

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**RESSOCIALIZAÇÃO: UMA VERDADE OU UMA MENTIRA  
DESVIRTUANDO A VERDADEIRA FUNÇÃO DA PENA**

Danilo Pereira Batista

Presidente Prudente-SP

2010

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**RESSOCIALIZAÇÃO: UMA VERDADE OU UMA MENTIRA  
DESVIRTUANDO A VERDADEIRA FUNÇÃO DA PENA**

Danilo Pereira Batista

Monografia apresentada como requisito parcial  
de Conclusão de Curso para obtenção do grau  
de Bacharel em Direito, sob a orientação do  
Prof. Gilberto Notário Ligerio

Presidente Prudente-SP

2010

**RESSOCIALIZAÇÃO: UMA VERDADE OU UMA MENTIRA  
DESVIRTUANDO A VERDADEIRA FUNÇÃO DA PENA**

Monografia/TC aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

GILBERTO NOTÁRIO LIGERO

ROBERLEY CÂNDIDO DE ARAÚJO

FLORESTAN RODRIGO DO PRADO

Presidente Prudente, 21 de maio de 2010.

“Ninguém pode voltar atrás e fazer um novo começo,  
mas qualquer um pode mudar agora e fazer um  
novo fim”.

(Chico Xavier)

## **AGRADECIMENTOS**

Quero agradecer minha mãe, por todos os momentos que passamos juntos e pelo carinho que me educou, agradeço também a minha esposa Ana pelo apoio e pelas palavras de encorajamento, por fim dedico não este trabalho, mas sim todo o meu esforço além das vitórias que ainda virão ao meu filho Rafael que há poucos meses entrou na minha vida e já faz parte do meu ser.

## RESUMO

O presente trabalho tem a finalidade de estudar as espécies de penas existentes no ordenamento jurídico, compreendendo especificamente a pena privativa de liberdade. Observou-se quais os possíveis regimes aplicáveis a essa pena bem como, como se dá a execução da mesma. A partir disso passou a se analisar as questões relacionadas à pena privativa de liberdade, como a ressocialização e a reincidência, como também se apresentou possíveis soluções para a atual crise do sistema prisional brasileiro. Com isso chega-se à conclusão de que o fundamento para esse caos está relacionado tanto à figura do criminoso, como também à sociedade como um todo, já que esta possui certa resistência em razão a ex-detentos, razão pela qual, muitos deles voltam a delinquir, motivo que leva à superpopulação dos estabelecimentos prisionais.

**Palavras-chave:** Pena Privativa de Liberdade. Regime Fechado. Ressocialização. Crise no Sistema Prisional. Soluções.

## ABSTRACT

The present work aims to study the species of feather existing law, specifically including the deprivation of liberty. We observed what the possible regimes applicable to the sentence as well, how is its implementation. From there went on to discuss matters related to the deprivation of liberty as the rehabilitation and recidivism, but also presented possible solutions to the current crisis in the Brazilian prison system. With that comes to the conclusion that the reason for this chaos is related both to the figure of the criminal, but also to society as a whole, since it has some resistance due to ex-offenders, which is why many of them return to delinquency, reason which leads to overpopulation of prisons.

**Keywords:** Deprivation of liberty. Closed system. Resocialization. Crisis in Prisons. Solutions.

# SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2. TEORIA GERAL DA PENA</b> .....	111
2.1 Definição de pena .....	111
2.2 Previsão Constitucional .....	133
2.2.1 Princípio da Legalidade .....	144
2.2.2 Princípio da Individualização da Pena .....	155
2.3 Previsão Infraconstitucional da Pena .....	177
2.4 Teorias Sobre a Finalidade Da Pena .....	188
2.4.1 Teoria Absoluta .....	199
2.4.2 Teoria Relativa .....	20
2.4.3 Teoria Eclética .....	21
2.5 Espécies de Pena .....	233
2.5.1 Pena Privativa de Liberdade .....	244
2.5.2 Penas Restritivas de Direitos .....	24
<b>3. OS SISTEMAS PRISIONAIS E OS ATUAIS REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA</b> .....	26
3.1 Sistema Pensilvânico .....	277
3.2 Sistema Auburniano .....	288
3.3 Sistema Progressivo .....	29
3.4 Reclusão e Detenção .....	30
3.2 Regimes de Cumprimento .....	31
3.3 Fixação do Regime Inicial .....	311
3.4 Regime Fechado .....	32
3.5 Regime Semi-Aberto .....	322
3.6 Regime Aberto .....	335
<b>4. TEORIA GERAL DA EXECUÇÃO</b> .....	35
4.1 Conceito e Natureza da Execução Penal .....	35
4.2 Princípios Norteadores da Execução .....	366
4.3 Funções da Execução Penal .....	388
4.4 Da Execução da Pena Privativa de Liberdade .....	39
4.4.1 Direitos e Deveres do Preso .....	40
4.4.2 Trabalho, Educação do Preso e Remição da Pena .....	422
<b>5 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A RESSOCIALIZAÇÃO</b> .....	47

5.1 A Função Estatal (vigiar, punir e educar) .....	47
5.2 A Ciência Criminológica a Serviço da Comunidade .....	48
5.3 Ressocialização .....	49
5.3.1 Ressocialização Mínima e Máxima .....	50
5.3.2 Ressocialização Interna e Externa .....	500
5.4 O Equívoco Estatal Gerando Mais Violência.....	511
5.5 Possíveis Soluções .....	53
<b>6. CONCLUSÃO .....</b>	<b>56</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>57</b>

## 1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho se utilizou da pesquisa bibliográfica para análise do tema Ressocialização: uma verdade ou uma mentira desvirtuando a verdadeira função da pena.

Durante o trabalho foram analisados diversos assuntos em face do tema relacionado, verificando-se que as penas privativas de liberdade sugerem uma série de questões sujeitas a críticas.

No primeiro capítulo procurou-se discorrer sobre teoria geral da pena, ou seja, sua definição, as teorias existentes em relação à sua finalidade, os princípios constitucionais norteadores, as normas infraconstitucionais que a regem, bem como as espécies de pena existentes legalmente.

Já o segundo capítulo trata da questão dos sistemas prisionais existentes, inclusive o brasileiro, como também as espécies de regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade.

O terceiro capítulo analisa a teoria geral da execução, seu conceito e natureza jurídica, os princípios norteadores da execução, bem como sua função. Analisou-se também de forma específica a execução da pena privativa de liberdade.

Trata o último capítulo da idéia da pena privativa de liberdade ligada à ressocialização do condenado, chegando-se a conclusão de que a atuação estatal é indispensável para a superação da atual crise do sistema prisional brasileiro, apresentando-se inclusive possíveis soluções para tal situação.

Já o dispositivo conclusivo revela o caos vivido pelo sistema prisional brasileiro, analisando-se a omissão do Estado diante dos ditames legais que poderiam minimizar tal crise.

## 2. TEORIA GERAL DA PENA

A pena, desde sempre, foi um método adotado para um controle da vida em sociedade. Ela é uma consequência trazida pela prática de um ato determinado como crime pelo ordenamento jurídico.

Atualmente a pena é uma imposição estatal, ou seja, o Estado na atribuição de uma de suas funções que é legislar cria tipos penais incriminadores, e atribui a quem os comete uma punição denominada pena. Porém, nem sempre foi assim, pois em tempos remotos a pena era imposta baseada nos costumes da época, já que não havia um Estado intervencionista como se tem nos dias de hoje.

### 2.1 Definição de pena

O conceito de pena deve ser analisado de acordo com a evolução histórica da sociedade, pois a pena hoje aplicada não é a mesma que existia séculos atrás.

Em tempos remotos a pena era considerada pelo homem um castigo divino pelas ações humanas. Então a punição nesta época era de ordem natural, como terremotos, inundações, ou seja, tudo o que fosse trazido de forma brutal pela natureza era considerado punição, como comenta Boschi (2000, p. 88):

Nos primórdios, não havia, entre os homens, qualquer idéia, mesmo rudimentar, de direito ou de pena. Eles consideravam que eram os seus pecados que produziam as manifestações iradas dos deuses, por meio dos fenômenos da natureza, só aplacáveis com sacrifícios.

Assim, todo fenômeno ocorrido que ultrapassasse o conhecimento humano era reconhecido como pena pelos “pecados” praticados, o que só seria apaziguado com sacrifícios considerados necessários para o caso.

Em um segundo momento, ainda na era primitiva, o significado de pena foi alterado, passando a ser entendido como vingança. Nesta época o que vigorava era a ideia da lei do Talião que se resumia na expressão “olho por olho, dente por dente”, significando que todo mal praticado através do crime deveria ser retribuído da mesma forma ao seu autor, como completa Boschi (2000, p. 90): “foi a mais antiga ilusão de que a pena deve igualar o delito e consistir, portanto, em um mal da mesma natureza e intensidade”.

Porém, apesar de ser uma pena de caráter excessivo, a Lei do Talião, serviu para que a pena fosse transferida apenas e tão somente ao autor do crime e não mais, como ocorria, sendo entendida como sendo um mal necessário a toda sociedade, como ainda ensina Boschi (2000, p. 90):

O sistema talionial – expressão máxima da vingança aperfeiçoada, que se firma na ideia da conservação do equilíbrio fisiológico no organismo dos povos -, por incrível que possa parecer, representou, do ponto de vista criminológico, um grande avanço, porque, a sanção tal e qual (daí a expressão talião) tinha por endereço o autor do fato individualmente considerado, e não mais o grupo indeterminado de pessoas a que ele pertencia.

Com o surgimento do Estado, surgiram as penas chamadas estatais, as quais continham objetivos em si mesmas de fazer com que o indivíduo não praticasse mais qualquer ato tido como crime. Contudo, para os aplicadores da pena, esta tinha que ser cruel, para mostrar à sociedade a forma como era tratada a pessoa criminosa.

Com o passar dos tempos foi se entendendo que esta não era a melhor forma de punição, pois esta maneira cruel de punir não impedia que novos delitos fossem praticados. Assim, foram surgindo ideias que se destacaram por sugerirem uma nova forma de punição, conforme Boschi (2000, p. 95) expõe as ideias de Beccaria:

Foi o autor do “Dos Delitos e das Penas, todavia, quem melhor lançou ao mundo bases teóricas de um novo direito penal, ancorado nos princípios da humanidade e da proporcionalidade das penas, respeitando o fim de prevenção de novos delitos pois no seu dizer, o fim das penalidades não é torturar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já está praticado.

Foi após a Revolução Francesa, com o lema igualdade, liberdade e fraternidade, que a sociedade, de uma forma geral, entendeu que a pena deveria ser uma resposta estatal dada ao indivíduo criminoso por consequência do desrespeito à lei penal. Contudo, essa pena deveria ser aplicada de forma a respeitar o disposto no ordenamento jurídico como um todo.

No Brasil não foi diferente, pois com o advento da Constituição Federal de 1988, foram criados diversos princípios especificamente para o Direito Penal na fase de aplicação da pena, como por exemplo, o Princípio da Legalidade e o Princípio da Individualização da pena, que serão estudados em momento oportuno.

Portanto, atualmente como ensina Leal (1998, p. 314):

Em sentido filosófico, a pena tem sido definida como um castigo a ser suportado pelo indivíduo causador de um mal a seu próximo ou à sociedade. Do ponto de vista jurídico-penal, a acepção é a mesma: pena é castigo, é reprimenda estabelecida ao indivíduo que agiu com culpa, violando uma norma de conduta estabelecida pelo Estado, representante dos interesses da coletividade ou de suas classes sociais.

Além disso, surgem a cada dia novas idéias que buscam penas alternativas na punição dos indivíduos criminosos levando em consideração a gravidade do delito para que a punição consiga alcançar seu objetivo maior, qual seja a redução da criminalidade.

## **2.2 Previsão Constitucional**

A pena é prevista constitucionalmente por dois princípios básicos, quais sejam: Princípio da Legalidade e Princípio da Individualização da Pena.

Segundo Leal (2000, p. 314):

Prevalecem hoje, dois princípios gerais que orientam a aplicação da pena criminal. O primeiro diz respeito à legalidade: a pena deve estar previamente definida na lei, princípio este consagrado pelo art. 1º do Código Penal e art. 5º, inciso XXXIX, da CF. O outro é o princípio da personalidade, rígido à categoria de norma constitucional: 'Nenhuma pena passará da pessoa do condenado' (art. 5º, inciso XLV, da CF).

Esses dois Princípios representam uma garantia constitucional na aplicação da pena de que, primeiro, o indivíduo só será punido por conta da prática de um ato que esteja proibido em lei, e segundo, que a pena será paliçada nos limites da pessoa do seu autor não podendo ser transferida a qualquer outrem.

### **2.2.1 Princípio da Legalidade**

O Princípio da Legalidade também chamado de Princípio da Reserva Legal, previsto constitucionalmente no art. 5º, XXXIX, como também no art. 1º, do Código Penal tem a seguinte dicção: "Não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal". Isso significa dizer que para que seja imposta perante o indivíduo criminoso uma pena é necessário primeiro que a conduta praticada por ele seja considerada crime pelo ordenamento jurídico, e conseqüentemente que este tipo penal apresente determinada sanção para quem o cometeu.

Ensina Schmidt (2001, p. 137-138) que é certo que o Princípio da Legalidade advém do nascimento do Estado de Direito, pois até então o que vigorava era o chamado Direito Consuetudinário, não existindo normas penais escritas, ou se existindo, não eram as únicas aplicáveis prevalecendo, ainda, as normas costumeiras mesmo que não previstas expressamente em lei. Segundo ainda o mesmo autor, os precursores da formação do Estado de Direito, bem como, da idéia de que este ficasse sujeito aos ditames da lei para o cumprimento de sua função protetiva da sociedade, foram John Locke e Beccaria (1764, p. 36), segundo o qual "só as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social".

Com isso, percebe-se então que o Princípio da Legalidade foi um instrumento criado, em um primeiro momento, para delimitar a atuação do Estado no campo penal para que este se limite a aplicar regras já pré-existentes. Atualmente esse princípio alcançou outra finalidade, qual seja de garantia social, pois impõe ao Estado Legislador além da limitação de aplicar apenas normas penais previstas expressamente no ordenamento jurídico, a proporção na criação das normas penais incriminadoras e face do que dispõe a Constituição Federal de 1988. Por conta disso, o Princípio da Legalidade desdobrou-se em formal e material.

Comenta Schmidt, tratando da formalidade do Princípio da Legalidade (2001, p. 147):

*O nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, portanto, é um limitador formal tanto da atividade legislativa quanto da atividade judicial, visto que, enquanto a proibição está adstrita à existência de um diploma legal formal, a repressão, ademais está condicionada à aplicação restritiva do Direito.

O mesmo autor também trata da materialidade de tal princípio (2001, p. 272):

No Estado Democrático de Direito, deve ser destacada a relevância da lei não apenas quanto ao seu conteúdo formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado formal e materialmente pelo regime democrático.

Assim, atualmente, se considera amplamente cumprido o Princípio da Legalidade quando levados em conta tais considerações formais e materiais.

### **2.2.2 Princípio da Individualização da Pena**

O Princípio da Individualização da Pena tem previsão legal no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988, e consiste na idéia de que a pena

deve ser individual, ou seja, ela deve ser aplicada tão somente ao indivíduo que cometeu o delito considerando as circunstâncias do caso concreto.

Para Souza (2006, p. 23) este princípio também se fundamenta em uma garantia para a sociedade e uma limitação para o Estado em face do seu poder punitivo, devendo ser analisado sob o aspecto das atividades legislativa, judiciária e executiva estatal de individualização da pena.

Segundo ainda o mesmo autor (2006, p. 26-27) a fase legislativa da individualização da pena consiste na idéia de que o Estado quando legisla exercita a individualização da pena, pois primeiramente o legislador constituinte limitou a aplicação da pena, expondo expressamente quais tipos de pena são permitidas e quais são proibidas dentro do Estado Brasileiro, como também expôs um rol exemplificativo de bens juridicamente relevantes que devem ser protegidos:

Além da escolha marco penal genérico levando em conta a proporcional gravidade abstrata do delito e critérios preventivos, o legislador constitucional deve de antemão, indicar que espécies de pena estão proibidas (art. 5º, XLVII, CF/88), os bens ou valores relevantes carecedores de proteção penal, podendo ainda selecionar os comportamentos que devem ser criminalizados de forma prioritária.

Desse modo o legislador constituinte traçou parâmetros que devem ser seguidos pelo legislador infraconstitucional, construindo-se assim um ordenamento jurídico hierarquicamente equilibrado.

Além desta, outra fase onde se aplica o Princípio da Individualização da Pena é na fase judicial, que é aquela onde o juiz aplica a pena ao caso concreto, já que na fase legislativa o legislador aplica uma pena em abstrato, levando em conta os ditames constitucionais. Nesta fase, o magistrado leva em consideração todas as circunstâncias do caso concreto, tanto do delito em espécie, as lesões causadas ao bem jurídico protegido, como também as características do indivíduo criminoso. Em relação a isso ensina Souza (2006, p. 28):

Desse modo, a atividade judicial de determinação da pena é de capital importância no sistema de individualização, pois é por meio desta que a reação penal contra o delito e seu autor se torna concreta, perceptível e individual, dependendo a intensidade da pena aplicada da gravidade e extensão da lesão produzida ao bem jurídico-penal, das exigências de reprovação e prevenção, e condições subjetivas do delinqüente.

Assim, a fase executiva é de vital importância na aplicação da individualização da pena, pois possibilita que o juiz, frente ao caso concreto, possa analisar todas as questões relacionadas ao caso, aplicando a pena de forma individualizada ao indivíduo.

A fase onde o Princípio da Individualização da Pena encontra sua total observância é da atividade executiva, ou seja, a fase do cumprimento da pena imposta ao criminoso, que segundo, ainda Souza (2006, p. 249):

A atividade executiva é o derradeiro momento da atuação do princípio constitucional da individualização da pena, todavia, não é menos importante do que as atividades antecedentes, por tratar-se do 'último estágio da realização do Direito Penal'. Neste estágio, as conseqüências jurídicas do delito materializam-se, ou seja, a advertência abstrata contida no comando secundário da norma penal se torna real, podendo ser sentida pelo condenado, que em regra deverá cumprir a pena fixada pelo juiz ou Tribunal na sentença penal condenatória definitiva.

É nesta fase então que ocorre a total materialização da individualização da pena, pois é nela que o condenado passa a cumprir a sanção imposta pelo Estado em face do crime por ele cometido.

### **2.3 Previsão Infraconstitucional da Pena**

A pena é prevista infraconstitucionalmente em diversos dispositivos da legislação penal atualmente em vigor.

O Código Penal Brasileiro é dividido em parte geral e parte especial. Na parte especial as considerações existentes em relação à pena, são as cominações em abstrato referentes a cada tipo penal indicado pelo legislador. Já na

parte geral as considerações referentes à pena estão previstas de forma geral, porém, existem dispositivos específicos que tratam sobre o tema.

O Título V do Código Penal denominado “Das Penas” trata das diversas espécies de pena existentes (artigos 32 a 58), como também como se dá a aplicação destas penas (artigos 83/90). Indica também os institutos relacionados à aplicação destas: Sursis (artigos 77 a 82), Livramento Condicional (artigos 83 a 90). Trata de relacionar os efeitos causados pela condenação (91 e 92) além de trazer as regras da Reabilitação (artigos 93 a 95).

Existe ainda a Legislação Extravagante que também traz considerações sobre a pena, e até mesmo a quantificação em abstrato para os delitos nelas descritos.

Percebe-se então que a pena é um complemento do tipo penal, assim ela sempre estará presente todas as vezes que um tipo penal estiver sido descrito pelo legislador. Portanto, as regras presentes na parte geral do Código Penal devem ser utilizadas para aplicação de qualquer pena, pois são regras gerais cabíveis a qualquer tipo penal, exceto se a lei extravagante trouxer procedimento próprio.

Assim a pena é instituto essencial na pretensão punitiva estatal, já que esta além de ser uma forma de punição ao indivíduo criminoso é também uma resposta à sociedade por conta do delito também afetá-la de um modo geral.

## **2.4 Teorias Sobre a Finalidade Da Pena**

A pena, como já dito, é uma resposta estatal dada ao indivíduo criminoso por conta de um delito cometido. Porém, a pena objetiva atender a determinadas finalidades que se pensa serem alcançadas quando o criminoso passa a cumpri-la. Além disso, a pena também é uma forma de conformismo social.

Diante disso se têm algumas teorias que tentam explicar qual seria a função da pena quando aplicada ao criminoso. Segundo comenta Bitencourt (1993, p. 99):

Da exposição feita até aqui, constata-se a necessidade do exame das diversas teorias que explicam o sentido, função e finalidade das penas, pelo menos das três mais importantes: teorias absolutas, teorias relativas (prevenção geral e prevenção especial) e teorias unificadoras ou ecléticas.

Assim, é necessário o estudo de tais teorias, bem como qual delas é a adotada pelo Código Penal Brasileiro.

#### **2.4.1 Teoria Absoluta**

A teoria absoluta também chamada de teoria da retribuição é aquela cujo seus pensadores entendem que a pena deve ser retribuída de acordo com o mal causado pelo autor do delito, ou seja, a pena imposta ao indivíduo deve ser idêntica ao mal sofrido ela vítima. Esta teoria busca fundamento na famosa Lei do Talião, cuja máxima se resume na expressão “olho por olho e dente por dente”.

Para Bitencourt (1993, p. 102):

Segundo este esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a Justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto.

Assim de acordo com essa teoria a pena tem como objeto a busca da justiça que deve ser realizada retribuindo ao criminoso o mal cometido por ele com a prática do ato delituoso. Ela tem como principais precursores Kant com a obra “A Metafísica dos Costumes” e Hegel cuja obra se denomina “Princípios da Filosofia do Direito”.

Porém há quem critique veemente tal teoria, como, por exemplo, Roxin que expõe na obra “A Culpabilidade como Critério Limitativo da Pena” total discordância com tal teoria, conforme indica Bitencourt (1993, p. 104):

A teoria retributiva da pena não explica quando se tem que sancionar, apenas diz: se for imposta uma pena – sejam quais forem os critérios – com ela tem de ser retribuído um delito. Dessa forma, uma questão importantíssima fica sem solução qual seja a de saber, sob qual fundamento a culpa humana autoriza o Estado a castigar.

Portanto, tal teoria não adota a melhor ideia sobre a finalidade da pena, pois ela acaba tendo um fim em si mesma, não acarretando ao criminoso e nem a sociedade qualquer benefício, mas apenas retribuindo o mal feito por ele, ficando clara a ideia de vingança que atualmente não pode ser utilizada.

#### **2.4.2 Teoria Relativa**

Para essa teoria a pena tem a finalidade de prevenção, ou seja, a punição do indivíduo acarreta uma prevenção para o cometimento de novos delitos. Ela é dividida em dois parâmetros: o da prevenção geral e o da prevenção especial.

A ideia da prevenção geral se resume no fato de que a pena tem como objeto prevenir novas ações delituosas, pois com a punição do indivíduo toda a sociedade toma a pena, como exemplo, o que impede que surjam novos delinquentes. É o que sugere Beccaria na obra “Dos Delitos e Das Penas”, e Feuerbach em seu livro “Fundamentos do Direito Penal”, segundo explica Bitencourt (1996, p. 116):

A teoria defendida por Feuerbach sustenta que é através do Direito Penal que se pode dar uma solução ao problema da criminalidade. Isto se consegue, de um lado, com a cominação penal, isto é, com a ameaça de pena, avisando aos membros da sociedade quais as ações injustas contra às quais se reagirá; e, por outro lado, com a aplicação da pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada.

Assim a teoria relativa que se baseia na prevenção geral ensina que após a punição do indivíduo criminoso se demonstra à sociedade que toda ação criminosa será punida, o que previne a aparição de novos criminosos.

Já o parâmetro da prevenção especial defende a idéia de que com a imposição da pena, a prevenção será em relação ao próprio autor do crime. Segundo Von Liszt apud Bitencourt (2000, p. 105): “A função da pena e do Direito Penal era a proteção de bens jurídicos através da incidência da pena na pessoa do delinqüente, com a finalidade de evitar delitos posteriores”.

Assim para essa teoria a pena serve para intimidar o indivíduo a praticar novos delitos, já que sabe que novamente sofrerá uma punição por conta do ato criminoso praticado.

Como na teoria anterior, nesta também há quem teça críticas, afirmando que apesar da idéia de prevenção, este não se trata de uma única finalidade da pena, pois de acordo com Bitencourt (1996, p. 118):

Essa teoria não leva em consideração um aspecto importante da psicologia do delinqüente: sua confiança em não ser descoberto. Disto se conclui que, o pretendido temor que deveria infundir no delinqüente, a ameaça de imposição de pena, não é suficiente para impedi-lo de realizar o ato delitivo.

Outra crítica aspirada pelo mesmo autor em relação a esta teoria, porém a que liga ao parâmetro da prevenção geral é a de que um indivíduo não pode ser apenado, ou seja, punido para “servir de exemplo” para o restante da sociedade. Comenta também que é possível aceitar que o homem médio em situações normais seja influenciado pela ameaça da pena. Mesmo assim, a experiência confirma que isso não acontece em todos os casos, reproduzindo a expressão de Roxin (1986, p. 18) que afirma que “cada delito já é, pelo só fato de existir, uma prova contra a eficácia da prevenção geral”.

Portanto, a teoria relativa também não expressa a melhor maneira de definir a finalidade da pena imposta ao criminoso.

### **2.4.3 Teoria Eclética**

Também chamada de teoria eclética ou mista, essa teoria busca juntar todas as demais formando assim uma única e completa definição da finalidade da pena.

Segundo Bitencourt (1996, p. 133-134):

Inicialmente estas teorias unificadoras limitaram-se a justapor os fins preventivos, especiais e gerais, reproduzindo assim as insuficiências das concepções monistas da pena. Posteriormente, em uma segunda etapa, a atenção da doutrina jurídico-penal fixa-se na procura de outras construções que permitam unificar os fins preventivos gerais e especiais a partir dos diversos estágios da norma (cominação, aplicação e execução). Enfim, essas teorias centralizam o fim do Direito Penal “na idéia de prevenção. A retribuição, em suas bases teóricas, seja através da culpabilidade ou da proporcionalidade (ou de ambas ao mesmo tempo) desempenham um papel apenas limitador (máximo e mínimo) das exigências de prevenção.

Assim, tal teoria busca a unificação das teorias absolutas e relativas, aplicando primeiramente a teoria da prevenção nas etapas de cominação, aplicação e execução da pena, com a intenção de prevenir novas práticas criminosas, e secundariamente a retribuição juntamente com o princípio da proporcionalidade e culpabilidade permite a limitação do Poder Estatal de impor a sanção, sendo a pena imposta nos limites da lei. Portanto, a pena é uma retribuição ao indivíduo pela ação criminosa tendo por base a legislação penal e possui também caráter preventivo para que não ocorram novos delitos seja por reincidência ou não.

A legislação penal brasileira, em suas atuais condições, adota a chamada teoria eclética, quando além de proteção à ordem jurídica, objetiva também a ressocialização do indivíduo preso. É o que ensina Boschi (1996, p. 129-130): “Em nosso meio, as finalidades de retribuição, de prevenção e de ressocialização transparecem dos artigos 59 do CP e 1º da Lei de Execuções, muito embora a palavra “ressocialização” não conste explicitamente em tal dispositivo”.

Assim, a legislação penal de forma geral se completa, adotando, diante de uma interpretação ampliativa de dispositivos, a teoria eclética, de modo que tenta tanto prevenir novos delitos como retribuir ao detento as conseqüências de seu crime.

## 2.5 Espécies de Pena

Dispõe a Constituição Federal:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição de liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

Já o Código Penal expõe:

Art. 32. As penas são:

- I – privativa de liberdade;
- II – restritiva de direitos;
- III – de multa.

Assim, existem várias espécies de pena, sendo vedadas as penas de morte, de caráter perpétuo, trabalhos forçados, de banimento e cruéis, conforme artigo 5º, inciso XLVII da Constituição Federal.

Com a exposição desses dispositivos legais, percebe-se que o legislador constitucional teve por objeto apenas informar as penas que seriam aceitas e as vedadas por nosso ordenamento jurídico, restando ao legislador infraconstitucional a tarefa de dispor sobre cada uma delas, como ocorre no Código Penal.

Opina Boschi (1996, p. 159) que apesar de não existir disposição expressa, há entre essas espécies de pena certa hierarquia tendo em vista a importância do bem jurídico protegido, que seria: a reclusão, a detenção, as restritivas e multa, sendo as duas primeiras subespécies da pena privativa de liberdade.

### **2.5.1 Pena Privativa de Liberdade**

A pena privativa de liberdade também é chamada pela doutrina de prisão-pena ou prisão-sanção. É aquela onde o indivíduo quando condenado, cumpre a pena imposta pelo Estado Juiz, de modo que seja dele privada a sua liberdade, ou seja, a pena é cumprida em penitenciárias.

Essa espécie de pena tem como subespécies as penas de reclusão e detenção. Não há expressamente em lei uma diferença entre elas, porém, percebe-se que para a aplicação destas se leva em conta o bem jurídico lesado.

Segundo Boschi (1996, p. 166) a pena de reclusão é executada nos regimes fechado, semi-aberto e aberto, como também não permite que o acusado se livre solto mediante o pagamento de fiança. Ainda, os crimes apenas com pena de reclusão são apurados em procedimentos mais solenes, extensos, ao qual se aplica amplitude de defesa diante da possibilidade de grave condenação.

Ainda o mesmo autor (1996, p. 166) dispõe sobre a pena de detenção, afirmando ser esta menos rígida do que a de reclusão, pois é executada apenas nos casos de regime semi-aberto e aberto. A detenção permite que, com o pagamento de fiança, o acusado possa livrar-se solto. Afirma ainda que o procedimento utilizado para apuração de delitos apenados com tal subespécie de pena é regido pelo Princípio da Concentração dos Atos, sendo por isso mais célere que o anterior.

### **2.5.2 Penas Restritivas de Direitos**

As atuais penas restritivas de direitos são consideradas penas autônomas em relação às demais penas consagradas pelo legislador, não tendo mais aquele caráter de acessoriedade existente no Código Penal de 1940.

Essa espécie de pena é prevista como substitutivas das penas privativas de liberdade desde que preenchidos certos requisitos legais. Prado (2006, p. 612) afirma que “a imposição dessas penas tem por escopo contornar a duvidosa eficácia das penas privativas de liberdade de curta duração aplicadas a condutas delitivas de escassa repercussão, não raro perpetradas por delinqüentes ocasionais”.

As penas restritivas de direitos são compostas de algumas subespécies previstas de maneira expressa nos artigos 43 a 48 do Código Penal, que são: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

Prado (2006, p. 614-623) explica cada uma das subespécies, afirmando que a prestação pecuniária consiste no pagamento de quantia determinada pelo juiz pelo autor do delito à vítima ou seus dependentes, sendo uma forma de “reparação civil travestida de sanção penal” para facilitar o cumprimento da pena.

A pena de perda de bens e valores é aquela em que o condenado terá que reverter em benefício do Fundo Penitenciário Nacional, quantia idêntica à do produto do delito ou ao prejuízo causado em relação à prática delituosa.

A pena de prestação de serviços à comunidade deve ser cumprida de acordo com os parágrafos 1º e 2º do artigo 146 do Código Penal em entidades assistenciais, onde ao criminoso serão atribuídas tarefas de forma gratuita. As tarefas serão atribuídas, levando em consideração as características do réu, com a finalidade de inseri-lo novamente no meio social.

A interdição temporária de direitos é a pena imposta de forma a restringir temporariamente tanto direitos de caráter funcional (em relação à atividade profissional exercida) como também proibição de dirigir veículos e de freqüentar determinados lugares, conforme dispõe o artigo 47 do Código Penal.

Já a pena de limitação de fim de semana consiste na obrigação do réu de permanecer em casa de albergado durante os dias de sábado e domingo. Essa pena, como se sabe, tem quase que nenhuma aplicação, pois por falta de organização, em determinados locais, não existem as tais casas de albergado, não tendo esta regra qualquer aplicabilidade nestes lugares.

### 3. OS SISTEMAS PRISIONAIS E OS ATUAIS REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA

Como já dito anteriormente, em tempos remotos, a pena era um modo de castigar aquele que cometera o delito. Consistia basicamente em penas corporais, de mutilação de membros, que era feita de forma explícita para que servisse também como reprimenda aos demais membros da sociedade como explicam Kloch e Motta (2008, p. 16):

Até o fim do século XVIII, a execução da pena era um espetáculo público, nos quais os condenados eram submetidos a sofrimentos corporais, muitas vezes com consumação de crueldade, com o intuito de exemplificar a comunidade, brandindo o medo como objetivo a inibir a desordem.

Mais tarde a pena tinha como finalidade, castigar do mesmo modo, aquele que havia praticado o delito. Nesta época a norma vigente era a do Talião, qual seja, “olho por olho, dente por dente”, sendo uma forma de “vingança privada” que segundo Medeiros (1985, p. 02):

A vingança privada teve sua maior expressão no talião, a retribuição do mal com o mal, adotada no Código de Hammurabi, no século XIII a.C., e que aparece também no Êxodo e no Levítico. As sociedades primitivas não adotavam a pena de privação de liberdade; a justiça tribal tinha na pena de morte basicamente a modalidade de vingança grupal contra a ofensa de seus interesses.

Na Idade Média, como ensinam Kloch e Motta (2008, p. 19) a pena passou a ser de vingança pública, porém as penas aplicadas ainda eram cruéis e a sua execução ainda se fazia de forma pública, objetivando amedrontar a sociedade e inibir nova prática delitativa. Nesse momento foram criados os calabouços e masmorras, que tinham como função deter provisoriamente o indivíduo suspeito até sua sentença final.

Até então, como se percebe, esses não podem ser considerados sistemas penitenciários, já que até este momento, não havia qualquer regra, ou organização na aplicação destas penas, que eram executadas de acordo com a vontade primeiramente da vítima ou se sua família, e ademais pela vontade do monarca.

Como comenta Nunes (2005, p. 24) somente ao final da Idade Média, é que surgiu a Penitenciária, que era onde a Igreja aplicava a prisão como forma de penitência, daí o nome, para que o pecador purificasse a sua alma do mal cometido.

A partir daí, passa a crescer a idéia do Estado se utilizar desses estabelecimentos como forma de executar as penas aplicadas aos indivíduos criminosos, como expõem Kloch e Motta (2008, p. 25): “com a evolução na aplicação das penas, surge a necessidade de organizar a forma de cumprimento do castigo imposto em nome da sociedade, sob a ótica mais humana”.

Nesse momento passam a surgir os sistemas penitenciários propriamente ditos.

### **3.1 Sistema Pensilvânico**

Segundo Kloch e Motta (2008, p. 27) o Sistema Pensilvânico, foi criado em 1861, sendo o sistema prisional pioneiro em todo o mundo. Era também chamado de prisão celular, porque os condenados viviam individualmente, não tendo qualquer contato com os demais presidiários, muito menos com o mundo externo. O que se objetivava com esse sistema era o arrependimento do criminoso pelo ato realizado através da reflexão religiosa.

A respeito disso comentava Foucault (2006, p. 201) que esse isolamento absoluto não se preocupava com a reabilitação do condenado, mas sim em humilhá-lo. Além disso, muitos autores defendiam que esta forma de isolamento não era a melhor, pois era uma forma de ofensa à dignidade da pessoa humana.

Diante de tantas críticas, modificaram-se as regras desse sistema, porém não o suficiente para mantê-lo, conforme ensinam Kloch e Motta (2008, p. 28):

O sistema prisional celular de Walnut Street demonstrou, poucos anos após sua implantação, graves problemas de ordem administrativa, pois além das contra-indicações provocadas pelo isolamento dos apenados, houve o excesso de egressos, dificultando a aplicação solitária.

Assim, percebe-se que o isolamento dos condenados não é a melhor forma de puni-los, já que este foi um método que se confirmou fracassado diante da implantação do Sistema Pensilvânico.

### **3.2 Sistema Auburniano**

O Sistema Auburniano sucedeu o Sistema Pensilvânico. Como ensinam Kloch e Motta (2008, p. 29-30) esse sistema tinha certa semelhança com o anteriormente criado, porém, neste procurou se aperfeiçoar a forma de aplicação da pena, instituindo-se um trabalho ao apenado enquanto este cumpria sua pena.

Apesar de tentar superar as imposições feitas pelo sistema anterior, o sistema auburniano, não obteve sucesso, e também foi alvo das críticas feitas por Foucault (2006, p. 200):

A prisão deve ser um microcosmo de uma sociedade perfeita, onde os indivíduos estão isolados em sua existência moral, mas onde sua reunião se afeta num enquadramento hierárquico estrito, sem relacionamento lateral, só podemos fazer comunicação no sentido vertical. [...] Mais que manter os condenados "a sete chaves como uma fera em sua jaula", deve-se associá-lo aos outros, fazê-los participar em comum de exercícios úteis, obrigá-los em comum a bons hábitos, prevenindo o contágio moral por uma vigilância ativa [...]

Portanto, esse sistema também não foi o mais bem sucedido de todos os sistemas penitenciários já criados, apesar de ter prevalecido até a criação do sistema Progressivo, que foi o que mais atendeu as finalidades para o qual foi criado.

### **3.3 Sistema Progressivo**

Segundo Kloch e Motta (2008, p. 31-34) somente com o surgimento da pena privativa de liberdade é que foi criado o sistema progressivo, já que essa pena, por si só, já trazia modificações para a execução penal. Esse sistema é baseado na progressão do cumprimento da pena.

Comentam ainda os mesmo autores que este sistema foi constituído em etapas, sendo ele iniciado pela reclusão celular diurna e noturna do indivíduo e após reclusão celular noturna e trabalho diurno. Uma segunda etapa denominada de intermediária, onde o indivíduo se encontrava trabalhando no exterior do presídio e a última delas que é a liberdade condicional, momento em que o condenado era libertado sob determinadas condições, até que atingisse a liberdade definitiva.

Afirmam ainda esses doutrinadores que o sistema progressivo sofreu diversas alterações, inclusive impulsionadas pelas organizações internacionais de direitos humanos, buscando o respeito à dignidade da pessoa humana dentro ou fora do estabelecimento prisional.

Atualmente na legislação penal brasileira, o que vigora é o sistema progressivo, mitigado com os sistemas pensilvânico e auburniano, conforme ensinam Kloch e Motta (2008, p. 39):

Atualmente o sistema prisional legalmente implantado no Brasil segue os princípios do sistema progressivo irlandês, com resquícios dos sistemas pensilvânico e auburniano, adotado nas penitenciárias, para os condenados ao cumprimento da pena em regime fechado.

Assim, se percebe que esses sistemas de um modo geral, mesmo sendo considerados incompatíveis com a política penitenciária, até hoje influenciam nos sistemas prisionais vigentes.

### **3.4 Reclusão e Detenção**

As penas privativas de liberdade são de duas espécies: reclusão e detenção, sendo que cada uma delas possui regras próprias.

Quem define se a pena privativa de liberdade será de reclusão ou detenção é o tipo penal, pois como pode ser observado, no Código Penal cada tipo penal traz a dosimetria da pena cabível ao crime, como também, a modalidade da mesma.

Ambas as espécies de pena privativa de liberdade possuem regras próprias, sendo elas diferenciadas pelo simples fato de que a pena de reclusão deve ser inicialmente cumprida em regime fechado, aberto ou semi-aberto e já na pena de reclusão, o regime inicial é aberto ou semi-aberto.

Segundo Prado (2006, p. 576):

A diferenciação entre reclusão e detenção hoje se restringe quase que exclusivamente ao regime de cumprimento da pena, que na primeira hipótese deve ser feito em regime fechado, semi-aberto ou aberto, enquanto na segunda alternativa – detenção – admite-se a execução somente em regime semi-aberto ou aberto, segundo dispõe o artigo 33, caput, do Código Penal.

Assim, nessa fase, deve se levar em conta o disposto na legislação penal quanto à espécie de pena privativa de liberdade que será aplicada ao condenado, estando ela contida no próprio tipo penal cominado.

### **3.2 Regimes de Cumprimento**

Os regimes de cumprimento das penas privativas de liberdade podem ser: regime fechado, semi-aberto e aberto, conforme dispõe o Código Penal.

Comenta Régis Prado (2006, p. 581) que para que o juiz estabeleça qual será o regime inicial de cumprimento de pena, deverão ser levados em consideração dois fatores: a quantidade de pena imposta ao indivíduo (art. 33, §2º do Código Penal) e as condições pessoais do condenado (artigos 33, §3º e 59 do Código Penal).

Assim, deve ser analisada a quantidade de pena aplicada ao réu, no caso concreto, como também, suas condições pessoais para que se estabeleça qual será o regime inicial de cumprimento de pena, estando presente o Princípio Constitucional da Individualização da Pena, também neste momento.

### **3.3 Fixação do Regime Inicial**

Como já indicado, o juiz deverá analisar o caso concreto para fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Diz-se regime inicial porque o ordenamento jurídico brasileiro adota o Regime de Progressão. Assim, de acordo com o comportamento do condenado durante o cumprimento da pena e cumpridos determinados requisitos legais é possível a progressão do regime fechado para o semi-aberto e deste para o aberto. Há também a possibilidade de regressão do regime quando da ocorrência de circunstâncias legais previstas na Lei de Execução Penal (Lei 7210/84) que acarretem a regressão de regime.

### **3.4 Regime Fechado**

O cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado só é possível em caso de pena de reclusão e desde que esta pena imposta no caso concreto seja maior de oito anos.

De acordo com o artigo 87 da Lei de Execução Penal (LEP) o cumprimento da pena em regime fechado se dará em penitenciárias:

Art. 87. A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.

Parágrafo único. A União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir Penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, nos termos do art. 52 desta Lei.

Assim, os estabelecimentos prisionais que recebem indivíduos condenados à pena privativa de liberdade é denominado penitenciária, cuja construção e acomodação dos presidiários tem previsão expressa nos artigos 87 a 90 da LEP. Porém, como já se sabe, as condições de encarceramento são precárias, não obedecendo aos ditames legais. Sendo esse um dos motivos pelos quais o sistema prisional brasileiro sofre tantas críticas.

### **3.5 Regime Semi-Aberto**

No caso do regime semi-aberto que é aquele imposto quando a pena aplicada é superior a quatro anos, mas não supera oito anos, conforme artigos 33 e 59 do Código Penal. É o que dispõe também o artigo 91 da LEP:

Art. 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto.

A legislação penal dispõe que este regime deverá ser cumprido em colônia agrícola, porém, na prática, os condenados continuam cumprindo sua pena em penitenciárias, conforme observa Marcão (2007, p. 96):

É notória a falência do regime aberto que pode ser identificada por diversos fatores. Em primeiro lugar, e destacadamente, exsurge a absoluta ausência de estabelecimentos em número suficiente para o atendimento da clientela. Diariamente, milhares de condenados recebem pena a ser cumprida no regime inicial semi-aberto. Entretanto, em sede de execução, imperando a ausência de vagas em estabelecimento adequado, a alternativa tem sido determinar que se aguarde vaga recolhido em estabelecimento destinado ao regime fechado, em absoluta distorção aos ditames da Lei de Execução Penal.

Como se percebe, o sistema prisional brasileiro é muito bem estruturado quando se refere ao regime fechado, já que foram e vem sendo construídas penitenciárias em todo o país, porém, quando se trata das outras espécies de regime, o sistema se encontra falho, já que não é dirigido para condenados aos regimes semi-aberto e aberto, pois não possui estabelecimentos suficientes para o cumprimento de pena sob tais regimes.

### **3.6 Regime Aberto**

Este tipo de regime para cumprimento de pena privativa de liberdade serve para aqueles indivíduos que não são considerados reincidentes no crime, de modo que sua pena é igual ou inferior a quatro anos.

Dispõe o artigo 93 da LEP:

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

Assim, esta espécie de regime de cumprimento de pena, serve também para aquele condenado a uma pena restritiva de direitos, conforme indica o artigo quando se refere à “pena de limitação de fim de semana”.

Explica Marcão (2007, p. 99) a quase absoluta ausência de tais estabelecimentos, o que não possibilita o cumprimento de tais penas como impõe a Lei, sendo que na prática estas penas são cumpridas em regime domiciliar, já que muitas vezes não se encontra alternativa pela escassez de tais ambientes.

O que se conclui é que o sistema penitenciário brasileiro é alvo de várias críticas e com razão, já que é um sistema incompleto, voltado à pena privativa de liberdade, o que, porém, não é o mais correto, pois existem outras espécies de regime impostos pela lei, que perdem a sua eficácia diante da omissão do sistema.

## 4. TEORIA GERAL DA EXECUÇÃO

### 4.1 Conceito e Natureza da Execução Penal

A execução penal, como o próprio nome indica, é o momento processual em que existindo uma sentença penal condenatória irrecorrível que impõe uma pena privativa de liberdade passa a ser executada. Nessa fase, segundo Capez (2005, p. 16) o Estado exerce a pretensão executória e não mais a pretensão punitiva, que já foi exercida até o momento da prolação da sentença.

Assim, a partir do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória impositiva de pena privativa de liberdade, o indivíduo passa de acusado ou réu, para condenado, sendo dirigido à penitenciária na qual cumprirá a sua pena, dependendo do regime de cumprimento de pena inicial.

Muito se discute a respeito da natureza jurídica da execução penal, discussão essa que sempre despertou na doutrina o interesse de discorrer sobre tal questão. Por isso é que a doutrina diverge em se tratando deste tema.

Para Ada Pellegrini Grinover (1987, p. 03):

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 estaduais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais.

Sobre o mesmo assunto, ensina Mirabete (2000, p. 18):

Afirma-se na exposição de motivos do projeto que se transformou na Lei da Execução Penal: 'Vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão, aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

Ainda comenta Marcão (2007, p. 02) que:

O título em que se funda a execução decorre da atividade jurisdicional no processo de conhecimento, e, como qualquer outra execução forçada, a decorrente de sentença penal condenatória ou absolutória imprópria só poderá ser feita pelo Poder Judiciário, o mesmo se verificando em relação a execução de decisão homologatória de transição penal.

Assim, de acordo com determinados posicionamentos, o que se percebe é que a doutrina não chega a um ponto comum, pois cada autor indica naturezas distintas para a execução penal.

Alguns afirmam que ela possui natureza híbrida já que tanto o Poder Judiciário como o Poder Executivo, atuam nesta fase processual, um fiscalizando e o outro executando na prática os efeitos da sentença condenatória privativa de liberdade, pois é o Poder Executivo quem mantém as penitenciárias e demais instituições para tal finalidade, como também os funcionários que nelas trabalham.

Para outros possui apenas natureza jurídica, baseando-se na idéia de que não existe execução forçada, ou seja, para que o indivíduo seja condenado é necessária a atuação do Poder Judiciário, pois sem ele não há que se falar em execução penal, de acordo com o artigo 2º da Lei de Execução Penal que traz a expressão “jurisdição penal dos juízes”.

#### **4.2 Princípios Norteadores da Execução**

A execução penal é norteadada por alguns princípios básicos de todo e qualquer processo. Segundo Capez (2005, p. 20-22) esses seriam os princípios constitucionais do processo:

a) Princípio do Contraditório: dentro de todo e qualquer processo, as partes devem ser cientificadas de todo e qualquer ato praticado devendo ter oportunidade para se manifestarem a respeito de tal ato. Tem previsão no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

b) Princípio da Ampla Defesa: está atrelado ao princípio do contraditório, pois os dois ambos se completam, na medida em que a ampla defesa proporciona ao réu, no momento de se manifestar no processo, direito a uma defesa técnica, realizada por um advogado que se não for particular, deverá ser constituído pelo Estado, e também uma autodefesa “que é o direito do acusado de presenciar a realização das provas produzidas contra si, o de oferecer as que tiver, e o de ser ouvido antes de qualquer decisão que altere a forma de execução da pena”. Com previsão constitucional no artigo 5º, inciso LXXIV, como também previsão na LEP nos artigos 11, inciso III e 15.

c) Princípio do Duplo Grau de Jurisdição: possibilita que a decisão tomada pelo juiz da execução penal seja reformada pelo Tribunal. Isso se dá pelo Agravo de Execução, conforme o artigo 197 da LEP.

d) Princípio da Publicidade: tem previsão expressa no artigo 5º, inciso LX da Constituição Federal. Estabelece que os atos processuais da execução penal são públicos, diferentemente dos atos inquisitivos da fase do inquérito policial. Na execução todos os atos praticados devem ser publicados, exceto quando ferirem a intimidade do condenado ou o interesse social.

e) Princípio da Igualdade: segundo este autor este princípio constitucional atua nas áreas de relacionamento entre os indivíduos condenados e entre o condenado e o Estado, englobando: a igualdade de todos perante a lei, de acordo com o artigo 5º, “caput” da Constituição Federal; a inexistência de juízos ou tribunais de exceção, conforme artigo 5º, XXXVII, da Magna Carta; a consagração do juiz natural como dispõe o artigo 5º, inciso, LIV da Constituição Federal; a indeclinabilidade da prestação jurisdicional a qualquer pessoa de acordo com o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal; a garantia de qualquer pessoa ao processo legal, em caso de privação de liberdade conforme o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal como também o tratamento isonômico que o juiz deve dispensar às partes integrantes da relação jurídico-processual. Assim nenhum condenado poderá sofrer qualquer tratamento diferenciado dos demais, a não ser aqueles de caráter pessoal de cada execução.

f) Princípio da Legalidade: afirma que a execução da pena do condenado deverá seguir o que a lei dispõe, ou seja, se não houver disposição expressa em lei para que o indivíduo permaneça preso, esta prisão será ou se tornará ilegal, devendo ser

imediatamente relaxada conforme dispõe o artigo 5º, inciso LXV da Constituição Federal.

Esses são princípios constitucionais fundamentais a qualquer processo, devendo inclusive ser aplicados na execução penal, sob pena de nulidade processual.

### **4.3 Funções da Execução Penal**

Segundo a Lei de Execução Penal:

Art. 1º 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

Com a leitura do citado dispositivo legal, percebe-se que a execução penal possui duas funções, que seguem a teoria adotada pelo ordenamento jurídico em relação à finalidade da pena, qual seja a teoria eclética que afirma que a pena possui finalidade retributiva e preventiva, ou seja, retribui ao indivíduo “o mal cometido” com a pena imposta e previne uma nova infração penal.

De acordo com Marcão (2007, p. 01) a execução penal possui dupla finalidade:

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar.

Segundo ainda Capez (2005, p. 19) existe ainda a chama “prevenção especial” prevista expressamente na Exposição de Motivos da lei, qual seja a “proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade”.

Assim, para a doutrina a execução penal bem como a pena possuem dupla finalidade, que devem ser alcançadas pelo Estado quando o indivíduo passa a executar sua pena. Porém, na prática não é isso que ocorre como se pode perceber quando se analisa o índice de reincidência dos criminosos.

#### **4.4 Da Execução da Pena Privativa de Liberdade**

Transitada em julgado a sentença penal condenatória privativa de liberdade, o condenado se preso provisoriamente, é encaminhado ao presídio onde cumprirá sua pena, ou se estiver em liberdade, expedir-se-á a chamada guia de recolhimento, também chamada de “carta de guia”, que segundo Marcão (2007, p. 104): “é o documento que materializa o título executivo judicial para fins de execução”, conforme dispõe os artigos 105 a 109 da Lei de Execução Penal.

Portanto, para que se passe a execução propriamente dita são necessários dois requisitos: a sentença condenatória transitada em julgado e a prisão do condenado.

Dependendo da condição pessoal do condenado, este poderá receber diversos benefícios previstos na própria LEP, como a progressão do regime, a remição da pena, e etc, tudo para que o indivíduo cumpra a sua pena e tenha de volta a sua liberdade.

Após o cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o indivíduo ser posto novamente em liberdade mediante alvará do juiz da execução, conforme dispõe o artigo 109 da LEP. Segundo Capez (2005, p. 77): “extinta a pena, quer pelo seu integral cumprimento, quer pela ocorrência de qualquer causa extintiva da punibilidade, qualquer recusa ou retardamento doloso fará com que a autoridade judiciária ou administrativa incorra em crime de abuso de autoridade”. Assim, cumprida a pena, ou sendo esta extinta por algum motivo, deve o indivíduo libertado.

#### 4.4.1 Direitos e Deveres do Preso

Durante o cumprimento da pena privativa de liberdade o condenado possui direitos e deveres.

De acordo com os artigos 38 do Código Penal e 3º da LEP, exceto os direitos atingidos pela sentença, todos os demais serão preservados ao condenado.

Ensina Fragoso (1986, p. 41): “tem o Estado o direito de executar a pena, e os limites desse direito são traçados pelos termos da sentença condenatória, devendo o sentenciado submeter-se a ela”. Assim, a sentença é identificada como um limite entre os direitos disponíveis ao sentenciado e os não disponíveis, que ficam suspensos durante a execução da pena imposta por ela.

Segundo Mirabete (2000, p. 39-40) são reconhecidos e assegurados os seguintes direitos de índole constitucional:

- 1- o direito à vida (artigo 5º, “caput” da Constituição Federal);
- 2- o direito à integridade física e moral (artigos 5º, III, V, X e XLIII, da Constituição Federal e 38 do Código Penal);
- 3- o direito à propriedade (material ou imaterial), ainda que o preso não possa temporariamente exercer alguns dos direitos do proprietário (artigo 5º, XXII, XXVII, XXVIII, XXIX, XXX, da Constituição Federal);
- 4- o direito à liberdade de consciência e de convicção religiosa (artigo 5º, VI, VII, VIII, da Constituição Federal e 24 da LEP);
- 5- o direito à instrução (artigos 208, I, e §1º, da Constituição Federal e 17 a 21 da LEP) e o acesso à cultura (artigo 215 da Constituição Federal).
- 6- o direito e o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (artigos 5º, XII, da Constituição Federal e 41, XV, da LEP);
- 7- o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direito ou contra abusos de autoridade (artigos 5º, XXXIV, a, da Constituição Federal e 41, XIV, da LEP);
- 8- o direito à expedição de certidões requeridas às repartições administrativas para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal (artigo 5º, XXXIV, b, LXXII, a e b, da Constituição Federal);
- 9- o direito à assistência judiciária (artigos 5º, LXXIV, da Constituição Federal e 15 e 16 da LEP);
- 10- o direito às atividades relativas às ciências, às letras, às artes, à tecnologia (artigo 5º, IX e XXIX da Constituição Federal);
- 11- a indenização por erro judiciário ou por prisão além do tempo fixado na sentença (artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal).

Dispõe ainda o mesmo autor (2000, p. 40-41): são conferidos pela própria Lei de Execução Penal:

- 1- o direito ao uso do próprio nome (artigo 41, XI, da LEP);
- 2- o direito à alimentação, vestuário e alojamento (artigos 12, 13, 41, I e 29, §1º, alínea D, da LEP);
- 3- o direito a cuidados e tratamento médico-sanitário em geral, conforme a necessidade, garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido à tratamento ambulatorial (artigos 14, §2º e 43 da LEP);
- 4- direito ao trabalho remunerado (artigos 39 do Código Penal e 28 a 37 e 41, II, da LEP);
- 5- o direito de se comunicar reservadamente com seu advogado (artigos 7º, III, do Estatuto da OAB);
- 6- o direito à previdência social (artigos 39 do Código Penal, e 41, III, da LEP);
- 7- o direito a seguro contra acidente do trabalho (artigos 41, II e 50, IV, da LEP);
- 8- o direito à proteção contra qualquer forma de sensacionalismo (artigo 41, VIII, da LEP);
- 9- o direito à igualdade de tratamento salvo quanto à individualização da pena (artigo 41, XII, da LEP).
- 10- o direito à audiência especial com o diretor do estabelecimento (artigo 41, XIII, da LEP);
- 11- o direito à proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação (artigo 41, X, da LEP);
- 12- o direito à visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados (artigo 41, X, da LEP);
- 13- o direito a contato com o mundo exterior por meio de leitura e outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes (artigo 41, XV, da LEP).

Esses são direitos básicos assegurados ao sentenciado, sendo que devem ser assegurados a ele, como já dito, todos os direitos não suprimidos pela sentença, além de todos aqueles reconhecidos constitucionalmente.

Como comenta Capez (2005, p. 41): “a execução da pena implica uma relação jurídica entre o estado e o condenado, da qual irradiam, em ambos os lados, direitos e obrigações”.

Assim, detento não possui apenas direitos, mas também deveres conforme explica o mesmo doutrinador (2005, p. 41):

- a) comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
- b) obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
- c) urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
- d) conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;

- e) execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
- f) submissão à sanção disciplinar imposta;
- g) indenização à vítima ou aos seus sucessores;
- h) indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
- i) higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
- J) conservação dos objetos de uso pessoal.

Esses são direitos e deveres que são estabelecidos ao condenado para que seja possível uma relação entre Estado e sentenciado mais pacífica possível, porém, não é o que ocorre na realidade, pois apesar de todas essas regras que servem de parâmetro, muitas delas não são atendidas, tornando assim a convivência entre detentos e Estado um verdadeiro caos.

#### **4.4.2 Trabalho, Educação do Preso e Remição da Pena**

O condenado, no cumprimento de sua pena privativa de liberdade, possui uma série de prerrogativas, como já dito, mas também possui uma série de deveres, como também já foi explicitado.

Faz parte da rotina do detento, se este assim desejar, o trabalho e conseqüentemente a remição de sua pena em face do tempo trabalhado. Em contrapartida, o condenado deve manter um comportamento adequado, sob pena de cometer falta disciplinar podendo por conta disto, ter sua pena agravada.

Ensina Marcão (2007, p. 26-27) que “o trabalho do sentenciado possui dupla finalidade: educativa e produtiva”, conforme artigo 28 da LEP. Comenta ainda que respeitadas certos requisitos básicos da pessoa do condenado, como aptidão física, idade e etc, o condenado fica obrigado a trabalhar, não significando isto que se está contrariando norma constitucional que proíbe o trabalho forçado.

As regras que determinam as condições de trabalho para o sentenciado estão dispostas nos artigos 28 a 36 da Lei de Execução Penal, onde se expõe a possibilidade tanto do trabalho interno, do externo como também, da

possibilidade de remuneração por este trabalho, sendo que essa remuneração terá destinação certa conforme artigo 29 da LEP.

Para o trabalho interno se leva em consideração as aptidões físicas e a capacidade de cada detento, segundo o artigo 31 e 32 da LEP, não podendo ultrapassar a jornada de trabalho 8 horas diárias.

Já para o trabalho externo deverão ser analisados dois requisitos expostos no artigo 37 da LEP, que segundo Marcão (2007, p. 28) são: um subjetivo, onde se leva em conta a responsabilidade e disciplina do detento, e um outro objetivo que consiste na obrigatoriedade de que tenha o preso cumprido 1/6 de sua pena.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da Súmula 40, regulamenta a situação exposta:

Súmula 40. Para a obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena e regime fechado.

Assim, respeitando certas regras, é possível que seja o trabalho do preso ou uma forma de remição de sua pena, ou seja, uma forma de remuneração, para o pagamento de, por exemplo, a indenização civil decida à vítima por conta do crime praticado.

A educação do preso também deve ser observada no cumprimento da pena. Ela faz parte de um dos requisitos para a concessão de diversos benefício previstos em lei. Segundo o artigo 38 da LEP, deve o condenado além de cumprir as obrigações inerentes ao seu estado, submeter-se às normas da execução da pena.

O artigo 39 da LEP traz um rol de deveres do condenado:

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

- I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
- II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
- III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
- IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
- V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;

VI - submissão à sanção disciplinar imposta;  
 VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;  
 VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;  
 IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;  
 X - conservação dos objetos de uso pessoal.  
 Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.

Assim, o detento deve se ater às normas do estabelecimento prisional no qual irá permanecer durante a execução da sua pena, sob pena de assim não agindo, praticar faltas disciplinares.

As faltas disciplinares, conforme o artigo 49 da LEP, são classificadas em leves, médias e graves, informando que a tentativa de prática de uma dessas faltas disciplinares deve ser punida com a sanção corresponde de forma consumada.

Já o artigo 50 da LEP traz um rol de faltas graves que podem ser praticadas pelo condenado à pena privativa de liberdade:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:  
 I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;  
 II - fugir;  
 III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;  
 IV - provocar acidente de trabalho;  
 V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;  
 VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.  
 VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

As faltas cometidas pelo condenado serão aferidas pela autoridade administrativa, já que cabe a ela, conforme o artigo 47 da LEP, instaurar procedimento administrativo, para que possa apurar o ocorrido. Se comprovado o cometimento de qualquer das faltas, devem ser aplicadas as sanções disciplinares previstas no artigo 53:

Art. 53. Constituem sanções disciplinares:  
 I - advertência verbal;

- II - repreensão;
- III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único);
- IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei.
- V - inclusão no regime disciplinar diferenciado

Na aplicação destas sanções conforme o artigo 57 da LEP levar-se-á em conta a natureza da infração, os motivos e as circunstâncias para a sua prática, as conseqüências do fato, bem como o condenado que cometeu a falta e o seu tempo de prisão.

Além disso, segundo o artigo 54 da LEP, certas sanções, como as do artigo 53, incisos I a IV, da LEP, serão aplicados pelo diretor do estabelecimento, de forma motivada, já as demais só poderão ser aplicadas pelo juiz da execução, com prévia decisão fundamentada.

Ainda no que tange ao cumprimento da pena privativa de liberdade há que se falar em remição de pena, instituto previsto nos artigos 126 a 130 da LEP.

Mirabete (2000, p. 425) conceitua o instituto da seguinte forma: “Pode-se definir remição, nos termos da lei brasileira, como um direito do condenado em reduzir pelo trabalho prisional o tempo de duração da pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado ou semi-aberto”.

Portanto, para que seja possível a remição, é necessário que o condenado trabalhe, sendo esta uma forma de remir parte de sua pena.

Segundo o parágrafo 1º, do artigo 126, da LEP o tempo, para fins da remição, deverá ser contado da seguinte forma: a cada três dias trabalhados, será remido um dia da pena. Há também a possibilidade de remição de pena, quando o condenado, freqüenta curso de ensino formal, conforme dispõe a Súmula 341 do STJ:

Súmula 341. A freqüência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semi-aberto.

Resta saber, e este é um tema bastante discutido doutrinariamente, de qual pena o tempo de trabalho ou estudo é remido, da pena cumprida ou da pena aplicada. Marcão (2007, p. 171) ensina que: “a primeira posição é a correta e se revela mais benéfica ao sentenciado. Pena remida é pena cumprida; sendo assim, o tempo da pena a ser descontado em razão da remição deve somar-se à pena cumprida (pena cumprida + dias remidos)”.

Assim, este é mais um instituto criado em benefício do condenado à pena privativa de liberdade, que se mostra de aplicabilidade bastante concreta, bastando para isso que o indivíduo tenha um trabalho ou curso específico e contínuo.

## **5 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A RESSOCIALIZAÇÃO**

Como já dito, o sistema prisional brasileiro passa por um verdadeiro caos na atualidade. É alvo de muitas críticas por não conseguir estabelecer um parâmetro de ressocialização do condenado à pena privativa de liberdade em regime fechado.

O fato é que não há estrutura suficiente para atender aos ditames legais, e por conta disso, muitas das idéias tidas pelo legislador como forma de ressocialização do condenado ficam a desejar por essa falta de planejamento.

### **5.1 A Função Estatal (vigiar, punir e educar)**

Segundo a teoria eclética, adotada pelo Código Penal de 1940, a pena possui duas finalidades: retributiva e preventiva, conforme já exposto.

O Estado, no exercício de uma de suas funções, é responsável pela aplicação da pena. Essa é a função punitiva estatal, pois o indivíduo praticou o crime e deve responder por tal prática delituosa.

Porém, o Estado não é responsável somente pela aplicação da pena. Além dessa, existe ainda as funções de vigiar e educar.

A função estatal de vigiar está ligada a idéia de prevenção. O Estado no exercício de suas atribuições também deve ter o poder-dever de “vigiar” no sentido de manter a ordem, prevenindo a prática delitiva.

Já a função de educar vem da idéia de que após praticada a função punitiva, ou seja, após condenado e cumprido sua pena, o indivíduo deve ser “educado” ou “reeducado” no sentido de voltar a viver em sociedade e além disso sem reincidir no crime.

A função punitiva e a educativa devem andar juntas, pois ao mesmo tempo que o indivíduo é punido, ele deve ser preparado para a vida em sociedade, para que seja atendida tanto a teoria eclética onde deve haver retribuição, ou seja, deve haver punição pela prática criminosa, como também a prevenção para que não haja reincidência por parte deste, como a legislação penal que indica insistentemente esta formalização do sistema prisional.

Completando essas funções de punir e educar, vem a função de vigiar. Prevenindo a atuação criminosa o Estado não necessitará nem de punir e nem de educar, o que seria ideal para a sociedade como um todo.

Assim as funções estatais de completam, porém, se a primeira delas for executada de maneira ideal, as demais seriam dispensáveis, o que não acarretaria o caos existente na atualidade.

## **5.2 A Ciência Criminológica a Serviço da Comunidade**

O crime é estudado de diversas formas. As formas mais relevantes deste estudo são as direcionadas ao Direito Penal e as relacionadas à Criminologia.

O estudo do Direito Penal em relação ao crime se limita a estudar o tipo penal incriminador de cada crime disposto no Código Penal e Legislações Esparsas, ou seja, o que é objeto deste estudo é a letra da lei, a sua interpretação.

Já a Ciência Criminológica vai mais a fundo neste estudo, tem por finalidade analisar a motivação do crime, a sua origem, levando em consideração as qualidades psicológicas do criminoso.

Segundo Danielle Magnabosco (2003, p. 01): a “Ciência Criminológica ou Penologia, é o estudo do fenômeno social, cuida do tratamento dos delinqüentes, e o estudo da personalidade dos mesmos, sendo uma ciência causal-explicativa inserindo-se entre as ciências humanas”.

Essa ciência influi de forma decisiva no diagnóstico da atual situação penitenciária no Brasil. Por este estudo é possível avaliar quais são as possíveis causas que levam o indivíduo à prática delitiva. E o que se percebe é que, como explica ainda Danielle (2003, p. 01): “O problema da prisão tem sua raiz na estrutura econômica, política e social do país”.

Assim, a partir de um estudo sociológico em face da prática delitiva é de importância fundamental para a sociedade, pois com isso se obtém a realidade social do país, levando-se a descoberta de que a ação criminosa não está relacionada somente à individualidade do criminoso, mas também aos aspectos sociais do ambiente em que o mesmo vive.

### **5.3 Ressocialização**

O indivíduo depois de condenado passa a cumprir sua pena na penitenciária sob regime fechado. Nesse período de cumprimento de pena, o ideal seria que esse condenado fosse preparado para voltar à vida em sociedade. Essa é a chamada ressocialização.

A ressocialização é um dos principais objetivos da legislação penal brasileira, como dispõe a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal quando afirma que “há esforços sistematizados no sentido da reeducação do delinqüente”. É o que também dispõe a LEP:

Art. 1º. 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.

Essa, sem dúvida, seria umas das formas de desafogamento do sistema penitenciário já que há uma porcentagem gigantesca de condenados reincidentes.

### **5.3.1 Ressocialização Mínima e Máxima**

A ressocialização depende muito além da estrutura que o estabelecimento prisional proporciona ao condenado, da sua própria individualidade e consciência.

Mais uma vez entra em cena a Criminologia que estuda todos os aspectos ligados ao condenado. Para esta ciência a ressocialização do preso também está ligada à sua periculosidade, ou seja, quanto mais perigoso, menos chances ele tem de se ressocializar e está mais propenso à reincidência.

A ressocialização máxima se dá quando o indivíduo, após o cumprimento de sua pena, é libertado e consegue voltar à vida em sociedade de forma natural, com condições suficientes para que não volte a delinquir. Já na ressocialização mínima o sujeito não consegue se adequar novamente à vida social, estando sujeito, por conta disso, a praticar novos delitos.

Como se sabe a não ressocialização faz parte dos fatores que transformaram o sistema prisional brasileiro em um verdadeiro caos, pois o indivíduo para tentar se ressocializar, enfrenta diversos tipos de preconceitos por conta de ser um ex-presidiário, o que nem sempre é aceito pela sociedade, o que colabora para que o indivíduo se torne um reincidente.

### **5.3.2 Ressocialização Interna e Externa**

A ressocialização pode ser de duas espécies: interna e externa. A ressocialização externa é aquela ressocialização chamada de “máxima”, onde o indivíduo passa a se readaptar a vida em sociedade e consegue se adequar de acordo com o que impõe o meio social em que vive. Nessa hipótese o indivíduo se redime perante a sociedade, de forma a voltar a conviver de forma pacífica.

Já a ressocialização interna, não se trata bem de uma forma de ressocialização, mas sim de uma socialização. Alguns indivíduos quando condenados se adaptam de uma forma surpreendente à vida carcerária. Esse condenado é de difícil ressocialização externa, já que a partir do momento em que ele “se encontra” nesse meio, ele se adapta a tal meio social, de modo a se envolver de tal forma que não conseguirá viver em sociedade de forma natural. Esse sentenciado quando solto provavelmente voltará a delinquir, se tornando um delinqüente de difícil ressocialização.

Essa ressocialização ou socialização interna é um outro fator de crítica ao sistema prisional, pois o objetivo da pena privativa de liberdade é indicar ao sujeito o seu erro, sendo esta uma forma de puni-lo pelo fato cometido e não para que ele estabeleça laços com os demais criminosos e que acabe se tornando um criminoso reincidente que não pode mais conviver em sociedade.

#### **5.4 O Equívoco Estatal Gerando Mais Violência**

Grande parte das críticas geradas em face do sistema prisional brasileiro se deve à falta de estruturação do mesmo. Isso leva à omissão do Poder Executivo, pois é ele quem assume o poder em relação aos estabelecimentos prisionais. O Poder Judiciário apenas determina o que a lei impõe não tendo poder para fazer qualquer determinação em relação aos presídios, já que assim estaria assumindo função administrativa que não é relacionada a si, pelo Princípio Constitucional da Separação dos Poderes.

Assim o Estado é quem deve se estruturar para atender aos ditames legais, pois de nada adianta existir diversas disposições legais no sentido de melhora do sistema prisional se estes dispositivos não possuem eficácia por não ser possível sua execução.

Existem certos ditames legais que já estão dispostos em lei, sendo que só é preciso a execução dos mesmos por parte do Estado Administração.

A própria LEP determina que:

Art. 5º. Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

O princípio da individualização da pena também se aplica à execução penal, pois nela deve ser levada em consideração a individualização do condenado para que ele possa cumprir sua pena de modo adequado para que possa voltar ao meio social.

Porém, não é o que ocorre, pois por conta da superlotação dos presídios brasileiros, não é possível o cumprimento deste ditame legal de modo que todos os condenados são tratados como um só, o que prejudica a ressocialização dos mesmos. Assim uma falha estatal acarreta diversas outras falhas, o que remete ao atual caos do sistema prisional brasileiro.

Outra falha estatal é a falta de estabelecimentos adequados ao cumprimento dos demais regimes de cumprimento de pena. O sistema prisional brasileiro é dirigido exclusivamente ao cumprimento de pena em regime fechado, que mesmo assim se encontra falho, sendo omissos em relação aos regimes semi-aberto e aberto. Esses regimes, segundo a lei, necessitam, para seu cumprimento de estabelecimentos prisionais especiais, não podendo ser o mesmo estabelecimento para os condenados sob diversas formas de regime, o que mais uma vez leva à superlotação dos presídios.

Esses são alguns exemplos de omissões estatais, que ocorrem dentro dos presídios, que levam ao caos atual do sistema prisional. Existem, porém as demais omissões que ocorrem quando o indivíduo se encontra liberto.

A maioria dessas omissões está relacionada à não ressocialização.

A ressocialização do indivíduo depende dele e também da sociedade. O meio social em que o indivíduo vive influencia de forma decisiva em sua ressocialização. Assim o Estado deve criar formas de conscientização social de ressocializar o indivíduo, criando situações que incentivem a sociedade a aceitá-lo novamente no meio social, pois se não houver a ressocialização, mais uma vez esse indivíduo voltará a delinquir gerando mais um fator de superlotação prisional.

## 5.5 Possíveis Soluções

Diante de todo esse caos que toma conta do sistema prisional brasileiro, qualquer forma de solução apresentada será de bom grado, pois o que se busca é uma reforma prisional de modo a superar as dificuldades encontradas.

A primeira das soluções a serem propostas seria uma reestruturação da administração pública em relação ao sistema prisional, de modo a se passar a atender as solicitações legais em relação aos condenados bem como aos estabelecimentos prisionais.

Atualmente o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem lançando diversas campanhas, de forma a aliviar o caos prisional, indicando possíveis soluções para a superlotação nos presídios como também para a reincidência.

O CNJ traz essas sugestões com o objetivo de beneficiar tanto o condenado como a sociedade como um todo.

Segundo o site da própria instituição são estas as seguintes idéias para o ano corrente:

- a) Alterações Administrativas: essas serão propostas pelo próprio CNJ ou por órgãos do Poder Judiciário por meio de resoluções. São alterações em relação ao andamento processual.
- b) Resolução Conjunta: essa é uma forma proposta para a agilidade processual. É uma forma de comunicação dos órgãos de forma direta e rápida.
- c) Alterações Legislativas: são várias as propostas, sendo uma delas a possibilidade de o condenado ao cumprimento em regime aberto cumprir sua pena em prisão domiciliar, desde que aceite o monitoramento eletrônico. Essa seria uma forma de diminuição da superlotação dos presídios.
- d) Pagamento de fiança: será sugerida a possibilidade do pagamento de fiança para as várias espécies de crimes, mas principalmente para os de ordem financeira. Essa é outra alternativa para a diminuição da população carcerária.

e) Incentivo Fiscal para as empresas: essa é uma iniciativa que merece destaque. Aqui se oferece um incentivo fiscal para empresas que contratarem ex-presidiários para trabalharem. O que incentiva a reintrodução do ex-detento na sociedade e ainda colabora com a ressocialização além de impedir a reincidência.

f) Plea bargaining: sugere uma nova redação para o artigo 89 da Lei 9099/90. Por ela o Ministério Público pode nas ações do Juizado Especial Criminal suspender o processo crime para negociar a pena com o acusado. É um sistema já utilizado nos Estados Unidos.

Existe ainda a proposta de privatização dos presídios, objetivando um maior controle da atual crise do sistema prisional brasileiro.

Segundo Minhoto (2000, p. 161):

A privatização de presídios, entendida como política penal destinada ao enfrentamento da crise do sistema penitenciário brasileiro, ganhou foros de legitimidade e tem sido defendida por seus advogados no Brasil a partir de uma leitura e de uma apropriação seletivas da “experiência internacional”.

Assim, a experiência de certos países despertou o interesse de alguns doutrinadores no Brasil, que defendem veementemente que a privatização seria a melhor forma de controle da crise.

Há quem seja contra tal idéia, afirmando que é o Estado no poder-dever de suas atribuições quem tem responsabilidade em relação aos criminosos e às penalidades a serem impostas a eles, não havendo possibilidade do setor privado invadir tal função estatal.

Desse modo, várias são as alternativas trazidas para tentar minimizar a problemática do sistema prisional. No entanto poucas são as condições de executá-las. Primeiramente o Estado deve se auto-afirmar em relação ao aspecto da prisionalização no sentido de modificar sua estrutura para que seja implantada uma reforma prisional com o objetivo de apresentar um projeto que seja passível de execução.

Mesmo que leve tempo, essa é uma modificação indispensável à própria estrutura prisional brasileira, pois somente a construção de mais e mais

presídios não resolverá o caos existente na atualidade. É preciso muito mais do que isso. É necessária a iniciativa estatal com finalidade especificamente reformadora do sistema prisional brasileiro.

## 6. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, a pena privativa de liberdade é uma pena que comporta diversos tipos de regime de cumprimento: aberto, semi-aberto e fechado.

Analisando tais regimes o que se percebe é que o sistema prisional brasileiro é omissivo diante destes. Tais regimes são tratados de forma específica pela Lei de Execução Penal, indicando-se qual o modo de execução dos mesmos, bem como quais seriam os estabelecimentos penais adequados para cada espécie de regime, o que, porém, na prática, não é executado com eficiência.

A ineficácia das disposições legais a respeito de tais espécies de regimes é que se torna um dos fatores geradores da atual crise do sistema penitenciário.

Além desse, muitos outros fatores levam também a atual crise. É também exemplo disso a não ressocialização, a reincidência e tantos outros fatores que influenciam para a formação deste caos.

Aqui foram apresentadas algumas possíveis soluções para essa crise, de modo a tentar abatê-la. No entanto, qualquer ação deve partir primeiramente do Estado Administração, por ser ele o principal responsável pela segurança social, baseado na possibilidade de exercitar as funções atribuídas a ele.

## BIBLIOGRAFIA

ALBERGARIA, Jason. **Das penas e da execução penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ALBERGARIA, Jason. **Manual de Direito Penitenciário**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993.

BECCARIA, Cesare, **Dos Delitos e das Penas** (Tradução de Paulo M. Oliveira). São Paulo: Atena Editora. 1959.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BRASIL. **Código Penal**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Luiz Flávio Gomes. 8ª. Ed. São Paulo: RT, 2006.

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

BRASIL. Lei de Execução Penal. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984.

CAPEZ, Fernando. **Execução Penal**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão** (Tradução de Raquel Ramallete). Petrópolis: Vozes, 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Natureza Jurídica da Execução Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1987.

KLOCH, H.; MOTTA, I. D. da. **O Sistema Prisional e os Direitos da Personalidade do Apenado com fins de Res(socialização)**. Maringá: Verbo Jurídico, 2008.

LEAL, João José. **Direito penal Geral**. São Paulo: Atlas, 1998.

MAGNABOSCO, Danielle. **Sistema Penitenciário Brasileiro: Aspecto Sociológico**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1010>>. Acesso em 16 mai. 2010.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDEIROS, Rui. **Prisões Abertas**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de Presídios e Criminalidade**. São Paulo, 2000.

NUNES, Adeildo. **A Realidade das Prisões Brasileiras**. Recife: Nossa Livraria, 2005.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Vega, 1986.

SCHIMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA, Paulo S. Xavier de. **Individualização de pena no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

Justiça Criminal. **Site do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília-DF. Disponível em:

<[http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=10566&Itemid=1147](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10566&Itemid=1147)>. Acesso em 16 de mai. de 2010.