os burgueses, que em

decorrência do grande fomento das relações comerciais passaram a dominar a sociedade, criando, portanto, mecanismos que viabilizassem a sua manutenção no poder e elegendo novos valores a serem tutelados, dentre os quais se destaca a proteção ao patrimônio.

Entretanto, com o decorrer dos anos houve uma mudança de postura, visto que se observou o grande aumento econômico e de poder da classe dominante, burguesia, daí então existindo uma inquietação de movimentos que lutavam por uma diminuição da diferença entre a classe e dominante e a classe dominada, bem como se buscava uma proteção aos interesses dos menos favorecidos economicamente. Nesta esteira, Fernanda Ravazzano (dissertação 2009) leciona que :

Diante desta situação desenhada, eclodiram os primeiros movimentos sociais, desafiando uma alteração da postura do Estado, o que se denominou de “questão social”. Os empregados passaram a se revoltar contra as condições indignas de prestação de serviços, deflagrando greves, protestos, fazendo surgir os primeiros sindicatos, que a princípio foram duramente combatidos, com violência, inclusive, e muitos anos depois passaram a ser legitimados. Visavam as associações de trabalhadores alcançar um salário mínimo suficiente para subsistência, além de limitação da jornada de trabalho, bem como descanso semanal, dentre outros direitos que preservassem a condição humana do empregado.

Ocorrendo a partir deste momento uma repressão a tais movimentos sociais, existindo uma repressão estatal contrária a esses ideais de proteção aos interesses dos demais. No entanto, em meio às circunstâncias advindas neste período, como a crise econômica e a demonstração de força dos movimentos socialistas, deixou-se de lado a repressão. Encarou-se a necessidade de mudança de comportamento por parte do Estado, a postura de afastamento, e de repressão estava superada, havia a necessidade de uma nova atitude estatal.

É neste ambiente de superação da visão cediça do Estado Liberal que surge um Estado mais protetor das garantias e dos direitos fundamentais, tão almejados pelos movimentos sociais. Esta nova forma de atuação fica caracterizada como Estado do Bem Estar Social (*welfare state*, em inglês), onde se busca a defesa dos direitos daqueles que tinham sido esquecidos, bem como a assunção de responsabilidades pelo Estado para salvaguardar e tutelar os interesses da sociedade como um todo, e não só a burguesia, reponsabilidade esta que antes não existia. E é neste contexto que se propaga o ideal de ressocialização, vez que coincide com este período a deflagração da teoria da prevenção especial.

A prevenção especial se caracteriza devido ao fato de ter como enfoque uma atuação de maneira individual. Por essa razão é também chamada de prevenção individual, pois, seu campo de atuação está intrinsecamente ligado ao indivíduo que praticou um crime, visando que este não volte a reincidir. Busca-se uma concepção ressocializadora, em que se preconiza a individualização da pena, se observando as particularidades dos indivíduos, partindo de uma visão mais humanitária da pena.

Traço marcante da prevenção especial é a sua concepção ressocializadora, a busca de reinserir o indivíduo criminoso ao convívio social. A ideia inicial de ressocialização prevista por Von Liszt se embasa na sua divisão dos criminosos, variando assim a aplicação da pena, de acordo com a frequência, com a incidência do cometimento de crimes. Vale lembrar a divisão de Von Liszt entre indivíduos que cometeram os crimes, sendo que para aqueles infratores ocasionais não seria necessária uma correção, bastando a advertência; já aqueles infratores não ocasionais seria necessária uma correção, e a partir desta correção se buscaria ressocializar o indivíduo durante o cumprimento da pena; e por fim para aqueles indivíduos infratores habituais, a sanção seria torna-lo inócuo (isto é, inofensivo, sem causar prejuízo aos interesses da sociedade) por tempo indeterminado, enquanto durasse tal necessidade.

Deste modo, percebe-se que a ideia ressocializadora surge com o fim de reabilitar o indivíduo ao convívio social, desde o momento da execução da pena, seria uma correção ao indivíduo em razão do mal cometido, a fim de torná-lo apto a reingressar na sociedade, já corrigido isto é sem cometer delitos e adequado aos interesses da sociedade. Propagou-se o entendimento de que seria necessário incrustar valores de ordem moral aos indivíduos presos, para que estes pudessem serem considerados aptos para retornar ao convívio social.

Tal concepção de logo se espalhou pelas diversas legislações do mundo, ganhando de pronto grande número de adeptos. Nesta orientação descreve Paulo Queiroz (2005, p. 57) que:

A influência desta teoria nas legislações contemporâneas é manifesta. Assim, por exemplo, a Constituição espanhola declara expressamente que “as penas privativas de liberdade e as medidas de segurança estão orientadas para a ressocialização e reinserção social” (art. 25,2).

E tal ideal se fez presente também no ordenamento jurídico brasileiro, os legisladores brasileiros entusiasmados com a tendência mundial, incorporaram em

nosso ordenamento previsão do tratamento ressocializador para o individuo no momento de cumprimento pena a partir da década de 1980, nesta esteira assevera José Antonio Paganella Boschi (2013, p. 88) que :

Em nosso direito, ela veio com a Reforma de 1984, consoante se pode extrair do artigo 59 do CP e do artigo 1º da Lei de Execuções Penais (7.210/84), o primeiro aludindo a as funções de reprovação e de prevenção da pena necessária e suficiente, e o último, à criação de condições para a integração social harmônica do condenado e do internado.

Pode-se então asseverar que a ressocialização passou a ser abrigada na legislação brasileira, mais do que isso, constitui um dos objetivos estabelecidos pela Lei de Execuções Penais, vez que esta dispõe no seu artigo 1º Art. “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Como já dito, há um questionamento a respeito da eficácia da pena preventiva de liberdade, apontando os mais diversos argumentos que apontam uma falência da pena de prisão.

Além destas críticas, pairam questionamentos referentes ao modelo ressocializador, critica-se esta palavra “ressocialização”, bem como a ideia vinculada a ela de reinserir o individuo a sociedade após o cumprimento da são punitiva a ele imposta.

E tais críticas começam a partir da etimologia do termo ressocialização, neste sentido temos a lição de Fernanda Ravazzano (2009, p. 148) que

Destarte, de acordo com o Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa a palavra “ressocializar” significa: “[De re + socializar] V. t. d. e p. Tornar a socializar-se”. O termo “socialização”, “socializar” e “social” por sua vez, possuem os seguintes significados:

Socialização: [De socializar + -ção] S. f. 1. Ato de pôr em sociedade. 2. Extensão de vantagens particulares, por meio de leis e decretos, à sociedade inteira. 3. Sociol. Desenvolvimento do sentimento coletivo, da solidariedade social e do espírito de cooperação dos indivíduos associados. 4. Sociol. Processo de integração mais intensa dos indivíduos do grupo.

Socializar: [De social + -ção] S. f. 1. Tornar social; sociabilizar. 2. Reunir em sociedade; pôr sob o regime de associação. 3. Tornar socialista: socializar um país. P. 4. Socializar-se.

Social: [Do lat. sociale] Adj. 2g. 1. Da sociedade (2,3 e 4) ou relativo a ela. Fenômeno social: mudança social. 2. Sociável (2 e 3) 3. Que interessa à sociedade. 4. Próprio dos sócios de uma sociedade, comunidade ou agremiação; quadro social.

No que se refere a este assunto, o autor Gammil Foppel (2004, 87)traz uma passagem em seu livro

“Veja-se que a própria nomenclatura – ressocialização – traz consigo uma idéia preconceituosa, senão utópica. De fato, argumentar que a finalidade da norma penal é ressocializar alguém fere letalmente princípios básicos da sociologia, em que deve respeito a todo o processo de socialização a que o indivíduo foi submetido, como forma de garantir a diferença. Por outro lado, falar-se em ressocialização- nos moldes em que são propostos por esta teoria é pensar que será possível socializar conforme o interesse da classe dominante. Preferível, portanto, falar-se em reinserção social”.

Assim, verifica-se que a nomenclatura ressocialização, por vezes não é bem aceita entre os doutrinadores, alegando-se que há um “apelo” nesta expressão que não poderia ser encarado na execução penal, pois esta expressão traria consigo o pensamento de que o período em que o indivíduo cumprisse a sua pena seria um período em que o mesmo estaria afastado da sociedade, vislumbrando-se que aquele ambiente prisional não comporia a sociedade.

Existem outras críticas direcionadas à ressocialização, arguem-se os moldes de valoração propostos em razão dos delitos cometidos. Quer dizer, costuma-se valorar, e identificar o indivíduo como o único “errado” em razão da prática daquele delito, habitua-se a entender que “somente” o indivíduo seria o “culpado” pela prática da infração. Neste sentido temos a lição de Miguel Reale Junior (1985, p.167):

Mas ao se admitir que ele deve ser cientificamente transformado para se amoldar ao mundo livre e à sociedade, se está assumindo um papel muito pouco crítico e muito mais totalitário do que se imagina; totalitário na medida em que se vê o delinquente como patológico, em que se vê o delito como anormal, em que se atribui ao condenado a posição irremediável de errado; mas o errado que filantropicamente o Estado recolhe e retira da liberdade para lhe devolver depois ao seio social acomodado, transformado no bom moço que será útil a todo nós que vivemos numa sociedade homogênea, perfeita, coerente, desfeita de males porque o mal, o mal está sendo desfeito ao se transformar o condenado, que é o único mal.

O autor não é o único a criticar e questionar tal posicionamento adotado pelo Estado para este processo ressocializador que mais se assemelha a uma “purificação” do indivíduo, onde seus delitos são expiados ao final de todo o rito de adequação ao sistema e valores da sociedade. Temos a lição de Fernanda Ravazzano (2009, p. 269)

“O criminoso é considerado um ser não desejável, que deve ser retirado do convívio da comunidade (prevenção especial negativa) e reeducado (prevenção especial positiva) para que possa ser considerado um indivíduo bom. Para tanto, o ente estatal afirma que apenas ele é capaz de purificar o delinquente”.

Visto assim que, comumente se procura atribuir ao indivíduo delinquente a culpa pelos delitos cometidos, sendo este entendido como único e exclusivo culpado em razão das práticas de seus atos. Não se procura analisar e compreender os motivos ensejadores das práticas delituosas, apenas existe um direcionamento voltado ao indivíduo que cometeu.

Tal concepção, em que se direciona a culpa em razão da prática do delito somente ao agente infrator, vai de encontro as idéias defendidas por Durkheim. Emile Durkheim se posiciona asseverando que a sociedade é altamente criminógena, isto é, o crime é algo que sempre fez e sempre fará parte da sociedade, de maneira que nunca existiu, não existe e não existirá uma sociedade livre de crimes.

Sendo, então, mais prudente e coerente direcionar as atenções para a sociedade, uma vez que esta sempre permitirá e proporcionará a incidência de crimes, ao invés de somente ater-se a imputação de penas ao sujeito. Se quer dizer, que se deve observar a sociedade, e entender os motivos que levam a incidência de crimes. Os motivos que levam os agente à pratica dos delitos. Corroborando esse pensamento Fernanda Ravazzano (2009 p.268-269) diz que,

O crime seria, em verdade, não uma doença acometida ao criminoso, mas algo intrínseco da própria sociedade, inerente à sua existência. Se ocorre um fato delituoso, não foram os requisitos biopsicológicos do infrator ou as condições em que ele tece suas relações com os demais indivíduos que o conduziram à pratica do crime, a tal ponto de se estabelecer critérios que determinem o reconhecimento e posterior punição por eles. Este determinismo positivista é falho e irreal, haja vista que não previne nem “ressocializa” o infrator, apenas o pune como pessoa desconsiderando sua condição humana e o principal: as circunstancias do ato cometido. Pune-se o autor e não o fato.

Como visto a prevenção especial positiva, muito embora seja eivada de ideais humanizadores em que há uma proteção ao indivíduo, há uma atenção voltada ao preso, recebe muitas criticas no que se refere à ressocialização proposta. Principalmente em razão dos moldes e das premissas arbitradas para a recuperação do indivíduo.

Contudo, como já explicado em capítulo anterior, houve uma nova corrente doutrinaria a teoria mista, em que há uma busca pela pena ideal, que seria uma pena justa e proporcional ao indivíduo. Teria assim, uma pena em que se levaria em

consideração aspectos das demais correntes, tais como a retribuição pelo injusto cometido, auferindo-se uma compensação pela culpabilidade, bem como haveria uma sensação de segurança social ao se prender o delinqüente o que acabaria por intimidar os potenciais delinqüentes (prevenção especial negativa e prevenção geral negativa, respectivamente), e tudo isso a partir de um método ressocializador do individuo (prevenção especial positiva).

Visto assim, que o ideal ressocializador não se perdeu com o tempo, perdurando ainda com a teoria mista. Entretanto, neste momento há uma diferenciação em relação ao modelo proposto originalmente, pois, com base na verificação de que o modelo pensado originalmente era um modelo falho, por não se dizer falacioso, que em vias práticas não teria como ser alcançado, doutrinadores propõe um novo entendimento ao discurso ressocializador. Busca-se agora um discurso que seja tangível e que seja plenamente capaz de ser posto em prática, alcançando-se a finalidade de se incorporar o delinquente ao convívio social.

Shecaira dissertando sobre o tema assevera que (2002 p. 146)

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

Há uma superação da visão inicial proposta para a ressocialização, aqui existe a preocupação em o Ente Estatal fornecer subsídios para que o individuo possa se adaptar a voltar a viver em sociedade.

E tal posicionamento foi adotado no ordenamento jurídico brasileiro, que muito embora o Brasil adote como teoria da função da pena a teoria mista, o ideal ressocializador esta presente, como um objetivo a ser perseguido, devendo o Estado proporcionar meios para a sua efetivação. Sendo importante, portanto, a leitura do artigo 10 da Lei de Execução Penal que diz “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência social”. O parágrafo único aduz que a assistência se aplica também ao egresso. Sendo que no rol de assistência encontram-se a material, à saúde, jurídica,

educacional, social e religiosa. Visto assim, que ao estabelecer como dever do Estado tais assistências, percebe-se a preocupação em manter as características essenciais do indivíduo, ficando nítido, ainda, que cabe ao Estado disponibilizar meios para o alcance da ressocialização do aprisionado, inclusive, a partir destas assistências.

Fica mais nítido ainda este entendimento, ao percebe-se que a jurisdição pátria está pautada no sistema de progressão de pena, pelo qual o indivíduo passa de um regime mais gravoso a um menos gravoso, tal sistema está previsto e regulamentado pela LEP. Tem-se também a previsão de saídas temporárias direcionadas aos que cumprem pena no regime semi-aberto, conforme regulamenta os artigos 122 e seguintes da LEP. A previsão do livramento condicional no artigo 83 do código Penal é outra preocupação em inserir aos poucos o indivíduo ao convívio social, para que ele tenha o sentimento de que compõe a sociedade. E tem-se, ainda, a previsão das penas restritivas de direito, em que ao invés de se recolher o indivíduo a estabelecimentos prisionais utiliza outras formas de punição, por se entender que a pena de prisão não seria o mais adequado em razão do delito praticado.

Alessandro Baratta (p.08-09) se posiciona neste sentido. Alega o autor que a idéia de reintegração não deve ser abandonada, mas sim reinterpretada, partindo-se do pressuposto que não se pode conseguir a reintegração social do sentenciado através do cumprimento da pena, mas sim apesar dela. E para que este objetivo seja alcançado estabelece duas premissas, sendo a primeira, de caráter mais sociológico, entendida como aquela que defende as condições menos precárias do cárcere, redução da pena e da política do encarceramento, salientando ainda a importância da concretização dos direitos dos apenados, tais como a educação, ao trabalho e assistência social, abrangendo, sobretudo, uma maior participação da sociedade aos aprisionados, para uma interação maior visando que os “reclusos se reconheçam na sociedade, e a sociedade se reconheça na prisão”. Já a segunda premissa, de caráter mais jurídico, onde o sistema penal deverá propiciar aos presos uma série de benefícios que vão desde instrução, inclusive profissional, a assistências para que seja proporcionada oportunidade de reintegração, e não mais como disciplina carcerária. Como por exemplo, “busca de benefícios e oportunidades de trabalho -- inclusive na sociedade -- que são proporcionadas a elas, depois do cumprimento da pena, por parte das instituições e comunidade, ao

nosso ver, constitui um núcleo importante da construção de uma teoria e uma prática novas da reintegração dos apenados, de acordo com uma interpretação dos princípios e das normas constitucionais e internacionais sobre a pena.”

Importante salientar que estas premissas devem respeitar a vontade do apenado, de modo que a ressocialização não pode ser imposta ao indivíduo, senão estaríamos diante de um Estado totalitário em que não se respeita as liberdades individuais, tais como o direito de não aceitar ser ressocializado. A ressocialização pela pena é um direito e não um dever do condenado, de maneira que é constitucionalmente protegido o direito de ser diferente, sendo o tratamento obrigatório uma lesão de direitos fundamentais geralmente reconhecidos (BARATTA p.10).

É, portanto, um dever do Estado proporcionar todos os mecanismos necessários para que a ressocialização seja alcançado, dever este muito bem detalhado em nossa Lei de Execuções Penais faltando empenho na sua concretização, a máquina estatal deverá suprir todas as necessidades que viabilizem o retorno ao convívio social. Mas é um direito do apenado se submeter a estes mecanismos, lhe sendo facultado e protegido o direito de ser diferente, o que significa que cabe ao apenado a escolha em se adequar aos meios para ser reintegrado ao convívio social ou não.

Então, como visto é extremamente necessário que se sejam utilizados mecanismos de integração entre a sociedade e a prisão para que a essência do objetivo ressocializador seja alcançado, para que o discurso ressocializante não seja uma mera falácia, é importante, pois, a adoção de medidas tangíveis e sensíveis para que se alcance o fim maior, qual seja a reintegração dos apenados ao convívio social, sem discriminação e marcas evidadas por sua passagem no ambiente carcerário.

E dentre tais mecanismos, o trabalho ganha especial destaque, principalmente se levarmos em consideração a relevância do trabalho em uma vida em sociedade. No que se refere ao conceito de trabalho Sussekind apud Fernanda Paim (2008 p.74) assevera que “o trabalho é toda a energia humana, que pode ser física ou intelectualmente empregada para a obtenção de finalidade produtiva”.

Assim, diante de tal conceito pode-se perceber que desde os primórdios o homem sempre trabalhou. De início empregava a sua força para seu próprio sustento, evoluindo (ou não) para a utilização do trabalho como forma de acúmulo de

riquezas. Vale destacar, que durante esse interstício o trabalho também foi utilizado como forma de punição.

5.1 A IMPORTÂNCIA DO TRABALHO PARA O HOMEM

Nesta esteira, Aldacy Rachid (1999, p. 8) busca o conceito etimológico da palavra trabalho, perpassando sobre diversos países, asseverando que “as idéias mais remotas apontavam em direção a uma identificação com um estado de penúria, sofrimento, pena, humilhação e exploração, exemplificada nas idéias dos filósofos antigos”. E ainda prossegue:

Nas mais variadas línguas, a expressão trabalho trouxe acorrentado o significado da dor. De um lado o português trabalho, o francês *travail*, e o espanhol *trabajo*, remontam à origem latina do vocábulo *trepalium* ou *tripalium*, um instrumento de tortura composto de três paus ferrados, ou ainda, um aparelho que serva para prender grandes animais domésticos enquanto eram ferrados. De outro lado, a expressão italiana *lavoro* e a inglesa *labour* derivam de *labor*, que em latim significa dor, sofrimento, fadiga, atividade penosa. Seu correspondente grego era *ponos*, que deu origem a palavra pena. (RACHID, 1999, v32, p. 8-9)

Deste modo, percebe-se que o trabalho não era uma atividade bem quista na sociedade antiga. Enquanto que na Roma Antiga a expressão trabalho deriva do *trepalium* que era um instrumento de tortura, na Grécia Antiga o trabalho era designado aos escravos, pois estava longe de ser considerado uma atividade nobre. Corroborando tal pensamento Eugene Enriquez (1999, p. 54) afirma que o trabalho neste período era associado como aquilo que estava ligado à necessidade, e conseqüentemente para os gregos antigos, tudo que estava ligado à necessidade não definiria a liberdade nem a grandeza do homem. Ou seja, o trabalho era algo pouco digno, algo que não qualificaria o homem, de maneira que deveria ser realizado por escravos.

Período sempre lembrado, no que tange evolução temporal seja qual for o seguimento estudado, a Idade Média. Neste interstício o trabalho também não era visto como algo enobrecedor, algo que se eleva a dignidade do homem, ao contrario. Neste período a ideia de trabalho era relegada às classes mais inferiores, visto que os ditos nobres não deveriam trabalhar.

Entretanto, com o advento da Revolução Industrial no século XVIII e o conseqüente desenvolvimento do sistema capitalista de produção, o trabalho mudou sua concepção. O que antes era visto como uma forma de sofrimento, hoje é visto como forma de liberdade para o homem, se entendendo a capacidade do homem de transformação. Isto posto, Eugene Enriquez (1999, p. 55) diz que

Neste momento, o que estou querendo dizer com que “tudo muda” é que, justamente porque a indústria se desenvolve, começou-se a perceber que os homens não somente sofrem na sua história, mas também podem produzir sua história. E para produzi-la, é preciso também produzir economia. O trabalho que não era tido em alta consideração (alias na sociedade medieval, ele nem era cogitado, já que um nobre não deveria trabalhar) de repente passou a ser valorizado, porque se transformou num símbolo de liberdade do homem, para transformar a natureza, as coisas e a sociedade.

Desta forma, percebe-se que somente a partir da Revolução Industrial no século XVIII que o trabalho passou a ser compreendido de uma maneira que fosse positiva, que fosse qualificadora daquele que o realizava. Somente a partir daqui o trabalho é entendido como algo que valoriza a capacidade do homem, sendo deixada de lado a concepção de que o trabalho afastaria a grandeza do homem.

A concepção do trabalho mudou, possuindo agora notória relevância para o homem, de maneira que passa a ser considerada a fonte de todas as riquezas. Partindo desta premissa, Engels (1984, p. 9) assevera que “o trabalho é a condição básica e fundamental de toda vida humana. E em tal grau que, até certo ponto, podemos afirmar que o trabalho criou o homem”. Engels chega a tal premissa a partir do estudo da evolução humana, utilizando-se das teses de Darwin sobre a evolução das espécies, traçando um linear histórico dos primatas até o homem tido na concepção atual, demonstrando que o homem evolui e possui capacidades diferentes dos outros animais em razão de ter aprendido a utilizar-se de suas mãos para o desenvolvimento de várias atividades, inclusive e principalmente para o trabalho.

Outro autor que também destaca o trabalho do homem é Karl Marx, que conclui que o trabalho é propriedade fundamental do homem, vez que é através do trabalho que o homem tem a possibilidade de transformar as coisas, salientando que o trabalho é primeiro idealizado, que seria uma criação intelectual, para depois ser executado. Desta forma, Marx assevera que :

o trabalho, em primeiro lugar, um processo em que ambos, o homem e a natureza, participam, e no qual o homem, de sua livre vontade, inicia, regula e controla as relações materiais entre si próprio e a natureza [...] logo, ao atuar no mundo externo e ao modificá-lo ele muda, ao mesmo tempo, a sua própria natureza. Desenvolve as suas forças adormecidas e compele-as a agir em obediência ao seu poder (MARX 1986, p. 372)

Insta salientar que o trabalho como agente transformador do homem idealizado por Marx, é um trabalho livre que fomente o desenvolvimento de aptidões do homem, podendo associar-se a outros pares. Deste modo, resta claro que o trabalho pensado por Marx não é o trabalho mecânico, em que o operador o realiza sem nem saber o motivo da sua realização. Marx torna-se um dos principais defensores da realização do trabalho livre, sendo diametralmente opositor ao trabalho explorador presente nas maiores companhias, que visam somente a obtenção de lucro, nas quais o trabalho é em suma alienante, pois torna o indivíduo uma espécie de homem-mecânico visto que realiza dada função, sem ao menos questionar os motivos que os levam a desenvolver tal atividade, ocorrendo muitas vezes uma castração de características individuais para o desenvolvimento de uma atividade pouco pensante, e mais mecânicas.

Verdade também que houve uma maior liberdade, de maneira que existe a possibilidade de negociação entre o trabalhador e empregado, entre a força desprendida na execução do trabalho e a remuneração devida a este trabalho executado.

Assim, diante deste cenário onde é inegável que existam tipos de trabalhos que são mecânicos e que impedem um pensamento daquele que o está realizando, alguns pressupostos que devem ser ressaltados e destacados, pois mesmo o trabalho alienante possui valoração para aquele que o realiza, possui importância para aquele que o executa, seja importância econômica, vez que através dele conseguiu mecanismos de subsistências, ou até mesmo importância no sentido de construção de identidade.

Desta forma entende-se que o trabalho possui uma relevância para o homem, vez que pode proporcionar uma vida digna através de uma remuneração adequada, pois através desta poderá suprir e financiar suas necessidades básicas, bem como o trabalho possui papel de destaque na construção da identidade social do indivíduo.

5.2 A IMPORTÂNCIA DO TRABALHO COMO FORMA DE REINSERÇÃO DOS PRESOS E EGRESSOS AO CONVÍVIO SOCIAL E SUA REGULAMENTAÇÃO À LUZ DA LEP

Percebe-se que o trabalho possui importância para o homem livre, pois através do trabalho ele consegue satisfazer suas necessidades básicas, bem como contribuirá para a construção da identidade deste homem.

O trabalho para o indivíduo que se encontra encarcerado possui uma maior relevância visto que através do trabalho, possui maiores perspectivas para uma vida pós-pena, sendo que aumenta sua autoestima, e influencia na diminuição no número de reincidência.

Paulo Lúcio Nogueira (1996, p. 40) citando Rui Medeiros descreve que

a laborterapia é a pedra de toque de toda a moderna Penologia. O trabalho acaba com a promiscuidade carcerária, com os malefícios da contaminação dos primários pelos veteranos delinquentes, e dá ao condenado a sensação de que a vida não parou e ele continua um ser útil e produtivo, além de evitar a solidão, que gera neuroses, estas, por sua vez fator de perturbação nos estabelecimentos penais e fermento de novos atos delituosos.

Sendo que a concepção de trabalho do preso foi se modificando no decorrer dos anos, de maneira que foi se adequando aos ideais aplicados e entendidos das funções da pena privativa de liberdade.

O trabalho forçado e degradante veio a substituir os suplícios dos aprisionados em praça pública, ou seja, foi entendido como um meio menos aflitivo em relação as nefastas penas que laceravam, esmagavam e matavam os aprisionados sob a vigilância da população, que aos poucos foi deixando de apoiar tais penalidades, passando a reprová-las.

Passando assim, a substituição destes verdadeiros espetáculos de horror ao que se entendia como um método menos dramático e aflitivo de punição que era o trabalho forçado. Sendo que o trabalho do preso esteve vinculado à idéia de castigo, de penitência para que através deste novo método aflitivo fossem expiados os delitos

cometidos. No início o trabalho do preso era extremamente indigno e humilhante, elegiam-se os trabalhos mais degradantes e os direcionavam aos infratores, como uma medida de punição.

Conforme já dito, a função da pena foi variando com o decorrer dos anos de acordo com as teorias aplicadas. E o mesmo aconteceu com o trabalho do preso, pois com o decorrer do tempo se verificou que esta poderia ser uma maneira de fonte de produção para o Estado. Assevera Bittencourt (2008, p. 121)

os modelos punitivos não se diversificam por um propósito idealista ou pelo afã de melhorar as condições da prisão, mas com o fim de evitar que se desperdice a mão-de-obra e ao mesmo tempo para poder controlá-la, regulando a sua utilização de acordo com as necessidades de valoração do capital.

Vislumbra-se assim a importância que o trabalho ganha com o decorrer do tempo, no entanto, há de se esclarecer que até este momento o trabalho do preso ainda não era visualizado como uma forma de reintegrar o indivíduo à sociedade, mas como uma forma de se aproveitar, e porque não dizer de se explorar uma mão-de-obra barata e abundante.

Com o advento da teoria da prevenção especial, e com a conseqüente preocupação na reinserção do condenado ao convívio social, houve uma mudança de paradigma houve uma maior atenção aos direitos dos condenados, principalmente no que se refere às medidas das penas, sendo estas mais humanistas.

Contudo, com o advento da teoria mista é que prevalece a propagação da defesa dos direitos dos encarcerados, estes agora desfrutam de uma maior segurança jurídica, de modo que as mais diversas constituições propugnam nas mais diversas proteções aos direitos dos presos, bem como um ideal ressocializador. De modo que houve uma superação ao tratamento dado no que se refere ao trabalho penitenciário, antes visto como um método aflitivo de se auferir a pena, entendido agora como um mecanismo que possibilita de forma concreta a reinserção social do indivíduo apenado.

E tal concepção também foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro. Com a Reforma Penal ocorrida no ano de 1984, o direito do preso passou a ser tutelado no nosso Código Penal em seu artigo 39 com a seguinte redação “o trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social”.

Este é um traço marcante no que tange aos direitos tutelados dos presos, vez que o trabalho, cujo sua importância já demonstrada, passa a ser regulamentado e protegido, constitui agora um direito que permite maiores perspectivas para uma vida extramuros do sistema prisional, sendo relevante a remuneração o que evita mão-de-obra análoga ou escrava, e que acaba por incentivar o preso a trabalhar, afinal receberá por tal desprendimento de energia. Anima também ao indivíduo saber que está amparado pelos benefícios da Previdência Social, instituto que possui magnitude impar aos trabalhadores brasileiros, devido à sua proteção aos trabalhadores, como as concessões de auxílio-doença, auxílio-desemprego e até mesmo a contagem para a aposentadoria.

O direito ao trabalho do preso está regulamentado na Lei de Execuções Penais, também datada em 1984. A Lei de Execuções Penais regulamenta toda a fase de execução, de cumprimento da pena e trouxe aspectos importantes relativos ao direito do trabalho do preso. Em seu artigo 28 dispõe que “o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”. Nítido, então, o entendimento de que o trabalho do preso deverá ser com a finalidade de educativa, visando uma possibilidade de reinserir o condenado ao convívio social, através do mercado de trabalho.

Esta previsão está em consonância ao previsto nas Regras Mínimas para o tratamento do Preso, que em seu número 71.1 assevera que o trabalho do preso não deverá ser penoso. Vedada, portanto, o caráter aflitivo da pena através do trabalho, fato este que a ordenação pátria veda expressamente em nossa Carta Magna no artigo 5º, inciso XLVII, alíneas “c” e “e” que dizem que na haverá penas de trabalho forçado, nem penas cruéis, respectivamente.

As Regras Mínimas para o tratamento do preso preveem ainda que “tanto quanto possível, o trabalho proporcionado será de natureza que mantenha ou aumente as capacidades dos presos para ganharem honestamente a vida depois de libertados.” (número 71.4). Salientando, ainda, que

A organização e os métodos de trabalho penitenciário deverão se assemelhar o mais possível aos que se aplicam a um trabalho similar fora do estabelecimento prisional, a fim de que os presos sejam preparados para as condições normais de trabalho livre.

Possível se notar que a previsão da Lei de Execuções Penais se corrobora ao disposto nas Regras Mínimas de Tratamento do Preso da ONU, destacando-se o papel fundamental do direcionamento do trabalho do preso a uma finalidade educativa, que possa servir de aprendizado, devendo ser realizado de tal modo que prepare para as condições normais de trabalho em uma vida livre.

Conforme já visto em momento anterior, alguns dos sérios problemas enfrentados no sistema carcerário é a ociosidade dos apenados e os elevados índices de reincidência.

O período em que o indivíduo encontra-se cumprindo sua pena geralmente é marcado por uma enorme morosidade ocasionada em razão da falta de alguma atividade que tire da inatividade. Daí que através do trabalho o indivíduo reduziria esse período de ostracismo, encontraria uma maneira produtiva de passar seu tempo, de forma que estaria aprendendo um novo ofício, ou desenvolvendo e aperfeiçoando a formação anterior. E tal premissa vai ao encontro do que está previsto no artigo 28 da LEP. A finalidade educativa seria essa possibilidade de se aprender um novo ofício, ou até mesmo desenvolver em um nível mais aprimorado o ofício concebido anteriormente.

No esboço da produtividade, poderá ser mais bem compreendida a partir da observação do artigo 29 parágrafo 1º da LEP que diz :

Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

- a)** à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;
- b)** à assistência à família;
- c)** a pequenas despesas pessoais;
- d)** ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores

Consequente, desta feita, a produtividade do trabalho do preso que através da remuneração percebida atenderá ao cumprimento de responsabilidades, tais como as indenizações pelos crimes cometidos, à assistência a família, suas pequenas despesas pessoais e o ressarcimento ao Estado. Há uma sensação de responsabilidade para os apenados, uma sensação de que o seu trabalho está

sendo útil, um verdadeiro sentimento de produtividade. Assim, há uma assunção de responsabilidades advindas a partir do trabalho, a partir da remuneração percebida, e tal assunção de responsabilidades se assemelha a uma vida extramuros, visto que todos nós temos necessidades e deveres que precisam ser adimplidos.

Além disto, a possibilidade de trabalho vislumbra aos presos perspectivas para o período pós-prisão. Há, portanto, uma esperança que a partir do trabalho desenvolvido no período de reclusão oportunidades apareçam ao se exaurir o cumprimento da pena, de maneira que possa ser colocado no mercado de trabalho. O que conseqüentemente ocasionaria a redução do número de reincidentes, isto pois, muitos presos voltam ao cometimento de delitos em razão de não possuírem meios para sua própria subsistência, sendo, muitas vezes impulsionado a voltar infringir a lei, voltando a delinquir, não se busca justificar aqui tal atitude, mas sim evidenciar situações que ocorrem no mundo fático, situações que cotidianamente são vividas por pessoas que enfrentam o drama imposto por uma sociedade capitalista. A sociedade capitalista é pautada basicamente na relação de consumo, sendo que cada dia a sociedade torna-se mais consumista, presente cada vez mais a necessidade de valores, de dinheiro para a própria subsistência, visto que não se existe mais a velha noção de escambo (que era a forma de negociação onde a predominância era a troca de produtos/serviços com base na necessidade de cada um dos negociantes). Hoje em dia, basicamente, tudo se necessita do aspecto monetário, tudo se baseia e envolve o dinheiro, a relação de escambo foi substituída pela relação de compra, o que antes era trocado hoje é comprado.

Visto assim, a iminente necessidade do dinheiro, a relevância que o aspecto monetário numa sociedade capitalista se destaca cada vez mais. E este é um fator que por vezes acaba impulsionando o indivíduo ao cometimento de delitos, para a satisfação de suas necessidades, ainda que básicas. Desta forma, percebe-se a magnitude que o trabalho se faz presente para o homem, pois através da remuneração percebida poderá satisfazer suas necessidades, desde as mais básicas e essenciais até as mais supérfluas. E no que se refere ao indivíduo preso e ao egresso tal importância do trabalho ganha especial destaque, ganha uma maior valoração possível, de maneira que através desta forma licita poderá satisfazer suas vontades e necessidades, sem precisar recorrer a ilícitos penais.

Assim, através do mercado de trabalho, através de um emprego digno que reconheça seu despendimento de energia e que o remunere o indivíduo acaba por não voltar a delinquir, acaba obtendo meios lícitos para a satisfação de suas necessidades, assim sendo não volta a reincidir. Nítido, portanto, a importância do trabalho como forma de evitar, de diminuir a reincidência uma vez que a partir do trabalho, a partir desta oportunidade de vida digna, o indivíduo não encontra mais este fator para reincidir. Vale dizer, que não é possível se falar em inexistência de reincidência, pois, conforme já demonstrado, o crime faz parte da sociedade, e existe o direito e a possibilidade do indivíduo ser diferente, portanto, existindo a probabilidade de reincidência. O que se propugna são diretrizes que diminuam ao máximo essa possibilidade de reincidência.

Há também outro benefício importante decorrente do trabalho do preso, que é o instituto da remição. A remição é um instituto que prevê a possibilidade de dá-se por cumprida a parte da pena através do estudo ou do trabalho. É um direito do preso de diminuir sua pena através do estudo ou do trabalho, há um “abatimento” da pena. Tal instituto está regulamentado pela LEP entre os artigos 126 a 130. A remição pelo trabalho decorre da seguinte forma: a cada três dias trabalhados haverá remição de um dia da pena.

5.3 O TRABALHO DO PRESO

Como já esposado, o trabalho do preso está previsto no Código Penal, e regulamentado através da LEP, que é a Lei que regula toda a fase de cumprimento da pena.

Entretanto, alguns dispositivos da LEP causam certa estranheza a partir de uma primeira leitura. Nesse aspecto, pode-se de pronto, relatar a estranheza normalmente causada a partir da leitura do artigo 31 da LEP que dispõe que “o condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade”. De início torna-se imperioso fazer uma consideração sobre esta previsão, pois não se pode confundir que este dispositivo esteja sedimentado trabalho forçados, ou trabalhos degradantes, vistos no passado e que foram erradicados como forma de punição, haja vista que a nossa própria Carta

Magna vedou qualquer tipo de trabalho forçado. O que a LEP, regulamenta é que é um dever do preso trabalhar, mas sem se submeter a condições degradantes ou a trabalhos forçados, e tal previsão de trabalho integra um dos deveres do preso, conforme regulamenta o artigo 39, inciso V da LEP. Nas lições de Celso Delmanto, o trabalho do preso constitui-se um verdadeiro direito-dever (2000, p. 75) Constitui-se como direito, pois cabe ao Ente estatal proporcionar os mais diversos mecanismos que possibilitem à prática da atividade laborativa, consolidando-se como uma forma de inserção do indivíduo ao retorno ao convívio social. Bem como, diz-se que é um dever, pois o preso deverá realizar o trabalho, insta salientar que muito embora haja tal previsão de dever o preso não poderá ser coagido de qualquer maneira a realizar o trabalho, o que ocorre quando há essa recusa é a configuração de falta grave, previsto no artigo 50, inciso VI da LEP, podendo então ensejar uma das sanções previstas no artigo 53 e seguintes da LEP.

Pode-se dividir o trabalho do preso em trabalho interno e trabalho externo, conforme classificação extraída da própria LEP, sendo que regulamenta o trabalho interno do artigo 31 ao 35, e o trabalho externo nos artigos 36 e 37.

5.3.1 Trabalho Interno

Conforme já dito anteriormente, preceitua o artigo 31 da LEP que “o condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade”. Já se entendeu que o trabalho do preso é um direito-dever, que em não havendo cumprimento implica no cometimento de falta grave, o que enseja conseqüentes punições.

O que há de se destacar é que o trabalho do preso deverá atender as aptidões e capacidades do indivíduo. Tal previsão decorre do princípio da individualização da pena, que é o princípio garantidor das individualidades de cada condenado, devendo cada um receber tratamento conforme suas características próprias. Assim, a exposição de motivos da LEP no seu item 58 prevê que

“Evitando possíveis antagonismos entre a obrigação de trabalhar e o princípio da individualização da pena, o Projeto dispõe que a atividade

laboral será destinada ao preso na medida de suas aptidões e capacidade. Serão levadas em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado.”

Há, portanto, previsão de respeito das individualidades de cada condenado, devendo o trabalho ser adequado a tais características pessoais. Premissa que se abriga no artigo 32 da LEP que assim dispõe

Art. 32. Na atribuição do trabalho deverão ser levadas em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado.

§ 1º Deverá ser limitado, tanto quanto possível, o artesanato sem expressão econômica, salvo nas regiões de turismo.

§ 2º Os maiores de 60 (sessenta) anos poderão solicitar ocupação adequada à sua idade.

§ 3º Os doentes ou deficientes físicos somente exercerão atividades apropriadas ao seu estado.

Existe, deste modo, uma previsão de respeito às características individuais de cada condenado, atentando as possíveis situações oferecidas pelo mercado de trabalho.

Merece destaque deste artigo a previsão de limitação ao trabalho artesanal. Segundo Mirabete (2004, p. 97) o motivo para tal limitação é que em vários estabelecimentos o trabalho tem-se constituído, na montagem de objetos decorativos de pouco valor, sem que se reverta em prol do aprimoramento profissional, perdendo oportunidade de concessão de uma qualificação necessária para uma vida livre. Haveria, assim, uma preocupação do Estado para que o condenado exerça uma atividade qualificada para o mercado de trabalho. Limitando, portanto, a atividade artesanal, mas não a proibindo. Vale ainda destacar que o trabalho artesanal é utilizado para o instituto da remição.

Já o artigo 33 da LEP prevê a jornada de trabalho do preso que deverá ser igual ou superior a 6 horas nem superior a 8 horas, prevendo ainda descanso nos domingos e feriados. Tal previsão ampara-se nas Regras Mínimas para o Tratamento do Preso da ONU, que em seu item 71.3 no qual o trabalho deve ser suficiente para ocupar o preso durante a duração de uma jornada normal, e também pauta-se no item 75.1 que dispõe que a jornada deverá atender-se aos usos locais e regulamentos ordinários do empregador livre. Há uma manifesta pretensão de preparar o condenado para a jornada de trabalho normalmente ocorrida na vida extramuros.

Ressalte-se que, o artigo 34 do Código Penal dispõe sobre o trabalho do preso no regime fechado. Preceitua que deverá existir um exame criminológico para individualização da pena, e conseqüente aferição das habilidades para o desenvolvimento do trabalho a ser desenvolvido. Estabelecendo que o trabalho deva ser realizado diuturnamente. Prevendo que o trabalho do condenado seja realizado dentro do estabelecimento, comportando exceção de trabalho externo para obras publicas, esse é um ponto polemico que será melhor discutido no tópico subsequente.

O artigo 35 regulamenta o trabalho do condenado que cumpre pena no regime semiaberto, prevendo que o trabalho será diuturno, podendo ser realizado na colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, prevendo ainda a possibilidade de trabalho externo bem como a frequência de cursos profissionalizantes, ou até mesmo de instrução.

5.3.2 Trabalho Externo

Geralmente o trabalho do preso é realizado dentre do ambiente prisional, seja através da colônia agrícola, industrial ou algum estabelecimento similar que permita o desenvolvimento da atividade laborativa.

No entanto, a própria LEP cuidou de regulamentar a possibilidade do trabalho externo, este tipo de trabalho fora do ambiente carcerário mostra-se como método de maior integração entre os indivíduos condenado e a sociedade. Isto pois, ao individuo é permitido que deixe o sistema carcerário para a realização do trabalho, é possível então vivenciar, ainda que por algumas horas, a vida em sociedade fora do sistema carcerário.

Como já visto ao condenado que cumpre pena no regime semiaberto é permitida a sua saída do encarceramento para o trabalho externo, bem como para a realização de cursos, seja profissional, seja de instrução.

O ponto que enseja certa polêmica é a realização de trabalho externo para os presos em regime fechado. Isto pois, conforme previsão do Código Penal no seu

artigo 34 paragrafo 3º o trabalho do preso seria admissível em serviços ou obras publicas. Seria então uma restrição a possibilidade do serviço particular? E sendo assim, não haveria uma limitação a função ressocializadora, isto é, não estaria o Estado cerceando o direito ao trabalho do preso ?

Ocorre que o artigo 36 da LEP preceitua que “O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas às cautelas contra a fuga e em favor da disciplina”. Havendo, pois, uma flexibilização ao trabalho externo, sendo permitido a entidades privadas, desde que haja medidas contra possíveis fugas. Nesta esteira Mirabete assevera que “o trabalho externo do condenado que cumpre pena em regime fechado é efetuado sob vigilância direta da Administração, ou seja, é necessária a escolta como cautela contra a fuga e em favor da disciplina”. Essa preocupação maior decorre em razão do regime de cumprimento de pena, visto que quando se cumpre a pena em regime semiaberto há um entendimento de que está mais próximo ao fim da pena e ao retorno ao convívio social, o que enseja na expectativa de menor numero de fugas. Já aquele que cumpre a pena em regime fechado é mais propicio ao cometimento de fugas, pois não lhe é assegurado uma maior percepção de convívio em sociedade, daí então tal preocupação.

Assim, em razão das mesmas possibilidades de emprego o que se verifica é ocorre distinção entre o condenado que cumpre a pena em regime fechado, para o que cumpre a pena em regime semiaberto é que existe uma maior necessidade de vigilância ao condenado do regime fechado, deverá, portanto, o Estado atentar para aplicação de medidas cautelares contra possíveis fugas, mas não podendo recusar o direito ao trabalho externo, ainda que seja do condenado ao regime fechado.

Vale dizer, que tanto para os presos em regime fechado, quanto para os presos em regime semiaberto, o trabalho externo depende de autorização da direção do estabelecimento penal. Essa autorização é concedida mediante a verificação do preenchimento dos requisitos necessários, tais como aptidão, disciplina, responsabilidade e o cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.

5.4 MECANISMOS ESTATAIS PARA ASSEGURAR A RESSOCIALIZAÇÃO ATRAVÉS DO MERCADO DE TRABALHO

Diante de todo o exposto no presente trabalho, é notória a importância do papel intermediador do Estado neste processo de ressocialização condenado. Nota-se como um dever do Ente Estatal promover a ressocialização, seja através de elaboração de leis, seja na persecução do cumprimento das leis, seja também através de elaboração de programas sociais que possibilitem a reinserção ao convívio em sociedade.

Assim, diante da relevância do tema e a fim de propiciar condições dignas e evitar o elevado índice de reincidência, existem alguns programas estatais que buscam a reintegração ao convívio social.

5.4.1 Programas estatais incentivadores a qualificação profissional dos presos

Existem alguns programas e projetos estatais que incentivam a ressocialização do condenado através do mercado de trabalho. Em âmbito nacional temos o Programa Começar de Novo que proporciona ao apenado uma qualificação laborativa. Este é um projeto que criado com a finalidade de reunir ofertas de vagas de trabalho e cursos profissionalizantes aos presos e egressos do sistema carcerário.

Este projeto é composto um conjunto de ações educativas, de capacitação profissional e de reinserção no mercado de trabalho, visando promover a cidadania e conseqüentemente reduzir a reincidência de crimes. De modo que as empresas que oferecem cursos de capacitação ou vagas de trabalho para presos, egressos, cumpridores de penas e medidas alternativas, bem como para adolescentes em conflitos com a lei, o Conselho Nacional de Justiça -CNJ outorga o Selo do Programa Começar de Novo.

Esse projeto é reproduzido também no Estado da Bahia, através do Tribunal de Justiça da Bahia, seguindo as diretrizes nacionais. De forma que Para fazer jus ao

selo, as instituições devem ofertar cursos de capacitação e/ou vagas de trabalho para presos, egressos, cumpridores de penas e medidas alternativas, bem como para adolescentes em conflito com a lei, além de comprovar a realização de cursos ou contratação.

Vale destacar ainda o Portal de Oportunidades, que foi criado pelo CNJ. O portal de oportunidades viabiliza, através de página da internet, as vagas de empregos propostas e as vagas preenchidas, apontando o numero de vagas disponíveis (atualmente cerca de 4 mil vagas disponíveis), bem como disponibiliza vagas de cursos profissionalizantes, apontando também o numero de vagas disponíveis (cerca de 1 mil vagas), sendo tais vagas propiciadas por instituições publicas ou privadas.

Atualmente, o projeto começar de novo possui 5 parceiros com selo do programa, são elas a Telamix, G-light; IDESB; Conteflex; CSC Engenharia.

No Estado da Bahia há ainda o programa Mais Cidadãos e Menos Presos criado pela Secretaria de Justiça e Direitos Humanos do Governo da Bahia, buscando o resgate da identidade social, preparando os presos para o retorno à família e à vida na sociedade. Este programa, conforme sua descrição visa a ressocialização do preso e depende fundamentalmente do entendimento e da participação dos servidores, principalmente os agentes penitenciários.

Ressalta ainda que por isso, além da modernização da gestão penitenciária, também foram implementadas importantes ações de apoio, que incluem desde cursos de capacitação para agentes penitenciários até programas educacionais, profissionalizantes e sociais, extensivos aos seus familiares. Ou seja, percebe-se uma maior preocupação do tratamento ao condenado, através do investimento na capacitação dos agentes, fato que se mostra relevante para uma maior efetividade do propósito de reintegração social. Esse projeto visa três frentes, de educação, ação social e o trabalho.

No que se refere ao trabalho, aponta os benefícios diretos ao presos, como a remição da pena, remuneração e a qualificação profissional; para o empregador, tais como utilização de mão-de-obra qualificada, inexistência de encargos sociais e de vinculo empregatício dentre outros, destacando que não é visto como uma caridade essa oportunidade de trabalho para o preso, mais sim de forma vantajosa de obtenção de mão-de-obra qualificada; destaca ainda, os benefícios da sociedade

como o resgate da identidade social do preso, diminuição do número de reincidentes. Além de elencar um rol significativo de empresas parceiras que colaboram para a reintegração social em todo o Estado da Bahia.

5.5 REALIDADE DA PENITENCIÁRIA LEMOS DE BRITO

Para melhor desenvolvimento deste trabalho, houve uma visita à Penitenciária Lemos de Brito – PLB, localizada no bairro da Mata Escura em Salvador-Ba. A PLB integra o complexo penitenciário de Salvador.

A PLB é destinada ao cumprimento das penas privativas de liberdade, aos condenados em regime fechado. Vale destacar que existem outras unidades prisionais que compõem o complexo de penitenciário de Salvador, tais como a colônia Lafayette Coutinho que é destinada a custódia dos presos condenados a pena privativa de liberdade em regime semi-aberto. O Presídio de Salvador também compõe o complexo penitenciário e custódia os presos provisórios, assim como a Cadeia Pública que abriga os réus provisórios. Existe também a Unidade Especial Disciplinar-UED que abriga os presos provisórios e condenados que se submetem ao Regime Disciplinar Diferenciado- RDD. E por fim, a Casa de Albergados e Egressos que abriga os condenados a pena privativa de liberdade em regime aberto. Vale dizer que existe o Conjunto Penal Feminino localizado também no bairro da Mata Escura, Salvador-Ba, que custódia presas condenadas a pena privativa de liberdade e custódia também as presas provisórias.

A PLB possui capacidade para abrigar 771 presos, sendo destinada ao acolhimento daqueles que cumprem a pena privativa de liberdade em regime fechado, em razão de uma pena igual ou superior a 8 (oito) anos, ou então em razão da regressão de regime, nos casos de falta grave, prática de fato definido como crime doloso, ou então sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime, conforme prevê o artigo 118 da LEP.

A penitenciária é dividida em cinco pavilhões, sendo que o pavilhão 4 possui arquitetura baseada no modelo panóptico, ou seja, circular que lembra a forma de um anel. No entanto, ao contrário do modelo ideal previsto, não houve uma

possibilidade constante de vigilância, uma vez que foi apreendida em uma das celas mais de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) em dinheiro, além de drogas, armas e celulares, fato este que ganhou destaque na mídia, e que acabou por desativar este pavilhão.

Vale, entretanto, ressaltar que apesar de estar desativado este pavilhão abriga os condenados idosos e os condenados que são considerados de bom comportamento. Estes últimos recebem a alcunha de “farda azul”, em razão do uniforme que utilizam para trabalhar e os distinguem dos demais presos, isto porque os “farda azul”, em razão de seu bom comportamento, podem trabalhar em praticamente todos os ambientes da PLB, e são vistos comumente circulando entre corredores de acessos a setores internos da PLB, para a prática de algum tipo de trabalho. Fato curioso é que por se tratar de um pavilhão desativado, que abriga os idosos e os de bom comportamento, este pavilhão acaba por permitir um maior conforto e sensação de liberdade (dentro do possível, claro), pois estes podem transitar pelo pavilhão por não representarem risco de fuga ou algum tipo de risco para os agentes penitenciários, sendo que devem cumprir o horário para o recolhimento noturno.

Durante a visita alguns aspectos foram observados, de pronto a capacidade máxima e a lotação existente. No dia 23 de outubro de 2014, constata-se que o número da população carcerária da PLB condenada que cumprem pena privativa de liberdade no regime fechado (ou como eles comumente chamam de “tirar”, referindo-se ao tempo de cumprimento da sentença) é de 1187 presos. Como já dito, a capacidade máxima, segundo dados da própria Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização (que como o próprio nome já define, é a Secretaria do Governo Estadual da Bahia responsável pelas unidades prisionais do estado), são de 771 presos, logo há um déficit de 416 vagas.

Ainda no que se refere a capacidade, verificou-se em visita ao pavilhão I que cada cela comporta, via de regra, 02 condenados. Sendo que um dorme na cama de cimento (que segundo o jargão prisional são as “comarcas”) e um dorme no chão, geralmente com um colchão fino. De modo que o fato definidor de quem dormirá na “comarca” ou no chão é o grau de hierarquia, ou seja, aquele preso que possui um maior nível hierárquico entre as facções irá ficar com a “comarca”.

Tal constatação se encontra em desconformidade ao que é preceituado pela LEP, que em seu artigo 88 dispõe “o condenado será alojado em cela individual, que

conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório”. Assim a presença de mais de um condenado, mostra-se em desconformidade ao preceito da LEP. Entretanto, há que se destacar que esta não é uma realidade exclusiva da PLB, a superlotação é um fato que atormenta a maioria dos complexos prisionais brasileiros.

Outro fato observado foi que não há distinção entre os presos em razão da natureza do delito. Uma vez que a Constituição Brasileira em seu artigo 5º, inciso XLVIII que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”. Verificou-se que não há distinção em razão do delito cometido, de maneira que o condenado aos crimes de roubo, tráfico de drogas, homicídio, cumprem a pena no mesmo local. Outra constatação que a separação em razão da idade, é basicamente separar os idosos e recolocá-los no pavilhão 4, o pavilhão desativado e que acolhe os idosos e os condenados que possuem bom comportamento. E há uma divisão em relação ao sexo, de modo que existe como já dito, um Conjunto Penal Feminino, local em que as condenadas cumprem suas penas.

Apesar destes descumprimentos mencionados, existem outros aspectos que atendem aos preceitos da LEP. Constatou-se a presença de um Posto de saúde com médicos para o atendimento dos condenados.

Existe também uma casa de oração, onde são praticadas as atividades religiosas, neste local é garantido o direito ao culto de todas as religiões, em atendimento a previsão da LEP de assistência religiosa.

Há ainda, assistência educacional na PLB, através da Escola Estadual Lemos de Brito que possui ensino do primeiro ao segundo grau, sendo distribuídas salas de aula em cada pavilhão. Vale destacar, que conforme relata a senhora Tania Lucia, que é responsável pelo setor de Atividade Laborativa da PLB, existem mais de 200 estudantes dentro da PLB, divididos nos três turnos (matutino, vespertino e noturno). Por sinal, comemora a inclusão do noturno, visto que possibilita o condenado desenvolver atividade laborativa durante o dia e estudar durante a noite, essa era um queixa dos alunos que muitas vezes deixavam de estudar para poderem trabalhar. Há ainda que destacar, em razão desta inclusão do noturno, existe a possibilidade de o condenado dispor de dois tipos de remição da pena no mesmo período, ou seja pode remir a pena pelo estudo e pelo trabalho durante o mesmo período sem precisar optar por um modo de remição ou por outro. A senhora Tania

Lucia, informa que existem cursos de capacitação para os condenados, são cursos de pedreiro, pintor, azulejista. Explica que estes cursos são desenvolvidos em razão de possuírem uma maior oportunidade de vagas, principalmente no que tange a vida pós-prisão, visto que nestes setores possuem uma maior possibilidade de empregabilidade dos egressos, são estes que acabam por conferir uma maior absorção dos egressos no mercado de trabalho após cumprimento da pena. Além de proporcionarem aos presos inscrição no Exame Nacional do Ensino Médio-ENEM e no Exame Nacional de Desempenho de Estudantes - ENADE, que são realizados no próprio estabelecimento prisional.

Ponto principal da presente obra passa-se a tratar do trabalho dos condenados na PLB. De acordo com informações da senhora Tania Lucia, que é a responsável pelo setor de Atividade Laborativa, atualmente encontram-se trabalhando cerca de 260 condenados a pena privativa de liberdade no regime fechado. De modo que dentre esses há uma divisão entre os que seriam remunerados e os que não são remunerados. Os remunerados são compreendidos aqueles que trabalham para uma das empresas que são conveniadas realizam suas atividades dentro do estabelecimento prisional, são ao total, atualmente, 158 presos que são remunerados em razão do trabalho para estas empresas.

A categoria de trabalhadores não remunerados abrange uma divisão entre aqueles que realizam o artesanato e os que realizam a faxina. Cerca de 47 presos desenvolvem a tarefa da faxina nos locais de convívio dentro do pavilhão, vale destacar que embora não haja remuneração para esta atividade há o cômputo para fins de remição da pena. Existe em volta de 55 presos que realizam o artesanato, constitui artesanato um aspecto interessante, visto que aqueles que o desenvolvem podem vendê-los ficando com o dinheiro desta venda, que poderá ser interna ou externa (que geralmente ocorre através de parentes), de modo que são os próprios condenados responsáveis pelas compras dos materiais necessários para o desenvolvimento desta atividade. A remição da pena também se aplica a estes condenados, seguindo a previsão da LEP.

No que tange os trabalhadores remunerados pelas empresas, deve-se destacar que estes recebem 3/4 do salário mínimo, conforme previsão expressa do artigo 29 da LEP que dispõe “o trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não

podendo ser inferior a 3/4 do salário mínimo”. Prossegue ainda o artigo preceituando que

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;

b) à assistência à família;

c) a pequenas despesas pessoais;

d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

§ 2º Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

Constatou-se a partir de informações prestadas pela senhora Tania Lucia que há o pecúlio em conformidade ao previsto na LEP, de maneira que é destinado cerca de 25% da remuneração do preso ao pecúlio, que é uma caderneta de poupança entregue ao condenado quando posto em liberdade. sendo o restante da remuneração entregue ao condenado, que o dispõe seja ajudando sua família, seja para atendimento de suas necessidades dentro da penitenciária. Visto que dentro dos pavilhões é comum a presença de pequenos comércios, que se destinam a venda de produtos e objetos não disponibilizados pela Administração, ressalte-se que estes produtos devem ser permitidos pela Administração do estabelecimento prisional. Estando, portanto, em acordo com a LEP em seu artigo 13, tal prática de comércio, desde que autorizada pela Administração do estabelecimento prisional. A título de curiosidade, muito embora, exista previsão do produto da remuneração ser destinado à indenização aos danos causados pelo crime, a senhora Tania Lucia disse que esta não é uma prática comum, em mais de 10 (dez) anos de trabalho neste setor somente viu uma condenação judicial que direcionava parte da remuneração recebida ser direcionada à indenização aos danos causados pelo crime.

Constatou-se a partir da visita à PLB a presença de 7 empresas que realizam trabalho dentro do ambiente da penitenciária. Sendo destas empresas as que mais empregam são a Líder, que desenvolve peças em esquadrias, e a Ducarro, que produz estopas e trapos, empregando 50 e 49, respectivamente, condenados a pena privativa de liberdade no regime fechado. A senhora Tania Lucia relata que a

empresa Líder possui um projeto de aumentar a quantidade de empregados dentro da penitenciária que hoje conta com 50 trabalhadores, pretendem inicialmente dobrar esta quantidade, e estão em negociação para uma adequação de espaços condizentes, e em momento posterior chegarem a quantia de 300 trabalhadores dentro da própria PLB. Como já visto esta é uma prática benéfica para todos os envolvidos, para o condenado, pois é capacitado pela empresa para realizar tal tarefa e, além disto, recebe remuneração, é importante para o empregador, visto que os condenados não se submetem ao regime celetista, e para o Estado que acaba por “terceirizar” uma obrigação que seria sua e o ajuda no processo de reintegração do condenado ao convívio social.

A empresa Ducarro possui um local, como já dito, dentro da PLB para o desenvolvimento das suas atividades. Tem também um galpão em Lauro de Freitas-Ba que abrange também os condenados que se encontram no regime semi-aberto. E mediante contato telefônico com a empresa, através da senhora Graça constatou-se que já existem 02 (dois) funcionários que são egressos, que foram contratados pelo regime celetista e que, conseqüentemente, possuem carteira assinada. Ela informou que eram 3 egressos que foram contratados, mas que um acabou por pedir dispensa. Indagada sobre a demanda de procura de emprego dos egressos que nesta empresa trabalharam enquanto cumpriam suas penas no regime semi-aberto, ela afirmou que muitos não procuram emprego na empresa, muitos são de cidades localizadas no interior do Estado, e então resolvem voltar para as suas cidades de origem.

No que se refere ao condenado que irá trabalhar, este é submetido a uma avaliação por uma comissão, devendo atender alguns requisitos. O primeiro refere-se, segundo senhora Tania Lucia, a ter o mínimo de um (01) ano cumprindo a pena. Depois a comissão avalia alguns outros aspectos, como o psicossocial que é uma avaliação psíquica e social do indivíduo para averiguar se ele se encontra em condições para o trabalho. Passa, por um cadastro interno, havendo ainda o critério da Coordenação de Registro de Controle – CRC, que verifica algumas informações inerentes ao condenado. Há, ainda, uma sindicância para averiguação se o condenado está sendo julgado por alguma infração de cometimentos de faltas. Preenchendo-se esses requisitos a ficha do condenado é encaminhada ao Diretor da PLB, que é o responsável por assinar a autorização de trabalho do preso.

A partir desta assinatura de autorização o condenado é encaminhado a uma das empresas, com base no perfil traçado pela comissão do setor da Atividade Laborativa, e chegando na empresa recebe capacitação e treinamento pela própria empresa para realizar as funções de trabalho. Caso não haja uma adequação com a empresa encaminhada, o condenado é remanejado para outra empresa para essa adequação em razão de suas capacidades.

6 CONCLUSÃO

Diante do todo analisado por esta obra, é perceptível que o instituto jurídico da pena acompanha o homem desde os tempos mais primitivos. E que a sua aplicação varia de acordo com crenças e costumes de cada povo.

Relevante destacar que a pena se molda de acordo com o pensamento da sociedade em cada período histórico. Partindo-se desde o entendimento de que seriam necessárias aplicações de sanções para expiação do mal cometido, e chegando-se a um período mais humanitário idealizado pelos iluministas.

Existindo várias teorias que buscam justificar as funções da pena. Correspondendo cada uma a período histórico diferente, de maneira que os movimentos sociais acabavam por refletir diretamente na forma que se lidava com os condenados.

E em que pese discussões sobre essas teorias legitimadoras da pena, verificou-se que de fato nenhuma delas conseguiu lograr total êxito, existindo sempre falhas, pois praticamente não se consegue legitimá-las na prática. Surgindo assim as teorias deslegitimadoras da pena, embasadas na falência da pena de prisão.

Entretanto, como se verifica a pena privativa de liberdade é ainda um mal necessário, por não existir outra forma satisfatória de punição, principalmente no que diz respeito aos crimes mais graves como o homicídio por exemplo. Há que se aperfeiçoar o pensamento sobre a prisão, devendo esta ser a verdadeira "*ultima ratio*", conquanto os outros métodos de se punir o agente não se mostrarem suficientes.

Sendo um mal necessário a pena privativa de liberdade não poderá suprimir direitos e garantias daquele indivíduo condenado ao seu cumprimento, visto que embora haja condenação este não deixa de ser um sujeito de direitos, sendo protegido e amparado por Legislações pátrias e Tratados Internacionais. Garantido, assim, aos condenados todos os direitos possíveis, que por razões lógicas, não forem afetados em razão do encarceramento, como o direito de ir e vir, por exemplo, mesmo por que este direito ainda lhe é garantido dentro do ambiente carcerário, de acordo com as regras do Estabelecimento prisional.

Percebe-se, então, que no âmbito de previsão legal, o nosso ordenamento jurídico possui um dos melhores preceitos normativos, em decorrência das diversas

previsões de garantias e direitos que devem ser observadas no decorrer do cumprimento da pena privativa de liberdade.

E tais previsões originam-se desde a Constituição Federal de 1988, contando com a adoção de diversos princípios, existindo garantias em nosso Código Penal, além do mais possui a execução penal lei específica para sua regulamentação, existindo sempre em tais preceitos normativos a defesa dos direitos dos condenados, destacando a importância das garantias individuais dos apenados, visando à reintegração dos mesmos ao convívio social.

Entretanto, essas premissas existentes no ponto de vista ideológico esbarram-se na dura realidade vivenciada nos sistema prisional brasileiro. A grande maioria dos complexos prisionais enfrenta uma triste realidade, há superlotação e celas que por previsão legal deveriam caber um indivíduo, custodiam mais do que sua capacidade abrigando 3 ou 4 vezes a mais do que o previsto. Fato este que enseja diversos outros problemas, como por exemplo, o aumento da violência dentro destes estabelecimentos. Outro exemplo do drama vivido nestes estabelecimentos é a precariedade nas instalações e acomodações, sendo comum a falta de higiene adequada e condizente a um tratamento humano.

Constitui verdadeira utopia alguns dos preceitos normativos da jurisdição brasileira no que tange a instalações que custodiam os condenados. Daí que em razão da falta de estrutura evidente, a função reintegradora da pena torna-se cada vez mais distante, pois não há como se falar em reintegração ao convívio em sociedade se não são ofertadas condições mínimas para os indivíduos.

Importante, desta forma, que além do ordenamento pátrio prevê e legislar normas para o tratamento prisional, é de extrema relevância uma maior atuação Estatal em garantir esses mecanismos, garantir que esta previsão seja efetivamente cumprida e que as leis sejam efetivamente postas em prática, necessário que haja um maior rigor na verificação do cumprimento dessas leis, para que ocorra a concretização dos direitos previstos aos condenados e a efetivação dos deveres do Estado.

Vale ressaltar, que deverá haver medidas além do ponto de vista criminal, de forma que o Estado atue preventivamente, através de medidas sociais e assistenciais para se prevenir a incidência de delitos, isto pois muitas vezes a incidência de crimes é motivada em razão da ausência de assistências sociais.

E essas assistências sociais do Estado deverão ocorrer nas sociedades, e deverá ocorrer também intramuros, dentro dos sistemas prisionais, com o fulcro de proporcionar ao condenado o atendimento de auxílios inerentes ao homem. Através de assistências sociais, educativas, de religiosa, de saúde, jurídica e trabalhista, constituindo, desta feita, mecanismos intermediadores e que possibilitariam a reintegração com convívio social.

Dentre estas formas necessárias de assistência devida aos condenados, ganha especial destaque a assistência trabalhista, esta ao lado da assistência educacional possibilitam maiores perspectivas para o condenado após o cumprimento de sua sentença. Destarte cumpre informar que a reintegração é um direito do condenado, podendo optar pela recusa da mesma, através do seu direito de ser diferente.

Como dito o trabalho constitui importante forma de reintegração do condenado, pois o mesmo proporciona maiores viabilidades quando do momento final da pena, quando o indivíduo é posto em liberdade. Sendo dever Estatal ofertar possibilidade de trabalho para todos os condenados, fato que infelizmente não ocorre, pois há um déficit de vagas para os condenados. Este problema também é vivenciado na Penitenciária Lemos de Brito –PLB, que não comporta vagas para todos os indivíduos que procuram trabalho.

A concepção de trabalho do apenado foi se modificando no decorrer dos anos, de maneira que foi se adequando aos ideais aplicados e entendidos das funções da pena privativa de liberdade. O trabalho do condenado antes utilizado para afligir o mesmo, e lhe causar degradações, as degradantes situações de trabalho foram aos poucos superadas, pois se verificou que esta poderia ser uma maneira de fonte de produção para o Estado. Passando então para uma nova fase, em que o trabalho do condenado serviria para o Estado ter uma mão-de-obra barata. Contudo, tal visão foi superada, e em razão de pensamentos defensores dos direitos dos encarcerados, foram propostas diversas proteções aos direitos dos presos, bem como um ideal ressocializador, a partir do trabalho do condenado.

De modo que, pugna-se neste estudo o entendimento do trabalho carcerário como método de aprendizagem de uma profissão para que possa ser desenvolvida quando posto o indivíduo em liberdade, bem como forma de amenizar o drama da pena, como, por exemplo, a ociosidade.

Fato este percebido na visita à PLB, onde os indivíduos encarcerados que realizam trabalho, o buscam como uma forma de combater a ociosidade, além de conciliar a remuneração percebida, com a diminuição do tempo da pena, através do instituto da remição.

Entendendo o trabalho do apenado, desta maneira, como um direito que permite maiores perspectivas para uma vida extramuros do sistema prisional, sendo relevante a remuneração o que evita mão-de-obra análoga ou escrava, e que acaba por incentivar o preso a trabalhar, afinal receberá remuneração por tal desprendimento de energia. Anima também ao indivíduo saber que está amparado pelos benefícios da Previdência Social, instituto que possui magnitude impar aos trabalhadores brasileiros, devido à sua proteção aos trabalhadores, como as concessões de auxílio-doença, auxílio-desemprego e até mesmo a contagem para a aposentadoria.

Conclui-se que o trabalho do preso é extremamente importante, em razão de todos os benefícios expostos que acabam se mostrando relevantes para o condenado, principalmente considerando que o trabalho proporciona o aprendizado de uma profissão, resgata a autoestima do encarcerado, remunera o condenado que pode se sustentar e ajudar sua família, diminui a ociosidade durante o cumprimento da pena, bem como projeta perspectivas para uma vida extramuros, findada o cumprimento da pena.

7 REFERENCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

_____, **Ressocialização ou controle social**: Uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado. Disponível em :
<http://www.juareztavares.com/textos/baratta_ressocializacao.pdf>

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BIANCHINI, Alice. **A concepção minimalista do direito penal**. Disponível em :
<<http://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814372/a-concepcao-minimalista-do-direito-penal>> acesso em 20 de abril de 2014

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

_____, Criminologia crítica e o Mito da Função Ressocializadora da Pena. *In*: BITTAR, Walter Barbosa (Coord.) **A criminologia no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **A Falencia da Pena de Prisão**. Revista dos Tribunais, ano 80, agosto de 1991, volume 670

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 3ª ed. Trad. Fernando Pavan Baptista. Bauru: Edipro, 2005.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus critérios de aplicação**. 6 ed, rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum Compacto. Obra coletiva. 9 ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal**. Disponível em: < www.planalto.gov.br/c>. Acesso em: 10 de jun. 2013.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA Nº269. Disponível em <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0269.htm> acesso em 24 de junho de 2014

BRUNO, Anibal. **Direito Penal Tomo I**. São Paulo: Forense, 1978

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Trabalho e pena**. Publicada na Revista da Faculdade de Direito da UFPR Vol. 32 – 1999.

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

CHRISTIE, Nils. **Los limites del dolor.** México, 1984.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, disponível em :

<<http://www.cnj.jus.br/>> acesso em 20 de julho de 2014

DOTTI, Renê Ariel. **Curso de Direito Penal, parte geral** . Rio de Janeiro : Forense, 2001

DELMANTI, Celso. **Código Penal Comentado**, 5ª edição, Editora Renovar, 2000

EDUCAÇÃO NAS PRISÕES BRASILEIRAS. Disponível em

<http://www.dhescbrasil.org.br/attachments/289_Educa%C3%A7%C3%A3o%20nas%20pris%C3%B5es%20do%20Brasil.pdf> acesso em 01 de agosto de 2014

ENRIQUEZ, Eugène. **Perda do trabalho, perda da identidade.** In. NABUCO, Maria Regina; CARVALHO NETO, Antônio Moreira de (Orgs.). *Relações de trabalho contemporâneas.* Belo Horizonte: Instituto de Relações do Trabalho - IRT/PUC-Minas, 1999. p. 70.

ENGELS, FRIEDRICH. *O papel do trabalho na transformação do macaco em homem.*, 2 ed. São Paulo : Global Editora, 1984

FRANCO, José Henrique Kaster. **Funções da Pena e Individualização.** 1 ed. São Paulo: Lumen Iuris; 2013

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão.** Tradução de Raquel Ramallete. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. ***Vigiar e punir: nascimento da prisão.*** 23. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral.** 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Execução penal.** São Paulo: Max Limonad, 1987.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas.** Organização e Tradução de André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 4. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2010.

JUNIOR, Miguel Reale; MORAES, Sergio Marcos de; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; DOTTI, Rene Ariel. **Penas e Medidas de Segurança no Novo Código**, Rio de Janeiro : Forense , 1985

Juizes criticam a superlotação dos presídios . disponível em <<http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2014/08/juizes-criticam-superlotacao-e-falta-de-estrutura-em-penitenciaria-de-mt.html>> acesso em 20 de setembro de 2014

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas: o sistema penal em questão**. Trad. Maria Lúcia Karam 2 ed. Niterói: Luam, 1997.

HERICHE, Gamil Foppel El. **A Função da Pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____, A Falência da Pena de Prisão. Revista do Cepej, nº5, 1999

LOPES, Fernanda Ravazzano Azevedo. **O conceito não revelado e as funções não declaradas da ressocialização**. Disponível em : <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9303/1/FERNANDA%20RAVAZZANO%20AZEVEDO%20LOPES.pdf>> acesso em 07 de junho de 2014

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 7ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARCAO, Renato. **Lei de execução penal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MARX, Karl. O Capital, v. I

Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em : <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php>> acesso em 15 de maio de 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11 ed. rev e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

_____, **Execução penal**. 12 ed. rev e atual. São Paulo: Atlas, 2005.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O Conceito Material de Culpabilidade.**

Salvador: Jus Podium, 2010

MORAES, Pedro Rodolfo Bode. Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários. São Paulo :IBCCRIM, 2005

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de execução penal.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____, **Manual de direito penal:** parte geral: parte especial. 3 ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2011.

_____, **Leis Processuais e Penais comentadas.** 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PAIM, Fernanda. Trabalho do Preso. In Revista Ultima Ratio, n 2 , Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008

PIMENTEL, Manoel Pedro **Sistemas penitenciários** São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 78, v. 639 , 1989

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro: parte geral, 10 ed. rev. atual e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais ,2010

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____, **Funções do Direito Penal.** Belo Horizonte : Del Rey 2005

REGRAS MINIMAS PARA O TRATAMENTO DO PRESO NO BRASIL, disponível em:< <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={E9614C8C-C25C-4BF3-A238-98576348F0B6}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7BD4BA0295-587E-40C6-A2C6-F741CF662E79%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>> acesso em 10 de agosto de 2014

REGRAS MINIMAS PARA O TRATAMENTO DO PRESO ONU. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm>> acesso em 01 de agosto de 2014

RELATÓRIO DE VISITA/VISTORIA NAS UNIDADES DO SISTEMA PENAL DO ESTADO DO PARANÁ. Disponível em <<http://admin.oabpr.org.br/imagens/downloads/290.pdf>> acesso em 01 de outubro de 2014

SALLA, Fernando. Pesquisa sobre as prisões, in Histórias da Justiça Penal no Brasil, organizador Andrei Koerner, São Paulo: IBCCRIM, 2006

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**: parte geral. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

WASSERMANN, Rogerio. **Numero de presos explode no Brasil e gera superlotação**. Disponível em :

<http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/12/121226_presos_brasil_aumento_rw.shtml> acesso em 19 de agosto de 2014.