

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

FACULDADE DE DIREITO

**FINALIDADE DA PENA E RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO**

Kelsen Cardoso Miranda de Oliveira

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

FACULDADE DE DIREITO

**FINALIDADE DA PENA E RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO**

Kelsen Cardoso Miranda de Oliveira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Sandro Marcos Godoy.

# **FINALIDADE DA PENA E RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO**

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

---

Sandro Marcos Godoy

---

Guilherme Prado Bohac de Haro

---

Murillo Fernando dos Santos Ferreira Marques

Presidente Prudente, 27 de Novembro de 2012

Para o triunfo do mal basta que os bons façam nada.

(Edmund Burke)

Dedico este trabalho aos meus  
familiares, pelo apoio  
inestimável.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus.

Ao meu orientador, Prof. Ms. Sandro Marcos Godoy, pela atenção e paciência.

Aos meus pais, meu irmão e meu tio Nivaldo por acreditarem.

A minha avó pelas orações.

Aos meus parentes e amigos pela torcida, afim de que esse sonho se tornasse realidade.

## RESUMO

A presente pesquisa aborda a finalidade das penas estabelecidas no Direito Penal brasileiro na qual são aplicadas pelo Estado, e verificar se às mesmas tem a função de ressocialização do preso quanto a sua aplicabilidade. Partiremos da origem da pena, sua evolução histórica, e sua finalidade nas respectivas etapas de evolução e seu papel na sociedade. Através da demonstração dos tipos de penas existentes no Brasil e os regimes para o cumprimento destas, discutir-se-á a disposição das penas na lei, a efetiva aplicação dos princípios constitucionais que as precedem, a fim de concluir se a aplicação da pena é de maneira humana e ressocializadora, garantindo a efetividade do objetivo previsto no Direito Penal, enfocando o papel da sociedade, de ação ou omissão, frente à recepção do egresso. Com o conhecimento obtido no artigo sem a pretensão de esgotar o assunto, a causa final é discutir as formas práticas que se adéquam ao sistema penal visando que este não é um problema isolado de governantes ou do legislador e sim de todos os operadores do direito, inclusive da sociedade que devem contribuir para que a lei seja efetiva, apropriada e justa.

**Palavras-chave:** Finalidade da pena. Aplicação da pena. Ressocialização do preso.

## **ABSTRACT**

This research addresses the purpose of penalties laid down in the Criminal Law in Brazil which are enforced by the state, and check if the same has the function of rehabilitation of the prisoner as to its applicability. We leave the origin of the pen, its historical evolution, and its purpose in the respective stages of evolution and its role in society. Through the demonstration of the kinds of sentences available in Brazil and for compliance with these regimes, up-to discuss the arrangement of feathers in the law, the effective application of constitutional principles that precede them, in order to conclude whether the application of the penalty is resocialization a humanely and ensuring the effectiveness of the objective laid down in the Criminal Law, focusing on the role of society, action or omission, the front desk of egress. With the knowledge gained in the article without pretending to exhaust the subject, the final cause is to discuss practical ways that suit the criminal justice system in order that this is not an isolated problem of government or the legislature, but of all law enforcement officers, inclusive society that should contribute to the law to be effective, appropriate and fair.

**Keywords:** Purpose of the sentence. Sentencing. Resocialization of prisoners.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a. C. – Antes de Cristo

AgRg – Agravo Regimental

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal

DJ – Diário da Justiça

DJe – Diário da Justiça Eletrônico

HC – *Habeas Corpus*

LEP – Lei de Execuções Penais

REsp – Recurso Especial

RSTJ – Revista do Superior Tribunal de Justiça

RT – Revista dos Tribunais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça



# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>2 DIREITO PENAL</b> .....	11
2.1 Surgimento .....	11
2.2 Evolução Histórica do Direito Penal .....	12
2.3 Origem e Evolução da Pena .....	13
2.4 Antiguidade .....	13
2.4.1 Lei de talião.....	15
2.4.2 Código de Hamurabi .....	16
2.5 Idade Média .....	16
2.6 Idade Moderna .....	18
<b>3 CRIME</b> .....	20
3.1 Conceito .....	20
3.2 Teorias .....	21
<b>4 PENA</b> .....	24
4.1 Conceito .....	24
4.2 Utilidade e Finalidade .....	25
4.3 Teorias .....	26
4.3.1 Teoria absoluta ou retributiva da pena .....	26
4.3.2 Teoria relativa ou preventiva da pena .....	27
4.3.3 Teoria mista .....	27
4.4 Espécies de Penas Aplicadas pelo Estado .....	29
4.4.1 Pena restritiva de direito .....	30
4.4.1.1 Prestação pecuniária .....	32
4.4.1.2 Perda de bens e valores .....	34
4.4.1.3 Prestação de serviço à comunidade .....	35
4.4.1.4 Interdição temporária .....	37
4.4.1.5 Limitação de fim de semana .....	38
4.4.2 Pena de multa .....	39
4.4.3 Pena privativa de liberdade .....	42
<b>5 DA PRISÃO</b> .....	46
5.1 Realidade Carcerária .....	46
5.2 Desvalorização da Pessoa .....	52
5.3 O Fenômeno da Prisionização .....	53
<b>6 RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO</b> .....	56
6.1 Reincidência .....	56
6.2 Estigmatização .....	56
6.3 Falta de Assistência Estatal para o Egresso .....	57
<b>CONCLUSÃO</b> .....	59
<b>REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA</b> .....	61

## INTRODUÇÃO

O assunto questionado neste trabalho é de considerável ênfase e polêmica, nas áreas jurídica, política e social, pois através do sistema penal brasileiro vem se buscando meios para a ressocialização do preso de forma efetiva e adequada.

Numa breve análise histórica, pode-se comentar que as penas e os castigos que o Estado aplicava àqueles violadores das normas, foram evoluindo em face de uma atenção maior a humanização. A partir da obra "Dos delitos e das penas" do autor Cesare Beccaria, as penas desumanas e degradantes do primeiro sistema punitivo renunciaram seu espaço para outras, com entendimento mais humanitário, cujo objetivo é a recuperação do delinqüente. Assim, as penas corporais foram revertidas em penas privativas de liberdade, persistindo este objetivo de humanização das penas, até os dias atuais.

A pena não tem um conceito genérico, válido para qualquer lugar e momento. Consiste em uma definição legal de cada código penal em específico, em que estão elencadas as penas, cujas variações incidem as mudanças vividas pelo Estado.

A utilidade da pena dá-se pelo fato de que, teoricamente, a partir de sua aplicação, o infrator desista de praticar novos crimes. Contudo, se pararmos para analisar, pode-se concluir que a melhor forma de evitar que delitos sejam cometidos é a prevenção e não a punição.

A finalidade da pena é impedir que o criminoso cometa futuros delitos e não cause danos à sociedade, porém, é necessária a adequação e utilidade da sanção para que não cause danos contrários à sociedade.

Muitos doutrinadores do Direito defendem a afirmação clara, explícita e positiva de que a pena deve ressocializar o preso, introduzindo-o na sociedade, contudo, este objetivo não tem sido aplicado no campo jurídico, político e social, pois as penitenciárias encontram-se superlotadas, a reincidência está em níveis elevadíssimos, não são criadas ações políticas afirmativas, as penas não são

aplicadas de forma adequada ao caso concreto, e na sociedade há o preconceito em relação aos ex-presidiários estigmatizando-o, desta forma não se encontra saída para ressocialização do preso.

Destarte, que a sociedade e a comunidade jurídica reclamam resultados ainda não alcançados pelo Direito Penal brasileiro, sendo um dos principais caminhos para o estudo e compreensão do tema é identificar o fim, ou os fins, da pena, já que o Direito Penal tem sido avaliado por aquilo que se entende que deva ser seu resultado, que é buscado, *lato sensu*, com a pena. E ao final, entender como se encontra o cenário atual do sistema carcerário brasileiro, a fim de analisar criticamente se a finalidade e utilidade da pena estão em consonância com os princípios maiores da Carta da República.

## 2 DIREITO PENAL

### 2.1 Surgimento

Ramo do direito público, o direito penal, responsável pela descrição de condutas criminosas com as respectivas penas a fim de prevalecer o *ius puniendi* estatal objetivando a proteção de bens jurídicos relevante para uma sociedade civilizada e harmônica.

Era necessária a criação de regras para harmonizar o convívio social sendo impostas sanções para impor aquilo que era de sentimento comum de um povo. Luiz Regis Prado (2002, p.54) ensina sobre a criação de regras:

O homem, por sua própria natureza, vive e coexiste em comunidade (*relatio ad alterum*). O Direito regula o convívio social, assegurando-lhes as condições mínimas de existência, de desenvolvimento e de paz. Tanto assim é que a sociedade e Direito se pressupõem mutuamente (*ubi societas ibi jus et ibi jus ubi societas*).

O direito penal surgiu desde os primórdios da civilização a fim de garantir a convivência pacífica mínima entre os membros de uma sociedade. Pode-se afirmar que nesse momento não era um direito penal com codificações ou imposto pelo direito público estatal. Era um direito penal voltado para vingança privada.

Nas palavras do eminente jurista Bitencourt (2010, p.31):

Quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e o demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o Direito Penal com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens.

Assim, com as desestabilizações das relações de uma determinada sociedade, faz-se necessária a criação de um sistema de regras de caráter coercitivo a fim de resgatar a paz social. Logo, quem desempenha esse papel é o direito penal.

## 2.2 Evolução Histórica do Direito Penal

Sempre para se adentrar em uma linha do tempo do desenvolvimento de um ramo do direito, é de ordem buscar raízes históricas para bem compreender os estágios de desenvolvimento, pois o passado, na visão de Fustel Coulanges em sua magnífica obra “A cidade antiga” (1975, p.9):

“[...] felizmente, o passado nunca morre totalmente para o homem. O homem pode esquecê-lo, mas continua sempre a guardá-lo em seu interior, pois o seu estado, tal como se apresenta em cada época, é o produto e o resumo de todas as épocas anteriores. E se cada homem auscultar a sua própria alma, nela poderá encontrar e distinguir as diferentes épocas e o que cada uma dessas épocas lhe legou.”

Historicamente, o direito penal evoluiu da vingança privada, passando pela vingança divina, atingindo o ápice na institucionalização da vingança pública através do Estado. De tal sorte, a evolução ocorreu de forma cronológica e pelos povos de acordo com as respectivas necessidades de pacificação social. Ressalta-se nesse ponto que o direito penal e o estudo da pena são indissociáveis.

Assim, para o eminente penalista Luiz Regis Prado (2002, p.67-68):

A história do Direito Penal reflete o estado social e as ideias que o caracterizam. As etapas da evolução da justiça punitiva podem ser assim resumida: a) Primeira época. *Crimen* é atentado contra os deuses. Pena, meio de aplacar a cólera divina; b) Segunda época. *Crimen* é agressão violenta de uma tribo contra outra. Pena, vingança de sangue de tribo a tribo; c) Terceira época. *Crimen* é a transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo poder do Estado. Pena é a reação do Estado contra a vontade individual oposta à sua.

Portanto, em seguida serão buscadas as raízes históricas da evolução da pena, pois o direito penal não teria a razão de ser caso não fosse agregado aos seus sistemas à ideia de pena. Por mais antigo que seja a idealização de um direito punitivo, ao que parece, antes de ser um sistema que descrevesse condutas incriminadoras, era o intento de punir que se sobrepunha no sistema.

### **2.3 Origem e Evolução da Pena**

Ao longo da história o direito penal foi se desenvolvendo e junto a ele, de modo praticamente inexorável, surge como consequência lógica a sanção penal. Sem esta, o direito penal não teria sentido de existir, pois vazio de conteúdo sancionatório, ele não atingiria seu intento que é a harmonização social protegendo valores que é caro a uma sociedade civilizada.

Desta forma, a pena evolui da mesma forma e proporção que desenvolve o direito penal. Cada povo dentro de um determinado momento histórico montou seu sistema penal, sempre atribuindo a determinadas condutas uma pena. Essas penas foram das mais várias possíveis.

Vale lembrar que nos povos antigos o direito penal era impregnado de conteúdo religioso, conforme lição de Bitencourt (2010, p.59) “Esta fase, que se convencionou denominar fase da vingança privada, resultou da grande influencia exercida pela religião na vida dos povos antigos.”

Em seguida a este trabalho, viaja-se na linha do tempo descrevendo a origem e evolução da pena de acordo com a história de cada povo.

### **2.4 Antiguidade**

A origem da pena coincide com o surgimento do Direito Penal, em virtude da constante necessidade de existência de sanções penais em todas as

épocas e todas as culturas. A pena é a conseqüência jurídica principal que deriva da infração penal.

A criminalidade sempre foi constante no desenvolvimento da humanidade, conseqüentemente, a punição também sempre se fez presente.

A idéia de pena nasceu com os povos primitivos, derivado do sentimento de vingança, primeiramente de forma privada, e posteriormente tornou-se de competência jurídica. A *vingança* persistiu até o estabelecimento das penas públicas.

Nesse contexto, o autor Oswaldo Henrique Duek Marques, em sua obra “Fundamentos da Pena” (2000, p.9), expõe:

O sentimento de vingança, como manifestação totêmica, ou decorrente dos tabus, foi sem dúvida, a primeira expressão da fase mais remota de reação punitiva entre os povos primitivos. A violação aos princípios inexplicáveis dos totens e tabus conduzia o homem primitivo ao sentimento de aversão do mal provocado pelo autor da violação. Esse sentimento, então, se expressava por meio de vingança exercida pela própria comunidade, sem qualquer finalidade voltada para prevenção de novas transgressões. A vingança tinha por finalidade a destruição simbólica do crime, como forma de purificar a comunidade contaminada pela transgressão.

Logo, verificar-se-á que desde a antiguidade, a vingança como forma de punir o infrator não tinha o objetivo de evitar novos delitos, e isso perdurou ao longo dos anos, por isso, o caráter da pena não tinha e inflexivelmente continua sem ter a pretensão de ressocializar o criminoso.

Ao expor a evolução histórica da pena de forma sucinta, o autor Orandyr Teixeira Luz (2000, p.1) afirma:

A pena, em seu contexto mais amplo, tem sua origem em tempos remotos, sendo tão antiga quanto o surgimento do próprio homem. Bem por isso, traçar sua evolução histórica não é tarefa das mais fáceis, pois os avanços e retrocessos havidos impedem a fixação de indicadores mais precisos, dificultando qualquer pretensão narrativa de ordem cronológica.

É mister destacar, as principais fases históricas da pena. Na antiguidade o desrespeito às normas de convivência estabelecida nas civilizações

primitivas tinha o encarceramento como punição ao delinqüente, com o fim de preservá-lo fisicamente, do julgamento à sua execução, de forma precária, como forma de segurança social.

Na maioria das vezes, essas prisões tinham como resultado a morte, penas desonrosas e corporais. Na Grécia e em Roma se a prisão fosse por dívida, o devedor somente seria liberto se pagasse a dívida ou alguém pagasse por ele. Já no caso dos escravos, se cometessem desobediência, as penas eram impostas pelos juízes, ao *pater-familiae*, e esta deveria ser imposta, sob pena de perder a propriedade do escravo, este era submetido à prisão temporária ou perpétua, ou então a trabalhos forçados de caráter público por um determinado tempo.

#### **2.4.1 Lei de talião**

Talião em latim significa idêntico, ou seja, essa lei foi assim denominada para simbolizar a principal característica dessa lei que é a proporcionalidade entre a conduta delituosa e a pena imposta. A máxima “olho por olho, dente por dente” explicita melhor essa forma proporcional ou idêntica de tratamento entre conduta e punição.

Essa lei surgiu na Babilônia por volta do século XVIII a.C., e influenciou significativamente o código futuro daquele povo, pois o rei Hamurabi partiu de seus princípios para a consolidação de seu código de leis que regulou a civilização babilônica até o fim do Império.

Predominava nessa época a justiça privada, em que a vingança individual fazia prevalecer à justiça pelas próprias mãos, pois não era o Estado institucionalizado que aplicava as penas aos infratores, eram as próprias vítimas ou a família desta que se utilizavam desta lei para aplicar a pena.

Então, nesse ideal de proporcionalidade, a relação entre a conduta delituosa e conseqüente pena ocorria das seguintes formas, exemplificando-as: caso em uma contenda um fere o olho do outro e cega-o, esse poderá também cegar o primeiro como forma de punição; um estuprador teria seu órgão genital ceifado como



pena; um ladrão teria sua mão cortada; um assassino ou seria morto ou teria um membro de sua família morto como consequência do seu homicídio.

Portanto, para os autores, essa proporcionalidade extraída da lei de talião mais se aproxima a uma reciprocidade do que propriamente uma idêntica relação entre conduta e pena. Observa-se que os povos posteriores se basearam de uma forma ou de outra a essa proporcionalidade que a lei de talião impôs.

#### **2.4.2 Código de Hamurabi**

Por volta de 1.800 a.C., o rei do Império Babilônico, Hamurabi, criou o que os historiadores consideram um dos primeiros código jurídico. Esse código, com seus 280 artigos, regulava os direitos e deveres dos babilônicos nas esferas administrativa, privada e penal. Nele, condutas eram criminalizadas e punições eram impingidas aos súditos que as praticavam. Segundo consta, esse Código sucedeu a Lei de Talião, tendo-o por base. E mesmo após a derrocada do Império Babilônico, traços desse código podem ser observados em diversos outros sistemas jurídicos de outros povos.

Na esfera penal, o código previa pena de morte para condutas como roubar pessoas ou coisas, ajudar escravo a fugir, arrombar casa, enganar pessoas, dentre outras. Havia também outros tipos de penas tais como: perda de bens, exílio, destituição da família e prisão. De uma leitura minuciosa desse código, pode-se concluir que para a maior parte dos delitos previstos, a pena imposta era a morte, ou seja, era a pena mais comum para aquele povo naquela época.

#### **2.5 Idade Média**

Na idade média as características da pena continuam as mesmas, intuito de garantir o preso para que esse não fuja da punição. Surgem neste período

a prisão eclesiástica e a prisão de Estado, na primeira se o preso não recebesse o perdão judicial, ficava detido temporariamente ou perpetuamente. Já a prisão de Estado se destinava aos sacerdotes e religiosos que violavam as normas eclesiásticas, eram penalizados à prisão numa ala dos mosteiros onde eram submetidos à penitência e meditação, para que assim repensassem sobre o mal causado e tivessem seu próprio perdão.

Na idade média predominava também o direito ordálico, onde Deus era invocado pelo infrator ou pelo sacerdote, este aplicava uma sentença, emitida através de veneno, água, sementes, fogo, etc., se o sinal fosse favorável ao réu este era considerado inocente se fosse desfavorável estaria provada sua culpabilidade.

Ao discorrer os marcos dessa fase, se faz mister citar o autor Orandyr Teixeira Luz (2000, p.5), que diz:

É de se destacar na Idade Média, caracterizada por um sistema punitivo desumano e ineficaz, a influência penitencial canônica, que contribuiu sobremaneira com o surgimento do isolamento celular, o arrependimento e a correção do delinqüente, bem como com outras idéias voltadas à procura da reabilitação do recluso.

Neste período muitas barbáries foram praticadas contra os infratores, humilhações, espancamentos, decapitações, enforcamentos, atinavam fogo, amputações, eram espetáculos públicos aos quais eram submetidos, a platéia se divertia, tais medidas eram impostas pelos governantes, e o *status* social do réu influenciava na imposição da pena.

Ademais, o direito penal dessa época sofreu forte influência do direito canônico, pois era a época em que a Igreja dominava e monopolizava todas as bases políticas estatais, incluindo seu dogmatismo para abster o povo de práticas delituosas. Clero e nobreza governavam juntos. Então o sistema normativo era muito influenciado pelos cânones da Igreja e do Cristianismo. “A influência do cristianismo na legislação penal foi extensa e importante.” (PRADO, 2002, p.73).

O direito romano e o canônico aproximaram-se em muitos pontos. Principalmente quando se tratavam do sistema punitivo, pois naquele momento o delito tinha dupla violação, ou seja, ofendia regras de ordem morais e religiosas, e ao mesmo tempo violava regras estatais impostas pelo Imperador.

## 2.6 Idade Moderna

Nos séculos XVI e XVII, a Europa sofreu com o aumento de crimes devido ao crescimento incontrolado da pobreza, que se mantinha através do crime. Como o número de delinqüentes era abundante, não poderiam ser punidos com a pena de morte, então não investiram no desenvolvimento das penas privativas de liberdade, criando as prisões organizadas.

Assim, Orandyr Teixeira Luz (2000, p.5), ao discutir a reforma institucionalizada, diz:

A finalidade da instituição seria, por meio do trabalho e da rígida disciplina, reformar os delinqüentes, pretendendo desestimular a prática da vadiagem e do delito, além de considerar que “pudesse autofinanciar-se e alcançar alguma vantagem econômica”, decorrente do trabalho produzido no ramo têxtil.

Foram criadas ainda prisões especiais para mulheres e jovens, para manusear a delinqüência de menor potencial ofensivo. Os delitos mais graves eram punidos com o exílio, pelourinho, açoite, entre outros.

Destacaram-se à época as prisões holandesas que alcançaram seus objetivos com êxito, seu modelo foi aderido por diversos outros países europeus.

Das penas que mais se destacaram como bárbaras e cruéis, foi a pena de galés, onde os prisioneiros eram acorrentados num banco de um bote flutuante, e eram obrigados a remar.

Em 1667, foi criado o *Hospício de San Felipe Neri*, localizado em Florença, instituído pelo sacerdote Filippo Franci, lá crianças e jovens infratores usavam um capuz na cabeça durante as atividades coletivas que impossibilitavam de ver uns aos outros, uma das medidas utilizadas para a reforma desse grupo de transgressores.

Este período foi marcado também pela reforma carcerária e do sentido reabilitador da pena privativa de liberdade, onde jovens, adolescentes e crianças,

menores de 21 anos, eram isolados, trabalhavam, tinham instrução religiosa e uma disciplina rígida era utilizada para corrigi-los, esse meio de reforma foi executado na Casa de Correção de São Miguel, em Roma, sob orientação do Papa Clemente XI.

Esta última reforma obteve sucesso, adotada em vários países e foi base para o tratamento institucional do delinqüente hoje.

Em suma, devido à pobreza extrema e o exorbitante número de delinqüência, desencadearam o nascimento e desenvolvimento da pena privativa de liberdade. Os fatores socioeconômicos e o fracasso da pena de morte que não coibia as novas práticas de crimes, que por sua vez não garantia segurança social, acarretaram a efetividade das penas privativas de liberdade.

## 3 CRIME

### 3.1 Conceito

O crime pode ser conceituado cientificamente de diversas formas conforme a classificação que se adota. A doutrina não diverge muito em relação a esses conceitos e aponta as principais classificações sob o prisma formal, legal, material, criminológico, sociológico e analítico.

No conceito formal, o ilustre jurista Gomes (2007, p.164) escreve “Delito, do ponto de vista puramente formal, é o que o Estado descreve literalmente na lei como tal”.

Conceituando-se sob o prisma legal, consoante ao art. 1º da lei de Introdução ao Código Penal:

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

No conceito material, “Crime, portanto, seria o fato humano lesivo ou perigoso (ofensivo) a um interesse relevante.” (PRADO, 2002, p.206).

No aspecto criminológico, Gomes citando Garófalo (2007, p.166) conceituou assim o crime:

[...] a lesão daquela parte do sentido moral que consiste nos sentimentos de piedade (respeito os valores alheios da personalidade) e de probidade (respeito aos demais bens dos terceiros), desde que haja ofensa a tais sentimentos na parte mais comum, a que se considera patrimônio moral indispensável de qualquer indivíduo na comunidade.

Já conceituando crime sob o prisma sociológico é “[...] uma conduta discrepante ou desviada que se afasta dos modelos de comportamento reconhecidos e que não atende às expectativas sociais.” (GOMES, 2007, p.167).

Por fim, não exaurindo as demais classificações, mas constando as principais, o crime sob o aspecto analítico é para a teoria tripartida adotada predominantemente entre os doutrinadores brasileiros fato típico, antijurídico e culpável. Para os que adotam a teoria bipartida, crime é apenas fato típico e antijurídico sendo a culpabilidade pressuposto da pena, conforme ensina o Professor Damásio Evangelista de Jesus.

### 3.2 Teorias

A teoria clássica do crime considerava as condutas delituosas como infrações morais-religiosas, tanto que a palavra delito significava pecado. Então nesse momento o aspecto criminal tinha forte influência religiosa. Foi muito influenciada pelo Iluminismo, e essa escola tinha seus fundamentos no jus naturalismo de Grócio, e o contratualismo de Rousseau. Mas essa escola foi evoluindo com os pensadores Cesare Lombroso, Rafael Garófalo e Enrico Ferri e atingiu seu ápice com escola denominada pelos historiadores de positivista.

Assim, cada um desses pensadores tinha concepções diferentes sobre o crime, tendo apenas o ponto em comum que era utilização de métodos científicos e empíricos para formarem suas teorias.

Cesare Lombroso, fundador da escola positivista “[...] reconhecia que o crime pode ser consequência de múltiplas causas, que podem ser convergentes ou independentes.” (BITENCOURT, 2010, p.87). Para ele, existia tipologia de delinquentes: “a) natos; b) por paixão; c) louco; d) de ocasião; e) epilético.” (BITENCOURT, 2010, p.87). Sua obra *Antropologia Criminal* tentava “encontrar uma explicação causal do comportamento antissocial.” (BITENCOURT, 2010, p.88). Ainda o eminente jurista Bitencourt (2010, p.88) cita a sua mais importante lição:

O criminoso nato de Lombroso seria reconhecido por uma série de estigmas físicos: assimetria do rosto, dentição anormal, orelhas grandes, olhos defeituosos, características sexuais invertidas, tatuagens, irregularidades nos dedos e nos mamilos etc.

Rafael Garófalo escreveu em 1885 a *Criminologia*, que trouxe em sua obra quatro principais princípios citados por Bitencourt (2010, p.88):

- a) a periculosidade como fundamento da responsabilidade do delinquente;
- b) a prevenção especial como fim da pena, que, aliás, é uma característica comum da corrente positivista;
- c) fundamentou o direito de punir sobre a teoria da Defesa Social, deixando, por isso, em segundo plano os objetivos reabilitadores;
- d) formulou uma definição sociológica do crime natural, uma vez que pretendia superar a noção jurídica.

O terceiro expoente da escola positivista foi Enrico Ferri que escreveu a obra *Sociologia Criminal* fazendo uma síntese das ideias de Garófalo e Lombroso, diferenciando desses dois autores no tocante à recuperação dos criminosos.

[...] a maioria dos delinquentes era readaptável. Consideravam incorrigíveis apenas os criminosos habituais, admitindo assim, mesmo, a eventual correção de uma pequena minoria dentro desse grupo. (BITENCOURT, 2010, p.89)

A escola positivista deixou importantes contribuições a destacar:

- a) a descoberta de novos fatos e a realização de experiências ampliou o conteúdo do direito;
- b) o nascimento de uma nova ciência causal-explicativa: a criminologia;
- c) a preocupação com o delinquente e a vítima;
- d) uma melhor individualização das penas (legal, judicial e executiva);
- e) o conceito de periculosidade;
- f) o desenvolvimento de institutos como a medida de segurança, a suspensão condicional da pena e o livramento condicional;
- e g) o tratamento tutelar ou assistencial do menor. (PRADO e BITENCOURT, 1995, p.33).

Essas foram as teorias que mais se debruçaram no crime em si, surgindo inclusive nessa época a ciência da criminologia, com seus objetos bem delineados que são conhecidos na atualidade: crime, criminoso, vítima e controle social. Posteriormente novas escolas foram estudando o crime sob diversos outros

aspectos, mas destacam-se por ora neste trabalho, as escolas que plantou a semente do estudo do crime que existe. Só para citar, há a escola moderna alemã, escola técnico-jurídica, escola correccionalista e escola da defesa social.



## 4 PENA

### 4.1 Conceito

O eminente jurista Gomes (2007, p.654) ensina-nos que a pena pode ser conceituada como:

Pena: é a sanção (castigo) imposta pelo Estado (pela autoridade judicial competente), quando necessária (para fins de repressão e de prevenção), de acordo com o devido processo legal, ao agente culpável de um fato punível.

Como se pode perceber, a pena indissociável que é do direito penal, é a consequência jurídica do *ius puniendi*. Assim, toda conduta considerada criminosa, depois de observado o devido processo, culmina fatalmente em uma sanção que é gênero da qual a pena é uma espécie.

Essa distinção entre gênero espécie na visão de Gomes (2007, p.654) é relevante, pois “[...] Toda medida alternativa é uma sanção, mas nem sempre ela conta com natureza penal”.

Já o douto jurista Bitencourt (2010, p.98) conceitua a pena da seguinte forma:

Ainda que se reconheçam fins preventivos – gerais ou especiais – para a doutrina tradicional, a pena é concebida como um mal que deve ser imposto ao autor de um delito para que expie sua culpa. Isso não é outra coisa que a concepção retributiva da pena.

Frisam-se outros conceitos importantes que bem delineia o real significado da pena criminal. Kuehne (2003, p.24) colaciona os conceitos em sua obra a saber:

È a perda de bens jurídicos imposta pelo órgão da justiça a quem comete crime. Trata-se de sanção característica do Direito Penal, em sua essência retributiva (citando FRAGOSO)

Pena é a consequência jurídica do crime, isto é, a sanção estabelecida pela violação de um preceito penal (citando BETTIOL)

É a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração penal, como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos (citando DAMÁSIO)

Portanto, a pena terá seu conceito conforme a teoria sobre a utilidade ou finalidade da pena a explicar, o que será melhor analisado no tópico a seguir.

## **4.2 Utilidade e Finalidade da Pena**

A pena busca prevenir o delito no seu caráter prático, no que tange a função social pode dizer que a pena objetiva a ressocialização, concretizando o direito positivo quando aplicadas às penas privativas de liberdade ou restritiva de direitos, por isso dizer que tem função sociológica.

Ao longo do tempo, a pena foi modificando-se sua utilidade e finalidade de acordo com o momento histórico. No primeiro momento podemos resgatar a pena com um fim em si mesma. Não tinha caráter retributivo e tampouco preventivo. Ela punia porque deveria punir.

Essa visão, nada humanitária da pena, era impregnada de mistérios religiosos, uma concepção ignorante do ponto de vista civilizatório. Basta tomar como exemplo a época das Ordálias, que punia simplesmente porque o pecador não suportava a prova que lhe foi imposta, e por isso, pela vontade de Deus, deveria ser impingida uma pena. Também na idade média, em que a inquisição punia pessoas que eram queimadas vivas pelo simples fato de serem contrários aos dogmas religiosos vigentes. Joana Darc foi queimada por manter contatos com espíritos, e não negar esse fato perante o clero. Galileu Galilei por pouco não foi jogado à fogueira por defender o heliocentrismo. Teve que renunciar publicamente o que defendera para não ser punido. Já Giordano Bruno não abriu mão das ideias que defendiam e foi queimado na fogueira.

Então, como se pode observar, a pena nem sempre teve a mesma utilidade e finalidade. A partir do momento em que a sociedade evoluiu no aspecto filosófico e científico, as ciências jurídicas também se transformaram. Deixaram de ser algo metafísico, intangível à razão do homem, para ser um conjunto de regras com bases jurídicas, sociológicas e políticas, mais racional. Em consequência, a pena deixou de ser um fim em si mesmo, passando a ter outras funções, sendo útil e tendo uma finalidade mais razoável.

A função da pena tem como base algumas teorias descritas a seguir.

### **4.3 Teorias**

#### **4.3.1 Teoria absoluta ou retributiva da pena**

A “Teoria Absoluta” nos traz que aquele que violar as normas penais perderá sua cidadania.

Para Kant, deve prevalecer uma comunicação direta entre o direito e a moral, por isso as relações humanas devem ter como fundamento parâmetro legal.

Para Hegel, a pena tem natureza jurídica e não ética, pois a pena anula o crime, acreditando ele que a essência da pena estaria na negação da negação ao direito.

Nessa teoria, está inserida a escola clássica que, defendia uma linha filosófica de cunho humanitário, em que a pena fosse um meio de tutela jurídica e de retribuição da culpa moral, pois a pena deveria corresponder exatamente ao grau, adequação e proporcionalidade ao dano causado.

Em outras palavras, a função retributiva era punir o mal pelo mal, isto é, naquilo que era considerado crime, o agente deveria sofrer de um mal imposto pelo Estado para que ele penitenciasse sua culpa moral. Já no aspecto jurídico, a função retributiva era uma consequência lógica, pois o crime era descrito pelo

preceito primário da tipificação – descrição da conduta criminosa – e o preceito secundário que é a consequente pena aplicada ao praticar a conduta delituosa.

#### **4.3.2 Teoria relativa ou preventiva da pena**

Na Teoria Relativista, visavam a pena como um fim prático de prevenir a prática de delitos. A punição é consequência da violação das normas penais, logo não se devem cometer crimes.

A finalidade da pena para essa teoria era a de dissuadir as demais pessoas na prática criminosa, pois quando a pena era aplicada a um infrator, o Estado a divulgavam com o intuito de desestimular os demais para não incidirem na mesma prática.

Esta teoria divide-se em teoria da prevenção especial e teoria da prevenção geral, a primeira não é dotada de idoneidade capaz de fundamentar as consequências jurídicas ao delito, quanto a segunda não consegue superar determinadas objeções que a ela podem ser opostas, restando, portanto, ineficaz a tarefa de justificar e fundamentar o sistema das sanções penais em decorrência do delito.

#### **4.3.3 Teoria mista**

Conclui-se que ambas as teorias não resistem às críticas, sendo que as mesmas deixam dúvidas a desejar, pois não possuem fundamentos válidos ao sistema penal. A pena seria intimidação para todos, ao ser cominada abstratamente, e para o criminoso, ao ser imposta no caso concreto. A pena teria assim caráter intimidatório com a coação psicológica.

Das principais características da Teoria Mista, observar-se-á o objetivo da sanção penal de retribuir e prevenir a infração. A punição se dá porque infringiu a norma e para que isso não venha novamente acontecer.

Nesta teoria defende-se que a pena é retributiva, mas que primeiramente devem realizar a função de prevenção. Esta retribuição limita o poder punitivo do Estado, na medida em que a pena somente poderá ser aplicada se houver motivo punível, caso contrário a retribuição não será absoluta, desta forma viola o preceito humanitarista e a ideia utilitarista, na busca de permitir ao condenado que se readapte para vida em sociedade.

Em síntese, podemos afirmar que a aceitação da teoria mista decorre em muito do fato de que analisam a pena de forma angular, em vários ângulos, ressaltando todas as fases da reação penal, não se restringindo apenas em um dos aspectos presentes nas consequências jurídico-penais aos delitos.

Contudo, todas as teorias anteriormente abordadas não obtiveram sucesso, pois havia muita contradição, vazios sem fundamentação doutrinária ou legal. Surgiu então a “Teoria da Prevenção Geral Positiva” que se divide em “fundamentadora” e “limitadora”.

Welzel defendia a “fundamentadora”, na qual idealizava que o direito penal deveria ter como foco a ética-social. Desta forma, a pena mostraria no seu conteúdo, existência, validade e efetividade de valores por eles determinados e suscetíveis de tutela Estatal. Pois acreditava que era função do direito penal harmonizar as relações humanas por meio da aplicação da pena em seu respectivo caso concreto previsto no ordenamento como ato ilícito.

Já a “limitadora” prevê a prevenção geral como limitação ao poder punitivo do Estado, caracterizando o direito penal como meio de controle social. A pena tem como especialidade a intimidação e idealiza a ressocialização como forma de prevenção social. O objetivo é a busca pela reeducação onde deve prevalecer um processo entre o indivíduo e a sociedade, em que o Estado tem sua atuação limitada a fim de respeitar os direitos de todos.

Segundo a legislação brasileira a finalidade da pena tem como escopo princípios constitucionais que devem ser respeitados, são eles, princípio da legalidade, da humanidade, pessoalidade e individualização da pena e culpabilidade.

Tais princípios foram extremamente importantes para humanização das penas, bem como para sua aplicação, visto que, no Brasil foram cometidas muitas atrocidades desde os tempos mais remotos.

O autor Adel El Tasse (2003, p.80), quanto aos preceitos constitucionais que amparam a finalidade da pena, a saber – “A vida humana é, seguramente, o bem de maior valor, tendo o Estado o dever inafastável de protegê-la, tanto contra as agressões advindas do convívio em sociedade, como também contra as do próprio poder do ente estatal.”

Nota-se que a Constituição Federal de 1988, adequada ao pensamento contemporâneo em direito penal, atendeu à humanização da pena, tendo evoluído para a fixação constitucional das garantias fundamentais, na aplicação da lei penal, do respeito à condição humana.

#### **4.4 Espécies de Penas Aplicadas pelo Estado**

No ordenamento jurídico penal brasileiro, existem dois gêneros principais de penas: privativa de liberdade e restritiva de direito. Esta última se desdobra em diversas espécies com assento no art. 5º, XLVI da CF/88 *in verbis*:

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) [...]; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;

No tocante as penas privativas de liberdades, essas se desdobram em pena de reclusão e detenção, que serão melhores explicadas adiante, inclusive sobre a distinção de ambas.

Ressalta-se que todas as penas têm como limitadores de sua aplicação, o próprio art. 5º da CF/88 que traça como mandamento de que não haverá penas de morte - salvo caso de guerra declarada -, perpétua, trabalho forçado, banimento e cruéis.

A seguir neste trabalho, adentrar-se-á detidamente em cada uma das espécies de pena existente no sistema pena brasileiro.

#### 4.4.1 Pena restritiva de direito

A nomenclatura dada a essa pena sofre algumas críticas, pois ela não coaduna com o real significado de cada espécie de pena restritiva. Assim, Bitencourt (2010, p.548) sugere a seguinte classificação:

Teria sido mais feliz a classificação geral das penas em: privativas de liberdade (reclusão e detenção); restritivas de liberdade (prisão domiciliar, limitação de fim de semana e prestação de serviço à comunidade); restritivas de direitos (compreendendo somente as efetivas interdições ou proibições) e pecuniárias (multa, prestações pecuniárias e perda de bens e valores).

Superada a pertinente crítica, o trabalho basear-se-á na nomenclatura utilizada nos textos legais ainda que não seja o mais tecnicamente adequado. Passa-se a seguir a analisar o instituto da pena restritiva de direito.

Houve uma reforma no código penal em 1.998 (Lei nº 9.714/98) com o intuito de alargar o rol dessas espécies de penas a fim de desafogar o sistema carcerário superlotado e após a conclusão de que a pena de prisão não vem cumprindo o sua missão que é a reinserção do condenado ao convívio social.

Assim, conforme a exposição de motivos ao projeto de lei nº 2.684/96, evidenciou-se a tendência do legislador em tratar a pena de prisão a *ultima ratio* consoante ao falido propósito reintegrador. Abaixo a exposição do Ministro da Justiça Nelson Jobim:

[...] caminhamos a passos cada vez mais largos para o entendimento de que a prisão deve ser reservada para os agentes de crimes graves e cuja periculosidade recomende seu isolamento do seio social. Para os crimes de menor gravidade, a melhor solução consiste em impor restrições aos direitos do condenado, mas sem retirá-lo do convívio social.

Contudo, essas penas são cabíveis quando o agente preencher os pressupostos objetivos e subjetivos previstos em lei. E quando preenchidos, passa a ser um direito subjetivo do agente e um dever do Estado-Juiz em conceder-lhe.

Os pressupostos, sucintamente, são as seguintes. Os objetivos: condenação a pena de prisão não superior a quatro anos e o crime não tiver sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, conforme art. 44, I do CP; e para os crimes culposos, qualquer que seja o *quantum* da pena de prisão. Já os subjetivos são: culpabilidade do agente e as circunstâncias judiciais do crime que sejam favoráveis ao agente.

No que tange a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ser um direito subjetivo do réu, cabe algumas considerações. Os tribunais superiores já se debruçaram sobre a questão e o entendimento prevalecente é de que se preenchidos os requisitos da substituição, passa-se a ser um direito subjetivo do réu, tendo o juiz o dever de aplicar a conversão. Corroborando esse posicionamento, segue um acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

Penal. Substituição da pena privativa de liberdade por uma das penas Restritivas de direito. Sursis: inadmissibilidade. Obrigatoriedade Da substituição quando reconhecidas as circunstancias favoráveis Do art. 59 e as condições dos incisos II e III do art. 44 c/c o seu Parágrafo único, todos do CP. Direito subjetivo do réu. Etapa Obrigatória da aplicação da pena. Recurso especial conhecido.

I - só se admite a concessão do sursis quando incabível a Substituição da pena privativa de liberdade por uma das penas Restritivas de direito, conforme preceitua o art. 77, inciso III, do CP.

II - torna-se obrigatória a substituição de penas privativas de Liberdade por uma das restritivas de direito, quando o juiz Reconhece na sentença as circunstancias favoráveis do art. 59, bem Como as condições dos incisos II e III do art. 44 c/c o seu Parágrafo único, todos do CP, **caracterizando direito subjetivo do Réu.** (destaque do autor)

III - recurso especial conhecido.

(REsp 67570 / SC. Publicado em: DJ 26/08/1996 p. 29730 - RSTJ vol. 92 p. 388)

No mesmo sentido, e ainda explicitando claramente que além de tratar de um direito subjetivo é um dever do juiz, não lhe sendo uma mera faculdade, colaciona-se mais um acórdão do egrégio Superior Tribunal de Justiça:



Penal. Dano qualificado. Pena privativa de liberdade não Superior a seis meses. Demais requisitos do art. 60, par. 2. Atendidos. Obrigatoriedade da substituição por multa.

1. Presentes os requisitos previstos no código penal, art. 60, Par. 2., a substituição da pena privativa de liberdade por multa. Constitui-se em Direito publico subjetivo do réu, e **não mera faculdade do julgador**. (destaque do autor)

2. Recurso provido.

REsp 101613 / RS. Publicado em: DJ 15/09/1997 p. 44402. RT vol. 746 p. 565)

O eminente jurista Bitencourt (2010, p.553) também segue no sentido da substituição ser dever do juiz quando preenchidos os requisitos, a saber:

Ao determinar a quantidade final da pena de prisão, se esta não for superior a quatro anos ou se o delito for culposo, o juiz, imediatamente, deverá considerar a possibilidade de substituição. Somente se não for possível essa substituição ao juiz passará a examinar a possibilidade de suspensão condicional da pena.

Portanto, caso o juiz na sentença não analisar a possibilidade de substituição da pena, caberá ao réu utilizar-se dos recursos previstos na legislação adjetiva penal com o fito de prevalecer o seu direito subjetivo, e ainda assim, poderá também se valer do remédio heroico constitucional, o *habeas corpus*.

A seguir, serão analisadas as seguintes penas restritivas de direitos vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

#### **4.4.1.1 Prestação pecuniária**

Com fundamento no art. 43, I e art. 45, §1º ambos do Código Penal, essa pena consiste no pagamento à vítima, sucessores, ou quando não possível, a entidades públicas ou privadas com finalidades social, de quantia em dinheiro fixada pelo juiz em um patamar de 1 a 360 salários mínimos vigentes às épocas dos fatos,

lembrando que essa prestação deverá ser abatida conforme houver a reparação do dano na esfera cível. Segue abaixo o texto legal:

§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

Essa pena tem um caráter civil de reparação do dano e outro de natureza penal, pois é consequência de uma aplicação da pena. Todo crime que viole algum bem jurídico de terceiros, caso a pena seja convertida em restritiva de direito, poderá o juiz determinar a prestação pecuniária. Observa-se, portanto, uma composição civil para a reparação do dano, mas sem perder a sua natureza penal.

Nesse mesmo sentido, destaca-se a lição do jurista Luiz Regis Prado (2008, p.535) a seguir transcrita:

A prestação pecuniária, a bem da verdade, não passa de uma forma de reparação civil transvestida de sanção criminal, a fim de facilitar seu cumprimento, já que o próprio legislador acrescenta que “o valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários”.

Portanto, somente caso a vítima não tenha deixado dependentes ou ela não for possível o recebimento da prestação que a pena passara a ter somente caráter penal, pois nesse caso, a prestação será dedicada a uma entidade pública ou entidade privada assistencial.

Também, essa pena muito se aproxima da reparação *ex delicti* do art. 63 do CPP, pois a condenação criminal faz coisa julgada no civil, cabendo à parte interessada executar da indenização que entenda cabível. Assim, os dispositivos legais que tratam da questão, seguem abaixo, todo do Código de Processo Penal:

Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

No entanto, o juiz também pode fixar na sentença a indenização que entender cabível para efeito do art. 63 do CPP, que será abatido do montante da ação *ex delicti*.

#### 4.4.1.2 Perda de bens e valores

Consiste na perda dos bens e valores que o agente tirou proveito em virtude do crime que serão recolhidos para o Fundo Penitenciário Nacional, tendo como valor máximo o prejuízo causado à vítima ou o enriquecimento obtido pelo agente ou por terceiros relacionados ao crime, nos ditames do art. 45, § 3º do Código Penal abaixo transcrito:

§ 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

Nesse tipo de pena alguns doutrinadores apontam alguma polêmica em sua aplicação, pois

Caso seja interpretado o dispositivo *supra* em sentido extensivo, isto é, como abarcando também os bens lícitamente obtidos pelo agente, não passará de pena de confisco geral e, portanto, eivada de inconstitucionalidade, visto que transgride o princípio da personalidade e individualização da pena. (PRADO, 2008, p.535)

Mas se a interpretação for restritiva, ou seja, essa perda de bens e valores somente atingir aqueles bens obtidos diretamente pelo crime o ou que dele

tenha consequência, não haverá a inconstitucionalidade acima apontada, sendo possível sua reversão em favor do Estado.

Essa perda de bens e valores só se concretiza com a sentença penal condenatória transitada em julgado, pois enquanto esta não ocorrer, os bens poderão ficar sob custódia do Estado, mas como medida de natureza cautelar. Lembrando que não haverá processo de execução para o cumprimento, conforme ensina Luiz Regis Prado (2008, p.536):

Circunscreve-se aos *producta sceleris* (bens ou valores adquiridos com a prática do crime) e, em princípio, opera, após o trânsito em julgado da sentença, *ipso iure*, isto é, sem necessidade de processo executório. Tem como escopo impedir que o réu obtenha benefícios da prática da infração.

Esses bens compreendem todos aqueles que se originaram do crime, seja bem móveis, coisas para realização da prática criminosa, ou até mesmo de dinheiros que forem oriundos do crime, sejam diretamente obtidos, ou indiretamente, como os lucros originados do montante obtido com o crime.

Contudo essa pena restritiva de direito se aplicada restritivamente, ou seja, nos casos dos bens e valores forem obtidos ilícitamente, mais se assemelha como um efeito da condenação do que propriamente uma sanção de caráter penal.

#### **4.4.1.3 Prestação de serviço à comunidade**

Nas condenações à prisão acima de 6 meses, com previsão legal do art. 46 do Código Penal, aplica-se a pena de prestação de serviço que consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado junto a entidades públicas ou à comunidade, podendo esta ser prestada em entidades assistências, escolas, orfanatos, ou outros estabelecimentos congêneres, sendo observada em qualquer caso a aptidão do condenado para execução das tarefas e ainda a carga horária de dia de atividade a fim de não prejudicar a jornada normal de trabalho. Abaixo, segue o dispositivo legal do Código Penal:

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.

§ 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§ 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

§ 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

§ 4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.

Para o eminente jurista Luiz Regis Prado (2008, p.536) a finalidade dessa pena restritiva de direito é: “O escopo primeiro de tal pena é a reinserção social do condenado, sem que este sofra os dissabores que o cumprimento de eventual pena privativa de liberdade poderia lhe trazer”.

A tarefa a ser executada pelo condenado deve ser conforme suas aptidões verificadas pelo juiz na hora de aplicar a reprimenda. Vale lembrar que quem aplica a pena é o juiz do processo, mas caberão ao juiz das execuções as seguintes tarefas, de acordo com o art. 149 da LEP:

Art. 149. Caberá ao Juiz da execução:

I - designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente, de acordo com as suas aptidões;

II - determinar a intimação do condenado, cientificando-o da entidade, dias e horário em que deverá cumprir a pena;

III - alterar a forma de execução, a fim de ajustá-la às modificações ocorridas na jornada de trabalho

Portanto, para aplicação da pena e o seu cumprimento há conjugação de dois diplomas legais, o código penal e a lei de execuções penais. E para melhor fiscalização do condenado na execução de suas tarefas, o art. 150 da LEP obriga a entidade beneficiária do serviço do condenado a encaminhar mensalmente um relatório de todas as atividades por ele executadas, bem como horários, comportamento entre outras circunstâncias.

#### 4.4.1.4 Interdição temporária

A interdição temporária de direitos consiste em algum cerceamento de direitos que outrora o condenado possuía capacidade plena para exercê-los. Assim, segue abaixo *ipsis literis* o art. 47 do Código Penal, com seus incisos, lembrando que esse rol não é taxativo, havendo outras interdições temporárias previstas em leis extravagantes:

Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são:  
I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;  
II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;  
III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo  
IV – proibição de frequentar determinados lugares.  
V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.

Corroborando a ideia de que o legislador penal tende a tratar de crimes menos graves com penas alternativas à prisão, o inciso V do art. 47 citado acima foi incluído pela lei 12.550/2011 que criminalizou a conduta de fraudar concursos públicos.

Essa espécie de pena restritiva de direito tem muita eficácia, pois, embora seja de natureza penal, ela se aproxima de outras medidas adotadas pelos demais ramos do direito, que atingem melhor os objetivos da finalidade e utilidade da pena no que diz respeito a evitar reincidência e ressocializar o condenado.

No inciso I, do art. 47, do CP, são medidas ligadas a crimes funcionais, enquanto no inciso II do mesmo artigo, são voltadas para aqueles crimes que envolvem o exercício da profissão ou ofício. Inserem-se nesse rol os crimes culposos quando praticado na modalidade imperícia, pois aquele que exerce ofício ou profissão sem ter aptidão técnica e cause dano a outrem, deverá sofrer como pena restritiva a interdição temporária do exercício.

O inciso III, do art. 47, do CP, está voltado para os crimes que são praticados na condução de veículo automotor, estes tipificados no Código de Transito Brasileiro. Assim, poderá o juiz suspender a habilitação do condutor por

tempo necessário para impor a sanção e que o condutor reflita melhor sobre sua conduta, não voltando mais a delinquir.

No inciso IV do mesmo artigo, verifica-se quando da ocorrência de crimes em determinados lugares, como lesão corporal, rixa, injúria, dentre outros, em que o agente, pratica o crime em decorrência de estar em determinado lugar violando as regras de convivência.

O inciso V foi inserido recentemente pela lei nº 12.550/2011, para aqueles que fraudam provas e concursos públicos, assim, essa medida alternativa é bem aplicável ao caso em questão, pois a pena privativa de liberdade máxima não é superior a quatro anos, e, portanto, evita-se que novas fraudes ocorram pelo infrator que será impedido de participar de novos certames.

#### **4.4.1.5 Limitação de fim de semana**

Também sem maiores discussões sobre essa espécie de pena restritiva de direito, resta a transcrição literal do art. 48 do Código Penal:

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

Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

Essa pena tem um caráter mais educativo e de autodisciplina, e que mistura a restrição da liberdade do condenado, quando da permanência obrigatório de cinco horas nos finais de semana em estabelecimento designado pelo juiz, com a imposição de caráter educativo.

O jurista Luiz Regis Prado (2008, p.541) exalta os benefícios dessa pena restritiva de direito da seguinte forma:

A presença do condenado pelo total de dez horas, durante dois dias da semana, em casa de albergado ou estabelecimento similar, é apontada como vantajosa principalmente por possibilitar a permanência daquele junto

aos familiares, por impedir o afastamento prolongado de sua jornada de trabalho e também por evitar o contato do condenado com as condições pouco saudáveis oferecidas pelo ambiente carcerário.

Mas devido ao poder público não criar os estabelecimentos adequados, “[...] compromete seriamente sua viabilidade prática, posto que são raros os locais destinados à execução da restrição descontínua ou parcelada da liberdade.” (PRADO, 2008, p.541). Então, implica em uma pena de ideais ressocializador que se torna inviável devido ao desaparecimento do poder público no que tange as medidas alternativas à prisão.

#### **4.4.2 Pena de multa**

Também conhecida como penas pecuniárias, a pena de multa é definida pelo código penal como:

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Observa-se dessa espécie de pena que:

[...] a multa, revalorizada, com o critério adotado, pode surgir como pena comum (principal), isolada, cumulada ou alternadamente, e como pena substitutiva da privativa de liberdade, quer sozinha, quer em conjunto com a pena restritiva de direitos, independentemente de cominação da Parte Especial. (BITENCOURT, 2010, p.647)

Assim, ela pode ser aplicada de forma autônoma ou de forma cumulada com demais penas previstas no tipo penal incriminador em abstrato.

No tocante a pena de multa, nota-se que existe a pena de multa autônoma descrita no próprio tipo penal secundário e existe também a pena de multa substitutiva prevista no art. 60, § 2º, do código penal, ou seja, para as penas



privativas de liberdade inferiores a seis meses, essa pena pode ser convertida a pena de multa.

Ademais, para a aplicação da pena de multa o juiz utilizará também o sistema trifásico de dosimetria da pena. Ele fixará o dia-multa com base nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, levando-se em consideração inclusive a condição econômica do réu, conforme lição de Bitencourt (2010, p.647):

Na instrução criminal, a avaliação da situação sócio-econômica do autor do crime passa ser de vital importância. Além dos elementos que a polícia puder fornecer no inquérito policial, deverá o magistrado, no interrogatório, questionar o acusado sobre a sua situação econômica-finaceira.

As modalidades de pagamento das multas são “[...] a) pagamento integral; b) pagamento parcelado; c) desconto em folha (vencimentos e salários).” (BITENCOURT, 2010, p.653).

Em caso de não pagamento da multa, até a reforma do código penal pela lei nº 9.268/96 vigia que o descumprimento converter-se-ia em prisão. Após essa reforma, seguindo o clamor da doutrina, jurisprudência e o apelo daqueles que veem na prisão a *ultima ratio*, o não pagamento da multa consistiria em dívida de valor e não se converteria em prisão. Segue abaixo a transcrição do art. 51 do código penal reformado:

Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

A grande polêmica trazida por esta reforma foi no tocante ao órgão que se incumbiria de executar a dívida ativa. Para a corrente minoritária,

[...] entende que nada mudou: a competência continua com a vara das execuções criminais e a condenação à pena de multa mantém sua natureza de sanção criminal, além de ser juridicamente impossível inscrever em dívida ativa uma sentença penal condenatória. (BITENCOURT, 2010, p.655)

Essa corrente é defendida pelo eminente jurista da citação acima, mas o que predomina atualmente é a corrente majoritária que defende que a competência seria uma das varas da Fazenda Pública, sendo a condenação necessariamente lançada em dívida ativa anteriormente.

Nas palavras do autor Kuehne citando Damásio de Jesus (2003, p.75):

Nos termos da lei nova, transitada em julgado a sentença condenatória, o valor da pena de multa deve ser inscrito como dívida ativa em favor da fazenda Pública. A execução não se procede mais nos termos dos arts. 164 e ss. Da LEP. Devendo ser promovida pela Fazenda Pública, deixa de ser atribuição do Ministério Público, passando a ter caráter extrapenal.

No mesmo sentido da doutrina majoritária, os tribunais superiores têm perfilhado pelo mesmo caminho, a saber, segue acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE PENA DE MULTA DECORRENTE DE CONDENAÇÃO PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE O JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS E O JUÍZO DAS EXECUÇÕES FISCAIS. ART. 51,

CP. LEI N. 9.268/1996. DÍVIDA DE VALOR. LEGITIMIDADE DA FAZENDA PÚBLICA.

1. Com o advento da lei n. 9.268/1996, o art. 51 do código penal passou a considerar a multa criminal como dívida de valor, sendo aplicáveis à execução dessa sanção as normas da legislação relativa à dívida ativa da fazenda pública. Nesse sentido, a multa criminal torna-se executável por meio da adoção dos procedimentos próprios da execução fiscal, afastando-se a competência da vara de execuções penais.

2. De acordo com o entendimento da corte especial e da terceira seção deste tribunal, **é da fazenda pública a legitimidade para promover a execução de pena de multa** imposta em sentença penal condenatória, e não do ministério público. (destaque do autor)

3. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1160207 / MG. Publicado em: DJe 19/12/2011)

Embora haja essa divergência, a doutrina e jurisprudência são uníssonas no aspecto da prescrição a pena de multa, sendo que depois de formada

a dívida ativa a prescrição opera-se nos ditames da lei de execução da fazenda pública e não pela prescrição penal.

Por fim, sendo essa pena impossível de ser convertida em privativa de liberdade pelo seu simples inadimplemento, reforça-se no ordenamento pátrio o abrandamento das penas corporais e alargando ainda mais o rol de penas alternativas que são bem vindas tendo em vista a realidade carcerária e a sua incapacidade intrínseca de ressocialização.

#### **4.4.3 Pena privativa de liberdade**

As penas privativas de liberdade existentes no sistema penal brasileiro são a detenção e a reclusão. Se essa diferença de nomenclatura existe é porque tem uma razão para tanto. O código penal vigente desde o princípio trouxe essa distinção com suas diversas consequências jurídicas, mas com as reformas constantes do código, essa distinção passou a ser mitigada restando apenas cinco importantes diferenças entre ambas apontadas pelo eminente Bitencourt (2010, p.517):

- a) Limitação na concessão de fiança
- b) Espécies de medidas de segurança
- c) Incapacidade para o exercício do pátrio-poder, tutela e curatela
- d) Prioridade na ordem de execução: executa-se primeiro a reclusão e depois a detenção ou prisão simples
- e) Influência decisiva nos pressupostos da prisão preventiva

Vale ressaltar que nesse apontamento acima os itens “a” e “e” eram válidos até a reforma do código de processo penal ocorrida em 2011 pela lei nº 12.403. Após a entrada em vigor desta lei, esta diferença deixou de ter sentido o que não será trazido à baila neste trabalho por fugir do propósito.

Insta ainda destacar que a principal diferença entre reclusão e detenção está na determinação pelo juiz do regime inicial de cumprimento da pena conforme art. 39, *caput* do código penal, necessária reprodução do texto legal:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

Ademais, também na legislação extravagante encontra-se alguma distinção entre reclusão e detenção. Cita-se nesse caso a lei nº 9.296/1996 que trata da interceptação telefônica, da qual consta no seu art. 2º, III, que não poderá haver a interceptação quando a infração for punida no máximo com detenção, ou seja, somente se decreta caso a infração for punida com reclusão.

Ainda que juridicamente haja distinção nessas duas modalidades de penas privativas de liberdade devido às consequências diversas em determinadas situações, ambas significam encarceramento, ou seja, privação da liberdade pelas grades da prisão.

Em relação ao cumprimento das penas privativas de liberdade elas podem ser cumpridas em regime fechado, semi-aberto e aberto. O primeiro é para os condenados a pena privativa de liberdade superior a oito anos de reclusão, e é cumprida em penitenciárias. O segundo, refere-se a condenado a pena de quatro a oito anos de prisão cumpridas em colônias agrícolas e industrial, que em via de regra, existe para possibilitar o trabalho do preso. E terceiro, regime aberto, é para condenações inferiores a quatro anos e cumprido em casa de albergado. O preso tem sua rotina normal durante o dia, podendo trabalhar e estudar, recolhendo-se no período noturno e nos finais de semana.

Nas palavras sucintas bem definidoras de como funciona cada um dos regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade, Marque Junior (2007, p.?) escreve:

Regime fechado: Dispõe o art. 33, § 1º, alínea "a" do CP, que se considera regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média, quais sejam, as penitenciárias. Possui por principais características: a) o condenado fica sujeito ao trabalho no período diurno e isolamento no período noturno (CP, art. 34, § 1º); b) no início do cumprimento da pena o condenado é submetido a exame criminológico de classificação (CP, art. 34); e c) é admissível o trabalho externo em serviços ou obras públicas (CP, art. 34, § 3º).

Regime semi-aberto: O art. 33, § 1º, alínea "b" do CP determina que a execução da pena em regime semi-aberto deve ocorrer em Colônia Penal Agrícola, Industrial ou similar, sob as características de o condenado ficar sujeito ao trabalho no período diurno; não haver isolamento no período noturno; ser admissível o trabalho externo e a participação em cursos (CP, art. 35, § 2º).

Regime aberto: O Regime Aberto, segundo o art. 33, § 1º, alínea "c", do CP, deve ser executado em Casa de Albergado ou estabelecimento adequado. Diante da quase total ausência de casa de albergado, é admitido o recolhimento domiciliar no período noturno. Funda-se o regime aberto na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado (CP, art. 36). Pois este, fora do estabelecimento e sem vigilância, deverá trabalhar, frequentar cursos ou exercer outra atividade lícita e autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e dias de folga (CP, art. 36, § 1º).

Na prática do regime aberto, observa-se insuficiência de casas de albergados fazendo com que os detentos passem a cumprir a pena em alguma prisão, ou até mesmo em colônias agrícolas e indústria, típicas para o regime semi-aberto. Essa regressão de regime é ilegal, haja vista o condenado do regime aberto não ter cometido nenhum descumprimento que possa prejudicá-lo em seu regime. Assim, com a visão ressocializadora, a doutrina e a jurisprudência defende que nesse caso, ele deverá cumprir a pena em prisão domiciliar, de acordo com o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO PARA O REGIME ABERTO. AUSÊNCIA DE VAGA EM CASA DE ALBERGADO. PRISÃO DOMICILIAR ASSADA PELO TRIBUNAL A QUO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS SEVERO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Configura constrangimento ilegal ao jus libertatis, sanável pela via do habeas corpus, o cumprimento de pena em condições mais rigorosas que as estabelecidas pelo juízo sentenciante ou pelo juízo das execuções penais.

2. É dever do Poder Público promover a efetividade da resposta penal, na dupla perspectiva da prevenção geral e especial; entretanto, não se podem exceder os limites impostos ao cumprimento da condenação, sob pena de desvio da finalidade da pretensão executória.

3. Inexistindo vaga em casa de albergado, mostra-se possível, em caráter excepcional, permitir ao sentenciado, a quem se determinou o cumprimento da reprimenda em regime aberto, o direito de recolher-se em prisão domiciliar. Precedentes: STF - HC 95.334/RS, Rel. p/ Acórdão Min. MARCO AURÉLIO; STJ - REsp 1.112.990/RS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA;

STJ - HC 97.940/RS, Rel. Min. LAURITA VAZ; STJ - RHC 12.470/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 226716 / RS. Publicado em: DJe 21/05/2012)

Existe questionamento doutrinários sobre a possibilidade do condenado em regime aberto cumprir concomitantemente pena restritiva de direito estabelecida pelo juiz. Para tanto, segue a lição mais balizada de Kuehne (2002, p.128):

Em relação ao art. 115 (LEP), indaga-se quanto à possibilidade de o Juiz estabelecer como condição do regime aberto o cumprimento de alguma das penas restritivas de direitos. A resposta parece-nos negativa. Quando o réu se encontra em regular cumprimento de pena no regime em questão (aberto) cumpre pena privativa de liberdade e seria incoerente, pudesse subsistir, ao mesmo tempo, outra modalidade de pena.

Portanto, é evidente que a conduta do condenado influi inclusive na progressão do seu regime. Isso ocorre por força do princípio da individualização da pena, garantindo-lhe o direito à progressão. Entretanto, o mau comportamento com cometimentos de faltas graves ou até mesmo cometimento de outros crimes, podem fazer o condenado regredir de regime. Passar de um mais brando para um mais gravoso.

## 5 DA PRISÃO

### 5.1 Realidade Carcerária

Com o advento da emenda constitucional nº 45 de 2004, foi criado o Conselho Nacional de Justiça que dentre outras atribuições tem o dever de mapear toda a situação do sistema carcerário, apontando os problemas e sugerindo soluções.

Assim, desnudou-se para toda a sociedade a assustadora realidade prisional através de relatórios. Esse trabalho tem o nome de mutirão carcerário, e é operado em todas as unidades federativas.

Com esforço de diversos órgãos (defensoria pública, ministério público, poder judiciário e organização civil) foi possível relatar a situação e providenciar medidas que visem à melhoria do sistema, inclusive com ações de diminuição da superlotação nos presídios através de análise de processo executório de cada condenado que em muitas vezes já tinham cumprido toda a pena e mesmo assim encontrava-se encarcerado.

Muitos problemas foram detectados tais como superlotação, péssimas condições das instalações, locais insalubres, desrespeito aos direitos do preso garantidos na lei de execução penais, crime organizado infiltrado nos presídios, dentre outros.

No Relatório Geral do Mutirão Carcerário do Estado de São Paulo, publicado no sítio do CNJ ([http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/relatorio\\_final\\_sao\\_paulo\\_versao\\_2.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/relatorio_final_sao_paulo_versao_2.pdf)), realizado pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, feito no período de 20.07.2011 a 17.12.2011, foram destacados muitos problemas na realidade carcerária, conforme seguem abaixo.

a) Superlotação:

Embora haja margem para a aplicação de medidas despenalizadoras no Estado de São Paulo, ainda assim há necessidade de construção de novas unidades prisionais, sobretudo pelo implemento de uma política de médio e longo prazo que leve em consideração a curva de crescimento de prisões. Nesse contexto, o déficit de vagas é, atualmente, de 62.574. (RELATÓRIO GERAL DO MUTIRÃO CARCERÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2011, p.25).

b) Desrespeito às regras dos regimes prisionais:

São raros os estabelecimentos adequados para o cumprimento das penas em regime semiaberto e quase inexistentes aqueles destinados ao regime aberto. Na prática, a maioria dos apenados em regime semiaberto se submete às regras do regime fechado, enquanto que os que deveriam cumprir o regime aberto ficam em prisão domiciliar. (RELATÓRIO GERAL DO MUTIRÃO CARCERÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2011, p.25).

c) Falta de assistência à saúde e social:

A assistência à saúde e social é precária e, na ausência de profissionais com atuação nas unidades prisionais, costumeiramente é prestada pela rede pública municipal ou estadual, as quais possuem conhecidas limitações. Via de regra, os estabelecimentos não contam com médico, dentista, enfermeiros e demais profissionais da saúde, havendo pouquíssimos ou nenhum medicamento nas enfermarias. (RELATÓRIO GERAL DO MUTIRÃO CARCERÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2011, p.27).

d) Falta de assistência material, educacional e religiosa:

A assistência material e educacional no interior dos estabelecimentos penais no Estado de São Paulo segue o mau exemplo da assistência médica e social. Em geral, não há participação das prefeituras e dos conselhos da comunidade, sendo que a assistência material fornecida pelo Estado limita-se ao fornecimento de comida e entrega de *kit* mínimo de higiene aos presos necessitados (os presos que recebem visitas de familiares ou que trabalham em troca da percepção de pecúlio não são beneficiados com o *kit*). Em muitas unidades prisionais, o material usado para limpar as celas é pago pelas famílias dos apenados. (RELATÓRIO



GERAL DO MUTIRÃO CARCERÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2011, p.28).

Outros problemas também foram detectados, mas os quatro acima apontados são os mais graves, que praticamente torna a pena privativa de liberdade uma forma longe de ser ressocializadora.

Para melhor visualizar essa situação precária, algumas fotos incluídas no Relatório serão colacionadas abaixo:

FIGURA 1 – Superlotação. Centro de Detenção Provisória Chácara Belém I



Fonte: Relatório Geral do Mutirão Carcerário do Estado de São Paulo, 2011. CNJ.

FIGURA 2 – Instalação Sanitária em Péssimas Condições. Chácara Belém I



Fonte: Relatório Geral do Mutirão Carcerário do Estado de São Paulo, 2011. CNJ.

FIGURA 3 – Umidade na Área de Uso Comum. Centro de Detenção Provisória de Praia Grande.



Fonte: Relatório Geral do Mutirão Carcerário do Estado de São Paulo, 2011. CNJ.



FIGURA 4 – Enfermaria em Péssimas Condições de Trabalho



Fonte: Relatório Geral do Mutirão Carcerário do Estado de São Paulo, 2011. CNJ.

FIGURA 5 – Cella do “Castigo”. Entrada de Ventilação e Iluminação Obstruídas. Centro de Detenção Provisória de Itapequerica da Serra.



Fonte: Relatório Geral do Mutirão Carcerário do Estado de São Paulo, 2011. CNJ.

Essa triste realidade demonstra que fatalmente o ideal de reintegração do detento ao convívio social fica prejudicado. Por mais que existam modelos teóricos a cerca do sistema reintegrador adotado pelo Brasil, bem intencionados por sinal, na prática com o descaso do poder público, a situação de reincidência, preconceito tornam-se visíveis.

Além disso, a consequência dessa drástica realidade são as rebeliões, tão comum atualmente.

Cadeias públicas, delegacias, presídios, penitenciárias, todos foram transformados em depósito de pessoas, que não são tratados como tais. As rebeliões que tem acontecido em todos os países, com tamanha frequência, já fazem parte do dia a dia e é o resultado da caótica realidade do sistema penitenciário. A reivindicação mais comum é a de melhores condições nos estabelecimentos prisionais. (CAMARGO, 2006, p.?)

Corroborando a ideia acima, o estopim da rebelião ocorrida em 1992 no Complexo Penitenciário de Carandiru foi a superlotação, pois havia 6.508 presos para uma capacidade de 500 vagas, isso resultou na tragédia de 111 mortos.

Contudo, para efeito de diagnóstico da população carcerária brasileira, dados extraídos do relatórios do Conselho Nacional de Justiça, registra-se que

[...] hoje, segundo dados de dezembro de 2011, fornecidos pelo InfoPen, das 471.254 pessoas presas que cumprem pena no sistema penitenciário nacional, 301.721 (64,02%) não possuem o ensino fundamental completo. E desse montante 26.434 são analfabetos e 58.417 são apenas alfabetizados. E ainda tais números atingem patamares mais elevados se levado em consideração como quesito o ensino médio completo, atingindo a totalidade de 413.729 (87,8%). Assim como, apenas 1.910 reclusos possuem curso superior. Sendo que, pouco mais de 10% dos apenados participam de algum tipo de programa educacional. (SOUZA, 2011, p.2)

Demonstra-se, então, que o sistema penal é extremamente seletivo, pois existe uma clientela por ele atendida, qual seja, o menos favorecidos econômica e educacionalmente. Logo, o fator exógeno do meio em que se vive influi decisivamente na prática delituosa.

## 5.2 Desvalorização da Pessoa

A pessoa do detento ao entrar no sistema prisional deixa de ser pessoa, sujeito de direitos e garantias fundamentais, e passam a ser apenas um número para o Estado. Dentro desse sistema, os propósitos da função e utilidade da pena são desvirtuados, pois

[...] a execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou internado, já que adota 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. (MARCÃO, 2012, p. 31)

Também, o eminente jurista Carnelutti (1995, p.35) se debruçou sobre a questão da desvalorização humana do detento. Senão vejamos as suas linhas mestras:

[...] considerar o homem como uma coisa: pode-se ter uma forma mais expressiva de incivilidade? [...] na melhor das hipóteses aqueles que se vão ver, fechados nas jaulas como animais no jardim zoológico, parecem homens de mentira ao invés de homens de verdade. E se todavia alguém percebe que são homens de verdade, parece-lhe que são homens de outra raça ou, quase, de outro mundo [...]

Tecendo ainda os aspectos negativos do encarceramento no sistema penal brasileiro, principalmente no tocante à desvalorização humana, as palavras delineadas por Pimentel (1983, p.158) explicitam brilhantemente:

[...] o sentenciado, longe de estar sendo ressocializado para a vida livre, está sendo socializado para viver na prisão. Assim, um observador desprevenido pode supor que um preso de bom comportamento é um homem regenerado, quando o que se dá é algo completamente diverso: trata-se apenas de um homem prisionizado.

O eminente filósofo Michel Foucault muito analisou a falência do sistema prisional e o risco que esse sistema gera para a sociedade. Em sua magnífica obra “Vigiar e Punir” ele descreve com esmero os percalços que o direito penal com sua implicação comum – a prisão – sofreu ao longo da história e como a prisão ao invés de trazer mais segurança para a sociedade, traz o desassossego tendo em vista a triste realidade que ocorrem nas masmorras dos cárceres. Não ressocializa, ao contrário, degrada o ser humano fazendo que ele volte a delinquir, o que aumenta os índices de criminalidade. Para esse filósofo,

[...] a prisão não diminui a taxa de criminalidade, pois é fator que provoca a reincidência; fabrica e aperfeiçoa a delinquência (eis que lhe são inerentes o arbítrio, a corrupção, o medo, a incapacidade dos vigilantes e a exploração); favorece a organização de um meio de criminosos, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras; e fabrica, indiretamente, novos delinquentes, ao fazer cair na miséria a família do detento. (FOUCAULT, 1983, p.243)

Assim, longe de humanizar o condenado, passa-se a degradação de valores, ferindo o mínimo existencial da pessoa humana, e o propósito ressocializador que o Brasil idealizou fica apenas no plano demagógico e político. Mas alerta-se nesse contexto que com essa desvalorização da pessoa, a reincidência fatalmente ocorrerá, e o indivíduo desvalorizado colocará em risco ainda mais à sociedade por sua agressividade e violência.

### **5.3 O Fenômeno da Prisionização**

Dentro do sistema prisional há o fenômeno da prisonização que é assim definida:

Prisionização corresponde à assimilação dos padrões vigentes na penitenciária, estabelecidos, precipuamente, pelos internos mais endurecidos, mais persistentes e menos propensos a melhoras. Adaptar-se à cadeia, destarte, significa, em regra, adquirir as qualificações e atitudes do criminoso habitual. (THOMPSON, 2002, p.95-96)

Em seguida, explicando melhor como ocorre esse fenômeno, Thompson (2002, p.174) preleciona:

[...] todo homem que é confinado ao cárcere sujeita-se à prisionização, em alguma extensão. O primeiro passo, e o mais integrativo, diz respeito ao seu status: transforma-se, de um golpe, numa figura anônima de um grupo subordinado; traja as roupas dos membros desse grupo; é interrogado e admoestado; aprende as classes, os títulos e os graus de autoridade dos vários funcionários; e, usando ou não a gíria da cadeia, ele vem a conhecer o seu significado [...]

Então, para o preso não há alternativas. Ou ele segue as regras internas dos detentos ou então ele será segregado e até violentado dentro do próprio sistema. Essa prisionização terá como consequência o fato de que o indivíduo porventura condenado que não tenha índole má, ao submeter-se às regras internas dos detentos passará gradativamente assimilando essa crueldade, e o transformará internamente. Provavelmente, após deixar as celas do presídio, na vida em sociedade, um indivíduo que era pacato, de boa índole, passará a ter atitudes mais agressivas, violentas, e podendo até reincidir na prática delituosa e voltando ao sistema prisional.

Ainda na percepção desse fenômeno Thompson (2002, p.43) observa e conclui que:

Todo encarcerado sofre em alguma medida, o processo de prisionização. A começar com a perda de "status" ao se transformar de um momento para outro "numa figura anônima de um grupo subordinados". Todo encarcerado sucumbe, de alguma maneira, a cultura da prisão. Mesmo porque a cadeia é um sistema de poder totalitário formal, pela qual o detento é controlado 24 horas por dia

Esse fenômeno é tão forte dentro do sistema, que há autores que já trataram do assunto afirmando haver esse fenômeno inclusive entre os agentes penitenciários. Segundo Thompson (2002, p.49), "[...] os Agentes Penitenciários também são afetados pelo fenômeno da prisionização, pois abandonam os *padrões* de suas vidas fora da prisão para adotar os valores que estão estabelecidos nesta".

Não é incomum a afirmação de muitos de que as penitenciárias são verdadeiras escolas para o crime. Isso ocorre devido ao fenômeno da prisionização. Ao invés da ressocialização,

[...] o que se tem observado é que, em muitas unidades prisionais brasileiras, a minoria da população carcerária, que possui um grau de periculosidade mais acentuado ou maior envolvimento com a criminalidade, consegue dominar e manipular o restante dos presos da unidade. E além desses presos subjugarem os outros apenados, acabam muitas vezes por influenciá-los de maneira negativa, transformando as unidades prisionais desta forma, em verdadeiras “faculdades do crime”. (BARATTA, 2002, p.23)

Surge assim a expressão “faculdade do crime” com intuito de reforçar a teoria de que dentro do sistema prisional não há uma melhoria da pessoa, e sim uma degradação a tal ponto que o condenado pode entrar com boa índole, mas retornará à sociedade com alto grau de periculosidade.



## **6 RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO**

### **6.1 Reincidência**

A reincidência no Brasil tem índices alarmantes. Isso corrobora o fracasso do sistema no que concerne a ressocialização do preso. Conforme notícia divulgada nos meios de comunicação, “A taxa de reincidência no nosso país chega a 70%. Isto quer dizer que sete em cada dez libertados voltam ao crime. É um dos maiores índices do mundo”, afirma o ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluzo, quando da apresentação pública do programa “Começar de Novo”.

A fim de combater essa grave situação, foram criados em 2009 pelo poder público dois principais programas, o “Mutirão Carcerário” e o “Começar de Novo”, com destaque para o segundo, pois tem como objetivo reinserir o condenado à sociedade de forma que não reincida na prática criminosa.

Esse programa visa parcerias entre o poder público e o privado para capacitar o egresso e incentivar as empresas na contratação do ex-detento, pois desta forma, garante-lhe suprimentos financeiros e resgata o senso de cidadania, aspectos tão caros no combate a reincidência.

### **6.2 Estigmatização**

A estigmatização envolve o aspecto do preconceito da sociedade para com o ex-detento. Isso agrava ainda mais a reinserção social, pois o ex-detento se sente isolado na sociedade e discriminado. Não havendo melhores perspectivas, ele passa a buscar seu sustento em condutas ilícitas, ocasionando seu retorno à prisão cedo ou tarde. Além disso, o seu ego ferido pelo preconceito provoca a baixa

autoestima, que terá como consequência transtornos de ordem psíquica podendo aumentar o grau de periculosidade desse indivíduo.

Dentro desse processo de estigmatização social, que consiste em uma discriminação imotivada por parte da sociedade, bem ensina Carnelutti (1995, p.21):

O encarcerado, saído do cárcere, crê não ser mais encarcerado; mas as pessoas não. Para as pessoas ele é sempre encarcerado; quando muito se diz ex-encarcerado; nesta fórmula está a crueldade do engano. A crueldade está no pensar que, se foi, deve continuar a ser. A sociedade fixa cada um de nós ao passado.

Portanto, essa visão desvirtuada do ex-detento faz com que ele não tenha as mesmas oportunidades na sociedade. Desde conquistar uma vaga no mercado de trabalho até discriminações de várias formas afetam a sua dignidade que o fragiliza tornando mais suscetível à reincidência criminal.

### **6.3 Falta de Assistência Estatal para o Egresso**

Os incipientes programas de reinserção dos condenados à sociedade ainda não são suficientes para o propósito maior do sistema prisional brasileiro que é ao mesmo tempo retributivo, fazendo pagar o mal pelo mal desestimulando novas condutas criminosas, e o ressocializador que reforma os indivíduos em conflito com a lei para o retorno à sociedade em condições dignas afastando-os da reincidência.

Apesar dos louváveis esforços do Conselho Nacional de Justiça e do poder público em geral em criar programas para os egressos, para amenizar a crise do sistema penal ressocializador, também a sociedade deverá cumprir o seu papel. Desde questão educacional até questão de dar oportunidade para os egressos, a sociedade quebrando o paradigma da estigmatização, colaboraria em muito em amenizar essa crise.

Vale lembrar que no Brasil a pena máxima é de trinta anos e não há pena de morte e nem perpétua. Assim, por mais grave que seja o crime, o indivíduo

em no máximo trinta anos retornará compulsoriamente ao convívio social. Mesmo que a segregação seja importante, a sociedade tem que lembrar que um dia poderá encontrar o criminoso na rua, e, se de fato, o propósito ressocializador falhar, este criminoso estará frente a frente com a sociedade ainda mais perigoso, violento e rancoroso. Logo, esse propósito não deve estar apenas no plano teórico e acadêmico, deve sim, estar nas ruas, nas escolas, nos meios de comunicação e fomentados pelo poder público. Ou seja, deve estar na prática, para se evitar ainda um mal maior. Nas palavras de Kuehne (1998, p.62): "Entretanto, não é demasiado dizer que a responsabilidade há de ser atribuída também à sociedade, posto que esta apenas exige; em raras situações colabora".

## CONCLUSÃO

Ao fim desta pesquisa, conclui-se que a responsabilidade de promover a reinserção social do infrator e prevenir a prática dos delitos não é somente do Estado, amparada à força da lei.

Ao longo dos anos as teorias que discorrem sobre a finalidade da pena mostram que o Estado sozinho, não é capaz de solucionar o problema da delinqüência. A sociedade deve contribuir no ataque as causas da marginalidade, quando estas são identificadas. Pois é necessário ter em mente que o aumento da violência se deve ao aumento da exclusão social.

Não podemos permitir que diante ao pânico social em decorrência do aumento da violência, idéias desumanas sejam defendidas ou abordadas, com a pretensão de abolir a criminalidade, assim como a imputação da pena de morte, pois se punimos o individuo que tira a vida de alguém não temos o direito de fazer o mesmo, seria uma contradição ao ordenamento.

Para que a pena seja vista amplamente na sua extensão social, devemos avançar em nossos direitos e autorizar que todos sejam cidadãos plenos, isso acontecerá quando o indivíduo entender seus atos diante da sociedade e corrigi-los, deixando que haja inserção social novamente.

Se o objetivo é prevenir a criminalidade o foco é efetividade das penas alternativas, que inibirá com eficácia a prática delituosa, o aumento das penas não irá diminuir a violência e os conflitos sociais, desta forma estará se garantindo que o criminoso de menor potencial ofensivo se torne um marginal de alta periculosidade, perdendo a oportunidade de ressocializá-lo de forma mais humana e eficiente.

A ressocialização não é apenas inserir o individuo novamente na sociedade, mas sim humanizá-lo, reformá-lo para que ele se adeque a sociedade de forma eficaz, consiste numa reeducação de quem nunca foi educado e nem socializado.

Entre punição e ressocialização, damos abertura a um questionamento, portanto a prioridade é a reintegração de forma humanizadora,

estabelecendo segurança social, novas formas devem ser estudadas e buscadas para efetividade deste objetivo.

As penas devem ter caráter preventivo e punitivo, no entanto, no sistema carcerário brasileiro, outra realidade nos é mostrada, que busca apenas a punição do criminoso, destacando que as nossas penitenciárias, deveriam ter estrutura para o desempenho de atividades ressocializadoras, porém mais parecem depósitos de corpos humanos.

A maioria dos encarcerados possui características semelhantes, são pessoas excluídas socialmente, com poucas oportunidades, às vezes nenhuma, baixas renda, pouca escolaridade, base familiar com integrantes delinquentes, na busca de sobreviver por meio do crime, sendo que estes indivíduos na maioria dos casos, não tem consciência da gravidade dos seus atos perante a sociedade, e para eles mesmos.

A aplicabilidade da pena, de forma ressocializadora e humanitária deve ser discutida quando tratamos do assunto prevenção e punição, pois, é de relevante importância que haja segurança social para que esta possa reintegrar o egresso, visto que, no Brasil as pessoas se sentem prisioneiras em suas próprias casas, não há que se falar em penas mais humanas e mais brandas.

Para que seja vista a humanidade do outro é necessário que se consiga viver a sua humanidade amplamente. Fica difícil abordar o tema com aqueles que já foram vítimas de assalto, seqüestro, furto, roubo, tentativa de homicídio, vítima de lesões corporais, a reação de rejeição é automática em relação à sociedade que se sentem inseguros perante os infratores. Contudo a prisão é uma falsa ilusão de segurança, pois há concreta prova de que os crimes são esquematizados na prisão.

Isso advém principalmente pelo fato de não haver um programa que atenda as peculiaridades de cada preso individualmente, para que esse possa ser tratado e possibilite o retorno dos mesmos à sociedade. Os mesmos entram como “ladrões de galinhas” e na prisão se tornam “bandidos profissionais”. Uma pena severa em sua maioria não trará solução, mas uma política que os faça resgatar a humanidade poderá cooperar para uma sociedade mais tranquila.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ANDRÉS, Sheila dos Reis; SOUZA, Marcelo Agamenon Goes de. **Pena privativa de liberdade, ressocialização. Utopia.** Presidente Prudente, 2001. 104 p. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2001.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal** . 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** 2. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997-1999. 149 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral.** v 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal.** Trad. José Antônio Cardinalli. Campinas: Conan, 1995, p. 83.

COLLETE, Juliana Aparecida Sanches. **O sistema penitenciário no brasil e o centro de ressocialização no estado de são paulo.** Presidente Prudente, 2003. 48 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2003.

COULANGE, Fustel de. **A cidade antiga.** Trad. Jonas Camargo Neto e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 550 p.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** Trad. Lúcia Vassallo. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1983.

FRANCISCO, Elaine Lucia. **Sistema prisional brasileiro / ressocialização ou punição?.** Presidente Prudente, 2003. 78 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: parte geral:** volume 2 / Luiz Flávio Gomes, Antonio Garcia-Pablos de Molina; coordenação Luiz Flávio Gomes. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GUERHARDT, Márcia Aparecida; MOREIRA, Paula Pontalti Marcondes. **Sistema penitenciário** / ressocialização do sistema penitenciário. Presidente Prudente, 2001. 59 p. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2001.

JOSÉ, Milene de Deus. **A ressocialização do preso no atual sistema penitenciário**. Presidente Prudente, 2003. 98 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2003.

KUEHNE, Maurício. **Execução penal no estado do paraná**. Curitiba: JM, 1998.

\_\_\_\_\_. **Lei de execução penal anotada**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2002, v. II.

\_\_\_\_\_. **Teoria e prática da aplicação da pena**. 4ª Ed. Curitiba: Juruá. 2003. 340p.

LUZ, Orandyr Teixeira. **Aplicação de penas alternativas**. Goiânia: AB, 2000. 178 p.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000. 124 p.

MARTINEZ, Karina da Silva. **A ressocialização do preso no sistema penitenciário atual**. Presidente Prudente, 2001. 55 p. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2001.

OLIVEIRA, Delaine Cristina de. **A ressocialização do preso no atual sistema penitenciário**. Presidente Prudente, 2003. 52 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2003.

PAES, Patrícia Regina da Silva. **O sistema penitenciário no brasil: ressocialização ou punição**. Presidente Prudente, 2001. 131 p. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2001.

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

PIRÃO JUNIOR, Adelmo. **Sistema penitenciário brasileiro / ressocialização ou marginalização?**. Presidente Prudente, 2003. 74 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2003.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 8.ed. São Paulo: RT, 2008. v.1.

PRADO, Luiz Régis & BITENCOURT, Cezar Roberto. **Elementos de direito penal: parte geral**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995. v.1.

SOUZA, Marcos Tudisco de; RICCI, Camila Milazotto. **Sistema penitenciário e reincidência criminal**. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 17, n. 3336, 19 ago. 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22445>>. Acesso em: 29 set. 2012.

TASSE, Adel El. **Teoria da pena: pena privativa de liberdade e medidas complementares: um estudo crítico à luz do Estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2003. 219 p.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.